

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II**

**ENEÁ DE STUTZ E ALMEIDA**

**FLAVIA PIVA ALMEIDA LEITE**

**LUCAS GONÇALVES DA SILVA**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**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

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

D598

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Eneá De Stutz E Almeida, Flavia Piva Almeida Leite, Lucas Gonçalves da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-180-7

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias Fundamentais. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



# XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

## DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

---

### **Apresentação**

O XXV Encontro Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – em parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, com a Universidade Católica de Brasília – UCB, com o Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP, ocorreu na Capital Federal entre os dias 6 e 9 de julho de 2016 e teve como tema central DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção e estabelecendo um fio condutor evolutivo para os mesmos.

No caso concreto, assim aconteceu com o GT DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II. Coordenado pelos professores Eneá De Stutz E Almeida, Flavia Piva Almeida Leite e Lucas Gonçalves da Silva, o referido GT foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados no presente e-book, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido também a maior atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Como o ato de classificar depende apenas da forma de olhar o objeto, a partir da ordem de apresentação dos trabalhos no GT (critério de ordenação utilizado na lista que segue), vários grupos de artigos poderiam ser criados, como aqueles que lidam com: questões de raça, religião e gênero (#####), concretização de direitos fundamentais (#####), liberdade de expressão e reunião (#####), teoria geral dos direitos fundamentais (#####) e temas multidisciplinares que ligam os direitos fundamentais a outros direitos (#####)

1. A CONCRETIZAÇÃO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DIANTE DO DIREITO E GARANTIA FUNDAMENTAL DE PARTICIPAÇÃO EM PROCESSO DE ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR
2. O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO HUMANO E A REALIZAÇÃO DO PROJETO DE VIDA
3. DIREITOS FUNDAMENTAIS E TRIBUTAÇÃO: COMO PROMOVER O COMBATE À DESIGUALDADE SOCIAL NO CENÁRIO PÓS-CRISE DE 2008.
4. O DIREITO A SAÚDE E A VIDA - JUDICIALIZAÇÃO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO REGISTRADOS NA ANVISA
5. ENSAIO CLÍNICO COM MEDICAMENTOS NO BRASIL: A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA NO CASO DOS PACIENTES EM SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA OU URGÊNCIA.
6. MERCADO DE TRABALHO FORMAL E DESIGUALDADE DE GÊNERO: DAS COTAS LEGAIS À RESSIGNIFICAÇÃO CULTURAL
7. A GLOBALIZAÇÃO COMO FUNDAMENTO DE LEGITIMIDADE PARA PRIVATIZAÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS NA AMAZÔNIA X FUNÇÃO SOCIAL DA ÁGUA
8. LIBERDADE E REPRESENTATIVIDADE DO EMPREGADO NO ATUAL MODELO SINDICAL BRASILEIRO: PROPOSTAS PARA A DIGNIDADE
9. IMPLICAÇÕES JURÍDICAS NA ALTERAÇÃO DE PRENOME E GÊNERO NO REGISTRO CIVIL DE TRANSEXUAL NÃO OPERADO

10. A EMERGÊNCIA DA PAZ COMO NORMA JURÍDICA: A NOVA DIMENSÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL

11. A DISPENSABILIDADE DE ORDEM JUDICIAL PARA QUE O FISCO TENHA ACESSO AOS DADOS BANCÁRIOS DOS CONTRIBUINTES E OS REFLEXOS NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À INTIMIDADE E SIGILO DE DADOS

12. A DIMENSÃO ESTRUTURAL DAS NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL: OS CRITÉRIOS TRADICIONAIS PARA A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS E A BUSCA PELA MAIOR RACIONALIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS

13. A DESOBEDIÊNCIA CIVIL E DISCURSOS JURÍDICOS DO DIREITO FUNDAMENTAL DO ABORTO DE FETO COM MICROCEFALIA

14. A DECISÃO DE CONSTITUCIONALIDADE NO JULGAMENTO DA ADI Nº. 3.421 /PR E A EFETIVIDADE DE DIREITO FUNDAMENTAL

15. A CONSTRUÇÃO EMPÍRICA DA IDENTIDADE SOCIAL COMO FUNDAMENTO PARA O DIREITO À PROPRIEDADE: O QUILOMBO SACOPÃ.

16. O USO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE EM AÇÕES INDENIZATÓRIAS: UM ESCUDO RETÓRICO DE SOFISTICAÇÃO PARA O SUBJETIVISMO IMPLÍCITO NAS DECISÕES JUDICIAIS

17. A (IN)EFETIVIDADE DO ESTADO NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALTERNATIVAS E SOLUÇÕES PARA O CUMPRIMENTO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

18. OCUPAÇÃO DE ESCOLAS EM SÃO PAULO VERSUS DIREITO DE LIBERDADE DE REUNIÃO: O PROBLEMA DOS LIMITES NO EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

19. OS MÉTODOS DE DECISÃO ADOTADOS PELA TEORIA DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL EM CASOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A IMPLICAÇÃO PARA A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

20. REFLEXÕES SOBRE O CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE GREGORIO PECES-BARBA

21. REFLEXOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL NOS CASOS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

22. SER OU NÃO SER CHARLIE: REFLEXÕES A RESPEITO DE LIBERDADES ESCALONADAS EM AMBIENTE DE SOCIEDADE INFORMACIONAL

23. SOBERANIA NA AMAZÔNIA: GLOBALIZAÇÃO, ACESSO À ÁGUA DOCE E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

24. SURVEILLANCE E O DIREITO FUNDAMENTAL A PRIVACIDADE PARA INFÂNCIA BRASILEIRA NA INTERNET

25. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE ATRAVÉS DA RECUSA INDEVIDA PELAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE QUANTO AS COBERTURAS DE TRATAMENTOS MÉDICO FORA DO ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS

26. TRATAMENTO PALIATIVO COMO FORMA ASSECURATÓRIA DE UMA MORTE DIGNA

Finalmente, deixa-se claro que os trabalhos apresentados no GT DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II, acima relatados, foram contemplados na presente publicação, uma verdadeira contribuição para a promoção e o incentivo da pesquisa jurídica no Brasil, consolidando o CONPEDI, cada vez mais, como um ótimo espaço para discussão e apresentação das pesquisas desenvolvidas nos ambientes acadêmicos das pós-graduações.

Desejamos boa leitura a todos.

Profa. Dra. Eneá De Stutz E Almeida - UNB

Profa. Dra. Flavia Piva Almeida Leite - FMU

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

**VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE ATRAVÉS DA RECUSA INDEVIDA PELAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE QUANTO AS COBERTURAS DE TRATAMENTOS MÉDICO FORA DO ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS**

**VIOLATION DU DROIT FONDAMENTAL DE LA SANTÉ PAR LES ENTREPRISES DE PLANS DE SANTE RAPPORT LA COUVERTURE DES TRAITEMENTS MÉDICAUX DE PROCEDURES ANS ROL**

**Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias <sup>1</sup>**  
**Cristiana Maria Santana Nascimento <sup>2</sup>**

**Resumo**

O presente artigo busca analisar a problemática referente a negativa dos planos de saúde ao não concederem tratamentos médicos específicos às pessoas que sofrem de doenças, sob o argumento de não constarem no Rol de procedimentos da ANS, implicando na violação ao direito à saúde. Este artigo demonstra a abusividades das cláusulas impostas nos contratos de planos de saúde, ocasionando no desvirtuamento do contrato, bem como no desrespeito ao consumidor. Portanto, faz-se necessário uma abordagem investigativa, por meio de doutrinas, leis e especialmente, analisar as decisões judiciais acerca do tema em destaque no ramo do direito civil contemporâneo.

**Palavras-chave:** Constituição, Direito à saúde, Direito fundamental social, Saúde suplementar, Cláusulas contratuais

**Abstract/Resumen/Résumé**

Cet article vise à analyser les problèmes liés aux plans de santé négatifs de ne pas accorder des traitements médicaux spécifiques aux personnes souffrant de syndromes rares , sous la ne semble pas l'argument dans les procédures par l'(ANS ce qui implique la violation du droit à la santé. Cet article montre les clauses imposées dans les contrats , ce qui entraîne une distorsion du marché , ainsi que le manque de respect pour le consommateur. Par conséquent ,, l'analyse des décisions judiciaires sur le thème majeur dans le domaine du droit civil contemporain.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Constitution, Droit à la santé, Droit social fondamental, Santé complémentaire, Clauses contractuelles

---

<sup>1</sup> Professora Efetiva Adjunto UFS, Professora Direito Civil FANESE, Advogada, Pós Graduada em Direito pela Escola Paulista da Magistratura , Mestre e Doutora PUC/SP

<sup>2</sup> Advogada, Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho e Mestranda em Direito Constitucional UFS/SE

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem finalidade refletir sobre o direito à saúde como um direito fundamental a todos constitucionalmente garantido, pois se trata de um direito público subjetivo, disposto no artigo 196 da Constituição Federal:

Art. 196: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Nesse sentido, a saúde é um direito fundamental indispensável. O processo constitucional implantado nos países da América Latina reflete mudanças na organização do estado, principalmente com a efetiva participação popular, na garantia dos direitos fundamentais com a maior integração social.

Em decorrência da importância sobre a matéria, busquei respaldo sobre o tema por meio de leitura de artigos científicos, fontes primárias, revistas especializadas, e observamos, entre outras que serão abordadas neste artigo.

A Constituição Federal de 1988 contribuiu para a reestruturação dos direitos fundamentais que a partir dela, os ramos do direito são objetos de valores constitucionais com um caráter axiológico.

O que se pretende neste artigo é analisar basicamente o direito fundamental à saúde como instrumento para coibir a prática abusiva quando à resistência das operadores de saúde em negar os tratamentos não obtidos no rol da ANS. Nele também estuda o surgimento do sistema de saúde suplementar para planos e seguros de saúde privados.

Com o avanço da legislação e do ordenamento jurídico, a pesquisa será utilizada por meio de métodos como ordem pedagógica no processo racional e determinado para o conhecimento ou demonstração de como procederemos para chegar a um determinado fim. As metodologias adotadas neste artigo terão como base a aplicação do método indutivo capaz de revestir e garantir de maneira racional, indo além da interpretação das leis e de pesquisa metodológica qualitativa precedida em pesquisas bibliográfica, avaliando livros, periódicos e jurisprudências vinculados à temática.

Tais afirmações vêm enquadradas em primeiro momento, sobre as considerações sobre o direito fundamental à saúde, em seguida como são analisadas as praticas abusivas cláusulas abusivas nos contratos de plano de saúde e a vulnerabilidade dos consumidores. Em

terceiro momento, após as considerações, será apresentada a resposta do poder judiciário às negativas abusivas relacionadas aos eventos não contidos no rol da ANS.

## **1. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE**

A repercussão clássica dos direitos fundamentais traz um sentido de assegurar bens jurídicos e ações das pessoas em face das violações estatais, deixando o cidadão em determinadas posições jurídicas essenciais garantidas numa constituição escrita. (DUQUE, p 50, 2014)

Essa proteção à pessoa como garantia da sua dignidade se faz presente desde a Constituição de Weimer<sup>1</sup> direcionada ao método de interpretação. Trata-se da ideia de que para caracterizar os direitos fundamentais não é “só uma questão de título, ou de nomenclatura, é a questão em torno do conteúdo de uma disposição constitucional, questão essa que direciona o método de interpretação”. (DUQUE, p. 51, 2014)

No tocante a classificação dos direitos fundamentais, a Constituição Federal elenca nos seus dispositivos os direitos individuais e coletivos, sociais, de nacionalidade, políticos, de organização em partidos políticos e os demais implícitos no corpo do texto constitucional, como por exemplo, direitos à educação, econômicos, à saúde.

Os direitos fundamentais têm inúmeras funções desde o Estado Liberal, passando pelo Estado Social até o Estado Democrático de Direito e para quem é adepto classificar os direitos fundamentais em dimensões ou gerações, é importante destacar, segundo as lições de Bernardo Gonçalves Fernandes que com “o desenvolver das gerações ou dimensões os direitos vão surgindo e se agregando à tabua de direitos e garantias fundamentais adquirindo assim novas facetas frente ao devir social e constitucional” (FERNANDES, 2012, p.318).

No Estado Liberal, o reconhecimento dos direitos fundamentais nas constituições escritas parte da perspectiva individualista, como direitos do indivíduo frente ao Estado, atuando como direitos de defesa. Nesse sentido, os direitos à vida, à liberdade, à igualdade assumem relevância perante a lei, assim como a gama de direitos à liberdade, por exemplo, liberdade de expressão, liberdade de imprensa, manifestação, reunião, entre outros. (SARLET, p. 260, 2012)

Com o advento do Estado Social e os movimentos reivindicatórios após a crise social e econômica foi constatado que a consagração da liberdade e igualdade não seria suficiente

---

<sup>1</sup> A República Federativa de Weimar, entre 1919 e 1932, foi o microcosmo da cultura constitucional europeia, que logo foi transportada para o mundo ocidental.

para garantia efetiva do gozo e com isso, foram ampliados novos direitos, chamados direitos positivos, pois cuida do bem-estar social. Esses novos direitos foram constatados em meados do século XX.

Os direitos fundamentais estão relacionados à sua formalidade vinculada ao constitucionalismo positivo e a materialidade. Podemos entender que a Constituição Federal disciplina um rol de direitos e garantias fundamentais no bojo do seu artigo 5º, rol exemplificativo que não cria impedimentos para outros direitos fundamentais além deste dispositivo que, no final, estes direitos têm finalidade de proteger todos os membros da sociedade, começando no Preâmbulo quando se estabelece o exercício dos direitos sociais, individuais, liberdade e segurança.

No sentido formal, Sarlet entende que a fundamentalidade está relacionada ao direito constitucional positivo a partir da própria constituição, pelos elementos a seguir:

a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, gozando da supremacia hierárquica das normas constitucionais;

b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (*clausulas pétreas*) da reforma constitucional (art. 60 da CF), muito embora se possa controverter a respeito dos limites da proteção outorgada pelo Constituinte, aspecto desenvolvido no capítulo sobre o poder de reforma constitucional;

c) além disso, as normas de direitos fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam de forma imediata as entidades públicas e, mediante as necessárias ressalvas e ajustes, também os atores privados (art. 5º, § 1º, da CF), o que igualmente será aprofundado mais adiante.

Por outro lado, o sentido material, implica análise do conteúdo dos direitos, isto é, da circunstância de conterem, ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana. (SARLET, p 251, 2009).

Os direitos fundamentais não operam como princípios e garantias nas relações entre indivíduos e Estado, mas transformam-se em princípios superiores do ordenamento jurídico-constitucional considerados, em seu conjunto, na condição de componentes estruturais básicas na ordem jurídica. (SARLET, p.143, 2009)

A estrutura das normas sobre direitos fundamentais abarca duas teorias defendidas por Canotilho, são elas: teoria liberal, a qual os direitos fundamentais são conhecidos como direitos de defesa, vedando a ingerência do Estado e a teoria comunitarista, a qual os direitos fundamentais saem da seara subjetiva para a ideia de que o individualismo prejudica algumas questões da atualidade, logo a ideia é de que os direitos fundamentais são relativos agrupados em uma perspectiva universal. (FERNANDES, p.327, 2012).

Dessa forma, os direitos fundamentais são definidos como posições jurídicas concernentes às pessoas naturais ou jurídicas, que foram expressa ou implicitamente integradas à Constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, como também posições jurídicas que possam ser equiparadas, tendo ou não na Constituição formal. (SARLET. P. 269)

Esclareça-se para se compreender melhor sobre os aspectos transformadores dos direitos fundamentais sendo então é necessário assimilar a percepção que o constitucionalismo remete a uma essência jurídica da materialização do ordenamento jurídico.

A concepção clássica de Hans Kelsen sobre direitos subjetivos públicos informa um poder atribuído por uma norma para ação do sujeito, ou seja, o poder jurídico para fazer valer o cumprimento de um dever existente. (DUQUE, p.121)

Historicamente, a ideia de direito subjetivo remeteria a concepção do positivismo e liberalismo do século XIX e mais na frente, houve argumentos que o indivíduo teria direitos subjetivos<sup>4</sup>, exigíveis perante o Estado. (SARLET, p. 294, 2009).

A noção de uma dimensão subjetiva dos direitos fundamentais está relacionada ao direito subjetivo que se refere à possibilidade do titular do direito exigir do destinatário da pretensão o cumprimento da prestação e fazer valer os poderes e pretensões positivas ou negativas, que são autorizadas pelas vias administrativa e judicial, ou seja, existe a possibilidade de imposição judicial dos interesses juridicamente tutelados perante o destinatário.

O direito subjetivo nem sempre está disposto no texto constitucional, uma vez que pode existir a derivação no caminho da interpretação, conhecendo um sentido na dogmática jurídico-constitucional.

As lições de Daniel Hachem sugerem que:

A acepção subjetiva significa admitir que ao seu titular- que pode ser um sujeito individual, um grupo determinado ou uma coletividade indeterminável – é possível exigir em face do destinatário, pela via administrativa ou judicial, o cumprimento dos seus interesses protegidos pelo ordenamento jurídico na forma de bens

jusfundamentais. Um dos traços é a exigibilidade da prestação negativa ou positiva necessária à tutela do direito fundamental e independe do conceito tradicional de direito subjetivo ou da possibilidade de ser reconduzível a um titular individual, singularmente determinado. (HACHEM, 2013)

Portanto, os direitos fundamentais na perspectiva subjetiva, como por exemplo, direitos de defesa, de ação e de liberdade, em razão da exigibilidade judicial, são considerados direitos individuais, protegidos constitucionalmente sob a forma de direito subjetivo.

O direito a saúde, por exemplo, pode ser considerado em sua perspectiva subjetiva um direito fundamental, em que nem o Estado nem terceiros poderão desrespeitar as condutas, garantias e liberdades no âmbito legal dos direitos.

Esse direito está previsto no artigo 6º da Constituição Federal como sendo um direito social, na seguinte forma: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Nesse sentido, o direito à saúde está diretamente vinculado à proteção do direito à vida, vinculado a dignidade da pessoa humana, bem como a sua qualidade de vida, como um bem-estar e a depender do dano, a vida se encontrará em risco, e o conseqüente direito fundamental violado.

Nesse caso, a saúde como um direito fundamental deverá ser protegida tanto pela Administração Pública como pelos entes privados, com o papel dos planos de saúde que em muitas vezes desvirtuam e acabam não protegendo o direito à saúde, adotando cláusulas abusivas através dos contratos.

O início da saúde suplementar no Brasil se deu nos anos 60, com a assistência à saúde que empresas começaram a oferecer sem tipo de regulação no setor público, mas para isso, necessitava de uma regulamentação e foi a partir da criação da Lei 9961/2000 que surgiu a Agência Nacional de Saúde Suplementar.

De acordo com o Diretor-presidente da Agência,

A implementação da ANS veio acompanhada de um conjunto de políticas formuladas estrategicamente para corrigir as chamadas imperfeições do mercado, decorrentes do *laissez-faire* intervindo normativamente na cultura empresarial do setor, especialmente quanto ao acesso, às garantias assistenciais e financeiras. Dentro desse enfoque, as relações entre Estado e mercado foram submetidas a uma política específica, com funções regulatórias das condutas, as quais vêm buscando uma maior convergência entre os diversos interesses envolvidos e a regulação das relações entre os diversos atores do mercado: consumidores, prestadores e empresas.

O discurso da agência ao dizer que “eram comuns práticas de negativa de atendimento, exclusão de doenças, seleção de clientela, rescisão unilateral de contratos, restrições de coberturas, reajustes sem controle” torna-se evasivo, pois os planos de saúde continuam restringindo não dando atenção de uma saúde integral aos beneficiários.

## **2. A ABUSIVIDADE NOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE**

O setor de saúde suplementar passou a caminhar lado a lado a saúde pública desde a concepção da Constituição Federal de 1988 e em 1998 foi criada a lei 9656/1998 que não se limitou a normatizar em busca da manutenção e qualidade das coberturas assistenciais.

Nesse sentido, o setor de saúde suplementar por ser independente não deteve referencial ao Estado, mas também modo de permitir ao cidadão o acesso igualitário aos serviços que visam o restabelecimento da saúde, incluindo a assistência à saúde como uma livre iniciativa privada podendo ser um complemento ao sistema público saúde (SUS).

A regulamentação dos planos privados e assistência à saúde foi criada através da Lei 9656/1998 onde apresentou algumas alterações dentre elas foi o fortalecimento do papel do Ministério da Saúde e na assistência da regulação, garantindo a manutenção e qualidade das coberturas e formando regras de proteção contratual dirigidas aos planos privados de saúde.

Em 2000, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar por meio da lei 9.961, a cuja natureza é uma autarquia de caráter especial, devendo seu regulamento, aprovado por decreto do Presidente da República.

O contido no artigo 3º desta lei: “promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País”.

Pode-se perceber o empenho em levar qualidade aos consumidores durante o processo da regulação da Saúde Suplementar e com isso, a Agência busca possibilitar que as operadoras aumentem sua eficiência e capacidade de gestão e tenham os direitos respeitados.

Quanto aos planos privado de assistência à saúde, se refere a um contrato de prestação “continuado de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré-estabelecido ou pós- estabelecido, por prazo indeterminado, e com finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde”. (ANS, p.18)”.

Os avanços obtidos com a lei de saúde privada (lei 9656/98) passou a estudar a dimensão assistencial das operadoras na qualidade contratada pelo beneficiário, estabelecendo cláusulas em que devem constar no plano, não se distanciando do que a lei permite. Vejamos:

Art.16.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: I - as condições de admissão; II - o início da vigência; III- os períodos de carência para consultas, internações, procedimentos e exames; IV- as faixas etárias e os percentuais a que alude o Caput do art. 15; V- as condições de perda da qualidade de beneficiário; VI –os eventos cobertos e excluídos; VII- o regime, ou tipo de contratação: a) individual ou familiar; b)coletivo empresarial; ou c) coletivo por adesão; VIII- a franquia, os limites financeiros ou o percentual de coparticipação do consumidor ou beneficiário, contratualmente previstos nas despesas com assistência médica, hospitalar e odontológica; IX - os bônus, os descontos ou os agravamentos da contraprestação pecuniária; X- a área geográfica de abrangência.

Os contratos de planos de saúde entre as empresas privadas e seus beneficiários são estruturados sob a forma de adesão, sendo assim, respeitados ao disposto no Código de Defesa do Consumidor.

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.

Prova disso, a defesa do consumidor, hipossuficiente e vulnerável nas relações jurídicas tem previsão e fundamento no artigo 5º, XXXII e artigo 170, V da Constituição Federal e, atualmente contida na Súmula 69 do STJ, a qual dispõe que “aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

Um dos direitos básicos do consumidor está contido no artigo 6º do CDC que dispõe sobre a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preços, e riscos que apresentem. Portanto, as cláusulas contratuais deverão ser transparentes, evidentes, merecendo destaque quanto às exclusões de coberturas para que o consumidor não seja surpreendido, porém, mesmo assim, deverá ser interpretada de maneira mais favorável.

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.

Art. 54, [...]; §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; § 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Conforme o enunciado 411, V Jornada de Direito Civil, o descumprimento de contrato pode gerar dano moral, quando envolver valor fundamental protegido pela Constituição Federal de 1988. E na maioria desses casos, são relacionados aos contratos de plano de saúde, uma vez que apresenta semelhança com contrato de fornecimento de serviços médico-hospitalares, que necessita da boa fé contratual, caracterizado como contrato de consumo.

Nesse sentido, entende o STJ:

Direito do consumidor. Contrato de seguro de vida inserido em contrato de plano de saúde. Falecimento da segurada. Recebimento da quantia acordada. Operadora do plano de saúde. Legitimidade passiva para a causa. Princípio da boa-fé objetiva.

Quebra de confiança. Os princípios da boa-fé e da confiança protegem as expectativas do consumidor a respeito do contrato de consumo. A operadora de plano de saúde, não obstante figurar como estipulante no contrato de seguro de vida inserido no contrato de plano de saúde, responde pelo pagamento da quantia acordada para a hipótese de falecimento do segurado se criou, no segurado e nos beneficiários do seguro, a legítima expectativa de ela, operadora, ser responsável por esse pagamento” (STJ, REsp 590.336/SC, Rel. Min. Fátima Nancy, j. 07.12.2004, 3.a Turma, DJ 21.02.2005, p. 175).

Tartuce (2014) exemplifica que a boa-fé objetiva na fase contratual envolve contrato de saúde, caracterizado como um contrato de consumo, viola a boa-fé objetiva a negativa da empresa em arcar com uma determinada cirurgia cuja cobertura consta do instrumento contratual.

A operadora do plano de saúde está obrigada ao cumprimento de uma boa-fé qualificada, ou seja, uma boa-fé que pressupõe os deveres de informação, cooperação e cuidado com o consumidor/segurado.<sup>2</sup>

Outro ponto prejudicial é a publicidade abusiva encontrada no art. 37, § 2.º, do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*: “É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência do julgamento e experiência da criança, desrespeita

---

<sup>2</sup> REsp 418572/SP Relator(a) Ministro LUIS FELIPE SALOMAO 4 TURMA DJe 30/03/2009 Ementa CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PLANO DE SAUDE. ALTERACAO UNILATERAL DO CONTRATO. INTERNACAO EM HOSPITAL NAO CONVENIADO. CDC. BOA-FE OBJETIVA.

valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”. (TARTUCE, p. 129)

Os contratos de plano de saúde por possuírem uma característica relevante em dar o cumprimento e assistência à saúde e vida do beneficiário e consumidor, diretamente relacionado a dignidade da pessoa humana, em razão da necessidade e patologia que necessita de um suprimento ou tratamento para a sua melhora e restabelecimento na prestação do serviço.

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, conseqüentemente, serem multadas conforme as infrações que cometerem.

O rol de procedimentos indicado pela Agência Reguladora é meramente exemplificativo, ou seja, mesmo não estando na lista de procedimentos, não faz entender que a administradora não deverá custear o tratamento. Nesse caso, cabe ao médico decidir o tratamento adequado para o paciente e consumidor.

Quem segue este entendimento é o Tribunal de Justiça de São Paulo, que aprovou a súmula 102, cujo teor é o seguinte: “Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS.”

Portanto, as cláusulas descritas nos contratos que desrespeitarem o Código de Defesa do Consumidor são consideradas nulas e abusivas quando tratarem de recusa de eventos médicos indispensáveis ao restabelecimento do portador de deficiência e patologia, como por exemplo, quem sofre de uma doença rara que necessita de um tratamento específico, o qual não está no rol de Procedimentos da ANS.

### **3. DECISÕES JUDICIAIS PROCEDENTES À AUTORIZAÇÃO DO TRATAMENTO**

No mundo constitucionalista visto que a preponderância dos dispositivos legais, regulados pela Constituição Federal de 1988, diversas são as medidas a combater a desigualdade entre classes sociais, estabelecendo o Acesso à Justiça como parâmetro de Direito Fundamental, conferindo aos cidadãos o direito de petição aos órgãos públicos em defesa de seus direitos pela apreciação de qualquer lesão ou ameaça a direito ao Poder Judiciário, garantindo assim, o efetivo Acesso à Justiça como meio social satisfatório.

A essa proteção dispõe o artigo 5º, inciso XXXV, a qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, mas antes da concretização da lesão, observa José Afonso da Silva as seguintes garantias:

A primeira garantia o texto revela é que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, pois sequer se admite mais o contencioso administrativo que estava previsto na Constituição revogada. A segunda garantia consiste no direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado um direito, individual ou não, pois a Constituição já não mais qualifica de individual, no que andou bem, porquanto a interpretação sempre fora a de que o texto anterior já amparava direito, de pessoas jurídicas ou de outras instituições ou entidades não individuais, e agora hão de levar-se em conta os direitos coletivos também (SILVA 2009, p. 431).

Nesse sentido, por ser garantia o acesso a justiça, muitos que estão angustiados procuram o Judiciário para resolver as causas de contratos de consumo envolvendo plano de saúde.

A jurisprudência brasileira é tendente a afirmar que o rol de procedimentos constantes na ANS é meramente exemplificativo. O Superior Tribunal de Justiça em decisão entende que:

O fato de eventual tratamento médico não constar do rol de procedimentos da ANS não significa, *per se*, que a sua prestação não possa ser exigida pelo segurado, pois, tratando-se de rol exemplificativo, a negativa de cobertura do procedimento médico cuja doença é prevista no contrato firmado implicaria a adoção de interpretação menos favorável ao consumidor. (...) (STJ; AgRg-AREsp 708.082; Proc. 2015/0114569-7; DF; Terceira Turma; Rel. Min. João Otávio de Noronha; DJE 26/02/2016).

O Tribunal de Justiça do Ceará também já decidiu no sentido de que o rol é meramente exemplificativo e que a recusa do tratamento a quebra de expectativas do consumidor. Senão vejamos:

CÍVEL. APELAÇÃO. REEMBOLSO DE DESPESAS MÉDICAS C/C REPARAÇÃO POR DANO MORAL. ROL DE PROCEDIMENTOS DE COBERTURA OBRIGATÓRIA DA ANS. ROL MERAMENTE EXEMPLIFICATIVO. NATUREZA CONSUMERISTA DO CONTRATO. QUEBRA DE EXPECTATIVAS DO CONSUMIDOR. BOA-FÉ OBJETIVA. DANOS MORAIS DEVIDOS DE ACORDO COM JURISPRUDÊNCIA DO STJ. INCIDÊNCIA DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. APELO IMPRÓVIDO. I – O rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS não é exaustivo, de modo que não cabe à seguradora de saúde indeferir pedido de realização de exame apenas com base no argumento de inexistência de previsão expressa na lei ou na regulamentação da ANS. II – O consumidor leigo contrata com a seguradora com o intuito de se precaver contra possíveis imprevistos, não cogitando possível procedimento

específico do qual venha a necessitar. A boa-fé objetiva está ausente quando a seguradora nega realização de exame da contratante que não possui conhecimentos técnicos suficientes para discernir os procedimentos que são ou não cobertos pelo contrato. III – Ademais, os danos morais são devidos tendo em vista o abalo psicológico sofrido por aquele que, já com a saúde em risco, vê-se diante de uma negativa que pode agravar seu quadro de saúde já frágil. IV – A incidência de juros moratórios no caso dos danos morais deverá se dar a partir da citação, conforme legislação pátria. A correção monetária se dará a partir da sentença, conforme entendimento sumulado pelo STJ. V – Apelo improvido. Decisão Unânime. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em, à unanimidade de votos, conhecer do recurso de apelação para lhe negar provimento, nos termos do voto relator. Fortaleza, 13 de julho de 2015 Antônio Abelardo Benevides Moraes Presidente do Órgão Julgador DESEMBARGADOR INACIO DE ALENCAR CORTEZ NETO Relator (TJ-CE - APL: 01446799720138060001 CE 0144679-97.2013.8.06.0001, Relator: INACIO DE ALENCAR CORTEZ NETO, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 13/07/2015)

Vale ressaltar que o Rol de Procedimentos Médicos da Agência Nacional de Saúde Suplementar por ser exemplificativo, é atualizado periodicamente, no sentido de dar cobertura assistencial nos planos de saúde.

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.

Em relação aos tratamentos a serem concedidos, o Tribunal de Justiça de São Paulo em recente decisão, concedeu a liminar para que o plano de saúde custeasse o procedimento médico equoterapia, método terapêutico e interdisciplinar que emprega o cavalo como um meio de desenvolvimento biopsicossocial de pessoas portadoras de necessidades especiais.

Ação de obrigação de fazer - Decisão agravada que deferiu em parte o pedido de antecipação de tutela para determinar à ré que autorize e custeie os procedimentos médicos indicados no item 7.2 e no aditamento à inicial, exceto, neste momento, a equoterapia, sob pena de multa diária de R\$1.000,00 - Insurgência da requerida - Não acolhimento - Autora portadora de paralisia cerebral - Incidência das Normas Consumeristas - Aplicação da Súmula nº 102 deste Egrégio Tribunal de Justiça - Ausência de comprovação de inviabilidade do procedimento indicado no relatório médico - Prestação de caução - Desnecessidade - Ausência de previsão legal - Decisão mantida - Recurso não provido. TJSP; AI 2219937-56.2015.8.26.0000; Ac. 9168979; Ribeirão Preto; Terceira Câmara de Direito Privado; Relª Desª Marcia Dalla Déa Barone; Julg. 16/02/2016; DJESP 31/03/2016.

Estas decisões são exemplos que a ANS deverá providenciar para que as decisões judiciais que já foram garantidas sejam incorporadas no rol de cobertura mínima e com o

advento do Novo Código de Processo Civil seja implantado um padrão de indenização por danos morais para que as operadoras de planos de saúde parem de estabelecer cláusulas abusivas nos contratos de consumo.

Outro ponto que merece ser destacado são os pareceres médicos que estão sendo aceitos como justificativa de tratamentos, exames, medicamentos e procedimentos mesmo que não tenham previsão no rol da ANS.

Os Tribunais Superiores entendem que além de ser meramente exemplificativo, como vimos acima, o laudo médico prevalece sobre o rol da ANS.

Portanto, “Outrossim, vale destacar que a finalidade dos planos de saúde é tratar da doença, resultando qualquer restrição quanto aos procedimentos necessários a cura em inobservância das disposições previstas no Código Consumerista. Sobre o tema, é uníssono o entendimento de que os planos de saúde podem estabelecer quais as doenças que serão cobertas, mas não podem limitar o tipo de tratamento a ser alcançado ao paciente, sendo abusiva tal limitação” (AREsp 727781).

CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DA SEGURADORA EM AUTORIZAR TRATAMENTO DE SAÚDE, SOB ALEGAÇÃO DE QUE O MATERIAL SOLICITADO PELO MÉDICO REFERE-SE A PROCEDIMENTO NÃO RELACIONADO NO ROL DA ANS. IMPOSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DO PARECER MÉDICO, NO QUE RESPEITA AO TRATAMENTO MAIS ADEQUADO À CURA DO PACIENTE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. AS RELAÇÕES ENTRE PLANO DE SAÚDE E SEGURADOS SÃO REGIDAS PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, E AS CLÁUSULAS CONTRATUAIS QUE EXCLUEM OU RESTRINGEM COBERTURA DEVEM SER INTERPRETADAS RESTRITIVAMENTE, PORQUE CONTRÁRIAS ÀS EXPECTATIVAS DO CONSUMIDOR, O QUAL CONTRATA UM PLANO DE SAÚDE COM O OBJETIVO DE SER DEVIDAMENTE ASSISTIDO, QUANDO FOR NECESSÁRIO, INDEPENDENTEMENTE DA ESPÉCIE DE PROCEDIMENTO MÉDICO-HOSPITALAR. 2. O ROL DE PROCEDIMENTOS PREVISTOS PELA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR É UM INDICATIVO DE COBERTURA MÍNIMA, A QUE ESTÃO LEGALMENTE OBRIGADAS TODAS AS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE, MAS NÃO EXAURE TODOS OS TRATAMENTOS QUE DEVEM SER COBERTOS, MESMO PORQUE A CIÊNCIA MÉDICA É DINÂMICA, AS PESQUISAS AVANÇAM E A CADA DIA PODEM SURTIR NOVOS PROCEDIMENTOS MAIS EFICAZES QUE OS ANTERIORES, NO TRATAMENTO DAS MESMAS PATOLOGIAS. 3. NO CASO CONCRETO, SE A PACIENTE, PORTADORA DE HÉRNIA DE DISCO, NECESSITA SER SUBMETIDA AO TRATAMENTO DENOMINADO "LESÃO DE SUBSTÂNCIA GELATINOSA MEDULAR (DREZ) POR RADIOFREQUÊNCIA, PROCEDIMENTO PREVISTO NO ROL DA ANS, NÃO PODE A SEGURADORA NEGAR O ATENDIMENTO, SOB ALEGAÇÃO DE QUE DA REQUISIÇÃO CONSTA A UTILIZAÇÃO DE MATERIAL INERENTE AO PROCEDIMENTO "NUCLEOPLASTIA", O QUAL ESTARIA EXCLUÍDO DO REFERIDO ROL, EIS QUE CABE AO MÉDICO ESCOLHER O MELHOR TRATAMENTO E OS MATERIAIS NECESSÁRIOS À SUA EFICÁCIA. 4. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS, SERVINDO A SÚMULA DO

JULGAMENTO DE ACÓRDÃO, NA FORMA AUTORIZADA PELO ART. 46, DA LEI N. 9.099/95. 5. FICA A RECORRENTE CONDENADA AO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS, ALÉM DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, FIXADOS EM R\$ 500,00 (QUINHENTOS REAIS), NA FORMA DO ART. 55, DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS. (TJ-DF - ACJ: 20070110244337 DF, Relator: JESUÍNO RISSATO, Data de Julgamento: 25/11/2008, Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F., Data de Publicação: DJU 21/01/2009 Pág. : 166)

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE.

TRATAMENTO. MEDICAMENTO. NEGATIVA DE COBERTURA. CLÁUSULA ABUSIVA. 1. Tratamento experimental é aquele em que não há comprovação médica científica de sua eficácia, e não o procedimento que, a despeito de efetivado com a utilização equipamentos modernos, é reconhecido pela ciência e escolhido pelo médico como o método mais adequado à preservação da integridade física e ao completo restabelecimento do paciente. 2. Delineado pelas instâncias de origem que o contrato celebrado entre as partes previa a cobertura para a doença que acometia a autor, é abusiva a negativa da operadora do plano de saúde de fornecimento dos medicamentos prescritos pelo médico que assiste o paciente. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 7.865/RO, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 05/03/2014).

Os Tribunais Superiores entendem que deve-se proteger o consumidor e fazer a distinção entre a patologia e as terapias. Para não por em risco a vida do beneficiário, violando o direito fundamental garantido.

O STJ entende por abusiva a cláusula contratual que exclui o tratamento prescrito para garantir a saúde ou vida do beneficiário, porque o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não tipo terapêutica indicada por profissional habilitado.<sup>3</sup>

Ocorre que essa judicialização inflama o Judiciário, fazendo que ocorram inúmeras ações nesse sentido, ao invés de se chegar em uma solução de conflitos, utilizando a

---

<sup>3</sup> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO HOME CARE. RECUSA INJUSTIFICADA. ABUSIVIDADE. DANO MORAL IN RE IPSA. CONFIGURAÇÃO. REVISÃO DO VALOR. QUANTUM INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL. PRECEDENTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULAS N°S 7 E 83 DO STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. As instâncias ordinárias, cotejando o acervo fático-probatório, concluíram que a recusa injustificada de cobertura a tratamento home care à beneficiária deu ensejo a indenização por dano moral. 2. 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. 3. Mostra-se razoável a fixação em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) para reparação do dano moral pelo ato ilícito reconhecido, consideradas as circunstâncias do caso e as condições econômicas das partes. 4. Este Sodalício Superior altera o valor indenizatório por dano moral apenas nos casos em que a quantia arbitrada pelo acórdão recorrido se mostrar irrisório ou exorbitante, situação que não se faz presente no caso em tela. 5. A operadora do plano de saúde não apresentou argumento novo capaz de modificar a conclusão adotada, que se apoiou em entendimento aqui consolidado. Incidência das Súmulas n°s 7 e 83 do STJ. 6. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 725.203/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 24/09/2015)

Justiça Restaurativa para solucionar os conflitos que envolvem as operadoras de saúde, conduzindo decisões que sejam em prol da coletividade.

## CONCLUSÃO

Este presente artigo procurou expor sobre o problema que atinge a todos quando violada: a saúde. De certo, vimos que a mitigação da autonomia privada demonstra que os direitos preteridos exigem dos que contratam, a boa-fé e bem-estar social nos contratos.

Ocorre que, muitos destes direitos são negados, principalmente o direito fundamental à saúde quando ocorre evidente abusividade de cláusulas contratuais que desrespeitam a boa-fé e a garantia do cidadão beneficiário, o qual busca a saúde privada para melhor lhe atender.

Os contratos que envolvem planos de saúde, são contratos de adesão<sup>4</sup>, onde coloca o consumidor em uma certa vulnerabilidade em relação aos fornecedores e nesse caso, grande maioria das vezes os consumidores do serviço buscam o Judiciário para proteger e garantir os direitos, muitos, violados como cobertura de procedimentos e tratamentos médicos não constantes no rol da ANS.

A conclusão que tivemos em relação a jurisprudência brasileira é de proteger e interpretar os contratos de planos de saúde, corrigindo erros flagrantemente observados quanto à negativa de coberturas, por faltar uma certa limitação pela ANS, tratamentos, entre outros procedimentos médicos, o que gera uma total violação no princípio da boa-fé.

Nessa forma, acesso à justiça, que também é um direito fundamental, busca através dos órgãos do Judiciário, o respeito e garantia dos procedimentos que muitas vezes são recusados pelas empresas de planos de saúde, bem como concede indenização considerável por danos morais.

A regulamentação dos procedimentos deverão ser informadas claramente aos consumidores e constar nos cláusulas contratuais, pois o direito à vida e a saúde, são direitos fundamentais assegurados que estão acima de qualquer atualização, a qual desrespeite as regras previstas.

E, portanto, pode-se considerar que o Judiciário faz um papel de guardião e protetor dos direitos e garantias dos beneficiários dos planos de saúde ao decidir pela proteção do

---

<sup>4</sup> A adesão, e não o consentimento, aplica-se ao caso em que uma das partes aceita contratar sob a base de condições redigidas previamente pela outra parte. (LORENZETTI, Ricardo, cf. *Comercio Eletronico*, cit., p. 280/1.)

direito à saúde, independente do que está previsto no Rol de procedimentos, exemplificativo, da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

## REFERÊNCIAS

ANNONI, Danielle. O direito humano de acesso à justiça no Brasil. Editora: safE. Porto Alegre: 2008.

ARANTES, Cláudia Maria Felix de Vico. A conexão entre o direito fundamental de acesso à justiça e o princípio da dignidade da pessoa humana no estado democrático brasileiro. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas – Campus de Jacarezinho - Universidade Estadual do Norte do Paraná como requisito final para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica. JACAREZINHO (PR) 2011

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª ed. São Paulo. Saraiva 2013.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BRASIL Agência Nacional de Saúde. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/>>. Acesso em: 03 de março de 2016.

BRASIL PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Lei n 8078/1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)> . Acesso em: 3 de março de 2016.

BRASIL PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA. Lei nº 9656/1998 . Lei que Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm)> . Acesso em: 06 de março de 2016

BRASIL PRESIDENCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 30 de junho de 2014

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão: STJ, REsp 590.336/SC, Rel. Min. Fátima Nancy, j. 07.12.2004, 3.a Turma, DJ 21.02.2005, p. 175. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=RESP+590336+SC>> Acesso em: 06 de março de 2016.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL JUSTIÇA. STJ; AgRg-AREsp 708.082; Proc. 2015/0114569-7; DF; Terceira Turma; Rel. Min. João Otávio de Noronha; DJE 26/02/2016. Disponível em: < <http://sabermelhor.com.br/inclusao-da-equoterapia-na-resolucao-normativa-387-da-ans/>> Acesso em: 06 de abril de 2016.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL JUSTIÇA. Acórdão: AgRg no AREsp 725.203/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 24/09/2015. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/109008697/djpe-16-02-2016-pg-262>> .Acesso em:13 de março de 2016

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão: AgRg no AREsp 7.865/RO, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 05/03/2014. Disponível em< <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/156807502/agravo-em-recurso-especial-aresp-623372-sp-2014-0288312-9>> Acesso em: 31 de março de 2016.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL JUSTIÇA. Súmula nº 69. a qual dispõe que “aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.Disponível em: .Acesso em: 4 de abril de 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

CESAR, Alexandre. Acesso à Justiça e Cidadania. Cuiabá: EdUFMT, 2002.

CEARÁ, TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão: APL: 01446799720138060001 CE 0144679-97.2013.8.06.0001, Relator: INACIO DE ALENCAR CORTEZ NETO, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 13/07/2015

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva 1999.

DUQUE, Marcelo Schenk. Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DISTRITO FEDERAL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão: 20070110244337 DF, Relator: JESUÍNO RISSATO, Data de Julgamento: 25/11/2008, Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F., Data de Publicação: DJU 21/01/2009. Disponível em <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2368799/apelacao-civel-no-juizado-especial-acj-20070110244337-df>>. Acesso em: 25 de março de 2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 4 ed. ver. e atual. Editora JusPodvm, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto Direito civil brasileiro, volume 3 : t contratos e atos unilaterais / Carlos Roberto Gonçalves. — 9. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012. 1. Contratos - Brasil 2. Direito civil - Brasil I. Título. CDU-347(81)

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/505>> Acesso em: 3 de julho.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de Los Contratos. Parte General. Buenos Aires. Rubinzal- Culzoni, 2004.

SÃO PAULO, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO. Acórdão: AI 2219937-56.2015.8.26.0000; Ac. 9168979; Ribeirão Preto; Terceira Câmara de Direito Privado; Rel<sup>a</sup> Des<sup>a</sup> Marcia Dalla Déa Barone; Julg. 16/02/2016; DJESP 31/03/2016. Disponível< <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/305974942/agravo-de-instrumento-ai-22199375620158260000-sp-2219937-5620158260000/inteiro-teor-305974970>> Acesso em: 2 de abril de 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 8 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

SILVA. José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 32<sup>a</sup> edição, revista e atualizada até a Emenda constitucional nº 57. Malheiros editores. 2008.

SANTOS, Fausto Pereira dos. Disponível em: <[www.proec.ufg.br/revista\\_ufg/dezembro2006/.../saude\\_suplementar.pdf](http://www.proec.ufg.br/revista_ufg/dezembro2006/.../saude_suplementar.pdf)> Acesso em: 28 de março de 2016.

TARTUCE, Flavio. Direito civil, v. 3 : teoria geral dos contratos e contratos em espécie / Flávio Tartuce; 9. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense – São Paulo : MÉTODO, 2014.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Fausto Pereira dos. Disponível em: <[www.proec.ufg.br/revista\\_ufg/dezembro2006/.../saude\\_suplementar.pdf](http://www.proec.ufg.br/revista_ufg/dezembro2006/.../saude_suplementar.pdf)> Acesso em: 28 de março de 2016.