XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

AUTONOMIA PRIVADA, REGULAÇÃO E ESTRATÉGIA

FREDERICO DE ANDRADE GABRICH

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

A939

Autonomia privada, regulação e estratégia [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Frederico de Andrade Gabrich, Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-077-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

AUTONOMIA PRIVADA, REGULAÇÃO E ESTRATÉGIA

Apresentação

A necessidade crescente de promoção do desenvolvimento econômico sustentável, contraposta com a significativa regulação da atividade econômica, com o aumento da intervenção do Estado nos negócios e com a excessiva judicialização dos fenômenos jurídicos, são questões relevantes, contemporâneas e integram a base de diversos problemas científicos e práticos que envolvem as abordagens das tensões entre autonomia privada, regulação e estratégia.

Essa situação exige que o Direito seja reconhecido não apenas como ciência e instrumento legítimo de solução de conflitos, mas como elemento fundamental de estruturação dos objetivos das pessoas (naturais e jurídicas) e das organizações (privadas e públicas), para que estas realizem os seus objetivos estratégicos com o menor custo e com a maior eficiência possível, respeitados os limites normativos, filosóficos e éticos decorrentes do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, é fundamental o desenvolvimento de ideias inovadoras no âmbito da ciência do Direito, bem como a análise, a reflexão e a crítica propositiva de questões estruturantes, tais como, dentre outras: os limites da intervenção estatal na atividade econômica e na autonomia privadas; a normatividade contemporânea e a estruturação lícita dos negócios e dos mercados globalizados; a liberdade de contratar; a interpretação finalística e contemporânea dos institutos clássicos do direito privado; o confronto entre a autonomia privada e o interesse público; a dicotomia entre a propriedade privada e a função social da empresa; as relações entre as empresas, o Estado e as organizações do terceiro setor; a composição de interesses privados e públicos nos mercados; a ineficiência dos instrumentos de controle da atividade econômica; as parcerias entre o público e o privado; as relações entre os modelos de negócios, o planejamento empresarial, a gestão estratégica das organizações e a eficiência dos planejamentos jurídicos (tributários, societários, contratuais, trabalhistas etc); o uso de estruturas jurídicas tipicamente privadas para organização da atividade estatal; a dominação de mercados e a livre concorrência; as combinações de negócios, fusões e aquisições; a liberdade de agir, de pensar, de informar e de ser informado, de empreender.

Por essa razão, o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - Conpedi, em seu XXIV Congresso Nacional, ocorrido de 11 a 14 de novembro de 2015, em Belo

Horizonte, organizado em conjunto e sediado pelas Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Fundação Mineira de Educação e Cultura - Universidade FUMEC e Escola Superior Dom Helder Câmara, decidiram, muito oportunamente, por adotar entre os seus quase setenta grupos de trabalho, um que fosse destinado a cuidar especificamente dessas matérias de Autonomia Privada, Regulação e Estratégia. O fruto dos esforços nele desenvolvidos são aqui ofertados à Comunidade Acadêmica e Científica, com a convicção de servir não apenas de subsídio a estudos nessas áreas, mas, sobretudo, de estímulo e provocação a uma reflexão que se mostre sempre livre, crítica e útil a contribuir para construir uma sociedade melhor.

Prof. Dr. Frederico Gabrich - FUMEC Prof. Dr. Rogério Luiz Nery da Silva - UNOESC

Programa de Mestrado em Direito da Universidade Fumec Programa de Mestrado da Universidade do Oeste de Santa Catarina

A VIOLAÇÃO AO DIREITO À SAÚDE PELAS EMPRESAS DE PLANOS DE SAÚDE AO NEGAREM EVENTOS MÉDICOS NÃO PREVISTOS NO ROL DE PROCEDIMENTOS ELABORADO PELA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR BRASILEIRA

THE VIOLATION TO THE RIGHT TO HEALTH BY HEALTHCARE PLANS COMPANIES BY DENYING MEDICAL EVENTS NOT FORSEEN IN A LIST PROCEDURES PUBLISHED BY THE BRAZILIAN NATIONAL HEALTH AGENCY

Cleber Sanfelici Otero
Eduardo Augusto De Souza Massarutti

Resumo

Este artigo analisa se o Rol de Procedimentos editado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), o qual é utilizado pelas operadoras de plano de saúde como argumento para fundamentar suas negativas para os eventos que não estão presentes no documento, é uma relação taxativa ou meramente exemplificativa e se a não cobertura para procedimentos que não estejam ali previstos, mas que sejam indicados pelo profissional médico, implica o desrespeito ao direito fundamental à saúde e no desvirtuamento do objeto do contrato de plano de saúde. Para tanto, é empregado o método de investigação do tipo bibliográfico e o método de abordagem dedutivo, especialmente para demonstrar se o sistema legal brasileiro pode realmente proteger os consumidores.

Palavras-chave: Plano de saúde, Saúde suplementar, Direito fundamental à saúde, Direitos da personalidade, Rol de procedimentos

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyzes whether the official procedures published by the National Health Agency (ANS), which is used by healthcare plans operators as an argument to support their declining for instances that are not present in such document, is related to taxes or is merely illustrative and whether the declining of procedures not included therein, but appointed by the medical professional, would involve the disrespect for the fundamental right to health and the distortion of contract on the part of the healthcare plans. For this purpose, the bibliographic and deductive methods are adopted, especially to demonstrate whether the Brazilian legal system can really protect consumers.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Healthcare plan, Supplemental health, Fundamental right to health, Personality rights, Procedures

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, a saúde nem sempre foi tratada como um direito fundamental, bastando observar as Constituições anteriores à de 1988 para perceber que sequer dispunham de qualquer artigo a respeito de direito à saúde.

Na verdade, antes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a saúde nem mesmo foi concebida como um direito, conforme se infere do próprio sistema de saúde, o qual foi pensado como um "seguro" diretamente relacionado ao universo do trabalho, que nasceu ligado à previdência social.

A saúde foi inicialmente relacionada ao universo do trabalho, desvinculada das ações coletivas de saúde, o que implicou 60 anos de uma cultura que não se altera de uma hora para outra.

A iniciativa privada passou a instituir medidas vinculadas à proteção da saúde a partir do final do século XIX, somente dentro do âmbito empresarial e unicamente para assegurar a saúde dos trabalhadores por meio da criação de serviços de assistência médica próprios.[1]

No Brasil, apenas a Constituição de 1934 conferia competência concorrente à União e aos Estados para o tratamento legislativo e administrativo da matéria referente à saúde (art. 10, inciso II) a fim de adoção de medidas tendentes a restringir a mortalidade e a morbidade infantis, de higiene social para impedir a propagação de doenças, do cuidado com a higiene mental (art. 138, alíneas "f" e "g"), ao passo que, no Título IV, ao tratar da Ordem Econômica e Social, incluía preceitos a serem observados na legislação trabalhista para assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante (art. 121, § 1º, alínea "h").[2]

As Constituições brasileiras posteriores limitaram-se a atribuir competência à União para planejar sistemas nacionais de saúde, com o princípio que garantia assistência médica e sanitária aos trabalhadores, de maneira que a fórmula da Constituição de 1934, como bem adverte Sueli Dallari, somente foi retomada na Constituição Federal de 1988.[3]

Em especial, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi muito além, pois inseriu a saúde entre os direitos fundamentais sociais, com o destaque para o fato

---

[1] SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes da. **Doença preexistente nos planos de saúde**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 59.

[2] BRASIL. Constituição (1934) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. **DOU**, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-1934-16-julho-1934-365196-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 16 ago. 2015.

[3] DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os Estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995, p. 23-24.

de se ter pensado na matéria também de forma mercantilizada, conforme se observa no art. 199: "A assistência à saúde é livre à iniciativa privada".[4]

Torna-se, assim, necessário compreender porque há direitos constitucionais não concretizados na prática de forma ampla e irrestrita, como é o caso da saúde.[5] Nesse aspecto, o presente trabalho analisa um aspecto relativo a esta dificuldade de conferir efetividade ao direito fundamental à saúde, a saber, o referente à cobertura dos planos de saúde.

Com o surgimento do neoconstitucionalismo na Europa após a Segunda Guerra Mundial, e no Brasil a partir da década de 80, teve início o fortalecimento do princípio da dignidade da pessoa humana e a saúde foi, então, elevada à categoria de direito fundamental.

A partir da promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988, a saúde foi inserida no texto constitucional e passou a ser considerada, conforme dispõe o art. 196, um direito de todos e dever do Estado, considerados todos os entes federativos, os quais assumiram a obrigação de assegurá-la através de políticas públicas que objetivem à diminuição do risco de doença e de outros agravos, além do acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Ao lado do Sistema Único de Saúde público (SUS), o art. 199 da Constituição Federal de 1988 confere liberdade à iniciativa privada para a assistência à saúde, a qual também pode participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde, mediante contrato de direito público ou convênio, assegurando-se preferência às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos.

O setor de saúde suplementar passou a ser regulamentado e fiscalizado apenas a partir de 1999, com a entrada em vigor da Lei 9.656/98 e com a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar no ano de 2000, mas, apesar da regulamentação, as operadoras de plano de saúde continuaram e continuam a desvirtuar o objetivo principal dos contratos de plano de saúde, qual seja, a saúde.

Destarte, é sob esse prisma que se analisará a atuação dos planos privados de assistência à saúde no Brasil e as suas ações que podem caracterizar verdadeiro desrespeito ao direito fundamental à saúde.

---

[4] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas constitucionais nºs 1/1992 a 88/2015, pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/1994. 46. ed. Brasília: Câmara dos Deputados; Edições Câmara, 2015. (Série textos básicos: n. 109). Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao1988.html>. Acesso em: 02 jul. 2015.

[5] ELIAS, Paulo Eduardo. **SUS**: O que você precisa saber sobre o Sistema Único de Saúde. São Paulo: Atheneu, 2008, v. 1, p. 13.

Para a análise científica do tema, será utilizado o método de abordagem dedutivo para a compreensão do sistema de saúde fundado em normas gerais e abstratas a serem aplicadas à questão da abrangência dos planos de saúde operado por particulares, bem como o método de procedimento investigativo monográfico, com especial embasamento em fontes bibliográficas de doutrina construída na matéria.

2 DESENVOLVIMENTO DA SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL

Dois períodos importantes da história marcaram o nascimento do Setor de Saúde Suplementar no Brasil.

O primeiro foi o de industrialização no final do século XIX, momento em que, segundo Karyna Rocha Mendes da Silveira, "tivemos o movimento das grandes empresas que vislumbravam benefícios em ter nas suas dependências serviços de assistência médica próprios".[6]

Corroborando, os estudos realizados pelo Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) contribuem para entendimento dos marcos do Setor de Saúde Suplementar, ao elucidar que, na década de 1950, com a implantação no Brasil de empresas estatais e multinacionais, nasceram os sistemas assistenciais próprios, através dos quais as empresas disponibilizavam o atendimento à saúde diretamente aos seus trabalhadores. Foi nesse período que se estruturou a assistência patronal – intitulada hodiernamente como Grupo Executivo de Assistência Patronal (GEAP) – pelos funcionários do instituto de aposentadorias e pensões dos industriários.

Desde a década de 1960, trabalhadores de estatais, bancários, algumas instituições do governo federal, entre outros, já dispunham de planos de saúde, razão pela qual não resta dúvida de que foi um marco na história da Saúde Suplementar no Brasil.[7]

O segundo momento relevante foi na vigência do mandato do então Presidente do Brasil Ernesto Geisel, o qual institui o plano de Pronta Ação, que incentivou um novo modelo assistencial, qual seja a Medicina de Grupo, que era fornecida pelo convênio-empresa. Foi

[6] SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes da. **Doença preexistente nos planos de saúde**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 59.
[7] BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Saúde Suplementar / Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Brasília: CONASS, 2007, p. 22 a 23.

esse protótipo que permitiu o surgimento e o crescimento do subsistema, que seria predominante na década de 1980, o da Saúde Suplementar.[8]

No entanto, o setor de saúde suplementar somente passou a ser regulamentado a partir da edição da Lei 9.656, de 03 de junho de 1998, a qual entrou em vigor em 02 de janeiro de 1999. Vale ressaltar que o último texto reeditado das 44 medidas provisórias que alteraram a Lei 9.656/98 foi a Medida Provisória 2.177-44, de 24 de agosto de 2001.

Antes da publicação da Lei 9.656/98, o setor atuava sem proteção e regulamentação de qualquer legislação específica. As operadoras de plano de saúde elaboravam os contratos e incluíam ou excluíam cláusulas de cobertura da forma como bem entendessem, preocupadas unicamente com manutenção de um índice baixo de sinistralidade.

O Setor de Saúde Suplementar atuou por mais de 30 anos fora do âmbito de controle do Estado, agindo com a lógica do aumento da lucratividade e determinando suas próprias normas.[9]

Outra etapa importante no âmbito do desenvolvimento da regulação do mercado de Saúde Suplementar foi a criação, nos termos da Lei 9.961 de 28 de janeiro de 2000, da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), autarquia federal especial, vinculada ao Ministério da Saúde, à qual foi atribuída a competência fiscalizatória do Setor de Saúde Suplementar. Sua finalidade é regulamentar o sistema privado de saúde, normatizando e fiscalizando as ações que assegurem a assistência à saúde através da saúde suplementar.[10] Outrossim, visa a estabelecer instrumentos e criar melhoramentos técnicos que sejam adequados aos comandos políticos do setor da saúde suplementar, bem como fomentar a defesa do consumidor, com foco nos seus direitos.[11]

Com a regulamentação da matéria, o administrador estará, de um lado, limitado pela Constituição e pelas leis disciplinadoras da matéria, porém terá discricionariedade para, em face do avanço da medicina, de estabelecer os procedimentos a serem adotados na área da saúde.

Se não há como deixar de reconhecer a existência de uma certa discricionariedade na função administrativa em face da abertura legislativa em razão dos avanços da ciência, por outro lado é necessário compreender a legalidade dos atos decorrentes da aplicação de

---

[8] BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Saúde Suplementar / Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Brasília: CONASS, 2007, p. 61.
[9] SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes da. **Doença preexistente nos planos de saúde**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 64.
[10] MARQUES, Claudia Lima. **Saúde e responsabilidade 2**: a nova assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 30.
[11] SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes da. **Doença preexistente nos planos de saúde**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 65.

conceitos vagos[12] e saber se, de fato, eles não vão além da discricionariedade permitida e esbarram nos limites impostos pelo ordenamento jurídico.

A regulação do setor não fica submetida apenas à Lei 9.656/98 e à ANS, uma vez que se trata de um trabalho continuo e permanente.[13]

Atualmente, o Ministro da Saúde idealizou a criação do Fórum de Saúde Suplementar, estruturado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar conjuntamente com o Conselho Nacional de Saúde, com o propósito de analisar a legislação em vigor e identificar seus prós e contras".[14]

Vale ressaltar, ainda, que vem sendo realizadas várias reuniões entre magistrados, promotores, representantes das operadoras de plano de saúde, médicos etc., com o fim de fomentar o esclarecimento, especialmente dos magistrados, a respeito das regras e contratos relacionados ao setor de saúde suplementar, bem como quanto aos procedimentos médicos, principalmente os de urgência e emergência, para subsidiá-los na concessão de decisões judiciais, mais precisamente no deferimento ou indeferimento de liminares.

Desta forma, infere-se dos marcos propostos que a regulação do Setor de Saúde Suplementar já avançou consideravelmente ao longo de poucas décadas, mas não deve parar por aí, considerando-se que este mercado é dinâmico e sofre muitas variações, principalmente pela influência das constantes mudanças tecnológicas no campo da medicina.

Trata-se de verdadeiro processo em evolução que requer informação, motivo pelo qual a sistematização das informações do setor já permitiu, e ainda permite, atuar de forma mais próxima do real. Se para qualquer mercado regulado a estabilidade jurídica é pré-requisito, para o mercado de planos e seguros de saúde – que cresceu à margem de qualquer regra por mais de quarenta anos – a clareza e a segurança jurídica são fundamentais. Há muito que avançar e consolidar, mas não há dúvida que muito já se caminhou.[15]

3 DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E DA PERSONALIDADE

Direitos fundamentais são os direitos essenciais da pessoa humana previstos na Constituição de um determinado país, os quais podem ser protegidos por meio de

---

[12] DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os Estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995, p. 29.
[13] SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes da. **Doença preexistente nos planos de saúde**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 66.
[14] MARQUES, Claudia Lima. **Saúde e responsabilidade 2**: a nova assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 32.
[15] BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Saúde Suplementar / Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Brasília: CONASS, 2007, p. 15.

instrumentos que asseguram a concretização deles no caso de violação por qualquer pessoa ou ente que seja.

No âmbito internacional, em decorrência de tratados internacionais para assegurar a pessoa humana, são reconhecidos os direitos humanos.

Dentre os direitos fundamentais que se possa conceber, certamente o direito à vida é o principal, o mais essencial, mesmo porque, se a vida de uma pessoa deixou de existir, não há mais que se falar em proteção de qualquer outro direito fundamental.

Silvio Romero assevera que "O direito à vida é reconhecido como o direito mais essencial entre os direitos essenciais, uma vez que sem a vida não há existência da pessoa e do próprio direito da personalidade".[16]

Como não existe direito fundamental absoluto, em ponderação ou balanceamento entre bens jurídicos constitucionalmente protegidos, o direito à vida até pode ter uma preponderância menor em situações muito específicas, em especial se estiver em confronto com a dignidade da pessoa humana, mas normalmente prevalece em relação aos demais direitos fundamentais.

Bruno Miragem leciona que "O direito à vida, [...], antes de ser um direito básico do consumidor, configura-se como direito essencial da personalidade, e direito fundamental consagrado na Constituição da República (artigo 5º, *caput*)" e, como decorrência, "O direito básico à proteção da saúde [...] está intimamente vinculado, como é intuitivo, com a proteção do direito à vida".[17]

O direito à saúde relaciona-se não apenas com a proteção da vida em si, mas também com a qualidade de vida, o que resta evidente no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde, ao definir que a "Saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou outros agravos".[18]

Como o direito à saúde está diretamente relacionado ao direito à vida, e não poderia ser de outra forma, uma vez que, dependendo do dano causado à saúde, a própria vida estará em risco, não resta outro entendimento senão considerá-la como verdadeiro direito fundamental e da personalidade.

---

[16] BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.150.

[17] MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014, p. 197.

[18] ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organização-Mundial-da-Saúde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 1 nov. 2010. A Constituição foi adotada pela Conferência Sanitária Internacional, realizada em Nova York, de 19 de junho a 22 de julho de 1946, assinada em 22 de julho de 1946 pelos representantes de 61 Estados (Atos Oficiais da Organização Mundial da Saúde, n. 2, p. 100.) e está em vigor desde 7 de abril de 1948.

Os direitos fundamentais nasceram para assegurar a proteção das pessoas em função das ofensas dos atos estatais, ao passo que os direitos da personalidade protegem as pessoas nas relações privadas. Nem todos os direitos da personalidade são direitos fundamentais e vice-versa, mas, normalmente, os mesmos direitos podem receber proteção como direitos fundamentais e também como direitos da personalidade.

Obviamente, o direito à saúde é um direito fundamental e da personalidade, pois, se afetado, implica diretamente risco de extinção da vida, que deve ser amplamente protegida e assegurada através de medidas advindas tanto do Poder Público como da iniciativa privada.

Desse modo, as operadoras de plano de saúde ao atuarem no mercado da saúde suplementar jamais se poderão desvincular de uma atuação que preze pela proteção do direito à saúde, especialmente através de contratos e prestadores de serviço que garantam a efetivação deste direito fundamental.

4 O PROBLEMA DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE E A VULNERABILIDADE DOS CONSUMIDORES

É indispensável destacar que o contrato de plano de saúde firmado entre as operadoras e seus clientes é verdadeiro contrato de consumo, redigido sob a forma de contrato de adesão, razão pela qual este instrumento deve respeitar todas as disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor (CDC). Não é demais lembrar, outrossim, que a defesa do consumidor foi elevada à categoria de direito fundamental, previsto no art. 5º, inciso XXXII, c/c art. 170, inciso V, ambos da Constituição Federal de 1988.

Para tanto, todas as cláusulas contratuais deverão se claras, em especial aquelas que implicarem exclusão de coberturas, pois deverão ser redigidas com destaque, como forma de restarem evidentes ao consumidor, e de maneira a permitir a compreensão. Na dúvida, elas deverão ser interpretadas da maneira mais favorável ao consumidor, conforme se infere da legislação consumerista.

Com efeito. Conforme dispõem o art. 6º, inciso III, c/c o art. 46, ambos do CDC, é direito do consumidor, nos negócios jurídicos que vier a celebrar, o de ter conhecimento prévio, adequado, claro e preciso das cláusulas referentes a produtos e serviços que contratar:

> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
> [...]
> III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

> [...].
> Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.[19]

Outrossim, nos termos estabelecidos no art. 54, §§ 3º e 4º, do CDC, as cláusulas contratuais restritivas de direitos dos consumidores em contratos de adesão devem ser expressamente destacadas e ser de fácil compreensão, o que deve ocorrer também com as coberturas dos planos de saúde:

> Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.
> [...].
> § 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor
> § 4° As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.[20]

Até mesmo o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento de que o Código de Defesa do Consumidor aplica-se aos contratos de plano de saúde, conforme se verifica no teor da Súmula 469, após vários precedentes no mesmo sentido[21].

De forma lógica, a evidenciar no contexto legal esta exegese, a Lei 9.656/98[22], ao discriminar as coberturas mínimas obrigatórias a serem fornecidas pelas operadoras, estabelece proteção específica para os consumidores dos planos e seguros de saúde, em adição ao estabelecido no Código de Defesa do Consumidor.

Não poderia ser diferente, pois os contratos de plano de saúde apresentam características peculiares, uma vez que possuem grande relevância social, importam a promoção e proteção da vida e da saúde do consumidor, relacionando-se com a proteção da pessoa humana.

---

[19] BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. [Código de defesa do Consumidor]. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **DOU**, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 16 ago. 2015.

[20] BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. [Código de Defesa do Consumidor]. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **DOU**, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 16 ago. 2015.

[21] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. Súmula 469: "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde". Brasília, 13 de outubro de 2010. **DJe**, 25 out. 2010. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=false&t=JURIDICO&l=10&i=73>. Acesso em: 16 ago. 2015.

[22] BRASIL. Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre planos e seguros privados de assistência à saúde. **DOU**, Brasília, 04 jun. 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9656.htm>. Acesso em: 16 ago. 2015.

No cumprimento prático do negócio jurídico, constata-se uma vulnerabilidade ainda mais evidente do consumidor, na medida em que ele está passando por uma doença e necessita de instrumentos para o seu restabelecimento, além da prestação do serviço estar diretamente relacionada ao direito fundamental à saúde e à vida.[23]

Ao elaborarem os seus contratos de plano de saúde, as operadoras devem respeitar as disposições contidas na Lei 9.656/98 e nas normativas editadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, sob pena de serem autuadas e, consequentemente, serem multadas conforme as infrações que cometerem.

Percebe-se uma aplicação convergente da referida legislação com o Código de Defesa do Consumidor, muito embora a própria Lei 9.656/98 determine, em seu artigo 35-G, que aos contratos firmados entre as operadoras e seus usuários sejam aplicadas apenas subsidiariamente as disposições contidas no CDC.[24]

A doutrina majoritária entende que esta redação da lei não parece ser a mais correta, uma vez que ela não deveria falar em aplicação subsidiária, mas sim aplicação complementar entre ambas, uma vez que "o CDC não deve ser aplicado apenas quando a Lei 9.656/98 não disponha sobre o tema em específico, senão que devem ambas as leis guardar coerência lógica, orientada pela finalidade de proteção do consumidor [...]".[25]

De qualquer forma, o Código de Defesa do Consumidor, na medida em que protege direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, jamais poderá ser preterido na interpretação convergente com qualquer legislação que seja, mesmo em se tratando de lei específica a respeito do tema.

Destarte, as cláusulas contidas nos contratos de plano de saúde em desacordo com a legislação consumerista deverão ser consideradas abusivas e declaradas nulas no caso de eventual discussão em demanda judicial, especialmente aquelas que excluam procedimentos médicos indispensáveis para o restabelecimento da saúde dos usuários de plano de saúde ou que agravem o risco de danos à saúde ou até mesmo de morte, a exemplo das cláusulas que excluam da cobertura contratual os procedimentos não previstos no Rol de Procedimentos da ANS, conforme se analisará no tópico seguinte.

---

[23] MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2014, p. 421.

[24] BRASIL. Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre planos e seguros privados de assistência à saúde. **DOU**, Brasília, 04 jun. 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9656.htm>. Acesso em: 16 ago. 2015.

[25] MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014, p. 421.

De qualquer forma, verifica-se que, apesar da proteção conferida ao consumidor, da submissão dos contratos às diretrizes da legislação consumerista e às leis que regulamentam a atuação das operadoras de plano de saúde, muitos usuários de planos de saúde não chegam sequer adquirir o conhecimento adequado a respeito das regras. Muitos deles deixam de recorrer às vias ordinárias para concretizarem o exercício de seus direitos, fato que pode ser constatado em função do número reduzido de demandas judiciais se comparado ao universo de consumidores de plano de saúde existentes no Brasil.

5 A SUBMISSÃO DO DIREITO PRIVADO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

No mundo, a Constituição de cada país, a exemplo do Brasil, é que estabelece as diretrizes que vão direcionar a aplicação dos direitos fundamentais. Numa breve análise, é possível perceber, em vários Estados, que os direitos fundamentais estão baseados no princípio da dignidade da pessoa humana, assim como a efetivação dos direitos privados também está submetida à interpretação em conformidade com a Constituição.

Nesse sentido, Konrad Hesse afirma que a primazia do Direito Constitucional em relação a todo o restante do Direito interno é "pressuposto da função constitucional como ordem jurídica fundamental da comunidade", razão pela qual o Direito Constitucional não pode ser excluído nem alterado por lei infraconstitucionais, ou por qualquer previsão do ordenamento jurídico.[26]

Os direitos privados começaram a ser constitucionalizados e receberem forte influencia dos direitos fundamentais, especialmente após o surgimento do neoconstitucionalismo que se deu após a Segunda Guerra Mundial.

O Estado, de mero garante da liberdade e da autonomia dos indivíduos, tornou-se responsável por efetivar políticas públicas para garantir igualdade e instrumentalizar a proteção dos direitos fundamentais, cada vez com maior intervenção na esfera privada, inclusive para atuar ativamente no domínio econômico e social[27], de maneira a assegurar uma função social do Direito.

---

[26] HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 8-9.

[27] GOEDERT, Rubia Carla; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A constitucionalização do direito privado, os direitos fundamentais e a vinculação dos particulares. In: **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**. Maringá: Unicesumar, v. 12, n. 2, jul./dez. 2012, p. 463-479.

É importante destacar que um dos principais acontecimentos no campo da evolução constitucional é o da constitucionalização em razão da imposição da supremacia da Constituição e da consideração da forma normativa dos princípios e valores e todo o ordenamento jurídico. Este acontecimento, apesar de verificado em quase todos os sistemas jurídicos constitucionais hodiernos, desempenha especial importância no âmbito da incidência dos direitos fundamentais sobre os diversos ramos do Direito [...].[28]

Apesar de na Alemanha, nos demais Estados da Europa e até no campo do Direito Internacional haver discussão há anos acerca das relações entre o Direito Privado e os direitos fundamentais, no Brasil cuida-se de tema relativamente novo.[29]

Na prática, constata-se que somente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 é que se começou a dar ênfase à proteção dos direitos fundamentais e à vinculação de maneira subordinada do Direito Privado, a exemplo do observado no art. 5º, XXIII, ao prever que a propriedade atenderá a sua função social. Referida norma, vale notar, inspirou o princípio de que o contrato também atenderá a sua função social, em perfeita e adequada consonância do Código Civil de 2002 com a Constituição Federal de 1988.

Nesta esteira, Daniel Sarmento assevera que, na ordem jurídica brasileira, os direitos individuais consagrados na Constituição vêm sendo aplicados de forma direta na relações privadas.[30]

Assim, com a constitucionalização do Direito Privado, os contratos passaram a ter que respeitar as diretrizes constitucionais e todos os direitos fundamentais ali previstos.

Neste sentido, os contratos firmados entres operadoras de plano de saúde e seus consumidores devem guardar, diretamente, a característica do devido respeito aos direitos fundamentais e da personalidade, ainda que em relação típica de Direito Privado, em razão de uma verdadeira eficácia horizontal dos direitos fundamentais essenciais.

Consequentemente, em face da ordem pública, as cláusulas dos contratos de plano de saúde que estejam em desacordo com os princípios previstos na Constituição poderão e deverão ser declaradas inconstitucionais em razão da supremacia dos direitos fundamentais e da personalidade em detrimento do direito privado desconexo, independentemente da clareza das disposições ou do respeito à legislação que regulamenta a atuação das operadoras de plano de saúde.

---

[28] SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 13-14.
[29] SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 13-14.
[30] SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais nas relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 297.

6 O ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS COMO RELAÇÃO MERAMENTE EXEPLIFICATIVA

Entre as várias atribuições da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), está a elaboração e edição do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que, no final de 2013, foi atualizado pela Resolução Normativa nº 338, confeccionada pela Diretoria Colegiada da ANS.

A Resolução, logo no seu preâmbulo, estabelece que o Rol constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999, além de fixar diretrizes de atenção à saúde.[31]

A ANS, periodicamente, realiza estudos através de seus profissionais da área de saúde para averiguar a necessidade de incluir no Rol os novos procedimentos decorrentes do avanço da medicina e, quando se conclui pela inclusão, ela o faz através da edição de resoluções normativas que atualizam o referido documento, a partir do qual as operadoras, consequentemente, passam a ser obrigadas a oferecer coberturas para os novos procedimentos inseridos no Rol.

Parece que a maioria das operadoras do país vem, na prática, cumprindo com sua obrigação de disponibilizar os procedimentos previstos no Rol da ANS, bem como aqueles que vão sendo incluídos com o passar dos anos, com exceção dos casos de insuficiência de médicos ou estabelecimentos de saúde em sua rede de prestadores credenciados, demoras no agendamento de consultas, de cirurgias e situações similares.

As operadoras, neste caso na sua totalidade, têm interpretado o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde de forma taxativa, ou seja, no sentido de que elas estariam obrigadas a oferecer cobertura somente para os procedimentos ali listados. Nesse aspecto, não é demais esclarecer que, se determinada operadora de plano de saúde negar a certo consumidor procedimento que não está previsto no Rol, tal atitude não será considerada infração às normas da ANS e ela não será autuada ou multada.

---

[31] BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS. **Resolução Normativa - RN n. 338, de 21 de outubro de 2013**. Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999; fixa as diretrizes de atenção à saúde; revoga as Resoluções Normativas - RN nº 211, de 11 de janeiro de 2010, RN nº 262, de 1 de agosto de 2011, RN nº 281, de 19 de dezembro de 2011 e a RN nº 325, de 18 de abril de 2013; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=2591>. Acesso em: 30 abr. 15.

Considerando que os contratos de plano de saúde possuem uma finalidade específica de prestação de saúde em seus mais variados aspectos, não parece correta, todavia, a interpretação de que a relação de procedimentos ali contida seria taxativa, pois, ao contrário, ela deveria ser considerada meramente exemplificativa, no sentido de estabelecer um padrão mínimo de cobertura, sempre levando em conta que, dependendo da patologia que venha a acometer o consumidor, a operadora estaria obrigada a oferecer cobertura para o procedimento indicado pelo profissional médico, mesmo se não previsto no documento mencionado.

Mostra-se extremamente razoável considerar abusivas as cláusulas dos contratos de plano de saúde que excluam da cobertura os procedimentos que não estão previstos no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde editados pela ANS.

Nesta esteira, Bruno Miragem esclarece essa condição especial dos contratos de plano de saúde ao assim lecionar:

> Não se perca de vista que os contratos de assistência ou de seguro de saúde revestem-se da finalidade precípua de responder pelos custos de tratamento médico-hospitalar ou procedimental de prevenção a riscos da saúde dos consumidores. Neste sentido se apresenta a abusividade de suas cláusulas contratuais que, ao restringir a cobertura do plano, criando obstáculos à realização de certos procedimentos, comprometem a satisfação do interesse útil do contrato que é a manutenção ou promoção da saúde do segurado.[32]

Noutro giro, mesmo se o referido Rol fosse considerado taxativo e as operadoras obrigadas a cobrir somente os eventos ali discriminados, sem estarem cometendo qualquer tipo de abusividade por isso, haveria uma outra dificuldade: os contratos de plano de saúde, na cláusula que exclui procedimentos não previstos no Rol, não listam quais seriam os procedimentos excluídos, mas apenas dispõem de forma genérica acerca da não cobertura para procedimentos que estejam discriminados no referido documento, conforme se infere do próprio modelo de contrato disponibilizado pela ANS em sua página na *internet*, padrão que deve ser seguido pelas operadoras do país.

Como analisado alhures, o consumidor tem o direito de ser informado, em cláusulas contratuais, de forma clara, precisa e expressa acerca das efetivas coberturas do respectivo plano de saúde.

Desse modo, por qualquer ângulo que se analise a questão, infere-se que as cláusulas dos contratos de plano de saúde que excluem da cobertura os procedimentos não listados no

[32] MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014, p. 431-432.

Rol de Procedimentos da ANS são abusivas e ferem os direitos do contratantes de plano de saúde. Não é outro o entendimento majoritário tanto da doutrina quanto da jurisprudência.

7 DA RESPOSTA DO PODER JUDICIÁRIO ÀS NEGATIVAS ABUSIVAS RELACIONADAS AOS EVENTOS NÃO CONTIDOS NO ROL DA ANS

É preciso ressaltar que as operadoras de plano de saúde, ao atuarem no mercado de saúde suplementar, assim o fazem a título de *longa manus*, como se fossem um braço do Estado, este sim o primeiro responsável por promover a saúde de forma ampla e com alcance de todos os nacionais. Portanto, ao se lançarem no mercado da saúde suplementar, as operadoras, por meio de seus representantes, não podem perder de vista que estão fazendo as vezes daquele que tem o dever de prestar direito fundamental, razão pela qual elas também, ainda que de forma indireta, propõem-se a oferecer direito de caráter fundamental, que não pode ser negado de maneira a desvirtuar o objetivo principal e implícito dos contratos de plano de saúde, mesmo que com respaldo em cláusulas contratuais.

Vale destacar, outrossim, que os consumidores dos serviços prestados pelas operadoras de plano de saúde são vulneráveis do ponto de vista do Código de Defesa do Consumidor, em comparação com as grandes empresas que atuam no mercado de saúde suplementar, motivo pelo qual, na maioria das vezes, só lhes resta socorrerem-se do Poder Judiciário para proteger e garantir seu direito à saúde, a exemplos das ações para cobertura de materiais importados, procedimentos de urgência/emergência em período de carência, eventos não previstos no Rol da ANS, etc.

A atuação das empresas de planos de saúde em detrimento do direito dos consumidores é descrita por Scarpino Júnior e Sebastião Silveira, ao apontarem a contradição entre a falta da limitação por parte da ANS em limitar a venda dos planos de saúde e a correspondente logística comercial das operadoras de saúde em restringir as coberturas a ponto de, até mesmo, modificarem a execução de contratos já consolidados no tempo, o que acarreta comportamento contraditório vedado em face da incidência do princípio da boa-fé.[33]

O Poder Judiciário, desde a primeira instância, passando pelos Tribunais de Justiça, Turmas Recursais, até o Superior Tribunal de Justiça, manifesta-se a respeito de procedimentos negados pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde,

[33] SCARPINO JÚNIOR, Luiz Eugênio; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. Acesso à saúde privada como ferramenta de cidadania: a aplicação do comportamento contraditório em face dos planos de saúde. In: **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**. Maringá: Unicesumar, v. 14, n. 1, jan./jun. 2014, p. 73-91.

especialmente de forma efetiva através da concessão de antecipações dos efeitos da tutela, bem como prolatando sentenças favoráveis aos consumidores e, ainda, concedendo indenizações a título de danos morais.

Recentemente, desembargadores da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná manifestaram-se no sentido de que o Rol de Procedimento da ANS não deve ser considerado taxativo, conforme reprodução parcial do acórdão a seguir:

> O Rol de Procedimentos Médicos da Agência Nacional de Saúde Suplementar não é taxativo em relação aos procedimentos nele previstos, uma vez que constitui mera referência para cobertura assistencial dos planos de saúde, sendo, inclusive, atualizado periodicamente, conforme Resolução n. 167, de 09/01/2007. De outra forma não poderia ser, porquanto notória a celeridade da ciência médica, cuja evolução não pode ficar adstrita a regulamentações de seus procedimentos em rol específico de cobertura assistencial do plano, pois o direito à vida e à saúde, constitucionalmente a todos assegurados, sobrepõem-se às atualizações periódicas de procedimentos médicos por órgão governamental.[34]

Não é demais mencionar que este entendimento repete-se nas Turmas Recursais e nos demais Tribunais Estaduais do país.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se manifestou nos seguintes termos:

> Entende-se por abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento prescrito para garantir a saúde ou a vida do beneficiário, porque 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.[35]

Na decisão do STJ, é importante destacar que, até mesmo diante da existência de cláusula contratual prevendo a exclusão de determinado procedimento, considerou-se abusiva a exclusão de procedimento que objetivava restabelecer a saúde do paciente, percebendo-se a ênfase no objeto *sui generis* do contrato de plano de saúde.

Em outra oportunidade, o STJ manifestou-se da seguinte forma:

> Recusa indevida, pela operadora de plano de saúde, da cobertura financeira do tratamento médico do beneficiário (gastroplastia por videolaparoscopia). Ainda que admitida a possibilidade de previsão de cláusulas limitativas dos direitos do consumidor (desde que escritas com destaque, permitindo imediata e fácil compreensão), revela-se abusivo o preceito do contrato de plano de saúde excludente do custeio dos meios e materiais necessários ao melhor desempenho do

---

[34] PARANÁ (Estado). Tribunal de Justiça. **Ap. 1.297.306-7**. Relator: Desembargador Domingos José Perfetto. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/consulta-2grau>. Acesso em: 07 maio 2015.

[35] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp. 1.500.631**. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Agravane: GEAP Auto Gestão em Saúde. Agravado: Luzia Vidal de Almeida. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=46244442&num_registro=201402891814&data=20150415&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 07 maio 2015.

> tratamento clínico ou do procedimento cirúrgico coberto ou de internação hospitalar. Precedentes. Aplicação da Súmula 83/STJ.[36]

Ante a breve análise das decisões mencionadas, pode-se constatar que o Poder Judiciário vem respondendo aos anseios dos consumidores de plano de saúde ao prolatar decisões que prezam pela proteção do direito à saúde, independentemente das previsões de exclusão para cobertura de determinados procedimentos.

Considerando, no entanto, que as operadoras continuam a manter, nos contratos de adesão, cláusulas abusivas do ponto de vista do CDC, a exemplo da que exclui eventos médicos não previstos no Rol de Procedimentos da ANS, o Poder Judiciário, ao perceber que as decisões desfavoráveis aos planos de saúde, inclusive com a fixação de indenização a título de danos morais, não estavam surtindo o efeito esperado, decidiu por começar a aplicar a figura do dano moral coletivo.

O dano moral coletivo pode ser conceituado conforme matéria publicada no sítio do Superior Tribunal de Justiça na *internet*, a seguir reproduzida parcialmente:

> O dano moral coletivo é a lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de valores coletivos, atingidos injustificadamente do ponto de vista jurídico. Essas ações podem tratar de dano ambiental (lesão ao equilíbrio ecológico, à qualidade de vida e à saúde da coletividade), desrespeito aos direitos do consumidor (por exemplo, por publicidade abusiva), danos ao patrimônio histórico e artístico, violação à honra de determinada comunidade (negra, judaica, japonesa, indígena etc.) e até fraude a licitações.

Assim, o próprio STJ preservou decisão que determinou ao plano de saúde comercializado pela Santa Casa de Misericórdia de Juiz de Fora, no Estado de Minas Gerais, a indenizar consumidores que pagaram por próteses imprescindíveis à efetivação de cirurgia de angioplastia e, ainda, a pagar danos morais coletivos no valor de R$ 100.000,00 para o Fundo Municipal de Direitos do Consumidor.[37]

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

---

[36] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AResp. 549.831-RS**. Relator: Ministro Marco Buzzi. Agravante: UNIMED Porto Alegre Sociedade Cooperativa de Trabalhos Médicos Ltda. Agravados: César Antônio da Rocha Meirelles; Carmen da Rocha Meirelles. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=45293329&num_registro=201401769335&data=20150311&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 07 maio 2015.

[37] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Notícias**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/Print/pt_BR/noticias/noticias/%C3%9Altimas/Plano-de-sa%C3%BAde-%C3%A9-condenado-a-indenizar-consumidores-por-pr%C3%B3teses-ard%C3%ADacas>. Acesso em: 05 maio 2015.

O cenário atual permite inferir que muito já se avançou no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, a exemplo da proteção conferida ao direito à saúde e aos consumidores que usufruem deste benefício. Basta observar o art. 196 da Constituição Federal de 1988, a legislação consumerista e a legislação que regulamenta a atuação das operadoras de plano de saúde.

O Poder Judiciário vem atuando com o objetivo de assegurar a concretização dos direitos fundamentais e da personalidade, a exemplo das decisões desfavoráveis prolatadas contra as operadoras de plano de saúde, inclusive com a fixação de danos morais coletivos.

Ao se analisar o mercado de saúde suplementar percebe-se que, em decorrência da vulnerabilidade dos consumidores de plano de saúde, as operadoras continuam a agir de forma abusiva ao elaborar contratos com cláusulas abusivas e ao negar procedimentos diretamente relacionados ao restabelecimento da saúde de seus usuários, desvirtuando o verdadeiro objeto dos contratos, que é a prestação de saúde da forma mais ampla possível.

Especificamente quanto aos procedimentos não previstos no Rol da ANS, as operadoras continuam a negar esses eventos médicos, apesar da indicação médica de seus próprios profissionais credenciados, o que vem sendo repelido pelas decisões judiciais em todas as instâncias.

Não é demais destacar que a própria Agência Nacional de Saúde permite a confecção de contratos que contenham cláusulas que excluam da cobertura obrigatória os procedimentos que não estão contemplados no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde editado pela Agência, razão pela qual as operadoras não sofrem qualquer sanção administrativa ao agirem desta forma.

Destarte, apesar dos avanços na legislação e da atuação do Poder Judiciário em defesa do direito fundamental à saúde, ainda é necessário muito esforço na efetivação do direito fundamental à saúde no âmbito da saúde suplementar, considerando que muitos consumidores não têm conhecimento da legislação, outros acabam aceitando as negativas que são apresentadas pelas operadoras de plano de saúde e vários preferem não acionar a justiça. Além disso, conforme já mencionado, a própria ANS, que foi criada justamente para fiscalizar e coibir atitudes ilegais e abusivas por parte das operadoras, permite a negativa de cobertura para procedimentos excluídos do contrato, a exemplo dos não previstos no Rol, ainda que tal atitude afronte diretamente o objetivo principal dos contratos, que é a promoção da saúde como um direito fundamental.

De qualquer modo, infere-se, conforme se verifica na doutrina e na jurisprudência a respeito do tema, que o famigerado Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde editado e

atualizado periodicamente pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, trata-se de uma previsão não taxativa, na medida em que pode ser complementada de acordo com a indicação médica, razão pela qual não pode servir de base para negativas abusivas perpetradas pelas operadoras de plano de saúde, sob pena de ferir diretamente o direito fundamental à saúde protegido pela Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**. 2 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

BRASIL. Constituição (1934) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. **DOU**, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-1934-16-julho-1934-365196-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 16 ago. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas constitucionais nºs 1/1992 a 88/2015, pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/1994. 46. ed. Brasília: Câmara dos Deputados; Edições Câmara, 2015. (Série textos básicos: n. 109). Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao1988.html>. Acesso em: 02 jul. 2015.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. [Código de defesa do Consumidor]. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **DOU**, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 16 ago. 2015.

BRASIL. Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre planos e seguros privados de assistência à saúde. **DOU**, Brasília, 04 jun. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9656.htm>. Acesso em: 16 ago. 2015.

BRASIL. **Conselho Nacional de Secretários de Saúde**. Saúde Suplementar / Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Brasília: CONASS, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. Súmula 469: "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde". Brasília, 13 de outubro de 2010. **DJe**, 25 out. 2010. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=false&t=JURIDICO&l=10&i=73>. Acesso em: 16 ago. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Resp. 1.500.631**. Relator: Des. Moura Ribeiro. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial

=46244442&num_registro=201402891814&data=20150415&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 07 maio 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AResp. 549.831**, Relator: Des. Marco Buzzi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=45293329&num_registro=201401769335&data=20150311&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 07 maio 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Notícias**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/Print/pt_BR/noticias/noticias/%C3%9Altimas/Plano-de-sa%C3%BAde-%C3%A9-condenado-a-indenizar-consumidores-por-pr%C3%B3teses-ard%C3%ADacas>. Acesso em: 05 maio 2015.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS. **Resolução Normativa - RN n. 338**, de 21 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=2591>. Acesso em: 30 abr. 15.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os Estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995.

ELIAS, Paulo Eduardo. **SUS**: O que você precisa saber sobre o Sistema Único de Saúde. São Paulo: Atheneu, 2008, v. 1.

GOEDERT, Rubia Carla; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A constitucionalização do direito privado, os direitos fundamentais e a vinculação dos particulares. *In*: **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**. Maringá: Unicesumar, v. 12, n. 2, jul./dez. 2012, p. 463-479.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**: textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES, Claudia Lima. **Saúde e responsabilidade 2**: a nova assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organização-Mundial-da-Saúde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 1 nov. 2010.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Ap. 1.297.306-7**, Relator: Desembargador Domingos José Perfetto. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/consulta-2grau>. Acesso em: 07 maio 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais nas relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCARPINO JÚNIOR, Luiz Eugênio; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. Acesso à saúde privada como ferramenta de cidadania: a aplicação do comportamento contraditório em face dos planos de saúde. *In*: **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 14, n. 1, jan./jun. 2014, p. 73-91.

SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes da. **Doença preexistente nos planos de saúde**. São Paulo: Saraiva, 2009.