

FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS

MARLUS KELLER RIANI

**PLANOS DE SAÚDE: A HARMONIZAÇÃO DOS  
INTERESSES NA RELAÇÃO DE CONSUMO**

Nova Lima

2010

MARLUS KELLER RIANI

**PLANOS DE SAÚDE: A HARMONIZAÇÃO DOS  
INTERESSES NA RELAÇÃO DE CONSUMO**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Empresarial da Faculdade de Direito Milton Campos, para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Empresarial

Orientador: Prof. Dr. Rodolpho Barreto  
Sampaio Júnior

Nova Lima

2010

R481 p RIANI, Marlus Keller  
Planos de saúde: a harmonização dos interesses na relação de consumo./  
Marlus Keller Riani. – Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos / FDMC,  
2010

146 f. enc.

Orientador: Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior

Dissertação (Mestrado) – Dissertação para obtenção do título de Mestre,  
área de concentração Direito empresarial junto a Faculdade de Direito Milton  
Campos

Bibliografia: f. 140 - 146

1. Contrato – cláusulas abusivas. 2. Plano de saúde. 3. Retroatividade da  
lei. 4. Reajuste anual. 5. Faixa etária. I. Sampaio Júnior, Rodolpho Barreto. II.  
Faculdade de Direito Milton Campos. III. Título

CDU368.3(043)  
368.42



Faculdade de Direito Milton Campos – Mestrado em Direito Empresarial

Dissertação intitulada:” *Planos de saúde: a harmonização dos interesses na relação de consumo*”, de autoria do Mestrando Marlus Keller Riani, aprovada pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

---

Prof. Dr. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior  
Orientador

---

Prof. Dr. Vinícius José Marques Gontijo

---

Profa. Dra. Amanda Flávio de Oliveira.

---

Prof. Dr. Jason Soares Albergaria Neto (Suplente)

Nova Lima, 01 de dezembro de 2010.

Alameda da Serra, 61 – Bairro Vila da Serra – Nova Lima – Cep 34000-000 – Minas Gerais – Brasil. Tel/fax (31) 3289-1900

Agradeço inicialmente a Deus por me permitir atingir essa conquista tão almejada.

Aos meus pais, Riani e Isabel, que sempre me apoiaram em busca dos meus objetivos e são exemplos de pessoas éticas, honestas e amáveis.

A minha esposa Daniela e ao meu filho Lucas, pela compreensão nas ausências e pela prova de amor que sempre me deram ao longo da vida.

Maria Teresa, professora de espanhol, que sempre acreditou nessa conquista.

Ao amigo e orientador Professor Doutor Rodolpho Barreto Sampaio Junior pelos ensinamentos, a Professora Doutora Amanda Flavio de Oliveira pela amizade ao longo da vida profissional e pessoal e ao Professor Doutor Vinicius Jose Marques Gontijo por fazer acreditar que vale a pena estudar sempre.

## RESUMO

Passados mais de dez anos de vigência da Lei nº 9.656/98, que disciplina os planos de saúde no Brasil, verifica-se que houve um divisor de águas no mercado de saúde suplementar, sendo exigido das empresas privadas, cooperativas, seguradoras, medicina de grupo e autogestões, adequação à nova legislação com mudança significativa de atitude perante os consumidores. Diante desse novo cenário jurídico, próprio e específico, identificou-se a aplicação da Lei nº 9.656/98 tanto para os contratos firmados após sua vigência quanto para os anteriores, operando-se uma discussão em torno do contrato antigo ser considerado ato jurídico perfeito e da violação do princípio da isonomia. Discute-se, também, sobre a legalidade em se reajustar a mensalidade dos contratos, tanto por variação de custos quanto por faixa etária. Buscou-se, ainda, evidenciar as formas existentes de coberturas assistencial do consumidor, legal e contratual, bem como o seu controle, nas vertentes do Estado-juiz e do Estado-regulador, em relação às presenças da ilegalidade ou abusividade das cláusulas contratuais. Com base no acompanhamento das decisões judiciais e administrativas observou-se divergência de compreensão das leis e dos atos normativos vigentes, o que possibilita uma análise sobre os riscos que essa atividade econômica está sujeita, bem como observar a fragilidade jurídica instalada, haja vista os diferentes entendimentos sobre a aplicação do direito nas questões que envolvem a saúde do consumidor.

**Palavras-chave:** Contrato. Plano de saúde. Retroatividade da lei. Reajuste anual. Faixa etária. Cláusulas abusivas.

## **ABSTRACT**

More than ten years of enforcement of Law No. 9656/98, which regulates health plans in Brazil, it appears that there was a watershed in the health plan market, with the requirement of private enterprises, suitability for the new legislation with significant change in attitude towards consumers. Facing this unique and specific legal scenario, we identified the implementation of Law No. 9656/98 for both the contracts signed after its term as for the previous, operating a discussion in which the old contract could be considered a perfect juridical act and violation of the principle of equality. It is argued, too, about the legality of readjusting the monthly contracts, both for cost variation as by age. We attempted to also highlight the existing forms of consumer health care coverage, legal and contractual as well as its control in parts of the state judge and state-regulator, in relation to the presence of illegal or abusive contractual clauses. Based on the monitoring of judicial and administrative decisions, there was divergence of understanding the laws and normative acts in force, which enables an analysis of the risks that this economic activity is subjected, and to observe the legal fragility installed, given the different understandings on the application of law in matters involving consumer health.

Key-words: Contract. Health plan. Retroaction law. Readjustment annual. Age range. Abusive clauses.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2</b>	<b>REALIDADE DOS SETORES PÚBLICO E PRIVADO EM RELAÇÃO À PRESTAÇÃO DE SAÚDE .....</b>	<b>14</b>
2.1	Prestação do serviço público de saúde .....	15
2.2	Setor privado: uma necessidade .....	23
2.3	Convergência entre os setores conforme a jurisprudência mineira .....	27
2.4	Assimetria entre os setores conforme a jurisprudência mineira .....	30
2.5	A prestação de saúde nos países do Mercosul .....	32
2.5.1	Argentina .....	33
2.5.2	Paraguai .....	36
2.5.3	Uruguai .....	39
<b>3</b>	<b>A RELAÇÃO DE CONSUMO NO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE</b>	<b>41</b>
3.1	Consumidores .....	41
3.1.1	Consumidores equiparados .....	44
3.2	Fornecedores e suas responsabilidades .....	47
3.2.1	Do registro de operadora .....	57
3.2.2	Da responsabilidade civil .....	59
3.3	Plano de saúde: produto ou serviço .....	67
<b>4</b>	<b>JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR.....</b>	<b>73</b>
4.1	Irretroatividade da Lei nº 9.656/98 .....	74
4.1.1	Estudo de caso: extraído da jurisprudência do TJMG .....	76
4.1.2	Espécies de contrato .....	78
4.1.3	Adaptação ou renovação (?) .....	79
4.1.4	Violação ao princípio da isonomia .....	81
4.1.5	Violação ao princípio do ato jurídico perfeito .....	84
4.1.6	Síntese dos entendimentos do Estado-juiz e do Estado-regulador sobre a matéria.....	87
4.2	Reajuste da mensalidade .....	90



4.2.1	Formas de reajuste.....	91
4.2.1.1	Reajuste por variação de custos .....	92
4.2.1.2	Reajuste por mudança de faixa etária .....	98
4.3	Cobertura à assistência à saúde .....	113
4.3.1	Cobertura legal .....	115
4.3.2	Cobertura contratual.....	124
4.3.3	Entendimentos divergentes entre o Estado-juiz e o Estado-regulador: a questão da cobertura.....	131
<b>5</b>	<b>CONCLUSÕES .....</b>	<b>137</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>140</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A saúde suplementar existe no Brasil desde o final dos anos 1950, sendo ofertada, à época, por meio do seguro-saúde ou pelos departamentos de saúde das grandes empresas e entidades de classe, hoje denominadas de autogestões.

Naquela época, parte da população brasileira, pois era restrito a certas categorias profissionais, tinha assistência médica por meio das instituições previdenciárias, conhecidas como Instituto de Aposentadoria e Pensão (IAP), preocupando-se o Estado com políticas públicas, como as epidemias.

A atividade econômica desenvolvida pelas empresas privadas na modalidade de plano de saúde surgiu, logo em seguida, por meio da medicina de grupo e das cooperativas médicas. Nas décadas de 1970 e 1980, foi intensificada pelos sindicatos a luta para conseguir que o empregador arcasse com o custo da assistência à saúde para os empregados, tornando-se um diferencial de competitividade para atraí-los.

No primeiro capítulo, abordou-se os setores público e privado em relação à prestação de saúde, evidenciando que o mercado de saúde suplementar cresceu e se desenvolveu nos últimos anos, muito em razão da ineficiência do Estado em prestar a assistência pública à saúde. Atualmente, o plano de saúde é considerado uma necessidade pelas famílias brasileiras de todas as classes sociais, mesmo aquelas excluídas desse mercado. Contudo, o acesso a essa prestação de serviço encontra-se aquém do almejado pelo mercado de saúde suplementar, em virtude dos problemas sociais e econômicos que assolam nossa população. Tratou-se, ainda, nesse capítulo, da atuação dos setores público e privado de prestação de saúde nos países do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL).

Os consumidores que já se utilizavam da prestação de serviço à saúde clamavam por controle e fiscalização dessa atividade econômica. Reclamações e denúncias diárias, tanto na mídia em geral quanto nos órgãos de defesa do consumidor, comprovam essa assertiva. Tais reclamações versavam, principalmente, sobre reajustes abusivos nas mensalidades, negativas de cobertura de determinadas cirurgias, rescisão unilateral do contrato e mesmo a interrupção de internação do

beneficiário em unidade de tratamento intensivo (UTI), justificada com base em cláusula contratual limitando a alguns dias a permanência às expensas do plano<sup>1</sup>.

Outro problema enfrentado pelos consumidores eram os extensos prazos de carências estabelecidos nos contratos. Por vezes, a operadora recebia do usuário por dois anos sem a obrigação contratual de efetivar a prestação do serviço, o que lhe ocasionava ganho econômico. Também era comum a restrição total nos casos de alegação de doença e lesão preexistente<sup>2</sup>, transferindo-se ao consumidor o ônus de provar que não tinha determinada doença.

No segundo capítulo, buscou-se estabelecer que a relação jurídica que permeia o contrato de plano de saúde é uma relação de consumo e como tal cabe a observância da Lei nº 8.078/90, principalmente nos contratos firmados antes da vigência da lei de plano de saúde. Nesse sentido foi editada a súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

Saliente-se que será evidenciada a relação de consumo envolvendo a contratação de plano de saúde, e não de seguro saúde, que, embora sejam contratos similares, apresentam pontos de diferença.

Com o advento da Lei nº 9.656/98, que disciplina os planos de saúde, verifica-se que houve um divisor de águas no mercado de saúde suplementar, sendo exigida das operadoras a adequação à nova legislação, com mudança significativa de atitude perante os consumidores.

No ano de 2000, por meio da Lei nº 9.961/00, foi criada a Agência Nacional

---

<sup>1</sup> Diante desse absurdo praticado no mercado de saúde suplementar, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 302: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”. Essa cláusula estava presente em quase todos os contratos que foram comercializados antes do advento da Lei nº 9.656/98, sendo cobrado do consumidor ou familiares o montante das despesas hospitalares após o término dos dias estipulados no contrato. Alguns julgados proferidos em diversos precedentes: REsp 242.550, DJ 02.11.2002; REsp 158728, DJ 17.5.1999; REsp 249.423, DJ 05.3.2001; REsp 251.024, DJ 04.02.2002 e REsp 402.727, DJ 02.02.2004.

<sup>2</sup> De acordo com a Resolução Normativa nº 162, de 17 de outubro de 2007 - Doenças e lesões preexistentes (DLP) “são aquelas que o beneficiário ou seu representante legal sabia ser portador ou sofredor no momento da contratação ou adesão ao plano privado de assistência à saúde, [...]”. A resolução detalha toda a forma que a operadora deve proceder para alegar restrição de cobertura por DLP, cabendo abertura de processo administrativo perante a ANS, caso o consumidor tenha respondido como “não” as perguntas estabelecidas na Declaração de Saúde, documento este obrigatório na contratação de plano de saúde. Ver também o artigo 11 da Lei nº 9.656/98.

de Saúde Suplementar (ANS), que começou a expedir vários atos normativos, no intuito de cumprir seu principal papel, qual seja, a regulação do setor, favorecendo a concorrência leal do mercado e garantindo direitos básicos ao consumidor de assistência e acesso aos planos de saúde.

A regulamentação provoca sempre discussões, gerando polêmicas jurídicas que acabam confluindo para o Poder Judiciário, que tem obrigação de dirimir os conflitos desta relação de consumo. Paralelamente, provoca também uma insegurança jurídica, haja vista que o Estado-juiz, muitas vezes imbuído do paternalismo pretoriano, acaba por não considerar as normas expedidas pelo Estado-regulador, tornando o mercado de saúde suplementar ainda mais complexo e de difícil acesso para os novos consumidores.

A respeito das consequências das decisões judiciais, adverte Rodolpho Barreto Sampaio Júnior:

Não obstante, e mesmo que não perfilhe a corrente do *law and economics*, compete ao magistrado analisar o reflexo econômico de suas decisões e o impacto que elas poderão ter. Não que ele necessariamente vá se deixar levar por considerações meramente econômicas – pois o foco do Direito é a justiça, como já advertia Ronald Dworkin –, mas é imperioso que ele tenha plena noção de que o seu julgamento poderá causar reflexos em determinado setor, e esses reflexos têm que ser pormenorizadamente analisados e o resultado conscientemente assumido.<sup>3</sup>

No terceiro capítulo, adentra-se nas questões da judicialização e fiscalização da saúde suplementar. Um exemplo de discussão em torno da intervenção do Estado-juiz diz respeito ao contrato celebrado antes da edição da Lei nº 9.656/98, que alguns magistrados consideram como sendo ato jurídico perfeito, inatingível pelo referido diploma legal, enquanto outros entendem se tratar de um pacto de trato sucessivo que se renova anualmente, podendo se valer da irretroatividade da lei nova para todos os casos que essa regulamentou, tais como cobertura assistencial e reajuste da mensalidade.

Apesar de o Supremo Tribunal Federal (STF) já ter se manifestado sobre o tema da irretroatividade ao conceder liminar nos autos da Ação Direta de

---

<sup>3</sup> Veja SAMPAIO JUNIOR, Rodolpho Barreto. A defesa do consumidor e o paternalismo jurídico. In: CONGRESSO NACIONAL CONPEDI, XVI. 2007, Belo Horizonte. *Anais ...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 4.830.

Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.931-8, considerando inconstitucionais alguns dispositivos, a questão está longe de ficar pacificada, já que muitos magistrados entendem que a decisão ampara somente os temas lançados no art. 35-E da Lei nº 9.656/98.

Por outro lado, verifica-se que o Estado-regulador não tem aplicado, em suas decisões, a Lei nº 9.656/98, quando o processo administrativo versa sobre contratos antigos, analisando simplesmente se há ou não cobertura prevista no pacto firmado entre as partes.

Tema polêmico tratado neste trabalho sobre a disciplina jurídica dos planos de saúde é o fato de que as operadoras devem suportar a cobertura do “Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde” editado pela Agência Nacional Saúde Suplementar. Ocorre que vários consumidores de contratos antigos, seja de planos individuais ou coletivos, recorrem ao Judiciário para obter essa nova cobertura, e não aquela prevista no contrato celebrado anteriormente à edição da lei. Não se estaria, assim, ferindo o princípio da isonomia previsto no art. 5º da Constituição da República de 1988 (CR/88)? Em outras palavras: aquele consumidor que adquiriu um plano novo ou migrou de um antigo para um novo paga mais para obter maior cobertura. Em contrapartida, o outro consumidor, que ficou inerte em seu plano antigo, ganha na Justiça o direito de usufruir da mesma cobertura sem pagar um centavo a mais.

Nesse contexto, destaca-se, ainda, discurso muito utilizado pelo Judiciário mineiro de que a saúde suplementar foi equiparada à saúde pública e que, de acordo com o art. 196 da CR/88, a saúde é direito de todos, não podendo existir cláusulas contratuais que permitam a limitação de cobertura por meio do pacto firmado entre as partes.

Não se pode olvidar que a função social do contrato de plano de saúde é a prestação de serviço de assistência à saúde com qualidade, mas será que essa prestação deve ser ilimitada? Relembre-se, a propósito, de que o Código de Defesa do Consumidor (CDC - Lei nº 8.078/90) permite cláusulas restritivas de direito, devendo ser redigidas com destaque e serem de fácil compreensão para o consumidor.

Abordou-se, também, neste trabalho, a repercussão das decisões judiciais contra as operadoras de plano de saúde pelo reajuste por mudança de faixa etária, destacando o advento do Estatuto do Idoso e sua aplicação imediata nos contratos

celebrados antes de sua edição. Vale salientar que esse não é o entendimento da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), o que mais uma vez evidencia o conflito entre o Estado-juiz e o Estado-regulador.

É de se destacar, neste momento, ser o direito à informação basilar para os consumidores. Assim, conforme determinação legal e normativa, as operadoras poderão sofrer sanção sempre que o contrato não trouxer previsão expressa dos percentuais de reajuste que serão aplicados em cada faixa etária.

Não se pode esquecer de que a legislação brasileira, mais intensamente a Lei nº 8.078/90, é clara ao afirmar caber ao fornecedor o dever de informação ao consumidor. Caso não lhe seja dada a oportunidade de conhecer previamente o conteúdo do contrato, esse não gera obrigações. Igualmente, as cláusulas devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao aderente. Soma-se a isso a proteção constitucional à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana. Se não é o caso de vedar a comercialização de plano de saúde, resta a necessidade de uma harmonização de entendimento entre os Poderes Estatais, para que o mercado possa prosperar com a concorrência, e não ficar reduzido a poucas operadoras, mediante fusões e incorporações inevitáveis. As pequenas e médias operadoras, a curto e médio prazos, não suportarão economicamente as multas e as decisões judiciais.

Diante do volume de demandas que invadem o Judiciário sobre o tema assistência à saúde, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou, no dia 30 de março de 2010, a Recomendação nº 31, solicitando aos Tribunais “adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”.

O professor e jurista argentino Ricardo Lorenzetti informa que a Corte Suprema Argentina tem sustentado que os direitos declarados pela Constituição Nacional não são absolutos e estão sujeitos, desde que não os alterem substancialmente, às leis que regulamentam seu exercício.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. Haciendo realidad dos derechos humanos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 39, p. 9-31, jul./set. 2001. p. 19. O texto na origem “Dice la Corte que se impone recordar que desde SUS Orígenes el Tribunal há sostenido que los derechos declarados or la Constitución Nacional no son absolutos y están sujetos, en tanto no se los altere substancialmente, a las leys que reglamenten su ejercicio (art. 28)”.

As divergências jurídicas que giram em torno da saúde suplementar fazem com que haja insegurança na relação de consumo que envolve o contrato de plano de saúde, podendo acarretar, em um curto prazo, uma instabilidade dessa atividade econômica. O maior prejudicado dessa situação será o consumidor, que voltará ou permanecerá com a prestação precária, hoje existente, da saúde pelo Estado.

## 2 REALIDADE DOS SETORES PÚBLICO E PRIVADO EM RELAÇÃO À PRESTAÇÃO DE SAÚDE

A população brasileira, que conta, atualmente, com 193.219.840 habitantes<sup>5</sup>, possui duas alternativas de assistência à saúde, a pública e a privada. Registre-se que o consumidor de plano de saúde pode utilizar-se, conjuntamente, se preferir, dos serviços prestados pela administração pública<sup>6</sup>.

A saúde privada é dividida entre a contratação direta de profissionais em seus consultórios (médicos, dentistas) ou prestadores de serviços (radiologia, patologia) e a contratação indireta, por meio dos planos e seguros de saúde.

Muito se discute sobre os limites e a concretude da integralidade da saúde, pública ou privada. Haveria, de fato, integralidade de prestação da saúde no Brasil?

Diante dos princípios constitucionais (universalidade, integralidade) e da base infraconstitucional (Lei nº 9.656/98), identifica-se a existência de decisões judiciais que determinam a cobertura irrestrita e ilimitada de procedimentos para os usuários de

---

<sup>5</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Dados populacionais do Brasil*. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/disseminacao/online/popclock/popclock.php>>. Acesso em: 15 jul. 2010.

<sup>6</sup> Inclusive se discute a constitucionalidade do ressarcimento ao SUS, previsto no artigo 32 da Lei nº 9.656/98, o que não é, contudo, objeto do presente trabalho. O STF ao julgar, até o momento liminarmente, a Medida Cautelar na ADI nº 1.931 lançou o seguinte entendimento: “Prestação de serviço médico pela rede do SUS e instituições conveniadas, em virtude da impossibilidade de atendimento pela operadora de Plano de Saúde. Ressarcimento da Administração Pública mediante condições preestabelecidas em resoluções internas da Câmara de Saúde Complementar (*assim o original*). Ofensa ao devido processo legal. Alegação improcedente. Norma programática pertinente à realização de políticas públicas. Conveniência da manutenção da vigência da norma impugnada”. O Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo) publicou a Súmula nº 51, restando o seguinte enunciado: “o art. 32, da Lei nº 9.656/98, que trata do ressarcimento ao Sistema Único de Saúde (SUS), é constitucional” (DJ de 14/01/2009, p. 25-26). No mesmo sentido, as seguintes decisões monocráticas do STF: RE nº 596.156/RJ, Relator Ministro Celso Mello, DJ de 5/2/09; RE nº 577.808/RJ, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJ de 27/6/08; RE nº 574.807/RJ, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 18/2/08; e RE nº 493.217/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ de 22/11/06, podendo concluir que, no mérito em relação ao ressarcimento ao SUS, a ADI será julgada improcedente. Para reflexão: se é verdade que as operadoras pagam vários tributos, por que deveriam arcar com mais este custo? Lado outro, se as operadoras negam ou postergam a liberação do procedimento coberto pela lei ou pelo contrato, vindo o consumidor a conseguir sua realização pelo Estado, não teria direito de ser ressarcido? Pelas normas atualmente vigentes da ANS (Instrução Normativa - DIDES nº 37/09), existem vinte e dois motivos que podem ser alegados pelas operadoras para se eximirem do ressarcimento (ex.: produto não cobre procedimento; beneficiário em carência; quantidade de procedimento não coberta pelo produto), somente sendo cobradas quando não conseguem impugnar e provar por qual motivo.



assistência à saúde. A discussão gera insegurança para os administradores públicos e para as operadoras de plano. Existem limites ao princípio constitucional da integralidade da prestação de saúde? A iniciativa privada que exerce atividade econômica no mercado de saúde suplementar é atingida pelo princípio da integralidade? Essas questões serão respondidas no decorrer desse capítulo.

## 2.1 Prestação do serviço público de saúde

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, restou assentada, em seu artigo 6º, a saúde como um direito social. Por ocasião da 8ª Conferência Nacional de Saúde, em 1986, registrou-se:

Direito à saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade.<sup>7</sup>

A saúde pública é uma das espécies do gênero Seguridade Social, sendo que seu marco regulatório principal encontra-se presente no Título VIII (Ordem Social), Capítulo II (Da Seguridade Social), Seção II (Da Saúde). Uma leitura superficial do artigo 196<sup>8</sup> da Constituição da República de 1988, pode impor ao Estado o dever geral de acesso e pagamento integral da saúde para toda população brasileira.

Corroborando esse pensamento, cabe ressaltar o contido no inciso II do artigo 198<sup>9</sup> da Carta Magna que preconiza a integralidade de atendimento nas ações e serviços públicos que constituem o conhecido Sistema Único de Saúde (SUS), que encontra base na Lei Federal nº 8.080/90.

---

<sup>7</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. *Anais da 8ª Conferência Nacional de Saúde*. Brasília: Ministério da Saúde, 1986. p. 382.

<sup>8</sup> “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

<sup>9</sup> “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade”.

Nesse sentido, foi editada a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, afirmando que as atividades da saúde são de relevância pública e que deverão ser obedecidos os seguintes princípios e diretrizes:

a) acesso universal e igualitário; b) provimento das ações e serviços através de rede regionalizada e hierarquizada, integrados em sistema único; c) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; d) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas; e) participação da comunidade na gestão, fiscalização e acompanhamento das ações e serviços de saúde; f) participação da iniciativa privada na assistência à saúde, obedecidos os preceitos constitucionais.

Pontua-se aqui que o SUS não se restringe à assistência à saúde, sendo também responsável pelas políticas e ações em torno da vigilância sanitária, como a fiscalização de produtos (alimentos, remédios) que são disponibilizados para os consumidores, dos estabelecimentos que comercializam tais produtos, bem como controle epidemiológico e de doenças, citando, atualmente, a H1N1 e a dengue.

Os gestores públicos da saúde classificam aqueles que não possuem plano de saúde como “SUS Dependente”, sendo aproximadamente 150 milhões de brasileiros, ou seja, a grande maioria da população brasileira tem dependência da administração pública no quesito assistencial. No que diz respeito ao quesito epidemiológico, somos 100% dependentes, haja vista que as operadoras de plano de saúde não prestam cobertura para esse fim, recaindo ao Estado todo trabalho de divulgação, conscientização e aplicação de vacinas.<sup>10</sup>

Lado outro, o Estado também é dependente do setor privado, pois, conforme relatório de pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), quase 60% dos leitos de internação destinados aos pacientes do SUS assistencial estão estabelecidos em hospitais privados (que, em sua maioria, se dizem sem fins lucrativos). Isso acontece também com outros serviços, como a hemodiálise, que, conforme a mesma pesquisa, apresenta índice de 90% dos equipamentos necessários em mãos da iniciativa privada.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Ressaltem-se as poucas parcerias já realizadas entre a administração pública e a iniciativa privada no quesito epidemiológico, sendo percebida pelo particular a necessidade de auxiliar o Estado, pois seus clientes podem elevar o custo com o tratamento ao invés de simplesmente ajudar a custear a prevenção.

<sup>11</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Estatísticas da saúde: assistência médico-sanitária 2005*. Rio de Janeiro: IBGE, 2006. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/ams/2005/ams2005.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2010.

Outro problema a ser enfrentado pelo Estado na prestação de serviço à saúde é o recurso financeiro. Segundo Januário Montone:

o Brasil tem um Gasto Nacional em Saúde de 9,4% do PIB, equivalente ao do Canadá, reconhecidamente com um eficiente sistema de saúde pública. Ocorre que o PIB do Canadá equivale a 70% do brasileiro, e sua população, a 17% da nossa. A população do Canadá é menor que a do Estado de São Paulo.<sup>12</sup>

Registre-se que um ponto de discussão bastante frequente nas ações judiciais que envolvem o Estado no tema saúde é quem tem competência para responder e arcar com os custos da decisão concedida em medida cautelar, liminar ou tutela antecipada, haja vista a descentralização do sistema. A responsabilidade civil é solidária entre os entes públicos que formam a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, compreendendo a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios?

O entendimento predominante do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) pode ser assim traduzido:

Conforme já decidi em casos semelhantes, em relação à divisão das competências constitucionais vinculadas à saúde pública, pode-se dizer que a União, os Estados e os Municípios cooperam técnica e financeiramente entre si, mediante descentralização de suas atividades, com direção única em cada esfera de governo (Lei Federal nº 8.080 de 19/09/1990, art. 7º, IX e XI), executando os serviços e prestando atendimento direto e imediato aos cidadãos (vide art. 30, VII, da Constituição Federal).

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal, recentemente, expediu o seguinte entendimento:

A responsabilidade dos entes da Federação foi muito discutida durante os debates na Audiência Pública - Saúde, oportunidade em que externei os seguintes entendimentos sobre o tema:

O Poder Judiciário, acompanhado pela doutrina majoritária, tem entendido que a competência comum dos entes resulta na sua responsabilidade solidária para responder pelas demandas de saúde.

Muitos dos pedidos de suspensão de tutela antecipada, suspensão de segurança e suspensão de liminar fundamentam a ocorrência de lesão à ordem pública na desconsideração, pela decisão judicial, dessa divisão de responsabilidades estabelecidas pela legislação do SUS, alegando que a ação deveria ter sido proposta contra outro ente da Federação.

---

<sup>12</sup> MONTONE, Januário. *Planos de saúde: passando e futuro*. Rio de Janeiro: MedBook, 2009. p.11.

Não temos dúvida de que o Estado brasileiro é responsável pela prestação dos serviços de saúde. Importa aqui reforçar o entendimento de que cabe à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios agirem em conjunto no cumprimento do mandamento constitucional.

A Constituição incorpora o princípio da lealdade à Federação por parte da União, dos Estados e Municípios no cumprimento de suas tarefas comuns.<sup>13</sup>

Aos operadores do direito compete um estudo mais aprimorado sobre a interpretação do texto constitucional no que se refere ao princípio da integralidade à saúde para o cidadão brasileiro. O legislador constituinte, ao inserir no texto sobre a saúde esse princípio, o fez buscando estabelecer uma assistência integral, ilimitada e irrestrita para todo cidadão brasileiro às expensas do Estado. Por outro lado, pode-se entender que há limites assistenciais a serem observados, no intuito de permitir ao Estado garantir o mínimo possível para cada cidadão dentro da reserva do possível.<sup>14</sup>

Historicamente, o Estado sempre teve seu papel perante a saúde do cidadão, como ensina Sueli Gandolfi Dallari,

até o período industrial a única preocupação era afastar o doente, tanto para impedir a possível visão desagradável como, mais tarde, para impedir o contágio. [...]

A urbanização, consequência imediata da industrialização no século dezenove, foi, juntamente com o próprio desenvolvimento do processo industrial, causa de assunção pelo Estado da responsabilidade pela saúde do povo.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 - trata-se de agravo regimental interposto pela União contra a decisão da Presidência do STF na qual foi indeferido o pedido de suspensão de tutela antecipada nº 175, formulado pela União contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da Apelação Cível nº 408729/CE (2006.81.00.003148-1).

<sup>14</sup> Reexame Necessário Cível nº 1.0408.08.019133-6/001. EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - TRATAMENTO ODONTOLÓGICO DE ALTO CUSTO, A SER FORNECIDO PELO SUS - DÚVIDA ACERCA DA EFICÁCIA DO TRATAMENTO PARA EVITAR OUTROS PROBLEMAS DE SAÚDE - CONCILIAÇÃO ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL - DILAÇÃO PROBATÓRIA - IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESCOLHIDA. O mandado de segurança visa proteger direito subjetivo individual, líquido e certo, que deve ser comprovado documentalmente e de plano. O documento (lacônico e sem fundamentação) que acompanha a inicial não se mostra suficiente à demonstração de que o tratamento odontológico requerido pela impetrante irá evitar-lhe outros problemas de saúde. O direito à saúde é protegido constitucionalmente, mas, em razão da supremacia do interesse coletivo, bem como dos princípios previstos no art. 37 da CF, conclui-se que ao administrador cabe gerir com probidade os recursos públicos, distribuindo os serviços e funções de maneira a facilitar a fiscalização, reduzir os gastos, respeitar a reserva do possível e atender, com escassos recursos, a população que necessita de medicamentos de forma mais dramática (mínimo existencial). A questão envolve ainda o que se poderia chamar de "mínimo ético" e o Judiciário deverá ponderar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida. Se assim não ocorre, é preciso atender prioridades. (Relator Desembargador Wander Marotta, j. 26/06/2009).

<sup>15</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário. *Revista Saúde Pública*, São Paulo, v. 22, n. 4, p. 327-334, 1988. p. 329.

Atualmente, tem-se exigido do Estado, na prestação do serviço público à saúde, o completo bem-estar físico, mental e social do cidadão, com base no princípio da integralidade.

Na lição de Guido Ivan Carvalho e Lenir Santos, a integralidade na saúde pública, apesar de global, é delimitada, sendo consequência de um planejamento que leve em conta a epidemiologia, a organização dos serviços, as necessidades da saúde e as disponibilidades de recursos. Nesse sentido, o direito à integralidade da assistência à saúde pública não é aleatório, não garantindo total independência reivindicatória do cidadão ou total liberdade aos profissionais de saúde.<sup>16</sup>

O poder público trabalha com protocolos e orientações técnicas internas, bem como estudos de medicina baseados em evidências científico-biológicas, no intuito de comprovar a necessidade e a eficácia dos tratamentos disponibilizados aos cidadãos. É certo que, sem a existência de critérios para a incorporação da infinidade de recursos tecnológicos hoje existentes, não haverá equidade na organização dos serviços públicos de saúde. Reportando novamente a lição de Guido Ivan Carvalho e Lenir Santos: “Uns terão, talvez, até o desnecessário, e outros não terão nem o essencial”<sup>17</sup>.

Corroborando esse pensamento, extrai-se trecho da entrevista de Michael Rawlins, diretor da agência britânica Nice (Instituto Nacional para a Saúde e a

---

<sup>16</sup> CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. *SUS Sistema Único de Saúde: comentários á lei orgânica da saúde (Leis 8.080/90 e 8.142/90)*. Campinas: Ed. da Unicamp, 2006. p. 67.

<sup>17</sup> CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. *SUS Sistema Único de Saúde: comentários á lei orgânica da saúde (Leis 8.080/90 e 8.142/90)*, p. 69. Sobre o assunto, o E. TJMG já posicionou: “Mandado de segurança. Fornecimento de **meia ortopédica**. Responsabilidade solidária da União, dos Estados e do Município. Saúde. Direito garantido constitucionalmente. Atendimento prioritário à saúde do idoso. Lei 10.741/03 - No que toca ao direito do cidadão à saúde e à integridade física, a responsabilidade do Município é conjunta e solidária com a dos Estados e a da União. Tratando-se de responsabilidade solidária, a parte necessitada não é obrigada a dirigir seu pleito a todos os entes da federação, podendo direcioná-lo àquele que lhe convier. O Sistema Unico de Saúde, tendo em vista o seu caráter de descentralização, torna solidária a responsabilidade pela saúde, alcançando a União, os Estados e os Municípios. - Comprovada a necessidade de utilização de meia ortopédica para o tratamento de determinada moléstia e a prevenção contra o seu desenvolvimento para males mais graves, esta deve ser fornecida, assegurando o acesso à saúde de forma universal e integral. A negativa do Poder Público implica em ofensa a direito social fundamental, garantido constitucionalmente. - As diretrizes estabelecidas na Constituição para o sistema de saúde pública abrangem a priorização de atividades preventivas, com a redução do risco de doença e de outros agravos à saúde. Assim, mesmo que não esteja demonstrado risco iminente à vida, o insumo necessário ao bem-estar físico, mental e social deve ser fornecido. - O Estatuto do Idoso impõe obrigação de o Poder Público fornecer aos idosos gratuitamente os recursos relativos a tratamentos, habilitação ou reabilitação de sua saúde, sendo prioritário o atendimento às necessidades das pessoas nessa faixa etária” (TJMG - Proc. nº 1.0145.06.30486 6-7/001, Des<sup>a</sup>. Rel. Heloisa Combat, 20/03/2007).

Excelência Clínica - Reino Unido):

ÉPOCA - Quando o Nice recomenda que o governo britânico não forneça uma nova droga, a população reclama. Como garantir que as decisões sejam justas?

Michael Rawlins - Não somos cruéis. Tentamos zelar por todos, e não por alguns. Se gastarmos muito dinheiro com remédios caros para poucas pessoas, muitas outras não terão acesso aos que realmente funcionam. Os métodos de avaliação de custo-efetividade não são perfeitos, mas eles permitem distribuir os recursos com equidade.<sup>18</sup>

Lado outro, a maioria das decisões judiciais tem entendido que o texto constitucional evidencia uma saúde ilimitada, cabendo ao Estado-executivo garantir ao cidadão brasileiro todo e qualquer tratamento que assegure o seu bem-estar físico ou mental.

De acordo com a pesquisa realizada pela Escola de Saúde Pública do Estado de Saúde de Minas Gerais, na página eletrônica do TJMG, usando os critérios “saúde, medicamento, cirurgia, medicamento, internação, exame, prótese, tratamento”, foram encontrados, em 2000, 89 casos envolvendo a saúde. Em 2007, foram 1.554 decisões, com deferimento para o cidadão em 83,87% do total.<sup>19</sup>

A seguinte ementa, aponta entendimento recorrente do TJMG:

RECURSO ESPECIAL. TRATAMENTO DE DOENÇA NO EXTERIOR. RETINOSE PIGMENTAR. CEGUEIRA. CUBA. RECOMENDAÇÃO DOS MÉDICOS BRASILEIROS. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. DEVER DO ESTADO.

O Sistema Único de Saúde pressupõe a integralidade da assistência, de forma individual ou coletiva, para atender cada caso em todos os níveis de complexidade, razão pela qual, comprovada a necessidade do tratamento no exterior para que seja evitada a cegueira completa do paciente, deverão ser fornecidos os recursos para tal empresa.

Não se pode conceber que a simples existência de Portaria, suspendendo os auxílios-financeiros para tratamento no exterior, tenha a virtude de retirar a eficácia das regras constitucionais sobre o direito fundamental à vida e à saúde.

O ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser

---

<sup>18</sup> RAWLINS, Michael. “Quanto custa um ano de vida?: entrevista Michael Rawlins. *Revista Época*, São Paulo, ed. 591, p. 114-117, 14 set. 2009. p. 115.

<sup>19</sup> Dados coletados da apresentação feita pelo coordenador da pesquisa, Dr. Túlio Louchard Picinini, na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), em 2008.

humano e não um fim em si mesmo. (Ives Gandra da Silva Martins, in 'Caderno de Direito Natural - Lei Positiva e Lei Natural', n. 1, 1ª edição, Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985, p. 27). Recurso especial provido.<sup>20</sup>

Diante desse argumento, o cidadão que quiser autorização para realização de cirurgia a laser para correção de miopia pode vir a obtê-la, bem como aquele outro cidadão que somente aceita que seja colocada prótese importada, por exemplo, de quadril, também acabará sendo contemplado com o seu pedido.

A sociedade civil deve ser envolvida na reflexão sobre a participação do ônus público com a saúde para todos, sob pena de não se conseguir atingir as ações e os serviços básicos necessários. A idéia deve ser conseguir o possível e lutar pelo desejável.

O Conselho Nacional de Justiça promoveu, nas dependências do Supremo Tribunal Federal, a Audiência Pública nº 4, que teve como intuito, entre outros assuntos,

discutir as questões relativas às demandas judiciais que objetivam o fornecimento de prestação de saúde, a carência de informações clínicas prestadas aos magistrados a respeito dos problemas de saúde enfrentados pelos autores dessas demandas.

Para um país com tantas adversidades como o Brasil, uma audiência, com três dias de realização, com número determinado de participantes, acontecendo somente na Capital da República, é muito incipiente, melhor seria a realização de audiências públicas regionais e municipais, com a maior participação da sociedade, no intuito de propiciar o conhecimento e a formação de opinião sobre um assunto socialmente relevante para todos.

Registre-se que a população se faz representar perante os conselhos<sup>21</sup> nacional, estaduais e municipais de saúde, mesmo que de maneira acanhada e pouco resolutiva. Isso ocorre porque vários conselhos municipais foram criados com indicação dos seus membros pelo próprio Executivo local, no único intuito de receber

---

<sup>20</sup> REsp 353147/DF. 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, j. 15/10/2002.

<sup>21</sup> De acordo com a Resolução nº 33/92, do Conselho Nacional de Saúde, a composição é feita na proporção de 50% dos usuários, 25% representantes do governo e prestadores de serviços de saúde e 25% dos trabalhadores da área de saúde.

os recursos federais, não havendo uma participação da sociedade civil organizada que lute pela implementação das políticas públicas.<sup>22</sup>

A discussão sobre a forma de prestação de serviço à saúde e a implantação de políticas públicas que visam mitigar a desigualdade social hoje existente deve ser ampliada, no intuito de permitir clareza nas regras sobre a saúde pública e privada no cenário brasileiro.

Não se pode esquecer de que isso envolve a regulamentação<sup>23</sup> da Emenda Constitucional nº 29, a qual estabeleceu vinculação dos recursos nas três esferas de governo. O texto, contudo, não contemplou as fontes de recurso federais e a base de cálculo adequada, possibilitando o desvirtuamento dos recursos aplicados nas ações e serviços da saúde.<sup>24</sup>

Leonardo Militão Abrantes acredita que

a população atuando de forma direta na formulação das políticas públicas de saúde acaba por favorecer a governabilidade e a governança no setor, bem como acaba por proteger os grupos sociais vulneráveis, permitindo que o Estado atinja seus objetivos de uma forma democrática.

A participação popular nas políticas públicas dirigidas à área da saúde deve ser estruturada de tal maneira que impeça a exploração da vulnerabilidade de grupos indefesos. Do contrário, poderemos visualizar que os atores sociais mais estruturados se apossariam dos canais de comunicação e captação das demandas sociais, impedindo que os desorganizados vocalizem suas próprias demandas.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> Para o Ministro Eros Grau, “a expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social” (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 21).

<sup>23</sup> Projeto de Lei do Senado nº 121/07 e Projeto de Lei Parlamentar nº 306/08.

<sup>24</sup> Importante é não deixar que as pessoas sejam ignorantes em relação à própria saúde, como afirma Hans-Martin Sass: “a alfabetização para a saúde é uma pré-condição do cuidado de saúde individual em termos da realização de uma escolha informada e da aceitação de responsabilidade pela própria saúde” (SASS, Hans-Martin. *Promover a educação em saúde para enfrentar a doença e a vulnerabilidade*. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Org.). *Bioética: poder e injustiça*. Tradução Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2003. p. 79).

<sup>25</sup> ABRANTES, Leonardo Militão. *A cura pela cidadania*. A influência da democracia na efetivação da saúde pública, através da participação popular na elaboração das políticas públicas. 2009. 186 f. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.



## 2.2 Setor privado: uma necessidade

A Constituição da República de 1988 sedimentou a presença da iniciativa privada na prestação de serviços à saúde, registre-se, de forma suplementar, não ficando ela sujeita ao ordenamento próprio do serviço público, mais conhecido como SUS<sup>26</sup>. Há liberdade de exploração do mercado de saúde suplementar, o lucro é permitido para as operadoras<sup>27</sup>, contudo quem explora essa atividade econômica tem por obrigação assegurar a existência digna de todos que dela participam, consumidores, hospitais, clínicas, empregados, em observância ao artigo 170 da Constituição da República de 1988.

A saúde privada é prestada de três formas: 1) particular pura, em que o cidadão escolhe o profissional ou prestador e paga o preço combinado, realizando um contrato; 2) por intermédio de operadora de plano de saúde, em que o consumidor, por meio de contrato de adesão, tem à sua disposição um catálogo de prestadores para escolher e paga um preço determinado, que é reajustado anualmente; 3) por intermédio de prestadora de serviço do Estado, atuando de forma complementar, sendo remunerada pelas realizações dos serviços por meio de uma tabela pactuada.

Mediante a proliferação dessa atividade econômica, tornou-se necessária a regulamentação do setor, haja vista que anteriormente esse segmento era regido pelo Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966<sup>28</sup>, pelo Código Civil de 1916 e, a partir de 1991, as demandas eram resolvidas com base no Código de Defesa do Consumidor.

Em 1994, por iniciativa do Deputado Federal Iran Saraiva (PDT/GO), foi apresentado o Projeto de Lei nº 4.425/94, que teve como objetivo proibir exclusões de coberturas assistenciais. Entretanto, tal projeto, na ocasião, não recebeu a devida

---

<sup>26</sup> Sistema Único de Saúde, regido pela Lei Federal nº 8.080/90.

<sup>27</sup> O mercado de saúde suplementar movimentava mais de R\$45 bilhões de reais por ano, quase o orçamento do próprio Ministério da Saúde.

<sup>28</sup> Criou o Sistema Nacional de Seguros Privados, composto pelo Conselho Nacional de Seguros Privados e pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP). Havia previsão para regulamentação no prazo de 120 dias, contudo raros foram os atos expedidos para atuação da iniciativa privada nessa atividade econômica.

importância. Com a estabilização da economia por meio do Plano Real e a insatisfação dos consumidores em relação a essas questões, foi criada em 1996, a Comissão Especial na Câmara Federal, coordenada pelo Deputado Pinheiro Landim (PMDB-CE), e foram realizadas várias audiências públicas sobre o tema. Em outubro de 1997, o projeto foi votado, diga-se, sem parecer final da referida Comissão, o que desagradou a todos envolvidos. Em seguida, o projeto foi remetido ao Senado e, após negociações, foi aprovado, com previsão de alteração posterior.

A Lei nº 9.656/98 foi publicada<sup>29</sup> e sofreu várias modificações, inclusive no dia seguinte. Em 05 de junho de 1998, editou-se a Medida Provisória (MP) nº 1.665 e, posteriormente, várias outras<sup>30</sup>, até a edição, em 24 de agosto de 2001, da Medida Provisória nº 2.177-44, que consagrou em definitivo o conteúdo do texto legislativo<sup>31</sup>.

A relação jurídica firmada na saúde suplementar submete-se precipuamente às regras gerais do direito privado. Mas foi somente com o advento da Lei nº 9.656/98 que se passou a ter no Brasil um marco regulatório em relação à saúde privada prestada pelas operadoras. O citado diploma legal foi um divisor de águas para esse ramo de atividade econômica. A Lei de Plano de Saúde (LPS) trouxe para o sistema jurídico um conjunto específico de direitos, deveres e responsabilidades para as pessoas que compõem esse mercado, quais sejam beneficiários, operadoras de plano de saúde e prestadores de serviços (hospitais, clínicas, médicos, etc.).

De acordo com a página oficial na internet da Agência Nacional de Saúde Suplementar, têm-se no Brasil 46.038.210 usuários de planos de saúde assistenciais inscritos em diversas operadoras. Considerando os mais de 192 milhões de brasileiros divulgados pelo IBGE, o assunto do presente trabalho atinge 1 de cada 4 brasileiros espalhados pelo nosso país.<sup>32</sup>

Antes da criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), foi

---

<sup>29</sup> *Diário Oficial da União*, Brasília, 04 jul. 1998. Seção 1, p. 1.

<sup>30</sup> Medidas provisórias editadas nº 1.730, 1801, 1.907, 1.976, 2.097, 2.177.

<sup>31</sup> A Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001 determinou que “Art. 2º As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional”.

<sup>32</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Operadoras e beneficiários*: perfil. Brasília: ANS, 2010. Disponível em: <[http://www.ans.gov.br/data/files/8A958865299337310129AD03C66D4BED/folder\\_ANSInformacao\\_2010-Publicação.pdf](http://www.ans.gov.br/data/files/8A958865299337310129AD03C66D4BED/folder_ANSInformacao_2010-Publicação.pdf)>. Acesso em: 15 jul. 2010.

instituído, pela Medida Provisória nº 1.665/98, o Conselho Nacional de Saúde Suplementar (CONSU), competente para normatizar as questões relacionadas à prestação de serviço no mercado de saúde suplementar, tendo editado 23 resoluções, entre elas, a elaboração do rol de procedimentos e eventos em saúde<sup>33</sup>, mecanismos de regulação<sup>34</sup>, critérios e parâmetros de várias de faixas etárias dos consumidores<sup>35</sup> e cobertura de atendimento nos casos de urgência e emergência<sup>36</sup>.

No ano de 2000, foi promulgada a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.<sup>37</sup>

A criação como autarquia obedece ao artigo 37, XIX, da Constituição da República, conforme a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98.<sup>38</sup>

O modelo estatal escolhido foi de uma agência reguladora que “consiste em sua maior independência em relação ao Poder Executivo, apesar de fazer parte da Administração Pública indireta”<sup>39</sup>.

O mercado de saúde suplementar progrediu “em consonância com a precariedade do sistema público”<sup>40</sup>, sendo que até mesmo a maioria dos profissionais da saúde ocupantes de cargos no setor público tem algum vínculo com plano de saúde. A edição das leis nº 9.656/98 e nº 9.961/00 possibilitou ao Poder Público seu controle e fiscalização.

---

<sup>33</sup> Resolução CONSU nº 10, de 3 de novembro de 1998.

<sup>34</sup> Resolução CONSU nº 8, de 3 de novembro de 1998.

<sup>35</sup> Resolução CONSU nº 6, de 3 de novembro de 1998.

<sup>36</sup> Resolução CONSU nº 13, de 3 de novembro de 1998.

<sup>37</sup> Art. 3º, da Lei nº 9.961/00: “A ANS terá por finalidade institucional 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”.

<sup>38</sup> Sobre o assunto, anota Diogo de Figueiredo Moreira Neto “corrige-se impropriedade técnica do inciso original, passando-se a distinguir a lei de criação de uma autarquia, como desdobramento institucional do próprio Estado, à qual são outorgadas determinadas competências, da lei de autorização para instituir empresa pública, sociedade de economia mista e fundação, às quais são delegadas atribuições específicas” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre a reforma administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 63).

<sup>39</sup> MORAES, Alexandre de. *Agência reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 25.

<sup>40</sup> SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *Planos de saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 52.

De acordo com a ANS, em 2000, havia 2.004 operadoras de assistência à saúde (excetuando as exclusivamente odontológicas) atuando nesta atividade econômica.<sup>41</sup> Até dezembro de 2009, eram 1.098 operadoras. Em contrapartida, o número de beneficiários cresceu, passando de 30 milhões para 46 milhões de usuários de plano de assistência à saúde. O setor privado argumenta que as regras impostas pela ANS sobre exigências de garantias financeiras<sup>42</sup>, ampliação de cobertura prevista no Rol de Procedimentos e Eventos em saúde<sup>43</sup> e contratação de planos<sup>44</sup> dificultaram a permanência de várias operadoras, tornando acentuado o processo de liquidação extrajudicial e trilhando para uma concentração desse mercado.

Pontua-se que a concentração, pelos menos dos beneficiários, já é constatada pela ANS, a qual informa a existência, até dezembro de 2009, de mais da metade dos consumidores, ou seja, 50,2% de todo mercado de saúde suplementar, espalhados em apenas 38 operadoras, do total de 1.098 existentes. Além disso, 90% dos beneficiários estavam concentrados em 366 empresas, enquanto os 10% restantes se dividiam por 725 operadoras.<sup>45</sup>

Inegável o avanço obtido pela regulamentação para os consumidores de plano de saúde, pois as regras eram estabelecidas de forma unilateral, não tendo o consumidor um órgão próprio e específico ou dispositivo legal que lhe auxiliasse nas dúvidas sobre o produto complexo que estava adquirindo. Destacam-se algumas conquistas com a regulação do setor, dentre outras: (i) cobertura obrigatória pelas operadoras de quase 3.000 procedimentos em saúde; (ii) proibição de exclusão de doenças de forma genérica denominadas pelas operadoras como “crônicas” (ex.: câncer), “congênitas” (adquiridas na gestação) ou infectocontagiosas de notificação

---

<sup>41</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Caderno de informação da saúde suplementar: beneficiários, operadoras e planos*. Brasília: ANS, 2010b. p. 35. Disponível em: <[http://www.ans.gov.br/data/files/8A95886528F402C8012904206A0569CE/Caderno\\_2010-03-web.pdf](http://www.ans.gov.br/data/files/8A95886528F402C8012904206A0569CE/Caderno_2010-03-web.pdf)>. Acesso em: 14 jun. 2010.

<sup>42</sup> Publicação pela ANS da Resolução RDC nº 77, de 17 de junho de 2001, Resolução Normativa nº 67, 04 de fevereiro de 2004 e, posteriormente, a edição da Resolução Normativa nº 159, 03 de julho de 2007 (revogou a RN nº 67) e da Resolução Normativa nº 160, 03 de julho de 2007 (revogou a RDC nº 77).

<sup>43</sup> Atualmente, a composição do Rol está prevista na Resolução Normativa nº 211/10.

<sup>44</sup> Resolução RDC nº 04 e 05, ambas de 18 de fevereiro de 2000, Resolução Normativa nº 85/04 (revogou a RDC nº 04 e 05), Resolução Normativa nº 100/05 e Resolução Normativa nº 195/09.

<sup>45</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Operadoras e beneficiários: perfil*, 2010a.

compulsória (ex.: AIDS); (iii) proibição de limitação de tempo de internação; (iv) proibição de rompimento unilateral do contrato a qualquer tempo; (v) imposição de regras transparentes sobre reajuste por faixa etária; (vi) estabelecimento de períodos máximos de carência; (vii) obrigação de as operadoras firmarem garantias financeiras; (viii) garantia do direito de empregado e aposentado permanecerem no plano do empregador.

Para uma saudável concorrência, a ANS contribui, também, de forma assertiva, permitindo a alienação voluntária da carteira de beneficiários, impondo regime de direção fiscal em várias operadoras que não tinham como operar no mercado, chegando até a maior e mais significativa liquidação extrajudicial que foi da Unimed São Paulo, que contabilizou um passivo de aproximadamente R\$100 milhões, sendo os clientes transferidos para outras Unimed.

A presença da prestação de saúde privada no Brasil é latente e sua manutenção é uma necessidade. Como já foi dito, o Estado também é dependente do setor privado, de leitos e equipamentos.

Por fim, não se pode permitir que a saúde suplementar, como já noticiado pela imprensa, se torne precária como o SUS assistencial, deixando que seus beneficiários fiquem longas horas aguardando atendimento. Ao Estado-regulador compete controlar a capacidade da rede de prestadores credenciados pelas operadoras para absorverem o número de usuários, sempre no intuito de atingir a qualidade e eficiência na prestação de serviço, que representa legítima expectativa do consumidor.

### **2.3 Convergência entre os setores conforme a jurisprudência mineira**

Tanto o setor público quanto o privado vêm acumulando demandas judiciais em seu desfavor, conhecida com a “judicialização da saúde”. Fato é que os cidadãos/consumidores estão conhecendo mais sobre seus direitos e buscando-os, o que acentua as demandas nesse tema perante o Poder Judiciário.

Destaca-se como convergência entre o público e o privado na saúde a discussão da cobertura integral. O cidadão que propõe mandado de segurança contra a

autoridade de saúde pública pretende que todo o tratamento prescrito pelo médico seja executado e custeado pelo Poder Público. Noutra giro, há o consumidor que ingressa em juízo, contra a operadora, com ação de obrigação de fazer, requerendo mais do que o previsto contratualmente ou do que é disposto na Lei nº 9.656/98.

Jordana Miranda Souza e Danielle da Silva Pires apontam que:

Dentre as discussões relacionadas à amplitude de cobertura, conforme se pode verificar na pesquisa<sup>46</sup>, interessante destacar que em 12,4% (doze vírgula quatro por cento) dos acórdãos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais está expresso o discurso de que o particular que presta uma atividade econômica correlacionada com serviços médicos e de saúde possui os mesmos deveres do Estado, ou seja, os de prestar assistência integral para os consumidores.<sup>47</sup>

As demandas que chegam ao TJMG contra o Estado, aqui compreendido o Estado de Minas Gerais e os municípios mineiros, são procedentes em sua maioria, tendo como fundamento principal o argumento de que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantida de forma integral e igualitária, independente de legislação infraconstitucional ou quaisquer outras medidas impeditivas”, bem como “apenas o médico é apto para questionar prescrição daquele que acompanha o tratamento do requerente”<sup>48</sup>. O fundamento utilizado é sempre a Constituição da República, não havendo citação sobre as políticas públicas por meio de resoluções ou portarias que restrinjam a saúde integral.

No que tange à saúde privada, o discurso do TJMG é:

PLANO DE SAÚDE - AÇÃO DECLARATÓRIA - BENEFICIÁRIA DO PLANO - ENFERMIDADE - LEGITIMIDADE ATIVA - CLÁUSULAS RESTRITIVAS - NULIDADE - CONSTITUIÇÃO FEDERAL - LEI 8.078/90 - APLICABILIDADE - PLANO DE SAÚDE - CONTRATAÇÃO QUE PREVÊ EXCLUSÕES ABUSIVAS E IMPEDITIVAS DE BOA ASSISTÊNCIA À SAÚDE DO CONTRATANTE - INOPEROSIDADE FRENTE AO TEXTO - NULIDADE DECLARADA - RECURSO DESPROVIDO. É a usuária parte legítima para propor demanda, objetivando a declaração de nulidade de cláusula do contrato coletivo de prestação de serviços de assistência à saúde. A saúde, como bem intrinsecamente relevante à vida e à dignidade humana, foi

<sup>46</sup> A pesquisa mencionada avaliou 844 acórdãos do TJMG, entre os anos de 2005 a 2009, gerando o percentual de 12,4%.

<sup>47</sup> SOUZA, Jordana Miranda; PIRES, Danielle da Silva. Relatório da pesquisa coletiva de jurisprudência “judicialização da saúde suplementar”. In: SOUZA, Jordana Miranda; PIRES, Danielle da Silva. *Judicialização da saúde suplementar*. Belo Horizonte: Unimed BH, 2010. p. 61.

<sup>48</sup> Dados coletados da apresentação feita pelo coordenador da pesquisa, Dr. Túlio Louchard Picinini, na UFMG em 2008.

elevada pela atual Constituição Federal à condição de direito fundamental do homem, não podendo por isso ser considerada como simples mercadoria, nem confundida com outras atividades econômicas. O particular, que presta uma atividade econômica correlacionada com serviços médicos e de saúde, possui os mesmos deveres do Estado, ou seja, prestar assistência médica integral aos consumidores dos seus serviços, entendimento esse que não se sustenta somente no texto constitucional ou no Código de Defesa do Consumidor, mas, principalmente, na lei de mercado, segundo a qual quanto maior o lucro, maior também o risco. Ao negar cobertura a determinados tipos de doenças a empresa atenta contra os direitos - absolutos - à saúde e à vida dos segurados e tal disposição será tida por ilícita exatamente porque descumprida está a função do contrato. As cláusulas que excluem boa e pronta assistência ao contratante de plano de saúde devem ser desconsideradas e tidas por abusivas e nulas, pois a avença surge para garantir a dignidade do ser humano quando submetido à doença, pelo que as exclusões, para quimioterapia e similares, são de nenhum valor, se acometido o paciente de alguma espécie de câncer, aplicados o texto constitucional e as disposições consumeristas, até porque a proteção se destina a casos assim.<sup>49</sup>

As operadoras, por sua vez, essas não concordam em arcar com os custos de tratamentos que estão fora do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde editado pela ANS<sup>50</sup>. Esse não é, no entanto, o posicionamento majoritário do Tribunal Mineiro:

O art. 10, § 4º da Lei 9.656/98, por sua vez, não admite a interpretação pretendida pela recorrente, no sentido de que apenas os tratamentos incluídos em ROL elaborado pela Agência Nacional de Saúde são passíveis de cobertura, pois esse entendimento destoa de toda a finalidade da norma protetiva, afronta os princípios do Código do Consumidor, e, ademais, ofende o princípio da reserva legal, sendo inadmissível que Resoluções e Instruções de órgão público contrariem a lei ordinária. Essas normas têm função meramente regulamentadoras e podem dispor, nos limites da lei, sobre a forma de aplicação do direito, porém sem contradizer ou ultrapassá-la. O objetivo das normas editadas pela Agência Nacional de Saúde é no sentido de fiscalizar a atuação dos planos de saúde e proteger os consumidores, servindo o ROL de tratamentos como direção para as prestadoras de serviço, não se podendo, conferir, contudo, caráter de taxatividade, sobretudo quando não se incluem PROCEDIMENTOS garantidos por Lei.<sup>51</sup>

Tem-se, então, que não importa se o pedido é dirigido ao setor público ou privado, o tratamento prescrito pelo médico credenciado do SUS ou da operadora de plano de saúde será, em sua maioria, acatado pelo Poder Judiciário.

<sup>49</sup> Proc. nº 1.0024.08.076517-5/001(1). Relator: Des. Antonio de Pádua, 11/05/2010, grifo nosso.

<sup>50</sup> A última atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde entrou em vigor no dia 07 de junho de 2010, por meio da Resolução Normativa nº 211.

<sup>51</sup> Excerto do voto exarado pela Desembargadora Heloísa Combat, do TJMG, nos autos da Apelação Cível nº 1.0024.05.709172-0/001 (acórdão publicado no DJ de 10/11/2006).

Rodolpho Barreto Sampaio Júnior traz com propriedade as seguintes indagações: “É desejável que a saúde suplementar tenha a mesma extensão que a Constituição da República atribuiu à saúde pública? E, em caso afirmativo, estariam os consumidores dispostos a arcar com os custos desse sistema?”<sup>52</sup>.

Mais uma vez, enfatiza-se a necessidade da discussão ampla sobre o tema, sob pena de restar somente a minoria rica no sistema privado, retornando os demais para o precário serviço público de saúde.

#### **2.4 Assimetria entre os setores conforme a jurisprudência mineira**

Reportando-se, novamente, a pesquisa coordenada pela Secretaria de Saúde do Estado de Minas Gerais (SES-MG), a negativa de medicamento pelo SUS foi identificada como a principal causa da propositura de demandas judiciais em saúde, representando 46,17% do total das decisões estudadas no período de 2000 a 2007. Registre-se que o cidadão obteve, em sua integralidade, êxito contra o Estado quanto ao medicamento requerido.

É de se destacar, a propósito do tema, o posicionamento do STF, no AGRG nº 271.286, que até os dias atuais serve como paradigma para outros julgados:

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF ARTS. 5º, *CAPUT*, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA;

- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar;
- O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional

---

<sup>52</sup> SAMPAIO JUNIOR, Rodolpho Barreto. Prefácio. In: SOUZA, Jordana Miranda; PIRES, Danielle da Silva. *Judicialização da saúde suplementar*. Belo Horizonte: Unimed BH, 2010. p. 10.



indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE;

- O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES;
- O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (artigos 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.<sup>53</sup>

No âmbito da saúde suplementar, ao contrário, o pedido de medicamento tem sido inexpressivo. Conforme pesquisa da Unimed Belo Horizonte, esse pedido representa apenas 4% do total dos acórdãos pesquisados perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais.<sup>54</sup>

A regulamentação para a saúde suplementar obrigou que as operadoras, na hipótese de o beneficiário possuir plano que inclua internação hospitalar, forneçam todo e qualquer medicamento e anestésico, conforme prescrição do médico assistente (art. 12, II, “d”, Lei nº 9.656/98). Portanto, o consumidor de plano que necessitar de um medicamento que é ingerido via oral, sem necessidade de internação não poderá exigir seu fornecimento pela operadora, devendo os custos serem assumidos de forma particular.

Destaca-se, ainda, a proibição legal de o consumidor exigir da operadora o “fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados”, conforme previsto no

---

<sup>53</sup> Trata-se de Agravo Regimental nº 271.286, no Recurso Extraordinário nº 371.286-8, interposto pelo Município de Porto Alegre, sendo que a Segunda Turma do STF, após relatoria do Ministro Celso de Mello, negou provimento por unanimidade.

<sup>54</sup> SOUZA, Jordana Miranda; PIRES, Danielle da Silva. Relatório da pesquisa coletiva de jurisprudência “judicialização da saúde suplementar”, p. 34.

artigo 10, V da Lei nº 9.656/98. Essa regra vale mesmo na hipótese de o beneficiário estar internado, ou seja, mesmo havendo prescrição médica para o medicamento importado, esse poderá ser negado pela operadora caso haja um similar nacional devidamente registrado na Agência de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Nota-se, portanto, que, injustificadamente, o SUS assistencial acaba absorvendo toda a demanda existente. A Lei assim determina, e o usuário do sistema privado, ciente dessa restrição, ou na maioria das vezes informado pela operadora do seu plano, busca o sistema público para lhe garantir o tratamento; quando se depara com alguma dificuldade em obtê-lo, aciona o Poder Judiciário.

Apenas minoritariamente, o consumidor do plano de saúde não aceita a negativa da operadora em fornecer medicamentos, mesmo embasada na Lei nº 9.656/98, e recorre ao Estado-juiz, que, em sua maioria, se pronuncia no seguinte sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - TUTELA ANTECIPADA - PLANO DE SAÚDE - MEDICAMENTOS DE USO DOMICILIAR - Quando determinada pelo médico associado a necessidade de medicamentos de uso domiciliar, mister se faz o custeio de tal medicamento.<sup>55</sup>

Neste ponto, merece reflexão a advertência de Amanda Flávio de Oliveira, no sentido de que deve o magistrado observar os reflexos da sua decisão e não “se ater apenas ao que postulam as partes em litígio, mas verificar qual das soluções conduz à maximização da riqueza social”<sup>56</sup>.

## 2.5 A prestação de saúde nos países do Mercosul

A proposta deste tópico é evidenciar se, nos demais países membros do Mercosul, restringindo a pesquisa a Argentina, Paraguai e Uruguai, existe uma

---

<sup>55</sup> Agravo nº 1.0145.08.500330-2/001. Relator: Exm<sup>o</sup>. Desemb. Luiz Carlos Gomes da Mata.

<sup>56</sup> OLIVEIRA, Amanda Flávio de. O juiz e o novo contrato. In: PASQUALOTTO, Adalberto de Souza; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coord.). *Código de defesa do consumidor e o código civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 341.

dicotomia entre a saúde pública e a privada em termos de legislação e como é tratada a questão na legislação consumerista.

No Brasil, existe essa dicotomia, havendo previsão na Constituição da República (art. 6º e 196 e seguintes) e em leis ordinárias, destacam-se, a Lei nº 8.080/90 - SUS; a Lei nº 9.656/98 - Plano de Saúde e, paralelamente, a Lei nº 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor.

### **2.5.1 Argentina**

A Argentina, no aspecto da organização política, se assemelha ao Brasil, sendo república federal, constituída por uma capital federal e 23 províncias (como nossos Estados) e por inúmeros municípios. Em matéria de competência legislativa em saúde, existe similaridade entre os dois países, sendo que podem legislar concorrentemente em relação aos outros entes da república federativa.

A Constitución de La Nación Argentina, promulgada em 1994, não estabelece detalhamento sobre o tema da prestação de saúde, seja no âmbito público ou privado.<sup>57</sup> Está contextualizada a questão da seguridade social e do seguro social obrigatório<sup>58</sup>, todavia, há previsão expressa em relação à defesa do consumidor, restando consignado no artigo 42<sup>59</sup> a proteção à saúde como direito.

---

<sup>57</sup> Lembrando que existem as Constituições das Províncias, sendo que o estudo foi baseado somente na Constituição Nacional.

<sup>58</sup> “Art. 14. bis [...] El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”.

<sup>59</sup> “Art. 42. Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

O setor assistencial à saúde na Argentina se apresenta de forma semelhante ao do Brasil, pois é constituído pelo (i) público puro, com financiamento e gestão pública, (ii) pelo seguro social obrigatório, que se organiza em torno das chamadas “obras sociais”<sup>60</sup>, as quais são financiadas pelos trabalhadores e empregadores sobre a folha de pagamento, e (iii) pelo privado, formado pelos profissionais e prestadores de serviços e as entidade de seguro voluntário, chamadas de “Medicina Pré-Paga”.

No que tange à legislação infraconstitucional ou regulatória do setor de saúde privado, não existe atualmente uma lei específica argentina para regulação geral da “Medicina Pré-Paga”, contudo existem iniciativas que tramitam no legislativo para esse fim. Em 1996, foi aprovado o Decreto nº 247/96, determinando que o setor privado oferte o Programa Médico Obrigatório (PMO), que consiste numa lista de serviços obrigatórios que devem ser cumpridos pela medicina pré-paga, quando da aquisição do plano pelo consumidor, bem como pelas obras sociais. Pode-se afirmar que se assemelha ao Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, editado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), estando hoje em vigor a lista estabelecida pela Resolução Normativa nº 211/10.

Posteriormente, foi editada a Lei nº 24.455/95, obrigando a medicina pré-paga e as obras sociais a cobrirem tratamento médico, psicológico e farmacológico dos pacientes portadores do vírus HIV-Aids, bem como para os dependentes químicos. O assunto acaba indo para o Judiciário, já que as empresas alegam que os contratos celebrados entre particulares anteriormente à sua edição não são passíveis de cumprimento, havendo julgados contra e a favor de tal argumento.

Saliente-se, entretanto, que tanto no Brasil<sup>61</sup> por meio das autogestões quanto na Argentina pelas obras sociais não é obrigatório o cumprimento do rol de procedimentos ou da lista de serviços por essas entidades. Na Argentina as obras sociais valem somente para as províncias que aderiram ao referido Decreto, fato esse devido à competência concorrente em legislar sobre saúde. Entretanto, naquelas províncias em que não existe a obrigatoriedade, o Poder Judiciário tem decidido a favor dos afiliados (consumidores).

---

<sup>60</sup> Assemelha-se, no Brasil, às chamadas autogestões. Na Argentina, foram editadas as Leis nº 23.660 e 23.661, que versam sobre a forma de contribuição e a criação do Fundo Solidário de Redistribuição.

<sup>61</sup> Lei nº 9.656/98, art. 10, § 3º.

O segmento de medicina pré-paga argentino se desenvolveu, desde o começo, sem um marco jurídico específico, havendo somente legislação em relação aos aspectos da formação societária, que é a Lei nº 19.550/84, conhecida como Lei de Sociedades e o Código de Comércio e Regulamentação<sup>62</sup>.

As reclamações sobre a saúde na Argentina são inúmeras, de acordo com a página eletrônica da Defensoria del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires<sup>63</sup>. Desde 2004, a saúde está liderando o ranking; das mais de 100 mil reclamações recebidas pela Defensoria no ano de 2008, 9,5% do total são relativas ao setor de saúde, sendo que, no privado, a principal se refere a “reclamações por práticas fora do PMO (Programa Médico Obrigatório)”.

Na maioria dos casos, os consumidores de serviços de saúde se valem da Ley de Defensa del Consumidor nº 24.240, promulgada em 1993 e alterada pela Lei nº 26.361/08, para a tutela dos seus interesses.

Na lição de Joseane Suzart Lopes da Silva:

Na Argentina, há a formação de uma relação cativa entre as operadoras de planos de saúde e os consumidores, sendo incabível a rescisão unilateral, pois, na maioria das vezes, aqueles almejam manter os laços contratuais por longo período de tempo. Na análise das características dos contratos de plano de saúde no Brasil, e das regras que regem as relações estabelecidas entre operadoras/seguradoras e consumidores, dar-se-á continuidade à comparação das legislações argentina e brasileira, com o escopo de demonstrar que, no plano fático, os dois países assemelham-se quanto ao tratamento das questões atinentes ao sistema privado de assistência à saúde.<sup>64</sup>

Não há dúvida de que o ordenamento jurídico brasileiro, ainda mais quando se trata dos atos administrativos regulatórios, está bem mais avançado que o da Argentina, devendo, no entanto, os regulamentos serem mais bem divulgados e conhecidos, principalmente pelo Judiciário brasileiro.

---

<sup>62</sup> AHUAD, Alfredo; PAGANELLI, Alberto; PALMEYRO, Alejandro. *Medicina pré-paga: história e futuro*. Buenos Aires: Ediciones Insalud, 1999.

<sup>63</sup> Disponível em: <<http://www.defensora.org.ar/institucional/estadisticas08.php>>.

<sup>64</sup> SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *Planos de saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos*, p. 63.

### 2.5.2 Paraguai

A República do Paraguai vivenciou muitas guerras e por longos períodos, sendo conduzida pelo regime de ditadura militar. Atualmente, por meio de sua Constituição, promulgada em 20 de junho de 1992, o Paraguai adotou para seu governo a democracia representativa, participativa e pluralista, fundada no reconhecimento da dignidade humana. A organização política tem sua representatividade por meio do Poder Executivo, com eleições diretas a cada cinco anos, bem como no Legislativo (Senado e Câmara dos Deputados) e Poder Judiciário (Suprema Corte e Tribunais).

No que tange à questão sanitária, está previsto no artigo 68 da Constituição que o Estado promoverá e protegerá a saúde como direito fundamental e ninguém será excluído de assistência pública para prevenir ou tratar enfermidades e outros.<sup>65</sup> Restou previsto, também, que o Estado promoverá um sistema nacional de saúde, com recursos públicos e privados.<sup>66</sup>

O Sistema Nacional de Saúde paraguaio foi criado quatro anos após o advento da Constituição, por meio da Lei nº 1.032/96, com base no conceito de atenção integral à saúde. A lei destacou três formas de oferta de serviços à saúde: público, privado e misto.<sup>67</sup>

O público é formado pelos seguintes órgãos: (i) *Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social (MSPyBS)*, sendo o maior<sup>68</sup> em prestação de serviço, com foco na promoção, prevenção e reabilitação; (ii) *Instituto de Previsión Social (IPS)*, criado em

---

<sup>65</sup> Tradução livre do autor: “Artículo 68 - DEL DERECHO A LA SALUD - El Estado protegerá y promoverá la salud como derecho fundamental de la persona y en interés de la comunidad. Nadie será privado de asistencia pública para prevenir o tratar enfermedades, pestes o plagas, y de socorro en los casos de catástrofes y de accidentes. Toda persona está obligada a someterse a las medidas sanitarias que establezca la ley, dentro del respeto a la dignidad humana”.

<sup>66</sup> Tradução livre do autor: “Artículo 69 - DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD - Se promoverá un sistema nacional de salud que ejecute acciones sanitarias integradas, con políticas que posibiliten la concertación, la coordinación y la complementación de programas y recursos del sector público y privado”.

<sup>67</sup> Disponível em: <<http://www.paho.org/hia/archivosvol2/paisesesp/Paraguay%20Spanish.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2010.

<sup>68</sup> “En 2004, el MSPyBS contaba con 670 puestos de salud, 50 dispensarios, 130 centros de salud, 23 hospitales distritales, 17 hospitales regionales, 18 hospitales especializados y 7 centros especializados (14, 56)”. AHUAD, Alfredo; PAGANELLI, Alberto; PALMEYRO, Alejandro. *Medicina pré-paga: história e futuro*, p. 145.

1943, responsável pelo seguro de doenças, invalidez, maternidade e morte de trabalhadores; (iii) *Sanidad de las Fuerzas Armadas*, serviços próprios de saúde para atendimento aos militares ativos, aposentados e familiares, prestando atenção à população civil nas localidades onde o Estado não possui centro de saúde; (iv) *Sanidad Policial*, atende aos funcionários e ex-funcionários da entidade, seus familiares e os presidiários; (v) *Universidad Nacional de Assunción*, que presta serviços gratuitos à população por meio dos seus hospitais, clínicas e centro neuropsiquiátrico; (vi) *Municipios y Gobernaciones*, por meio de centros ou postos de saúde próprios; e (vii) *empresas estatales descentralizadas*, com serviços internos de saúde e que pagam seguro-saúde para funcionários dessas empresas, ex-funcionários e familiares, bem como são responsáveis por prestar assistência à saúde para a comunidade que vive em torno da empresa.

Quanto ao sistema privado de prestação de serviço de saúde paraguaio, é constituído por empresas de “medicina pré-paga” e seguradoras, que se assemelham às operadoras no Brasil, bem como existem vários hospitais e sanatórios particulares (total de 153), clínicas, centros e institutos (total de 425), consultórios (474), laboratórios (342), serviços de emergência e urgência (15).

O órgão responsável pelo acompanhamento do setor privado é a *Superintendencia de Salud*, que controla os dados contábeis, a situação patrimonial e solicita garantias financeiras para o devido funcionamento das empresas, que também são obrigadas a fornecer o contrato de comercialização com os clientes, para, em caso de reclamação, o órgão verificar o cumprimento do pacto. Não há uma regulamentação contratual forte, como acontece no Brasil, mas, tão somente, uma fiscalização do acordo de vontade firmado entre as partes.

O exemplo de instituição mista é a Cruz Vermelha Paraguaia, sendo que o *Ministério de Salud Pública y Bienestar Social* arca com os custos da folha de pagamento tanto dos profissionais de saúde quanto dos agentes administrativos, e toda a assistência à saúde prestada é financiada por fundações privadas sem fins lucrativos.

De acordo com a Organização Panamericana da Saúde<sup>69</sup>, a cobertura dos serviços prestados no Paraguai em percentuais pode ser demonstrada da seguinte

---

<sup>69</sup> ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. *Health in the Americas*. Paraguai, 2002.

maneira: 58% no setor público (Ministério 32%, IPS 17%, Forças Armadas e Polícias 08%, outros públicos 01%), 15% no setor privado e 27% de habitantes encontram-se sem cobertura.

Na Constituição Nacional do Paraguai, em matéria de consumo, há previsão expressa em três momentos distintos, que estão disciplinados nos artigos 27, 38, 72. O artigo 27, que tem como título “O emprego dos meios de massa de comunicação social”<sup>70</sup>, determina a obrigatoriedade de criação de lei que regulará a publicidade para melhor proteção, entre outros, do consumidor. Já o artigo 38<sup>71</sup> aborda a questão de o indivíduo ou de a coletividade reclamar, perante a autoridade pública, a defesa dos interesses difusos nas relações de consumo. Segundo o artigo 72, cabe ao Estado velar pelo controle dos produtos colocados no mercado de consumo, bem como facilitar o acesso da população de baixa renda aos medicamentos considerados essenciais.<sup>72</sup>

No ordenamento jurídico infraconstitucional paraguaio, não existe lei específica sobre a regulamentação da “medicina pré-paga”. Por sua vez, a Lei nº 1.334/98, que entrou em vigor no mês de abril de 1999, dispõe em seu artigo 1º que “A presente lei estabelece as normas de proteção e defesa dos consumidores e usuários, em sua dignidade, saúde, seguridade e interesses econômicos”<sup>73</sup>. Restou consagrados também a vida e a saúde como direitos básicos do consumidor (artículo 6º, alínea “b”), e, em diversos outros artigos, é disciplinada a defesa do consumidor usuário do serviço público e privado de saúde.

---

<sup>70</sup> Tradução livre do autor: “Artículo 27 - Del empleo de los medios masivos de comunicación social - [...] La ley regulará la publicidad a los efectos de la mejor protección de los derechos del niño, del joven, del analfabeto, del consumidor y de la mujer”.

<sup>71</sup> Tradução livre do autor: “Artículo 38 - Del derecho a la defensa de los intereses difusos - Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente, de la integridad del hábitat, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor [...]”.

<sup>72</sup> Tradução livre do autor: “Artículo 72 - Del control de calidad - El Estado velará por el control de la calidad de los productos alimenticios, químicos, farmacéuticos y biológicos, en las etapas de producción, importación y comercialización. Asimismo facilitará el acceso de factores de escasos recursos a los medicamentos considerados esenciales”.

<sup>73</sup> Tradução livre do autor: “Artículo 1º - La presente ley establece las normas de protección y de defensa de los consumidores y usuarios, en su dignidad, salud, seguridad e intereses económicos”.



### 2.5.3 Uruguai

O Uruguai é o segundo menor país da América do Sul, com aproximadamente 3,3 milhões de habitantes, sendo que 1,8 milhão vivem na capital, Montevidéu, e no seu entorno, sendo uma população predominantemente urbana. A organização política é semelhante à do Brasil, composta pelos poderes Executivo, Legislativo (Senado, Câmara dos Representantes, que formam a Assembleia Geral) e Judiciário (Supremo Tribunal, Tribunais de Apelação e Inferiores e Juízes de Paz).

No que tange à saúde uruguaia, manifestou a Organización Panamericana de la Salud (OPS):

La Constitución de la República establece que el Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país. El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes.<sup>74</sup>

Essa previsão está consignada no artigo 44 da Constituição do Uruguai, devendo ser observada a restrição constitucional da integralidade da assistência à saúde somente aos indigentes e aos carentes.

Joice Valentim informa que a prestação de saúde uruguaia

divide-se basicamente em dois setores: um público e um privado. As instituições no setor público são o *Ministerio de la Salud Pública* (MSP), que fornece seus serviços por intermédio da *Administración de los Servicios de Salud del Estado* (Asse), o *Banco de Previsión Social* (BPS), o *Banco de Seguros del Estado*, a *Universidad de la República*, os *Ministerios de Defensa Nacional y Del Interior*, intenciones municipais e outras entidades públicas e entes autônomos. O sistema privado é constituído pelas *Instituciones de Asistencia Médica Colectiva* (IAMC) (instituições de seguro pré-pago de atenção integral), pelas empresas que oferecem seguros parciais de saúde, pelos Institutos de Medicina Altamente Especializada (Imae), que são empresas públicas ou privadas que realizam algum tipo de procedimento estabelecido como de alta tecnologia e/ou alto custo, pagos por meio do *Fondo Nacional de Recursos*, e por clínicas privadas e casas de repouso para idosos.<sup>75</sup>

<sup>74</sup> Disponível em: <<http://www.paho.org/hia/archivosvol2/paisesesp/Paraguay%20Spanish.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2010.

<sup>75</sup> VALENTIM, Joice. *Desafios futuros ao sistema de saúde com garantia de acesso à alta tecnologia: o caso do Uruguai*. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde, 2006. p. 333.

De acordo com a OPS, o número de *Instituciones de Assistência Médica Colectiva* (IAMC) passou de 50 em 2000 para 41 em 2005, estando 12 destes com sede na capital Montevideu. Trata-se de um mercado regulado pelo governo, o *Ministério de la Salud Pública* determina as coberturas obrigatórias, e o *Ministério de Economía y Finanzas* controla os preços praticados pelo setor, sendo que atualmente são mais de 1.400.000 usuários do sistema privado.

Na observação de Joseane Suzart Lopes da Silva “o Uruguai, a despeito de prever em sede constitucional que a saúde constitui um direito essencial à sobrevivência de todos os cidadãos, não possui lei que trate, especificamente, da assistência suplementar à saúde”<sup>76</sup>.

Registre-se, também, que não há previsão na Constitución de la Republica Oriental del Uruguay, promulgada em 1997, sobre a defesa do consumidor, existindo somente a legislação infraconstitucional, a Lei nº 17.250, de 25 de julho de 2000. O direito à saúde está consignado em seu artigo 6º<sup>77</sup> como um direito básico, bem como nos artigos 7º, 8º e 9º<sup>78</sup> que versam sobre a proteção contra produtos e serviços inadequados que frustram a legítima expectativa do consumidor, tal como previsto em nosso ordenamento jurídico.

---

<sup>76</sup> SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *Planos de saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos*, p. 65.

<sup>77</sup> Tradução livre do autor: “Artículo 6º [...] a) La protección de la vida, la salud y la seguridad contra los riesgos causados por las prácticas en el suministro de productos y servicios considerados peligrosos o nocivos”.

<sup>78</sup> Tradução livre do autor: “Artículo 7º - Todos los productos y servicios cuya utilización pueda suponer un riesgo de aquellos considerados normales y previsibles por su naturaleza, utilización o finalidad, para la salud o seguridad de los consumidores o usuarios, deberán comercializarse observando las normas o las formas establecidas o razonables.

Artículo 8º - Los proveedores de productos y servicios peligrosos o nocivos para la salud o seguridad deberán informar en forma clara y visible sobre su peligrosidad o nocividad, sin perjuicio de otras medidas que puedan tomarse en cada caso concreto.

Artículo 9º - La autoridad administrativa competente podrá prohibir la colocación de productos en el mercado, excepcionalmente y en forma fundada, cuando éstos presenten un grave riesgo para la salud o seguridad del consumidor por su alto grado de nocividad o peligrosidad”.

### 3 A RELAÇÃO DE CONSUMO NO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE

Ainda se discute, nas lides forenses, há existência ou não da relação de consumo nos contratos que envolvem a prestação de serviço de saúde privado. O Superior Tribunal de Justiça editou, no dia 26 de novembro de 2010, a súmula 469 “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

Basicamente, para a formação da relação de consumo, devem-se, necessariamente, identificar as figuras do consumidor, sujeito de direitos, e do fornecedor, bem como o objeto existente entre eles, o produto ou serviço. A não-formação da relação de consumo impede o uso da norma protetiva do Código de Defesa do Consumidor, passando a situação a ser regida pelo direito comum. O presente capítulo pretende versar sobre a caracterização de uma relação de consumo em casos de planos de saúde.

#### 3.1 Consumidores

A identificação da pessoa física ou jurídica como sujeito de direitos na relação de plano de saúde é necessária, haja vista a discussão presente no Poder Judiciário sobre argüição de ilegitimidade ativa nessas ações referentes a planos de saúde.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) definiu como consumidor “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que adquire ou utiliza produto ou serviço, como destinatário final” (art. 2º).

Portanto, pode-se afirmar que aquela pessoa, capaz juridicamente, que contrata um plano de saúde para uso próprio ou de seu grupo familiar é um legítimo consumidor, já que adquiriu um produto<sup>79</sup> (plano) como destinatário final. O familiar que foi inscrito pelo consumidor (titular) que adquiriu o plano também deve ser considerado um legítimo consumidor. Geralmente, são filhos, cônjuges ou até

---

<sup>79</sup> Todo plano de saúde comercializado pela operadora é devidamente registrado na ANS como produto.

mesmo genitores, denominados **dependentes**, que, observe-se, jamais tiveram contato com o pacto firmado pelo titular e a operadora de plano de saúde.

A ANS lançou no *Glossário Temático* a seguinte definição:

**Beneficiário de plano privado de assistência à saúde**, masc. Sin. Beneficiário; Consumidor; Consumidor de plano de saúde; Participante de plano privado de assistência à saúde; Segurado; Usuário; Usuário de plano privado de assistência à saúde. Pessoa física, titular ou dependente, que possui direitos e deveres definidos em legislação e em contrato assinado com a operadora de plano privado de assistência à saúde, para garantia da assistência médico-hospitalar e/ou odontológica. Nota: esse termo é o formalmente preferido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).<sup>80</sup>

Diante do conceito legal do CDC e do estabelecido pelo órgão regulador, tem-se que os familiares que foram inscritos pelo titular, chamados de dependentes, são consumidores legítimos, isso porque utilizam a prestação de serviço da operadora como destinatários finais.

Dessa forma, quando um determinado exame ou material não é autorizado para o dependente, sob alegação da operadora de falta de cobertura contratual ou por não constar no Rol de Procedimentos da ANS, poderá o dependente, desde que seja absolutamente capaz<sup>81</sup>, ingressar em juízo para dirimir o conflito de interesses sem precisar da presença do titular do plano como parte no processo.

Imperioso registrar o princípio da vulnerabilidade do consumidor, consagrado no artigo 4º, I, do CDC, que pode ser resumidamente compreendido como sendo a fragilidade do sujeito de direitos dessas relações, sendo constatado, de forma mais acentuada, quando se trata de pessoas idosas, e, como já foi dito, sem contato com o pacto firmado pelo titular do plano.

Cristiano Heineck Schmitt explica que:

Essa fragilidade pode ser vista, ao menos, sob três enfoques, todos eles direcionados à manutenção da igualdade entre consumidor e fornecedor nas relações de consumo. Num primeiro momento, a vulnerabilidade do consumidor deve ser observada a partir da *publicidade*. Modernas técnicas de *marketing*, aliadas a uma maciça publicidade e mecanismos de

<sup>80</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Glossário temático: saúde suplementar*. Brasília: Ministério da Saúde, 2009. p. 25, grifo no original.

<sup>81</sup> Alerta-se para o fato do menor dependente, quando a que ação deve ser proposta no foro comum, e não no Juizado Especial, pois, de acordo com a Lei nº 9.099/95, não é possível a representação.

convencimento e de manipulação psíquica utilizados pelos agentes econômicos, criam necessidades antes inexistentes, bem como representações ideais de situações de vida que induzem o consumidor a aceitá-las. O indivíduo tem sua manifestação de vontade fragilizada, já não mais determinando suas prioridades e necessidades, e isso ocorre normalmente de forma por ele despercebida. Num segundo momento, a vulnerabilidade do consumidor possui natureza *técnico-profissional*. Somente os fornecedores possuem o conhecimento técnico e profissional específico de sua atividade, ao contrário do consumidor, que normalmente se vê privado desse conhecimento. O terceiro enfoque que justifica a proteção do consumidor na busca pela sua igualdade frente ao fornecedor é sua vulnerabilidade *jurídica*. Somam-se às técnicas de contratação de massa, representadas pelos contratos de adesão, pelas condições gerais dos negócios e pelos demais instrumentos contratuais utilizados normalmente pelos fornecedores, empresas, setores jurídicos próprios, preparados para conflitos judiciais e extrajudiciais.<sup>82</sup>

A tese contemporânea tem denominado o consumidor pessoa idosa como “hipervulnerável”, ou seja,

um consumidor de vulnerabilidade potencializada. Potencializada pela vulnerabilidade fática e técnica, pois é um leigo frente a um especialista organizado em cadeia de fornecimento de serviços, um leigo que necessita de forma permanente dos serviços, frente à doença ou à morte iminente, um leigo que não entende a complexa técnica atual dos contratos cativos de longa duração denominados de ‘planos’ de serviços de assistência à saúde ou assistência funerária.<sup>83</sup>

Com a maturidade de interpretação da Lei nº 9.656/98, pode-se entender que o legislador, à época de sua edição, já se preocupava com a condição do idoso, já que consignou, no artigo 14, que “em razão da idade do consumidor, ou da condição de pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde”. É sabido que o consumidor idoso é quem mais necessita utilizar-se da prestação de serviço à saúde, sendo que antigamente ele adquiria um plano e, quando precisava usá-lo, era impedido sob alegação de possuir doença preexistente ou doença crônica, verdadeira prática abusiva das operadoras.

---

<sup>82</sup> SCHMITT, Cristiano Heineck. Visões sobre os planos de saúde privada e o código de defesa do consumidor: Item 2.1: Campo de aplicação do CDC e direito à saúde. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 87.

<sup>83</sup> MARQUES, Claudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.194.

É de se destacar que, antes mesmo da Lei nº 9.656/98, já havia previsão legal no sentido de constituir como prática abusiva no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 39, inciso IV, “prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”.

Por fim, tem-se os beneficiários dos planos coletivos, empresarial ou por adesão, que fazem parte do contrato firmado, por exemplo, entre a empresa, sindicato, conselho de classe e a operadora de plano de saúde. Eles aderem ao contrato coletivo perante seu empregador no departamento pessoal ou no escritório das entidades representativas e são considerados legítimos consumidores na maioria dos casos envolvendo discussões sobre a saúde suplementar, haja vista que esse aderente e seus dependentes, se houver, são destinatários finais da prestação de serviço da operadora, ou seja, são eles, e não a pessoa jurídica, quem se utiliza do serviço de saúde disponibilizado pelas operadoras.

Não se vislumbra, e somente nesta hipótese, a possibilidade de discussão em juízo quando um consumidor aderente ao contrato coletivo pretende a nulidade do aumento de sua mensalidade por variação de custos anual, a qual foi reajustada mediante acordo entre as pessoas jurídicas contratantes.

Entende-se pela ilegitimidade ativa desse consumidor, já que existe um acordo bilateral entre a operadora e a pessoa jurídica contratante. Caso ele obtivesse êxito em sua demanda, teríamos, em um mesmo contrato, tratamento diferenciado de pessoas iguais, pois um aderente na mesma faixa etária pagaria mais do que o autor da ação que conseguiu para si, eliminar ou decotar, o reajuste anual que foi praticado para todas as pessoas que compõem o contrato coletivo.

### ***3.1.1 Consumidores equiparados***

Trata-se de uma novidade para o nosso ordenamento jurídico trazida com a edição do Código de Defesa do Consumidor. A previsão da figura do consumidor ocorre em três momentos na Lei nº 8.078/90, a saber:

a) “Art. 2º [...] - Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de

pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

Essa norma possibilita a união de vários consumidores em um único sujeito de direitos, representado pela coletividade organizada, em prol dos interesses dos usuários envolvidos na relação de consumo.

Especificamente na relação de consumo de plano de saúde, poderá a empresa, entidade ou órgão público promover ação judicial requerendo a declaração de nulidade sobre o reajuste abusivo na fatura, bem como sobre rescisão unilateral imposta pela operadora, evidenciando-se, assim, defesa dos interesses dos associados aderentes ao contrato principal. A tutela judicial também poderá ser requerida pelos legitimados do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor: (i) o Ministério Público; (ii) a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; (iii) os órgãos de defesa do consumidor (Procon's); (iv) as associações legalmente constituídas que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e os direitos do consumidor.

Podemos citar, como exemplos de ações coletivas envolvendo a saúde suplementar, a proposta pelo Movimento das Donas de Casas e Consumidores de Minas Gerais contra a Unimed BH e a Golden Gross referente ao reajuste por faixa etária<sup>84</sup>, e outra pela Associação de Defesa dos Usuários de Planos de Saúde de Pernambuco contra a Agência Nacional de Saúde Suplementar insurgindo-se contra o plano de incentivo à adaptação dos contratos<sup>85</sup>.

b) “Art. 17. Para efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”.

Saliente-se que o citado artigo está inserido na Seção II do CDC que versa sobre “Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço”, referente as hipóteses em que há defeito na prestação de serviço por parte da operadora, seja próprio ou por meio do seu credenciado, causando danos à integridade física ou psíquica à pessoa.

---

<sup>84</sup> Proc. nº 0024.99.184.457-2. 8ª Vara Cível de Belo Horizonte, transitado em julgado e baixado. A decisão dessa ação foi objeto de análise e está prevista no item 4.2,1.2, a), deste trabalho.

<sup>85</sup> Proc. nº 2004.83.00.011896-0. 1ª Vara da Justiça Federal de Pernambuco, na época, concedida liminar para proibir a propaganda que incentiva à adaptação, cujo “garoto-propaganda” era o médico Dráuzio Varella, sendo que a proposta de algumas operadoras aumentava os custos da mensalidade em até 1.000%.

O defeito ocorre “quando o produto ou serviço não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar” (art. 14, §1º, CDC) sendo denominados acidente de consumo ou vício de insegurança.

Seriam exemplos de hipóteses configuradoras o fato de um acompanhante que estiver com o beneficiário de plano em um nosocômio vir a ser atingido por uma seringa pelo descuido da enfermeira; fraturar um osso após escorregão porque o chão estava molhado e sem sinalização; ter algum pertence furtado ou roubado dentro das dependências do hospital ou, em outra hipótese, ser atropelado por ambulância do plano que estava procedendo à remoção inter-hospitalar.

Com bem ensina Antonio Joaquim Fernandes Neto, “as regras sobre acidentes de consumo têm como objetivo garantir a integridade corporal das pessoas e servem para a implementação do direito básico à segurança”<sup>86</sup>. No mesmo sentido, Antônio Herman Vasconcelos e Benjamin:

Protege-se não só o consumidor direito, aquele que adquiriu o produto ou serviço, como ainda qualquer pessoa afetada pelo bem de consumo. Aí se inclui até o *bystander*, ou seja, o mero espectador que, casualmente, é atingido pelo defeito.<sup>87</sup>

c) “Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.

Registre-se, inicialmente, o campo de aplicação deste artigo, referindo-se às práticas comerciais, abrangendo várias seções: (i) da oferta; (ii) da publicidade; (iii) das práticas comerciais abusivas; (iv) da cobrança de dívidas; e (v) dos bancos de dados e cadastros de consumidores. Abrange, também, a proteção contratual, com as seções sobre cláusulas abusivas e contrato de adesão.

O Código de Defesa do Consumidor, ao estabelecer que “equiparam-se aos consumidores todas as pessoas”, possibilita a qualquer pessoa, física ou jurídica, mesmo que não mantenha vínculo jurídico com a operadora de plano de saúde, mas

---

<sup>86</sup> FERNANDES NETO, Antônio Joaquim. *Plano de saúde e direito do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 68.

<sup>87</sup> BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos. In: OLIVEIRA, Juarez de (Coord.) *Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 53.



que se sentir por ela prejudicada em relação às práticas comerciais, fazer uso das normas especiais de proteção do código consumerista em eventual ação judicial.

A empresa contratante de um plano de saúde para seus empregados poderá, por exemplo, ajuizar ação com base no Código de Defesa do Consumidor caso a operadora tenha protestado indevidamente um título e lançado seu nome na Centralizadora dos Serviços dos Bancos S/A (SERASA), impossibilitando-lhe de participar de uma licitação.

Tem-se, também, a possibilidade do ajuizamento de ação por uma pessoa física que, atraída por uma oferta da operadora de plano de saúde que continha o preço de R\$50,00 para a faixa etária de 33 a 38 anos, foi impedida de contratar sob alegação de erro no folheto. De acordo com o artigo 30 do CDC, a oferta precisa e veiculada obriga o fornecedor que a divulgou, inclusive é considerada prática infrativa, passível de multa pelo artigo 13, VI, do Decreto Federal nº 2.181/97, que diz:

VI - deixar de cumprir a oferta, publicitária ou não, suficientemente precisa, ressalvada a incorreção retificada em tempo hábil ou exclusivamente atribuível ao veículo de comunicação, sem prejuízo, inclusive nessas duas hipóteses, do cumprimento forçado do anunciado ou do ressarcimento de perdas e danos sofridos pelo consumidor, assegurado o direito de regresso do anunciante contra seu segurador ou responsável direto;

### **3.2 Fornecedores e suas responsabilidades**

O fornecedor é um dos polos da relação de consumo, sendo ele o grande fomentador da economia contemporânea e responsável pela entrega de produtos e serviços. O Código de Defesa do Consumidor e a Lei nº 9.656/98, entretanto, visam coibir seus abusos.

O Código de Defesa do Consumidor, no artigo 3º, define fornecedor como sendo

toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

As operadoras de planos de saúde se encaixam nessa definição por serem prestadoras de serviços de saúde, agindo diretamente por meio de serviços próprios ou indiretamente, via contratação de credenciados ou referenciados. Destaca-se que as pessoas físicas são vedadas de operar planos de saúde<sup>88</sup>.

A Lei nº 9.656/98, no artigo 1º, inciso II, definiu operadora de plano de assistência à saúde como “pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial<sup>89</sup>, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I<sup>90</sup> deste artigo”.

Adalberto Pasqualotto define da seguinte maneira:

Operadoras de planos privados de assistência à saúde são pessoas jurídicas de direito privado, com liberdade de forma societária, que prestam serviços próprios ou através de terceiros, mediante contraprestações pecuniárias.<sup>91</sup>

Antonio Joaquim Fernandes Neto afirma que operadoras de plano de saúde são pessoas jurídicas de direito privado, com liberdade de forma societária, que se dedicam a captar e administrar recursos necessários ao custeio de atividades de assistência à saúde do consumidor, prestando-as diretamente ou por terceiros.<sup>92</sup>

Atualmente, o mercado de saúde suplementar encontra-se dividido em sete segmentos distintos, tendo a Resolução de Diretoria Colegiada (RDC) nº 39, de 27 de outubro de 2000, como marco regulatório. Dois destes segmentos se referem à prestação de serviço odontológico (cooperativa odontológica e odontologia em grupo), que não fazem parte do presente estudo. Os demais são classificados da seguinte forma:

- 1) Administradora - desde o início da regulação do setor de saúde suplementar, o conceito era

---

<sup>88</sup> Art. 1º, § 4º da Lei nº 9.656/98 “§ 4º É vedada às pessoas físicas a operação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo”.

<sup>89</sup> Atualmente, denomina-se sociedade empresária, haja vista que o novo Código Civil entrou em vigor após o advento da Lei nº 9.656/98.

<sup>90</sup> O inciso I, do artigo 1º da Lei nº 9.656/98 define plano privado de assistência à saúde.

<sup>91</sup> PASQUALOTTO, Adalberto. A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde: uma interpretação construtiva. In: MARQUES, Claudia Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Org.). *Saúde e responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 39.

<sup>92</sup> FERNANDES NETO, Antônio Joaquim. *Plano de saúde e direito do consumidor*, p. 96.

empresas que administram exclusivamente planos de saúde, financiados pela contratante, e que não assumem, portanto, o risco decorrente da operação desses planos, nem possuem rede própria, credenciada ou referenciada de serviços médico-hospitalares ou odontológicos. (art. 11).

Recentemente, a ANS editou a Resolução Normativa nº 196/09, dispondo especificamente sobre as Administradoras de Benefícios, tendo revogado o artigo 11 da RDC nº 39/00, passando a conceituar da seguinte maneira:

Pessoa jurídica que propõe a contratação de plano coletivo na condição de estipulante ou que presta serviços para pessoas jurídicas contratantes de planos privados de assistência à saúde coletivos, desenvolvendo ao menos uma das seguintes atividades:

I - promover a reunião de pessoas jurídicas contratantes na forma do artigo 23 da RN nº 195, de 14 de junho de 2009;

II - contratar plano privado de assistência à saúde coletivo, na condição de estipulante, a ser disponibilizado para as pessoas jurídicas legitimadas para contratar;

III - oferecimento de planos para associados das pessoas jurídicas contratantes;

IV - apoio técnico na discussão de aspectos operacionais, tais como:

a) negociação de reajuste;

b) aplicação de mecanismos de regulação pela operadora de plano de saúde; e

c) alteração de rede assistencial.

É vedado à Administradora atuar como representante, mandatária ou prestadora de serviço de qualquer operadora, bem como pertencer ao mesmo grupo econômico desta, nos termos do artigo 9º, da Resolução Normativa nº 196/09.

No que tange ao direito do consumidor, restou vetado à Administradora:

I - impedir ou restringir a participação de consumidor no plano privado de assistência à saúde, mediante seleção de risco; e II - impor barreiras assistenciais, obstaculizando o acesso do beneficiário às coberturas previstas em lei ou em contrato.

Pode-se chegar a conclusão que a presença da Administradora torna o contrato mais caro para o consumidor: a empresa empregadora que disponibiliza aos seus empregados a opção de adesão ao plano de saúde, ao contratar uma Administradora, terá que pagar mensalmente pelos serviços prestados e acabará, portanto, tendo que incluir os custos para todos, o que elevará, dessa maneira, a mensalidade.

2) Cooperativa médica - “sociedades de pessoas sem fins lucrativos, constituídas conforme o disposto na Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que operam Planos Privados de Assistência à Saúde” (art. 12).

O cooperativismo médico no Brasil é representado pelo Sistema Unimed. A primeira cooperativa médica foi constituída em 1967, após a reunião de vinte médicos da cidade de Santos/SP. Em 1969, já existiam 43 cooperativas Unimeds no Brasil. Atualmente, são 375 Unimeds, dessas 324 são operadoras e representam 27% de todo o mercado de saúde suplementar.

Das 324 operadoras Unimed, 55% são de pequeno porte (com menos de 20.000 beneficiários), 35% são consideradas de médio porte (entre 20.000 e 100.000 beneficiários) e 10%, de grande porte (com mais de 100.000 beneficiários).

O Sistema Unimed como um todo possui 106 milhões de clientes, 109 mil médicos cooperados, 73 mil empresas contratantes e gera 50 mil empregos diretos, estando presente em 83% dos municípios brasileiros, com uma receita, em 2009, de vinte e dois milhões de reais.<sup>93</sup>

As cooperativas Unimeds são regidas também pela Lei nº 5.764/71, lei geral das cooperativas, e têm como maior objetivo gerar trabalho para o médico cooperado.

Apesar de se falar em um Sistema Unimed, as cooperativas são autônomas, distintas, independentes administrativa e financeiramente. Existe, entretanto, entre elas uma normatização denominada Constituição Unimed, que rege o acordo formal de cooperação para atendimentos nos casos de urgência ou emergência em todo território nacional, entre outros assuntos.

Cada qual deve, dentro de sua área de atuação, prestar o serviço de saúde diretamente ou credenciar prestadores de serviços. Esse ponto causa polêmica no Judiciário, pois entendem alguns magistrados que se trata de uma única Cooperativa Nacional e que o credenciamento feito por uma Unimed permitiria a cobertura para o associado de outra Unimed.

A Primeira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, na apelação cível com revisão, nº 613438-4/8-00, assim decidiu:

---

<sup>93</sup> Unimed do Brasil. Extraído da apresentação feita pelo seu Presidente no dia 23/06/2010, no 19º Seminário Jurídico, Contábil, Atuarial e Financeiro, São Paulo/SP.

Não obstante ter o autor celebrado o contrato em questão com a Unimed Manaus, ao contrário do entendimento do Juiz de Direito, é certo que a Unimed Paulistana é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda.

Isso porque as cooperativas, mesmo sendo autônomas, são interligadas. Isso restou patente pela afirmação da própria Unimed Paulistana de existência de um sistema de intercâmbio, envolvendo diversas Unimed. <sup>94</sup>

A operadora alegou que havia cláusula no contrato firmado entre as partes que excluía a cobertura em outra Unimed: “não serão autorizadas as internações em hospitais, a nível nacional, que não sejam credenciados à rede de prestadores de serviços da UNIMED MANAUS, ainda que pertencente à rede de serviços de outras UNIMED’S”. Todavia, o Tribunal entendeu ser a cláusula abusiva e arrematou dizendo que “revela-se imprecisa a menção pela Unimed Manaus a hospitais que atendam com tabelas práticas/diferenciadas ou hospitais de ‘alto custo’, não sendo possível aferir a quais hospitais não teriam acesso os consumidores aderentes”.

O não-detalhamento no contrato dos hospitais que estavam excluídos da cobertura do plano nacional adquirido pelo consumidor foi determinante, na visão do Estado-juiz, para decretação da nulidade da cláusula. A presença no contrato de uma lista de hospitais de “alto custo” fatalmente afetaria esta decisão, entretanto, no mérito final não é possível prever se o Tribunal julgaria o recurso procedente para a operadora. Por sua vez, a operadora tem resistência de colocar uma lista de hospitais pelo custo envolvido, pois havendo alteração do *status* do hospital, teria que aditar todos os contratos celebrados.

Fato é que as Unimed são autônomas e ao comercializarem plano de saúde com área de abrangência nacional, utilizam-se uma das outras para a formação da rede assistencial, não necessitando contratar e negociar diretamente com cada hospital localizado em diversos municípios, possibilitando o atendimento ao consumidor por meio do sistema denominado “intercâmbio”.

O direito do consumidor preza pela informação clara, precisa, destacada, de fácil compreensão, sendo dever da operadora atender os preceitos legais, evitando dúvida na interpretação dos contratos<sup>95</sup> e na forma de prestar os serviços. O dever

---

<sup>94</sup> Publicada no dia 08 de março de 2010. A Unimed interpôs Recurso Especial perante o STJ.

<sup>95</sup> O art. 47 do CDC diz: “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.

anexo de informação, consagrado pelo princípio geral da boa-fé, deve ser mais bem compreendido pelas operadoras, pois sobre elas recai o risco do empreendimento.

3) Autogestão - a definição estava prevista no artigo 14 da RDC nº 39, que foi revogado, vigorando atualmente três conceitos na Resolução Normativa nº 137, de 14 de novembro de 2006, que dizem:

Art. 2º Para efeito desta resolução, define-se como operadora de planos privados de assistência à saúde na modalidade de autogestão:

I - a pessoa jurídica de direito privado que, por intermédio de seu departamento de recursos humanos ou órgão assemelhado, opera plano privado de assistência à saúde exclusivamente aos seguintes beneficiários:

- a) sócios da pessoa jurídica;
- b) administradores e ex-administradores da entidade de autogestão;
- c) empregados e ex-empregados da entidade de autogestão;
- d) aposentados que tenham sido vinculados anteriormente à entidade de autogestão;
- e) pensionistas dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores; e
- f) grupo familiar dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores, limitado ao terceiro grau de parentesco, consanguíneo ou afim;

II - a pessoa jurídica de direito privado de fins econômicos que, vinculada à entidade pública ou privada patrocinada, instituidora ou mantenedora, opera plano privado de assistência à saúde exclusivamente aos seguintes beneficiários:

- a) empregados e servidores públicos ativos da entidade pública patrocinadora;
- b) empregados e servidores públicos aposentados da entidade pública patrocinadora;
- c) ex-empregados e ex-servidores públicos da entidade pública patrocinadora;
- d) pensionistas dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores;
- e) sócios da entidade privada patrocinadora, instituidora ou mantenedora da entidade de autogestão;
- f) empregados e ex-empregados, administrativos e ex-administradores da entidade privada patrocinadora, instituidora ou mantenedora da entidade de autogestão;
- g) empregados, ex-empregados, administradores e ex-administradores da própria entidade de autogestão;
- h) aposentados que tenham sido vinculados anteriormente à própria entidade de autogestão ou a sua entidade patrocinadora, instituidora ou mantenedora;
- i) pensionistas dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores; e
- j) grupo familiar dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores, limitado ao terceiro grau de parentesco, consanguíneo ou afim; ou

III - a pessoa jurídica de direito privado de fins não econômicos, constituída sob a forma de associação, que opera plano privado de assistência à saúde exclusivamente aos associados integrantes de determinada categoria profissional e aos seguintes beneficiários:

- a) empregados, ex-empregados, administradores e ex-administradores da própria entidade de autogestão;
- b) aposentados que tenham sido vinculados anteriormente à própria entidade de autogestão;
- c) pensionistas dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores;
- d) grupo familiar dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores, limitado ao terceiro grau de parentesco, consanguíneo ou afim.

§ 1º As entidades de autogestão só poderão operar plano privado de assistência à saúde coletivo e restrito aos beneficiários mencionados nos incisos I e II deste artigo.

§ 2º Constatado o descumprimento do disposto no parágrafo anterior, a entidade de autogestão deverá regularizar a situação no prazo de sessenta dias, contado do recebimento da intimação efetuada pela ANS.

§ 3º Persistindo a irregularidade após o decurso do prazo previsto no parágrafo anterior, a ANS aplicará a sanção administrativa cabível e promoverá a reclassificação da modalidade da operadora.

A Autogestão em assistência à saúde é o sistema no qual a própria empresa ou outro tipo de organização institui e administra, sem finalidade lucrativa, o programa de assistência à saúde de seus beneficiários, reduzindo os gastos decorrentes com a intermediação das empresas de plano de saúde do mercado.<sup>96</sup>

As formas de organização de uma autogestão são variadas, caixas de assistência (ex: OAB/MG, CASSI - Banco do Brasil), associações (ex: AMMP/Saúde), sindicatos, fundações, departamentos de recursos humanos das empresas, sendo que em todas elas a contribuição pode ser total pelos servidores/empregados, hipótese caracterizada como não patrocinada, ou parcial, denominada de patrocinada.

Atualmente, as operadoras de autogestão são ligadas a União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS). São, aproximadamente, 140 organizações, entre públicas e privadas, representando 10% do mercado, atendendo quase seis milhões de beneficiários, tendo arrecadado R\$7,4 bilhões e gasto R\$7 bilhões no ano de 2009.

Algumas características são marcantes da autogestão, como a promoção da saúde e prevenção a esta, conceito este que está praticado pelos demais segmentos do mercado de saúde suplementar, bem como uma cobertura mais ampla do que a tradicional, com maior possibilidade de concessões de autorização,

---

<sup>96</sup> Disponível em: <[http://www.unidasmg.org.br//index.php?option=com\\_content&task=view&id=12&Itemid=17](http://www.unidasmg.org.br//index.php?option=com_content&task=view&id=12&Itemid=17)>. Acesso em: 14 jul. 2010.

mediante análise do caso concreto e equilíbrio nas contas, uma vez que não buscam lucro.

Muito se discute se há ou não relação de consumo entre os beneficiários inscritos na pessoa jurídica de direito privado classificada como autogestão. Nos termos do inciso I da norma supracitada, haveria dúvida somente em relação à alínea “a) sócio da pessoa jurídica”, isso porque, em caso de não cobertura de procedimento, restaria, no mínimo, estranho que ele acionasse judicialmente a operadora de autogestão, com a qual ele se obrigou “a contribuir, com bens e serviços, para o exercício da atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”<sup>97</sup>.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem-se posicionado da seguinte maneira sobre os casos envolvendo autogestão:

De início, mantenho a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, pois o fato de a Apelante não disponibilizar os seus produtos no mercado aberto não é razão para excluir a relação de consumo que ocorre em face dos seus usuários.

Há precedentes deste Egrégio Tribunal em que a Apelante é parte, reconhecendo a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, v.g.:

CASSI - REGULAMENTO DO PLANO DE ASSOCIADOS - CDC - APLICABILIDADE - INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA EM FAVOR DO CONSUMIDOR - ASSOCIADA COMO PENSIONISTA E COMO APOSENTADA - DUPLA COBRANÇA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Tanto a associação como a manutenção do associado é facultativa nos termos do disposto no art. 5º, XX da Constituição Federal. A Associação não pode obrigar a associada a manter-se vinculada a dois planos de saúde, contribuindo tanto na qualidade de pensionista como na qualidade de aposentada. A incidência da legislação consumerista é indiscutível, ainda que a CASSI - Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil - seja entidade sem fins lucrativos. O que importa para definir a incidência desse ato normativo é a presença de uma relação de consumo, concretizada mediante a adesão a um plano de assistência à saúde e ao pagamento da retribuição devida. Na fixação dos honorários advocatícios, o julgador, apesar de deter certa discricionariedade, revelando o caráter subjetivo da fixação da verba, deve se valer dos requisitos objetivos previstos no art. 20, §3º, do Código de Processo Civil. (TJMG - AC nº 1.0024.05.787513-0/002 - Rel. Desembargador MOTA E SILVA - DJ 23/11/2007).<sup>98</sup>

---

<sup>97</sup> Art. 981 do Código Civil de 2002.

<sup>98</sup> TJMG. AC nº 1.0024.07.389.548-4/001(1). Rel. Des. Luiz Carlos Gomes da Mata, DJ 24/08/2009.



- 4) Medicina de grupo - “as empresas ou entidades que operam Planos Privados de Assistência à Saúde, excetuando-se aquelas classificadas nas modalidades contidas na Seções I, II, IV e VII<sup>99</sup> desta Resolução” (art. 15).

De acordo com a Associação Brasileira de Medicina de Grupo (ABRAMGE), entidade sem fins lucrativos, criada em 08 de agosto de 1966, as primeiras empresas surgiram na década de 1960, no Estado de São Paulo, em virtude da industrialização do setor automotivo na região e da extinção pelo Governo dos Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAPs), criando o INPS.

Atualmente, a ABRAMGE possui 464 associadas que são operadoras de plano de saúde (ex: Amil, Golden Cross, Unihosp Saúde, Vitallis), detendo 32% de todo o mercado de saúde suplementar, com uma receita, no ano de 2009, de aproximadamente R\$19 bilhões e despesas de R\$14,9 bilhões, com índice geral de sinistralidade de 78,8%.<sup>100</sup>

- 5) Filantropia -

As entidades sem fins lucrativos que operam Planos Privados de Assistência à Saúde e tenham obtido certificado de entidade filantrópica junto ao Conselho Nacional de Assistência Social CNAS e declaração de utilidade pública federal junto ao Ministério da Justiça ou declaração de saúde de utilidade pública estadual ou municipal junto aos Órgãos dos Governos Estaduais e Municipais. (art. 17).

As operadoras na modalidade de filantropia possuem aproximadamente 1.450.000 beneficiários, espalhados em 97 entidades, representando pouco mais de 2,8% do total geral de usuários de plano de saúde. Obtiveram, em 2009, uma receita de quase R\$1,4 bilhão de reais e despesas na ordem de R\$1,1 bilhão.<sup>101</sup>

- 6) Seguradoras de saúde - A Federação Nacional de Saúde Suplementar, mais conhecida como FenaSaúde, é a entidade de representação das seguradoras registradas como operadoras de saúde suplementar, sendo 17 grupos empresariais, que são responsáveis pelo atendimento de 18 milhões de

---

<sup>99</sup> Seção I - Administradora; Seção II - Cooperativa Médica; Seção IV - Autogestão e Seção VII - Filantropia.

<sup>100</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Operadoras e beneficiários*: perfil, 2010a.

<sup>101</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Operadoras e beneficiários*: perfil, 2010a.

beneficiários, o que equivale a 32,83% do mercado<sup>102</sup>. De acordo com a ANS, o setor foi responsável pelo pagamento de despesas na ordem de 09 bilhões de reais e uma receita de mais de 11 bilhões.

Define-se como seguro-saúde aquela entidade que

dá cobertura aos riscos de assistência médica e hospitalar garantindo o pagamento dos procedimentos efetuados em nome do segurado, diretamente ao prestador do serviço médico/hospitalar ou reembolsando este na quantia estipulada na apólice.<sup>103</sup>

Januário Montone explica que:

No modelo típico de seguro não é oferecida uma rede de prestação de serviços. O usuário vai ao prestador de serviço de sua preferência, paga e solicita o reembolso à seguradora. Claro que esse processo nem sempre é muito rápido. As empresas oferecem então uma facilidade aos seus clientes. Uma lista de prestadores de serviços referenciados. Nesses prestadores, indicados e reconhecidos pela operadora, o usuário não faz o pagamento dos serviços, apenas da guia ou documento similar, e o prestador do serviço recebe diretamente da seguradora.<sup>104</sup>

A Lei nº 10.185, de 12 de fevereiro de 2001, determinou, em seu artigo 1º, que

As sociedades seguradoras poderão operar o seguro enquadrado no art. 1º, inciso I e § 1º, da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, desde que estejam constituídas como seguradoras especializadas nesse seguro, devendo seu estatuto social vedar a atuação em quaisquer outros ramos ou modalidades.

No geral, a receita das contraprestações das operadoras ultrapassou os R\$63 bilhões no ano de 2009, e as despesas totalizaram R\$47 bilhões. As operadoras médico-hospitalares foram responsáveis pela receita de R\$57,1 bilhões e despesas de R\$46 bilhões; o restante ficou a cargo das operadoras exclusivamente odontológicas.

<sup>102</sup> Disponível em: <<http://www.viverseguro.org.br/main.asp?View={17303934-6DE1-4FC1-9192-AD5565A4FB7E}>>. Acesso em: 28 jun. 2010.

<sup>103</sup> Disponível em: <<http://www.viverseguro.org.br/main.asp?View={DB98C05E-EE95-437E-9970-370C3C8CA5B9}#S>>. Acesso em: 28 jun. 2010.

<sup>104</sup> MONTONE, Januário. *Planos de saúde: passando e futuro*, p. 45.

### **3.2.1 Do registro de operadora**

Com o advento da Lei nº 9.656/98, o cenário do mercado de saúde suplementar foi reestruturado, exigindo dos fornecedores (operadoras) o cumprimento de várias obrigações, a fim de demonstrar a solidez e eficiência para não prejudicar o consumidor adquirente do plano.

A Constituição da República de 1988 assegurou, no artigo 170, parágrafo único, o livre exercício de qualquer atividade econômica, contudo, nos casos previstos em lei, é necessária a obtenção de autorização do órgão público. Nessa situação se enquadra toda empresa ou entidade que pretende desenvolver atividade econômica no ramo de saúde suplementar, devendo, obrigatoriamente, solicitar registro perante a Agência Nacional de Saúde Suplementar, conforme o artigo 4º, XXII, da Lei nº 9.961/00.

As formalidades administrativas para a devida autorização pelo órgão público regulador estão previstas na própria Lei de Plano de Saúde e na Resolução Normativa nº 85, de 07 de dezembro de 2004, mais precisamente no Anexo I - Condições Gerais para concessão da autorização de funcionamento às pessoas jurídicas pretendentes. Dentre elas, destacam-se as seguintes: (i) responsável técnico de saúde, sendo exigível o registro no Conselho Regional de Medicina (CRM) ou no Conselho Regional de Odontologia (CRO), conforme o caso<sup>105</sup>; (ii) descrição pormenorizada dos serviços de saúde próprios oferecidos e daqueles a serem prestados por terceiros; (iii) contador inscrito no respectivo conselho de classe, podendo ser contratado, e não empregado; (iv) descrição de suas instalações e equipamentos destinados a prestação de serviços; (v) demonstração da capacidade de atendimento em razão dos serviços a serem prestados; (vi) recolhimento da taxa de registro, por meio da Guia de Recolhimento para União (GRU), no valor de R\$2.000,00<sup>106</sup>; (vii) apresentação de Plano de Negócios, contendo análise de mercado (expansão geográfica planejada, público-alvo, evolução projetada de beneficiários e distribuição de produtos) e planejamento

---

<sup>105</sup> Art. 8º, I da Lei nº 9.656/98 e Art. 2º, II da Resolução Normativa nº 11, de 22 de julho de 2002.

<sup>106</sup> Anexo III da Resolução Normativa nº 89, de 15 de fevereiro de 2005.

econômico-financeiro (projeção do balanço patrimonial, projeção da demonstração dos resultados do exercício e fluxo de caixa projetado).

Particularmente em relação às entidades filantrópicas, essas deverão apresentar certificado emitido pelo Conselho Nacional de Assistência Social e declaração de utilidade pública.

Especificamente sobre as sociedades cooperativas, a ANS determina que conste no seu ato constitutivo a seguinte cláusula:

Nenhum dispositivo deste Estatuto deverá ser interpretado no sentido de impedir os profissionais cooperados de se credenciarem ou referenciarem a outras operadoras de planos de saúde ou seguradoras especializadas em saúde, que atuam regularmente no mercado de saúde suplementar, bem como deverá ser considerado nulo de pleno direito qualquer dispositivo estatutário que possua cláusula de exclusividade ou de restrição à atividade profissional.<sup>107</sup>

Essa determinação surgiu em virtude de a ANS considerar abusiva a prática denominada de “unimilitância”, que consiste, em síntese, em impedir que um médico cooperado se torne credenciado de outra operadora que não seja a Unimed.

Sobre o tema, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), em 14 de dezembro de 2009, publicou a Súmula nº 07, segundo a qual

constitui infração da ordem econômica a prática, sob qualquer forma manifestada, de impedir ou criar dificuldades a que médicos cooperados prestem serviços fora do âmbito da cooperativa, caso esta detenha posição dominante.

Paolo Zupo Mazzucato explica que:

O estudo dos dez julgados indicados pelo CADE como referências para a edição da Súmula nº 07 revela que a análise empreendida não se aprofundou em importantes temas (ao contrário do que ocorre em julgados mais atuais da autoridade), como a delimitação do mercado relevante, a verificação de posição dominante e dos efeitos anticompetitivos da obrigatoriedade de unimilitância.<sup>108</sup>

---

<sup>107</sup> Redação introduzida pela Resolução Normativa, nº 175, de 22 de setembro de 2008, que exigiu, sob pena de não renovação da autorização ou não concessão do registro definitivo, a inserção nos estatutos de todas operadoras na modalidade de cooperativa. Está tramitando, na Comissão de Seguridade Social e Família, o projeto de decreto legislativo (PDC nº 2.349/09), de autoria do Deputado Arnaldo Jardim, que pretende a revogação da RN nº 175/08.

<sup>108</sup> MAZZUCATO, Paolo Zupo. As cooperativas médicas e o CADE. *Jornal das Faculdades Milton Campos*, Nova Lima, n. 134, ano XVI, p. 07, mar. 2010. p. 07.

Por fim, a Lei nº 9.656/98 trouxe a seguinte determinação:

Art. 34. As pessoas jurídicas que executam outras atividades além das abrangidas por esta Lei deverão, na forma e no prazo definidos pela ANS, constituir pessoas jurídicas independentes, com ou sem fins lucrativos, especificamente para operar planos privados de assistência à saúde, na forma da legislação em vigor e em especial desta Lei e de seus regulamentos.

Entende-se como salutar a imposição legal de que somente operadoras possam comercializar planos de saúde, já que o sistema é baseado no mutualismo, e o dinheiro arrecadado está resguardado para essa atividade econômica, não correndo o risco de ser desviado para tentar recuperar outra empresa do mesmo grupo econômico.

### **3.2.2 Da responsabilidade civil**

O instituto da responsabilidade civil integra o direito obrigacional. A principal consequência da prática de um ato ilícito é a obrigação de reparar o dano, obrigação esta de natureza pessoal, que se resolve em perdas e danos. Trata-se de um dever jurídico sucessivo, já que a obrigação primária é o cumprimento do acordado entre as partes.

Conceitua-se obrigação como o “vínculo-jurídico que confere ao credor o direito de exigir do devedor o cumprimento da prestação”<sup>109</sup>. É o patrimônio do devedor que responde por suas obrigações.

As obrigações previstas no atual Código Civil decorrem: da vontade humana (os contratos, as declarações unilaterais da vontade e os atos ilícitos) e da vontade do Estado (a lei). As obrigações que derivam dos atos ilícitos são as que se dão por meio de ações ou omissões (culposas ou dolosas) do agente, praticadas com infração de um dever de conduta e das quais resulta dano para outrem. Em consequência, surge a obrigação de se ressarcir o prejuízo causado. Singelamente,

---

<sup>109</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. rev. de acordo com o novo Código Civil (lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 2.

conceitua-se a responsabilidade civil como a obrigação imposta a uma pessoa de reparar o dano que tenha causado a outra, que significa prestar o equivalente.

Assim, a violação do dever jurídico de não lesar outrem (*neminem laedere*), imposto a todos pelo artigo 186 do Código Civil, configura o ato ilícito civil que gera a obrigação de indenizar.

O revogado Código Civil de 1916 dedicava poucos dispositivos à responsabilidade civil. No Código Civil de 2002, foram incluídas algumas situações, restando consignado, na Parte Geral, os artigos 186, 187 e 188, que tratam da regra geral da responsabilidade extracontratual ou aquiliana e algumas excludentes. Na Parte Especial, estabeleceu-se a regra básica da responsabilidade contratual no artigo 389 e dedicaram-se dois capítulos à “obrigação de indenizar” e à “indenização”, sob o título “Da Responsabilidade Civil” (927 a 954).

Em regra, na responsabilidade civil, procura-se recolocar o lesado na situação anterior (princípio da *restitutio in integrum*). Entretanto, como nem sempre isso é possível, faz-se a compensação por meio de uma indenização fixada em proporção ao prejuízo experimentado pela vítima.

Tradicionalmente, a responsabilidade civil se baseia na ideia de culpa: inexecução ou violação de um dever. Anota Carlos Roberto Gonçalves que o legislador pátrio, contornando a discussão acerca do vocábulo *faute* no direito francês, preferiu adotar a noção de ato ilícito como causa da responsabilidade civil.<sup>110</sup>

Wilson de Melo da Silva faz referência ao regime civil do fato de que o Código de 1916 adotado no Brasil, “muito embora elaborado e promulgado ele em plena efervescência da ideia nova da responsabilidade sem culpa, acabou por acolher, em tese, o princípio da culpa clássica”<sup>111</sup>.

Atualmente, nota-se uma evolução, embora defina o artigo 186 do Código Civil (e corresponde ao art. 159 do CC/16): “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Assim, havendo violação de um dever jurídico preexistente (ilicitude), fica o

---

<sup>110</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*, p. 10.

<sup>111</sup> SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 67.

agente obrigado a reparar o dano. Contudo, sendo lícita a conduta, *a priori*, não haverá obrigação de indenizar, ainda que prejudicial a terceiro.

Adverte Carlos Roberto Gonçalves que os elementos previsibilidade e comportamento do *homo medius* são essenciais para a correta conceituação de culpa. Só se pode, com efeito, cogitar a culpa quando o evento é previsível. Se, ao contrário, é imprevisível, não haverá culpa.<sup>112</sup>

O artigo 186 do Código Civil de 2002 pressupõe, a existência de culpa *lato sensu*, que abrange o dolo (pleno conhecimento do mal e perfeita intenção de praticá-lo) ou a culpa *stricto sensu* ou aquiliana (violação de um dever que o agente podia conhecer e observar, segundo os padrões de comportamento médio).

A culpa do agente pode apresentar-se sob as seguintes formas: imprudência, negligência ou imperícia.

A imprudência “é a falta de cautela ou cuidado por conduta comissiva, positiva, por ação”<sup>113</sup>. É o caso em que a pessoa procede precipitadamente, ou sem prever as consequências da ação. Exemplo comum na área de saúde, refere-se à situação em que profissional da saúde podendo realizar um ato por um método convencional e conhecido, opta improvisar, produzindo dano ao paciente.

A negligência é o caso de conduta descuidada, com falta de atenção no momento próprio; uma omissão de certa atividade que, se adotada, teria evitado o resultado. Para ilustrar, cite-se, na área da saúde, os seguintes exemplos: abandono de doente sem justa causa e sem acordo prévio; a omissão no tratamento necessário e imprescindível; a letra indecifrável no prontuário ou no receituário, capaz de criar condições que prejudiquem o paciente; o esquecimento de corpo estranho em cirurgias (por descaso ou desatenção).

A imperícia, por sua vez, “decorre de falta de habilidade no exercício de atividade técnica, caso em que se exige, de regra, maior cuidado ou cautela do agente”<sup>114</sup>. O elemento “previsibilidade” da culpa se mede pelo padrão médio de comportamento.

---

<sup>112</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*, p. 10.

<sup>113</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 41.

<sup>114</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 41.

Sob outro ângulo, somente haverá a obrigação de indenizar quando a conduta ilícita causar dano a outrem. Inexistente o dano, não terá objeto a ação de indenização. O dano pode ser patrimonial (material) ou extrapatrimonial (moral). O dano patrimonial traduz uma lesão aos bens e direitos economicamente apreciáveis, dividindo-se em danos emergentes e em lucros cessantes.

Já o dano extrapatrimonial, na lição de Wilson Melo da Silva, em síntese, diz que “dano moral é o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”<sup>115</sup>.

Para o Professor Sergio Cavalieri Filho, “só se deve reputar como dano moral a dor efetiva; e não somente um mero desconforto, aborrecimento, mágoa, irritação, que são fatos do nosso dia a dia”<sup>116</sup>. Sem dúvida, esse é o maior papel do intérprete no momento de decidir sobre a incidência ou não da responsabilidade em relação ao dano moral.

Cumprido destacar que o dano estético deixou de ser considerado como extrapatrimonial, podendo ser com ele cumulado para efeito de indenização, isso conforme a Súmula nº 387 do Superior Tribunal de Justiça (STJ): “É possível a acumulação das indenizações de dano estético e moral”.

No entanto, a lei impõe a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isso acontece, entende-se que a responsabilidade é legal ou objetiva, porque se satisfaz, apenas, com o dano e o nexo de causalidade. Essa teoria, dita objetiva ou do risco, tem como postulada que todo dano é indenizável e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa. Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano.

Wilson Melo da Silva ensina que o que

se visa com os postulados da tese nova da responsabilidade objetiva é apenas a correção da deficiência do velho conceito clássico da culpa, nitidamente superado pelas necessidades novas do direito, surgidas com o novo ciclo da industrialização.<sup>117</sup>

---

<sup>115</sup> SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 13.

<sup>116</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 77.

<sup>117</sup> SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*, p. 104.



O atual Código Civil brasileiro filiou-se à teoria subjetiva. É o que se verifica no artigo 186 do diploma legal que elege o dolo e a culpa como fundamentos para obrigação de reparar o dano. A responsabilidade subjetiva subsiste como regra necessária, sem prejuízo da adoção da responsabilidade objetiva em dispositivos vários e esparsos, como exemplo, o parágrafo único do artigo 927, que trata da obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Embora a obrigação de ressarcir o prejuízo causado seja comum à infração ao dever legal e ao dever contratual, o Código Civil Brasileiro distinguiu as duas espécies de responsabilidade, acolhendo a teoria dualista e afastando a unitária.

Disciplinou a responsabilidade extracontratual nos artigos 186 a 188, sob o título “Dos Atos Ilícitos”, complementando a regulamentação nos artigos 927 e seguintes. Quanto à contratual, como consequência da inexecução das obrigações, está disciplinada nos artigos 395 e 398, omitindo-se qualquer referência diferenciadora.

No campo da responsabilidade contratual, mister se fazer a seguinte distinção, no que concerne ao tema da presente dissertação: (i) contratação direta - quando o consumidor procura diretamente o profissional da área de saúde ou prestadores de serviço à saúde; e (ii) indireta - quando o consumidor procura o profissional da área de saúde por meio do plano ou seguro-saúde.

Vale ressaltar que não há formalidade na contratação direta, já que o próprio atendimento ou prestação de serviço (manipulação de medicamentos, coleta de sangue, etc.), por si só já configuram uma relação de consumo entre as partes envolvidas.

No que diz respeito à natureza da relação médico-paciente, afirma Fabrício Zamprogna Matielo:

Durante largo período houve intensa discussão em torno da natureza jurídica da relação médico/paciente. Isso ocorreu porque o legislador inseriu o erro médico entre os atos que ensejariam indenização tendo em vista à sua ilicitude, e não como derivação da simples inobservância ou descumprimento de obrigação previamente assumida.<sup>118</sup>

---

<sup>118</sup> MATIELO, Fabrício Zamprogna. *Responsabilidade civil do médico*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998. p. 42.

Segundo Miguel Kfouri Neto: “Apesar de o Código Civil brasileiro colocar a responsabilidade médica dentre os atos ilícitos, não mais acende controvérsias caracterizar a responsabilidade médica como *ex contractu*”. Mais adiante, esclarece o autor,

É claro que poderá existir responsabilidade médica que não tenha origem no contrato: médico que atende alguém desmaiado na rua, v.g. A obrigação de reparar o dano, entretanto, sempre existirá, seja produzida dentro do contrato ou fora dele.<sup>119</sup>

Dado o exposto, o que se depreende é que a relação jurídica entre médico e paciente é predominantemente de natureza contratual, mas existem situações nas quais se dará no terreno extracontratual, como a omissão de socorro. É de se ressaltar que a responsabilidade pelos danos decorrentes dessa relação não estão previstos nos contratos, mas sim, nas leis.

Assim, se o médico tem vínculo empregatício com o hospital, integrando sua equipe médica, responde, objetivamente, a casa de saúde como prestadora de serviços, nos termos do artigo 14, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor. No entanto, se o profissional apenas utiliza o hospital para internar seus pacientes particulares, responde, com exclusividade, por seus erros, afastada a responsabilidade do estabelecimento.

Estão, também, sujeitos à disciplina do referido Código, com responsabilidade objetiva e de resultado, os laboratórios de análises clínicas, bancos de sangue e centros de exames radiológicos, como prestadores de serviços.

Outro componente primordial é o nexo causal, sem o qual inexistente a obrigação de indenizar. Se houve o dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, não há relação de causalidade e, por consequente, a obrigação de indenizar. As excludentes da responsabilidade civil, como a culpa da vítima, o caso fortuito e a força maior, rompem o nexo de causalidade, afastando a responsabilidade do agente.

Deve sempre ser observado o disposto no artigo 403 do Código Civil que diz: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só

---

<sup>119</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 5 ed. rev., atual. à luz do novo Código Civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 71

incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes **por efeito dela direto e imediato**, sem prejuízo do disposto na lei processual” (grifo nosso).

A título de exemplo destaca-se a seguinte situação hipotética: um sujeito ferido por outrem é levado ao hospital de ambulância e falece no caminho por força de tombamento do veículo. Essa concausa (embora relativamente independente da conduta do agente) determina, por si só, o evento fatal, de forma que o causador do ferimento apenas poderá ser responsabilizado pela lesão corporal causada, e não pela morte.

Os contratos de prestação de serviços, como os firmados entre o consumidor e a operadora, estão abrangidos pelas normas do Código de Defesa do Consumidor, assim como, em casos específicos, pelo Código Civil de 2002.

Estabelece o artigo 593 do atual Código Civil: “A prestação de serviço que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou à lei especial reger-se-á pelas disposições deste Capítulo”. Portanto, aplica-se aos prestadores de serviço a legislação especial, ou seja, a Lei nº 8.078/90 e, subsidiariamente, o Código Civil.

Dentre as inúmeras inovações trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor, destaca-se o artigo 4º, I, que determina o “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”, seja no aspecto fático, econômico ou jurídico.

Reforça-se esse posicionamento com alguns direitos básicos do consumidor, “VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos; VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil” (artigo 6º, VII e VIII).

Inovou, também, no sentido de estipular a responsabilidade objetiva e a existência da solidariedade entre corresponsáveis por danos causados a outrem. Assim, estabelece o § 1º do artigo 25 da Lei nº 8.078/90: “Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas Seções anteriores”.

No entanto, o CDC trouxe uma exceção à regra geral da responsabilidade objetiva, que está prevista no parágrafo §4º do artigo 14, “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

Assim, restou demonstrada a teoria da responsabilidade subjetiva quando imputada, ao médico ou a outro profissional da área da saúde, conduta produtora de resultados danosos, somente surgindo o dever de reparar quando comprovada a culpa do profissional na atuação que se apontou como causadora do dano que se pretende ver indenizado.

Portanto, comprovada a culpa do médico, dentista ou outro profissional e a vinculação de um estabelecimento de saúde ao evento ou operadora de plano de saúde, seja objetiva ou subjetivamente, ambos serão considerados solidariamente responsáveis, possibilitando, ao ofendido, a opção por demandar pela totalidade dos danos contra apenas um, alguns ou todos os envolvidos.

O chamamento de todos envolvidos pode possibilitar a efetiva recomposição da lacuna patrimonial ou moral. Lado outro, pode tumultuar o processo, pois serão várias defesas e, possivelmente, vários recursos, podendo ser indicado apenas um réu e este, caso sinta-se prejudicado, poderá agir de regresso contra o outro fornecedor.

Presente a responsabilidade objetiva, cabe a operadora de plano de saúde isentar-se da indenização, provando que a diligência necessária foi empregada, inexistindo, assim, defeito na prestação do serviço ou que houve culpa da vítima ou de terceiro, conforme estabelecido no artigo 14, § 3º da Lei nº 8.078/90: “O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

Outro aspecto relevante contido na Lei nº 8.078/90 é o dever de informação que, além de inerente à atividade médica, também é um direito básico do consumidor, já que dispõe o artigo 6º, III: “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.

O fornecedor de serviço responde, independente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição dos riscos (art. 14).

Em relação aos profissionais liberais, entre eles, os que exercem à atividade médica, odontológica e farmacêutica, deve ser entendida somente a

responsabilidade individual do profissional, e não das pessoas jurídicas (operadoras de plano de saúde, hospitais, casas de saúde, clínicas, associações, sociedades de assistência etc.), conforme já anteriormente comentado. O defeito ou falha da pessoa jurídica na prestação dos serviços médicos independe de culpa, conforme o disposto no *caput* do artigo 14 da Lei nº 8.078/90, estando sujeito à responsabilidade objetiva o fornecedor de serviços. Assim, o § 4º do artigo 14 tem aplicabilidade restrita aos profissionais liberais (médicos, dentistas e outros), não se estendendo às pessoas jurídicas (operadoras de planos de saúde).

### **3.3 Plano de saúde: produto ou serviço**

Para a devida confirmação da relação de consumo, deve-se identificar a existência de um produto ou serviço. As operadoras, para atuarem nessa atividade econômica, são obrigadas a obterem perante a Agência Nacional de Saúde Suplementar, além de seu registro de operadora, os registros dos produtos que pretendem comercializar, conforme emana a Resolução Normativa nº 85, de 07 de dezembro de 2004.

Para o Código de Defesa do Consumidor, produto “é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” (art. 3º). A operadora é obrigada, também, a pagar uma taxa (TRP – Taxa Registro de Produto) para ANS, que, após verificado o cumprimento das formalidades, esta Agência concede um número de registro ao produto, podendo dele somente ser usado pela operadora solicitante.

Na prática, a operadora presta um serviço, definido pelo CDC como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração”, todavia, encontra-se vinculado ao registro do produto obtido perante o órgão regulador.

Não há outra forma de adquirir um plano de saúde se não por meio de um contrato. O órgão regulador estabelece, por sua vez, que a operadora deve contemplar, no mínimo, em seus contratos com os consumidores, os temas contratuais definidos pela Instrução Normativa (IN) ANS nº 23, de 1º de dezembro de 2009, com as alterações introduzidas pela Instrução Normativa nº 28, de 30 de julho de 2010. O Anexo I da IN nº 23/09, recebeu a denominação de “Manual de

elaboração dos contratos de planos de saúde”<sup>120</sup>.

O Anexo II - Registro de Produto -, da Resolução Normativa nº 85/04, informa que:

A comercialização dos produtos estabelecidos no inciso I do art. 1º da Lei nº 9.656/98 deverá seguir os procedimentos definidos na Instrução Normativa específica, com as informações quanto à sua caracterização abaixo listadas, juntamente com cópia do registro de operadora emitido pela DIOPE. Características de composição do produto, que deverão ser informadas para a obtenção do registro.

A ANS classificou os planos de saúde em três tipos de contratação:

a) Individual/familiar - “é aquele que oferece cobertura da atenção prestada para a livre adesão de beneficiários, pessoas naturais, com ou sem grupo familiar”<sup>121</sup>.

O consumidor individualmente procura a operadora para adquirir um plano de saúde, podendo, naquele ato de formalização, incluir ou não seus dependentes, tais como o filho natural ou adotivo e cônjuge. Caso proceda à inclusão de algum deles, o plano é caracterizado como familiar.

Foi imposto ao consumidor que firmar contrato com a operadora a obrigatoriedade de permanecer a ele vinculado pelo prazo mínimo de um ano, conforme estabelecido no parágrafo único do artigo 13 da Lei nº 9.656/98, não cabendo qualquer cobrança a título de renovação após esse período, tornando-o indeterminado. Vale registrar que, apesar da obrigação legal de vinculação, poderá o consumidor, caso o serviço não atinja a sua legítima expectativa, propor ação competente para rescisão contratual, sem pagamento da multa compensatória.

---

<sup>120</sup> “Art. 6º No aplicativo RPS, para o cadastramento dos temas referentes ao Instrumento Jurídico, a operadora deverá observar o Manual de Elaboração de Contratos de Planos de Saúde constante no Anexo I desta Instrução Normativa com teor idêntico ao do Anexo II da IN - DIPRO nº 22, de 8 de outubro de 2009, podendo utilizar:

I - os dispositivos, com codificação especial (DIJ), disponíveis no endereço eletrônico da ANS [www.ans.gov.br](http://www.ans.gov.br), no perfil “operadoras”, classificadas por tema, modalidade de operadora, tipo de contratação, cobertura assistencial e abrangência geográfica do produto;

II - os dispositivos de instrumentos jurídicos de outro produto que esteja de acordo com a legislação em vigor, informando seu código de identificação; ou

III - novos dispositivos que deverão ser cadastrados pela operadora no aplicativo RPS.

Parágrafo único. A partir da publicação desta IN, serão disponibilizados no endereço eletrônico [www.ans.gov.br](http://www.ans.gov.br), perfil Operadora, os Contratos Orientadores, que são referências práticas para elaboração do Instrumento Jurídico”.

<sup>121</sup> Art. 3º da Resolução Normativa nº 195, 14 de julho de 2009.

A Resolução Normativa nº 195/09 trouxe uma novidade que não era praticada pelo mercado, estabelecendo que “§1º A extinção do vínculo do titular do plano familiar não extingue o contrato, sendo assegurado aos dependentes já inscritos o direito à manutenção das mesmas condições contratuais, com a assunção das obrigações decorrentes”. Um exemplo prático dessa situação ocorre quando há um contrato familiar, constando o marido como titular, o filho e a esposa como dependentes. Havendo separação do casal, poderá a ex-esposa assumir a condição de titular e o filho permanecer como dependente. Antes dessa regulamentação, o contrato era extinto e os dependentes teriam que firmar novos contratos, implicando novo preço, diferentes percentuais de faixa etária, cumprimento de prazos de carência, acarretando-se, assim, onerosidade para aquele dependente que há muito tempo já estava vinculado à operadora.

Destaca-se que não é possível a aplicação dessa regra quando o contrato for extinto por inadimplência ou fraude, sendo essas as duas únicas situações permitidas pelo inciso II<sup>122</sup>, parágrafo único, artigo 13 da Lei nº 9.656/98, para extinção unilateral do contrato pela operadora.

Outra regra de exceção importante da lei prevê que, nos casos em que o consumidor estiver em regime de internação hospitalar, mesmo estando inadimplente, a operadora não poderá rescindir o contrato unilateralmente até sua alta médica, devendo arcar com todos os custos e depois exercer seu direito de cobrança. Nesse particular, entende-se a preocupação do legislador pela preservação do direito fundamental à vida e à dignidade, na lição de Béatrice Maurer

a dignidade não é algo relativo; a pessoa não tem mais ou menos dignidade em relação a outra pessoa. Não se trata, destarte, de uma questão de valor, de hierarquia, de uma dignidade maior ou menor. É por isso que a dignidade fundamental do homem é um absoluto. Ela é total e indestrutível. Ela é aquilo que chamamos de inamissível, não pode ser perdida.<sup>123</sup>

---

<sup>122</sup> “Art. 13 [...] parágrafo único [...]. II - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência; e [...]”.

<sup>123</sup> MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana ... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 137.

b) Coletivo empresarial - “é aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população delimitada e vinculada à pessoa jurídica por relação empregatícia ou estatutária”<sup>124</sup>. Registre-se que o vínculo estatutário, no entender da ANS, diz respeito aos servidores subordinados aos entes públicos da administração direta ou indireta.

Difere do individual, já que existe a presença da pessoa jurídica intermediando a contratação entre o empregado ou servidor e a operadora de plano de saúde.

Até a entrada em vigor da Resolução Normativa nº 195/09, era possível firmar contrato coletivo empresarial quando houvesse vínculo empregatício, associativo ou sindical, por força da Resolução CONSU nº 14/98. Atualmente, as operadoras estão proibidas de efetivar a inclusão de novos associados nos contratos anteriormente comercializados, cabendo a operadora negociar novo instrumento jurídico com as empresas contratantes, isto porque o vínculo é somente empregatício ou estatutário.

O atual ato normativo permite a inclusão de outros consumidores, desde que o vínculo à pessoa jurídica contratante esteja previsto no contrato, contudo o fez de forma restritiva ao permitir somente:

- I - os sócios da pessoa jurídica contratante;
- II - os administradores da pessoa jurídica contratante;
- III - os demitidos ou aposentados que tenham sido vinculados anteriormente à pessoa jurídica contratante, ressalvada a aplicação do disposto no caput dos artigos 30 e 31 da Lei nº 9.656, de 1998;
- IV - os agentes políticos;
- V - os trabalhadores temporários;
- VI - os estagiários e menores aprendizes; e
- VII - o grupo familiar até o terceiro grau de parentesco consanguíneo, até o segundo grau de parentesco por afinidade, cônjuge ou companheiro dos empregados e servidores públicos, bem como dos demais vínculos dos incisos anteriores.

No plano empresarial em que haja participação de número igual a maior do que 30 beneficiários, não poderá ser exigido pela operadora o cumprimento de

---

<sup>124</sup> Art. 5º da Resolução Normativa nº 195, 14 de julho de 2009.



nenhum prazo de carência, mesmo sendo para parto, que a regra geral estabelece 300 dias, ou internação, em que o prazo é de 180 dias. Essa regra vale também para os casos de agravo<sup>125</sup> e cobertura parcial temporária (CPT)<sup>126</sup>. Cabe ressaltar que, a qualquer momento em que o contrato atingir o número de 30 beneficiários, não poderão ser mais exigidas as carências constantes do contrato ou da lei<sup>127</sup> ou agravo e CPT. Observa-se que para ter direito ao não-cumprimento de carência, agravo ou CPT, o empregado ou servidor deverá formalizar seu pedido de ingresso em até trinta dias da celebração do contrato firmado entre seu empregador e a operadora ou da sua vinculação ao empregador.

Outra particularidade imposta pela resolução da ANS foi a obrigatoriedade de somente a pessoa jurídica contratante proceder ao pagamento diretamente para operadora. Cabe a pessoa jurídica, descontar ou não do seu emprego o valor referente à sua parte na contribuição do plano de saúde. A operadora poderá efetuar a cobrança diretamente, sem depender da pessoa jurídica contratante, somente para os beneficiários demitidos, exonerados, aposentados e para os servidores da administração pública direta ou indireta, mas jamais para os beneficiários que mantêm vínculo empregatício ativo.

c) Coletivo por adesão -

é aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população que mantenha vínculo com as seguintes pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial:

I - conselhos profissionais e entidades de classe, nos quais seja necessário o registro para o exercício da profissão;

---

<sup>125</sup> A Resolução Normativa nº 162, 17 de outubro de 2008, define Agravo “como qualquer acréscimo no valor da contraprestação paga ao plano privado de assistência à saúde, para que o beneficiário tenha direito integral à cobertura contratada, para a doença ou lesão preexistente declarada, após os prazos de carências contratuais, de acordo com as condições negociadas entre a operadora e o beneficiário”.

<sup>126</sup> A Resolução Normativa nº 162, 17 de outubro de 2008, define Cobertura Parcial Temporária (CPT) como “aquela que admite, por um período ininterrupto de até 24 meses, a partir da data da contratação ou adesão ao plano privado de assistência à saúde, a suspensão da cobertura de Procedimentos de Alta Complexidade (PAC), leitos de alta tecnologia e procedimentos cirúrgicos, desde que relacionados exclusivamente às doenças ou lesões preexistentes declaradas pelo beneficiário ou seu representante legal”.

<sup>127</sup> A Lei nº 9.656/98, no artigo 12, inciso V, fixou os seguintes prazos: “a) prazo máximo de trezentos dias para partos a termo; b) prazo máximo de cento e oitenta dias para os demais casos; c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência”.

- II - sindicatos, centrais sindicais e respectivas federações e confederações;
  - III - associações profissionais legalmente constituídas;
  - IV - cooperativas que congreguem membros de categorias ou classes de profissões regulamentadas;
  - V - caixas de assistência e fundações de direito privado que se enquadrem nas disposições desta resolução;
  - VI - entidades previstas na Lei nº 7.395, de 31 de outubro de 1985, e na Lei nº 7.398, de 4 de novembro de 1985; e
  - VII - outras pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial não previstas nos incisos anteriores, desde que autorizadas pela Diretoria de Normas e Habilitação de Operadoras - DIOPE.
- §1º Poderá ainda aderir ao plano privado de assistência à saúde coletiva por adesão, desde que previsto contratualmente, o grupo familiar do beneficiário titular até o terceiro grau de parentesco consanguíneo, até o segundo grau de parentesco por afinidade, cônjuge ou companheiro.

De acordo com a redação acima mencionada, a contratação nos planos coletivos por adesão também é restrita para determinados grupos. A Resolução Normativa (RN) nº 195/09 determinou com quem a operadora poderá firmar instrumento jurídico e qual o vínculo que o consumidor deve ter com a interveniente, verdadeira amarra comercial imposta para as operadoras.

No plano coletivo por adesão, não poderá ser exigido o cumprimento de prazos de carência em duas hipóteses: (i) desde que o beneficiário ingresse no plano em até trinta dias da celebração do contrato coletivo; e (ii) a cada aniversário do contrato.

Ao contrário do plano empresarial, o contrato coletivo por adesão poderá prever cláusula de agravo ou cobertura parcial temporária. No que tange à contraprestação dos beneficiários, está proibida a cobrança direta, devendo a pessoa jurídica contratante efetivar o pagamento e descontar dos associados. A exceção a essa regra é somente para os demitidos e aposentados.

## 4 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR

A expressão “judicialização da saúde” reflete o momento atual da política sanitária, em que tudo se discute na Justiça. A falta de regras claras e objetivas sobre determinados assuntos que afetam diretamente a nossa sociedade em questões sanitárias possibilitam conflitos que são levados ao Estado-juiz emitir pronunciamento.

O exercício do direito de ação, previsto constitucionalmente, e a proliferação de informação sobre o tema saúde, mesmo que de forma equivocada, contribuíram para o aumento significativo de ações judiciais, primeiro contra o Estado em relação aos medicamentos e, posteriormente, hoje paralelamente, contra a iniciativa privada nos casos envolvendo a cobertura de órtese ou prótese e outras questões.

Levantamento preliminar do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apontou a existência de mais de 112 mil processos judiciais, relativos à área de saúde em andamento perante 20 (vinte) Tribunais de Justiça Estaduais. A pretensão do CNJ é divulgar a totalidade de processos em todo país.

Amanda Flávio de Oliveira pontua que:

Reconhece-se, por um lado, que essa crescente demanda no Judiciário por razões que envolvam a prestação de saúde privada pode ser decorrência de fatores considerados positivos, tais como uma maior conscientização por parte dos destinatários das normas ou mesmo resultar de um efetivo acesso à justiça propiciado pelo sistema e pelas instituições. Entretanto, esse expressivo aumento das demandas judiciais também pode ser motivado por razões consideradas negativas, entre elas, a resistência dos agentes privados em submeterem-se à lei ou a falência do órgão regulador, que, com a sua atuação, deveria conduzir a um estado de prevenção de litígios. Está-se diante de ponto a merecer reflexão e investigação.<sup>128</sup>

Propõe-se, neste capítulo, explicitar as principais polêmicas envolvendo a relação de consumo de plano de saúde, as quais fomentaram o aparecimento da “judicialização da saúde suplementar”, começando pela aplicação ou não da Lei de Planos de Saúde aos contratos firmados antes de sua efetiva entrada em vigor,

---

<sup>128</sup> OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Leis de Planos de Saúde (Lei 9.656/98): dez anos depois. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 67, p. 50-61, jul./set. 2008.

passando pelos reajustes anuais e por faixas etárias, e finalizando com a cobertura assistencial à saúde.

Os temas serão evidenciados de acordo com os entendimentos colhidos das decisões judiciais dos Tribunais e das decisões administrativas lançadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, procurando ressaltar a necessidade de harmonização dentro dos Poderes Estatais como forma de mitigar a avalanche de ações que assola a Justiça e garantir ao cidadão um exercício transparente de seus direitos e deveres enquanto consumidor da prestação de serviço de saúde.

#### 4.1 Irretroatividade da Lei nº 9.656/98

Este tema é recorrente no âmbito de todos os tribunais, inclusive dos superiores. Exemplo disso é o fato de que a Ministra do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia, relatora do Recurso Extraordinário nº 578.801<sup>129</sup>, arguiu o instituto da repercussão geral no que tange ao direito intertemporal na questão relacionada à aplicação retroativa de leis sobre plano de saúde.

Daniela Batalha Trettel estudou para sua dissertação de mestrado as decisões dos STF e STJ envolvendo plano de saúde, constatando que:

Das 95 decisões analisadas, 66 foram identificadas como referentes a contratos de planos de saúde antigos e outras duas referentes a contratos novos. Por insuficiência de informações no relatório apresentado no acórdão, a natureza contratual dos outros 27 casos analisados não pode ser apontada.<sup>130</sup>

Perceba-se que a quase totalidade dos acórdãos estudados se refere aos

---

<sup>129</sup> A origem do RE foi o Recurso de Apelação Cível, proveniente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nº 70020745139, Quinta Câmara Cível, Apelante Paulo Paes Vieira e Apelado Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda., que apresenta a seguinte ementa: SEGURO-SAÚDE. STENT. COBERTURA. Nos termos do art. 35, *caput* e § 1º da Lei nº 9.656/98, cabia, a ré, oportunizar a adaptação do contrato aos novos limites traçados por esse diploma legal. Ausente a prova de que a demandada ofereceu, ao autor, a opção de migração, forçosa é a aplicação do art. 12, II, 'e', da Lei nº 9.656/98. Dever da ré de arcar com as despesas relativas à colocação de *stent*, por se tratar de material utilizado em procedimento cirúrgico". A Agência Nacional de Saúde Suplementar requereu ingresso como "amicus curiae", contudo a Golden Cross pediu a desistência do recurso, mas até 15 de julho de 2010 o processo não havia sido julgado.

<sup>130</sup> TRETTEL, Daniela Batalha. *Planos de saúde na visão do STF e do STJ*. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 92.

contratos antigos, não conseguindo estabelecer o número exato por deficiência de informação nos próprios acórdãos.

Na pesquisa jurídica realizada perante os Tribunais de Justiça de Minas Gerais, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo, pela operadora Unimed Belo Horizonte Cooperativa de Trabalho Médico, no ano de 2008<sup>131</sup>, dos 1.573 acórdãos pesquisados, 71% deles dizem respeito a “planos antigos”. O tema sobre a aplicação ou não da Lei nº 9.656/98 (Lei de Plano de Saúde - LPS) aos contratos firmados antes da sua edição, que são conhecidos também como contratos antigos ou contratos não regulamentados, apareceu em 225 acórdãos estudados.

Em relação ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), foi apontado que, em 73% das decisões estudadas pela pesquisa, o contrato envolvido era “não regulamentado”, sendo que em 69% dos casos foi aplicada a nova legislação para beneficiar o consumidor.

Roberto Senise Lisboa afirma que:

A lei nova não incide sobre o negócio jurídico celebrado anteriormente à sua entrada em vigor, nem alcança os seus efeitos futuros, pois o ordenamento não prevê a *retroatividade mínima* da lei nova, isto é, não se admite que esta venha a alcançar a causa pela qual se deu o fato no passado. Exemplo: a lei nova não atinge o contrato celebrado sob o império da lei velha, porque ele é ato jurídico perfeito.<sup>132</sup>

José Joaquim Gomes Canotilho entende

[...] Retroactividade consiste basicamente numa ficção: (1) decretar a validade e vigência de uma norma a partir de um marco temporal (data) anterior à data da sua entrada em vigor; (2) ligar os efeitos jurídicos de uma norma a situações de facto existentes antes de sua entrada em vigor.<sup>133</sup>

Muito se discute sobre adaptação ou renovação dos contratos de plano de saúde após a vigência na nova legislação. O tema surgiu logo que o Congresso Nacional aprovou a Lei de Planos de Saúde, em 1998, e jamais saiu de pauta.

<sup>131</sup> SOUZA, Jordana Miranda; PIRES, Danielle da Silva. *Relatório da pesquisa coletiva de jurisprudência “judicialização da saúde suplementar”*. Belo Horizonte: Unimed BH, 2008. v. 1.

<sup>132</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 5. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1, p. 120.

<sup>133</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 261-262.

Mantém-se como ponto controvertido em decisões judiciais, provoca reflexões na doutrina e tem sido objeto de intervenções da ANS e do Congresso Nacional, que, por meio da Lei nº 10.850, de 25 de março de 2004, fixou diretrizes para implantação de programas especiais de incentivo à adaptação de contratos firmados antes da Lei nº 9.656/98. Entretanto, na realidade, encontra-se ainda uma quantidade expressiva de consumidores de planos antigos. Segundo a ANS, até março de 2010 constavam 9.207.230 consumidores em planos antigos, do total de 43.196.168 usuários inscritos na saúde suplementar<sup>134</sup>.

Parte da jurisprudência, ao comparar os consumidores de contratos antigos àqueles que possuem contrato novo, ou seja, que estão regidos pela Lei nº 9.656/98, possibilita a discussão sobre violação aos princípios da isonomia (art. 5º, *caput*) e do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI), ambos da Constituição da República de 1988.

Procura-se, por meio de análise da decisão publicada em janeiro de 2008, evidenciar a existência da controvérsia entre os desembargadores do Tribunal de Justiça de Minas Gerais sobre aplicação da Lei nº 9.656/98 aos contratos firmados antes da sua edição e qual entendimento deve prevalecer para se atingir a harmonização dos interesses na relação de consumo, com vistas à perfeita isonomia dos beneficiários de plano de saúde e sem afetar a ordem econômica.

#### **4.1.1 Estudo de caso: extraído da jurisprudência do TJMG**

No caso escolhido para análise, dentre os vários acórdãos que versam sobre o tema da aplicação ou não da Lei nº 9.656/98 aos “contratos antigos” ou “não regulamentados”, preferiu-se aquele com a existência de um voto vencido. Essa escolha visa facilitar a compreensão dos pontos relevantes da controvérsia e das consequências da aplicação da Lei de Planos de Saúde (LPS) aos contratos celebrados antes do início de sua vigência.

Resumidamente, os fatos trazidos no Acórdão<sup>135</sup> do referido caso podem ser

---

<sup>134</sup> Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/main.jsp?lumChannelId=8A9588D425FEC1700126057CFD C40CCD>>. Acesso em: 15 jul. 2010.

<sup>135</sup> Veja AP nº 2.0000.00.473025-8. Relator Des. Viçoso Rodrigues, j. 09/11/2006 pelo TJMG.

entendidos da seguinte forma: o contrato individual/familiar de plano de saúde foi celebrado em 12/06/1995, e o beneficiário recusou as propostas que lhe foram feitas pela operadora para adaptação à nova lei.

Com o passar do tempo, a situação de saúde do consumidor agravou-se, e o médico assistente prescreveu o tratamento de quimioterapia, procedimento não autorizado pela operadora. Inconformado, o consumidor ajuizou ação judicial, tendo obtido sentença favorável em primeiro grau e o juiz declarou nula a cláusula que exclui da cobertura o tratamento de radioterapia e quimioterapia<sup>136</sup>, o que, conseqüentemente, impôs à operadora uma obrigação que não figurava no instrumento contratual.

A operadora interpôs recurso de apelação, sustentando, dentre outras argumentações, que o consumidor “poderia ter contratado um plano com maior abrangência ou adaptado o seu plano antigo ao regulamento da Lei nº 9.656/98, não tendo, contudo, se interessado em fazer esta adequação”.

No respectivo acórdão, o desembargador relator afirmou que o “contrato de seguro-saúde, celebrado com a apelante, vem se renovando desde 1995, estando o apelado adimplente com suas obrigações contratuais durante todo o período de vigência”.

E mais, que

a determinação da adaptação foi feita pela Lei nº 9.656/98 às empresas prestadoras dos serviços de plano de saúde, não a seus consumidores. Conseqüentemente, quem deveria providenciar tais adequações era a empresa e não seu consumidor, que, em virtude da renovação automática de seu contrato, passou a ter a expectativa de que, estando em dia com o pagamento de seu plano, estaria com a assistência plena de sua saúde assegurada, já que nenhum contato ou exigência foi comprovado pela apelante para tal adaptação.

O voto do relator foi acompanhado pelo segundo desembargador.

Já o terceiro desembargador, em voto vencido, decidiu que “esta opção pela adaptação não pode ser efetivada ‘por decisão unilateral da empresa operadora’ (§ 4º do artigo 35) e deve ser ‘formalizada em termo próprio, assinado pelos contratantes’ (§ 1º do artigo 35)”. E concluiu:

---

<sup>136</sup> Quimioterapia: “Tratamento por meio de agentes químicos que, além de poder interferir de modo favorável, embora variável, sobre doença (1), são passíveis de causar efeitos tóxicos, de maior ou menor intensidade, no organismo do paciente”. Disponível em: <<http://www.inca.gov.br>>.

No caso em exame, o contrato celebrado entre as partes foi firmado aos 12 de junho de 1995 (cf. f. 22 a 37), antes da entrada em vigor da referida Lei nº 9.656/98, sendo certo que o usuário não exerceu o seu direito de optar pela adaptação ao sistema mais abrangente previsto nesta Lei.

#### **4.1.2 Espécies de contrato**

Para este estudo, que tem como foco a legislação aplicável ao mercado de saúde suplementar, foram destacadas duas espécies de contratos individuais de prestação de serviço de assistência à saúde: os denominados contratos antigos, firmados antes da vigência da Lei nº 9.656/98, e os contratos novos, pactuados após 2/01/1999.<sup>137</sup>

A origem dessa classificação está no fato de que a Lei de Planos de Saúde (LPS), em sua versão original, consignava a obrigatoriedade de sua aplicação também aos contratos celebrados anteriormente à sua vigência. Tal regra gerou grande polêmica e tornou-se objeto de disputa judicial, trazendo à baila questionamento sobre o ato jurídico perfeito. O artigo 35-E, que dispõe sobre esse assunto, está suspenso por decisão liminar do Supremo Tribunal Federal.<sup>138</sup> Esse tema será abordado, posteriormente, com mais detalhes, no item 4.1.5, que trata da violação do ato jurídico perfeito.

Para uma melhor compreensão do marco temporal que define se um contrato é classificado como antigo ou como novo, é necessário apontar a real data estipulada de início para que as operadoras de plano de saúde começassem a comercializar seus produtos de acordo com as regras impostas pela Lei nº 9.656/98. O referido diploma legal foi publicado aos 4 de junho de 1998 e determinou como vacância legal o prazo de 90 dias, isto é, em 2/09/1998. Porém, outro lapso temporal foi inserido pelas medidas provisórias que alteraram a redação original da LPS, mais precisamente no artigo 12, § 1º<sup>139</sup>, passando o prazo para 2 de janeiro de 1999.

---

<sup>137</sup> GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>138</sup> Veja ADI nº 1.931 do STF, liminar concedida em 21/08/2003.

<sup>139</sup> Art. 12 §1º da Lei nº 9.656/98: “Após cento e vinte dias de vigência desta Lei, fica proibido o oferecimento de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei fora das segmentações de que tratam este artigo, observadas suas respectivas condições de abrangência e contratação”.



A partir desta data (02/01/1999), as operadoras ficaram obrigadas a oferecer ao consumidor, seja pessoa física ou jurídica, somente contratos novos e com os seguintes tipos de contratação: individual/familiar; coletivo empresarial e coletivo por adesão.

De acordo com o caso retroapresentado, tem-se que o consumidor firmou um contrato individual/familiar antigo, haja vista que sua celebração ocorreu no dia 12/06/1995, anterior à edição da Lei nº 9.656/98.

#### **4.1.3 Adaptação ou renovação (?)**

O marco legal que modificou o modo de atuar do mercado de saúde suplementar completou doze anos, mas muita controvérsia ainda persiste quando são discutidos os interesses de consumidores e operadoras de plano de saúde, haja vista os novos conceitos introduzidos e a complexidade dessa atividade econômica.

Um novo conceito pertinente à relação contratual trazido pela nova legislação foi o da adaptação contratual, ao estabelecer no *caput* do artigo 35 que:

Aplicam-se as disposições desta Lei a todos os contratos celebrados a partir da sua vigência, assegurada aos consumidores com contratos anteriores, bem como àqueles com contratos celebrados entre dois de setembro de 1998 e 1º de janeiro de 1999, a possibilidade de optar pela adaptação ao sistema previsto nesta Lei.

Para a ANS, a adaptação consiste na adequação dos contratos antigos às regras operacionais e garantias instituídas pela Lei nº 9.656/98<sup>140</sup>.

Para as operadoras de plano de saúde, a adaptação significa o rompimento do contrato original firmado antes da edição do referido diploma legal e, conseqüentemente, a realização de uma nova relação jurídica, respeitados os prazos de carências já cumpridos. Na prática seria a mudança do “contrato antigo” para o “contrato novo”.

A redação original da Lei nº 9.656/98 estabelecia no § 1º do artigo 35 que as operadoras, após a autorização de funcionamento, teriam 90 dias para adaptarem

---

<sup>140</sup> Veja Resolução Normativa nº 64, de 22 de dezembro de 2003.

todos os contratos celebrados com seus consumidores. Tal disposição foi revogada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001.

Em dezembro de 2003, o Governo editou a Medida Provisória nº 148, posteriormente convertida na Lei nº 10.850, de 25/03/2004, no intuito de estimular a adaptação, haja vista que a grande maioria dos contratos de plano de saúde existentes, naquela época, foi firmada antes da Lei nº 9.656/98.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), usando da prerrogativa contida na Lei nº 10.850/04, publicou, no dia 22 de dezembro de 2004, a Resolução Normativa nº 64, que dispôs sobre o Programa de Incentivo à Adaptação de Contratos, não agradando aos órgãos e às entidades de defesa do consumidor. Inclusive, foi proposta ação civil pública pela Associação de Defesa dos Usuários de Seguros, Planos e Sistemas de Saúde (ADUSEPS), que conseguiu liminarmente a suspensão do referido ato normativo, tendo sido confirmada em 2ª instância. Posteriormente, foi cassada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Foi alegado pela ANS, à época, que, se a decisão fosse mantida, configuraria grave lesão à ordem social e à saúde pública, uma vez que a decisão

impede que milhões de consumidores ajustem, sob condição mais vantajosa, seus contratos à Lei nº 9656, de 1998, evitando, com isso, a necessidade da via judicial, ainda que suportando majoração pecuniária em suas mensalidades na ordem de 15% a 25%.

No caso escolhido mencionado no item 4.1.1, foi afirmado pelo desembargador relator que o “contrato de seguro-saúde celebrado com a apelante vem se renovando desde 1995”. Nesse contexto, usou o eminente desembargador como sinônimo as palavras: renovação e adaptação.

A Lei nº 9.656/98 impôs às empresas operadoras a obrigação de firmar contratos individuais por tempo indeterminado ao estabelecer o direito à “renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência”<sup>141</sup>, mas gerou obrigação também para o consumidor de permanecer nesse contrato pelo período mínimo de um ano<sup>142</sup>.

---

<sup>141</sup> FERNANDES NETO, Antônio Joaquim. *Plano de saúde e direito do consumidor*, p. 130.

<sup>142</sup> LPS, “Art. 13 [...] Parágrafo único. Os produtos de que trata o caput, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano [...]”.

Destarte, a renovação automática dos contratos novos possibilita sua alteração durante a vigência em algumas situações. Por exemplo, as atualizações de cobertura à assistência à saúde feitas pela ANS no Rol de Procedimentos, fato ocorrido recentemente com a edição da Resolução Normativa nº 211/10<sup>143</sup>, que estendeu de forma retroativa as novas coberturas, atingindo todos os contratos novos, ou seja, aqueles comercializados a partir de 02 de janeiro de 1999.

Para os contratos antigos, opera-se também a renovação automática do pacto firmado, sendo permitida a rescisão unilateral quando a lei, expressa ou implicitamente, a permitir.<sup>144</sup>

Todavia, essa renovação não pode ser entendida como ampliação de cobertura trazida pela Lei nº 9.656/98, mas, sim, afirmação de que o contrato de plano de saúde é um instrumento jurídico que tem como premissa vigorar ao longo do tempo.

Essa espécie contratual é também conhecida como contrato cativo de longa duração, já que o consumidor não contrata um plano para fazer uso imediato e instantâneo da prestação de serviço, mas adquire uma garantia de prestação de serviço à saúde para quando precisar utilizar, seja preventivamente ou em virtude de sinistro.

A renovação nos contratos antigos serve para a continuidade da relação jurídica entre as partes (operadora/beneficiário), sendo que qualquer modificação nas condições gerais existentes deve ser feita por aditivo ou aditamento.

No caso referido no item 4.1.1, concorda-se com o desembargador relator, segundo o qual cabe à operadora provar em juízo que ofereceu a adaptação ou migração para seu beneficiário, e este não aceitou, permanecendo vinculado, por livre vontade, no pacto firmado entre as partes.

#### **4.1.4 Violação ao princípio da isonomia**

Está insculpido no *caput* do artigo 5º da Constituição da República de

---

<sup>143</sup> Veja Resolução Normativa nº 211/10 na íntegra no endereço <http://www.ans.gov.br/legislação> (foi a 6ª atualização desde a vigência da Lei nº 9.656/98).

<sup>144</sup> Veja artigo 473 do Código Civil Brasileiro de 2002.

1988<sup>145</sup> a igualdade de todos perante a lei, o que implica em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

O quadro abaixo pretende analisar o caso citado no item 4.1.1 a partir do princípio da isonomia.

Caso real	Caso criado (simulação)
<b>Dados Contrato antigo - Cliente A</b> (Data do contrato - extraído da decisão analisada; Idade e Valor - obtidos com a Operadora apelante)	<b>Dados Contrato Novo - Cliente B</b> (Data do contrato - decisão - Idade e Projeção de valor no caso de adaptação obtidos com a Operadora apelante)
Contrato celebrado em 06/1995 Idade - 65 anos (em 2003) Mensalidade - R\$140,03 <u>Não adaptado - manteve contrato original que tem cláusula expressa de não cobertura para quimioterapia.</u>	Contrato celebrado em 06/1995 Idade - 65 anos Mensalidade - R\$189,04 <b><u>Adaptou em 2003 - incorporou as coberturas do Rol de Procedimentos da ANS; entre elas, quimioterapia.</u></b>

Quadro 1 - Quadro comparativo

Fonte: Elaborado pelo autor, 2010.

Insta registrar que as operadoras elaboraram e comercializaram, antes da Lei nº 9.656/98, contratos de planos de saúde que possuíam (e aqueles em vigor ainda possuem) limitações de cobertura. Mas, em contrapartida, os valores das mensalidades eram e são compatíveis com o serviço a ser prestado, caso o consumidor necessitasse de atendimento (**Situação semelhante do Cliente A**).

Cabe afirmar que de acordo com dados publicados pela *Capitólio Consulting*, empresa de Brasília especializada no setor de saúde, para cada 100 reais que as operadoras arrecadam com as mensalidades, 83 são gastos com o pagamento de serviços médicos e hospitalares. No mundo todo, o ideal é que somente 74 reais sejam destinados a essas despesas.<sup>146</sup>

Uma das maiores inovações trazidas pela Lei nº 9.656/98 foi a criação do chamado plano-referência, que definiu a amplitude de cobertura a ser oferecida, obrigando todas as operadoras de planos privados, menos as autogestões<sup>147</sup>, a

<sup>145</sup> Artigo 5<sup>a</sup>, *caput*, da Constituição da República de 1988: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:".

<sup>146</sup> Disponível em: <<http://www.planosdesaude.net>>.

<sup>147</sup> Veja Resolução Normativa nº 137, de 14 de novembro de 2006.

disponibilizarem para seus consumidores tratamentos previstos no Rol de Procedimentos, que atualmente conta com mais de 3.000 procedimentos, inclusive a quimioterapia.

No entanto, a Lei nº 9.656/98, ao instituir planos com coberturas muito mais abrangentes, desencadeou a necessidade de as operadoras elevarem os preços das mensalidades. Com a mensalidade majorada, a maioria dos consumidores que possuía os chamados “contratos antigos”, em razão do preço reduzido, optou por permanecer nos mesmos, como ocorreu com o **Ciente A**, ficando condicionado, no entanto, à cobertura especificada no instrumento contratual.

Vale destacar a possibilidade de haver cláusulas limitativas de direito (art. 54, §4º) que podem ser consideradas como abusivas nos contratos antigos. Registre-se que no caso apresentado tratava-se de cláusula expressa de exclusão de quimioterapia.

Desde a entrada em vigor da Lei nº 9.656/98, levantamentos jurisprudenciais demonstram que o beneficiário de contrato antigo (**Ciente A**), quando necessita realizar procedimentos excluídos do contrato antigo, como a quimioterapia, mas que estão cobertos pelos contratos novos (**Ciente B**), recorre ao Poder Judiciário e, em sua maioria, obtém êxito na demanda.

A propósito, Rodolpho Barreto Sampaio Júnior salienta que

[...] uma decisão que desconsidere a lei a propósito de proteger uma das partes é causa não apenas de insegurança na ordem jurídica como, ainda, é capaz de produzir reflexos tão nefastos que acabarão por prejudicar todo um determinado setor.<sup>148</sup>

Nesse sentido, a Agência Estado, em 22 de maio de 2009, veiculou matéria jornalística com o seguinte título “**Em SP, 33% dos planos de saúde estão em crise**”, trazendo na reportagem informação de que:

Das 611 operadoras de planos de saúde com sede no Estado de São Paulo, 207 (33% do total) têm problemas financeiros, segundo a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Essas empresas estão com dificuldade para atender e precisam da interferência da agência. São 125 em Plano de Recuperação, ou seja, tentando resolver pendências financeiras. Outras 39 receberam indicação para Direção Fiscal, isto é,

---

<sup>148</sup> SAMPAIO JUNIOR, Rodolpho Barreto. A defesa do consumidor e o paternalismo jurídico, p. 4.828.

podem receber interferência da agência para regularizar problemas financeiros e administrativos.<sup>149</sup>

Lado outro, temos que o **Cliente B**, que adaptou seu contrato aos moldes da nova Lei e vem pagando uma mensalidade condizente com a sua nova cobertura, está sendo tratado igualmente ao **Cliente A**, que optou por permanecer no contrato antigo, caracterizando direta violação ao princípio da isonomia, na medida em que o Judiciário concede ao **Cliente A** o direito de realizar tratamento de quimioterapia previsto somente nos contratos novos.

É justo para o **Cliente B** ter que arcar com as suas despesas e indiretamente contribuir com as despesas do **Cliente A**? Relembre-se de que o sistema de plano de saúde é regido pelo mutualismo, ou seja, todos os clientes contribuem para um fundo único, cabendo à operadora administrá-lo para garantir as coberturas determinadas nos contratos firmados e pela lei, com qualidade e eficiência.

O **Cliente B** tem noção dessa situação, qual seja, que a decisão judicial favorecendo o **Cliente A** impacta diretamente o custo total da operação financeira da operadora, acarretando o retardamento do desenvolvimento da prestação de serviço para ele em virtude da não-implementação de projetos e programas de atenção à saúde? Entende-se que não, razão pela qual, necessária a ampliação da discussão sobre a saúde no nosso país.

#### ***4.1.5 Violação ao princípio do ato jurídico perfeito***

A Constituição da República de 1988 consagrou, no seu artigo 5º, XXXVI<sup>150</sup>, o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Entre eles, destacamos o ato jurídico perfeito, que proíbe que uma lei nova (para nosso objeto de estudo, trata-se da Lei nº 9.656/98) venha prejudicar a relação jurídica existente, resguardando a segurança jurídica e a estabilidade nas relações sociais.

---

<sup>149</sup> EM SP, 33% dos planos de saúde estão em crise. *Agência Estado*, São Paulo, 21 maio 2009. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultnot/cienciaesauade/ultnot/estado/2009/05/21/em-sp-33-dos-planos-de-saude-estao-em-crise.jhtm>>. Acesso em: 22 maio 2010.

<sup>150</sup> Artigo 5º, XXXVI da Constituição da República de 1988 “XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Roberto Senise Lisboa conceitua ato jurídico perfeito como sendo “o ato consumado e que se encontra, portanto, com todos os elementos de sua validade e eficácia presentes *antes* do advento da lei nova”<sup>151</sup>.

Não havendo qualquer vício que possa macular o contrato antigo, estando ele em consonância com os ditames da Lei nº 8.078/90 (CDC) e do Código Civil Brasileiro, não deve ser beneficiado o consumidor com decisão judicial que impõe a operadora a custear toda a nova cobertura trazida pela Lei nº 9.656/98.

Como já foi dito, existem duas espécies de contratos, os “novos” e os “antigos”. Entender que todo contrato de plano de saúde “antigo” deve ser regido pela lei nova é considerar a inexistência do próprio pacto, a não ser para garantir a existência da relação jurídica entre as partes e o mínimo das obrigações, como o pagamento e as possibilidades de sua extinção.

A permanência desse entendimento contribui para o desequilíbrio da ordem econômico-financeira de toda a carteira de clientes da empresa operadora, pondo em risco o atendimento a todos os demais consumidores dessa.

De acordo com os dados da ANS, por meio do Documento de Informações Periódicas das Operadoras (DIOPS), no ano de 2009, as provisões para contingência cível pelas operadoras atingiram o montante de R\$107.578.028,00 (cento e sete milhões, quinhentos e setenta e oito mil e vinte e oito reais).<sup>152</sup>

Cumprе lembrar a discussão que está sendo travada no Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI nº 1.931-8-MC/DF, sobre ato jurídico perfeito e sua repercussão na disciplina instituída pela Lei nº 9.656/98.

Importante a transcrição do voto do ministro Mauricio Corrêa na referida ADI:

Passo ao exame do § 2º do artigo 10 da lei impugnada, com a redação dada pela Medida Provisória 1730-7/98, alterada pela de 1908-18/99.

Alega a autora que esse dispositivo vulnera o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, dado que incide sobre os contratos firmados antes da sua entrada em vigor, não sendo observado o princípio da irretroatividade das leis.

As empresas operadoras de planos de saúde, constituídas anteriormente às regras estabelecidas nas duas normas questionadas nesta ação, já atuavam no mercado com prestadoras de serviços de assistência à saúde e, por isso

---

<sup>151</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*, v. 1, p. 121.

<sup>152</sup> Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/main.jsp?lumPagelId=8A958865269F2D960126B42E6B41471F>>. Acesso em: 26 jul 2010.

mesmo, ainda que não regulamentadas especificamente suas atividades, funcionavam aos olhos da Administração Pública na forma da legislação civil. Portanto, do ponto de vista da sua constituição, não se trata de empresas que não possam ter suas atividades mercantis resguardadas pela lei.

Assim sendo, os contratos assinados com os consumidores antes da nova legislação não podem ser modificados pelas regras ora impostas, sob pena de violação ao princípio do direito adquirido e também ao ato jurídico perfeito - garantias protegidas pelo mandamento constitucional (CF, artigo 5º, inciso XXXVI).

Por isso, o §2º do artigo 10 da Medida Provisória 1730/98, com as alterações introduzidas pela MP 1908-18/99, quando obriga os agentes da requerente, a partir de 3 de dezembro de 1999, a submeter **os atuais consumidores**, subscritores de contratos antigos, ao chamado plano-referência, viola o inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal.

Prosseguindo em sua decisão, agora em virtude das várias imposições trazidas pela MP nº 1908-18/99, decidiu o Ministro Mauricio Corrêa que:

Nesse ponto, entendo patente e indébita a ingerência do Estado no pacto celebrado entre as partes. De fato, os dispositivos acima transcritos interferem na órbita do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, visto que criam regras completamente distintas daquelas que foram objeto da contratação.

A retroatividade determinada por esses preceitos faz incidir regras da legislação nova sobre cláusulas contratuais preexistentes, firmadas sob a égide do regime legal anterior, que, a meu ver, afrontam o direito consolidado das partes, de tal modo que violam o princípio consagrado no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal e põem-se em contraste com a jurisprudência desta Corte de que é exemplo o acórdão proferido na ADI 493-DF, Moreira Alves, publicado na RTJ 143/724. Do voto-condutor do referido julgamento extraio os seguintes fundamentos: '[...] pouco importa que as normas impugnadas nesta ação direta sejam normas de ordem pública, tendo em vista o interesse público desse sistema, pois como acentuei, exaustivamente, na parte inicial deste voto, também as normas de ordem pública e de direito público estão sujeitas à vedação constitucional do artigo 5º, XXXVI [...] **daí resulta que esse contrato, como ato jurídico perfeito, tem os seus efeitos futuros postos a salvo de modificações que lei nova faça com relação a tais cláusulas, as quais somente são imperativas para os contratos que vierem a celebrar-se depois de sua entrada em vigor.** [...].<sup>153</sup>

---

<sup>153</sup> “Art. 35-G. A partir de 5 de junho de 1998, fica estabelecido para os contratos celebrados anteriormente à data de vigência desta lei que: I - qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de sessenta anos de idade estará sujeita à autorização prévia do Ministério da Saúde, ouvido o Ministério da Fazenda; II - a alegação de doença ou lesão preexistente estará sujeita à prévia regulamentação da matéria pelo CONSU; III - é vedada a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato individual ou familiar de produtos definidos no inciso I e § 1º desta Lei por parte da operadora, salvo o disposto no inciso II do parágrafo único do art. 13 desta Lei; IV - é vedada a interrupção de internação hospitalar em leito, cirúrgico ou em centro de terapia intensiva ou similar, salvo a critério do médico assistente. §1º Os contratos anteriores à vigência desta Lei, que estabeleçam reajuste por mudança de faixa etária com idade inicial em sessenta anos ou mais, deverão ser adaptados até 31 de outubro de 1999, para repactuação da cláusula de reajuste, observadas as seguintes disposições: [...].” (Grifo nosso).



Apesar da decisão acima transcrita não gerar efeito vinculante, outro entendimento não poderia existir quando se tratar de ampliação de cobertura por meio de decisão dos magistrados de 1º e 2º graus, cabendo as operadoras de plano de saúde argüir a inconstitucionalidade da decisão por ofensa direta ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição da República de 1988, para efeito de preequestionamento do Recurso Extraordinário.

Outro ato normativo que causou discussões sobre sua retroatividade foi o Código de Defesa do Consumidor, sendo que o STJ e o STF acabaram por pacificar a impossibilidade de sua eficácia aos contratos firmados antes de seu advento, mesmo em se tratando de norma de ordem pública e interesse social.<sup>154</sup>

Imprescindível que o Supremo Tribunal Federal decida sobre o tema da irretroatividade, não apenas pela necessidade de ter que julgar o mérito da ADI nº 1.931, como também porque a Ministra Cármen Lúcia reconheceu a repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 578.801 que discutirá a obrigatoriedade de cobertura de *stent*<sup>155</sup> para consumidor que possui contrato antigo, mas necessário para estancar a judicialização da saúde suplementar, tornando as relações de consumo nesta seara mais claras e harmônicas.

#### ***4.1.6 Síntese dos entendimentos do Estado-juiz e do Estado-regulador sobre a matéria***

A situação atual do setor privado de assistência à saúde é a seguinte: as operadoras foram obrigadas a adotar o Rol de Procedimentos editado pela ANS como cobertura mínima, fato que, inquestionavelmente, elevou a mensalidade para os contratos novos. Até o presente momento, não se estabeleceu a obrigatoriedade dos consumidores para adaptarem ou migrarem seus contratos antigos para os

---

<sup>154</sup> Nesse sentido, Vicente Greco Filho: “As normas de intervencionismo contratual aplicam-se aos contratos celebrados a partir da sua vigência” (GRECO FILHO, Vicente. Comentários ao código de proteção do consumidor: arts. 101 a 104 e 109 a 119. In: OLIVEIRA, Juarez de. (Org.). *Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 352).

<sup>155</sup> De acordo com a definição do Conselho Federal de Medicina (CFM), PC/CFM/Nº 18/99, “Stent é um tipo de prótese utilizado no intuito de auxiliar uma função natural”.

contratos novos, portanto, isso é direito facultativo e pode ser exercido a qualquer tempo (art. 35 da Lei nº 9.656/98).

Fato é que existem 9,2 milhões de consumidores que permanecem com os ditos contratos antigos, pagando mensalidades condizentes com a cobertura ofertada, e vários deles pleiteando na justiça a incorporação dos novos procedimentos, sem que haja, contudo, aumento proporcional das mensalidades.

O relator do acórdão escolhido no item 4.1.1, ao afirmar que “a determinação da adaptação foi feita pela Lei nº 9.656/98 às empresas prestadoras dos serviços de plano de saúde, não a seus consumidores”, travou uma contradição com o texto legal, no qual se determinou ser proibido que as empresas operadoras efetivem a adaptação unilateralmente.<sup>156</sup>

Pode-se se afirmar, pelos dados obtidos na pesquisa da Unimed Belo Horizonte<sup>157</sup>, que o Estado-juiz, na maioria dos casos, tem decidido pela aplicação da Lei nº 9.656/98 aos contratos firmados antes de sua edição, sendo essa decisão questionada pelas operadoras como afronta ao ato jurídico perfeito.

Não parece justo que o consumidor opte por permanecer em um plano antigo, ou seja, não se adaptar ao contrato novo, e conseguir do Estado-juiz a igualdade de tratamento em relação àqueles que adaptaram seus contratos com base na Lei nº 9.656/98. Essa equiparação de consumidores desiguais certamente afronta o princípio da isonomia e gera um desequilíbrio contratual na carteira que é regida pelo mutualismo.

Vale destacar que é permitido pelo artigo 54<sup>158</sup> do Código de Defesa do Consumidor a inserção de cláusulas limitativas de direito pelos fornecedores.

Fundamenta-se, em alguns casos, a decisão judicial sob o manto da função social do contrato, afirmando que a negativa de cobertura desvirtua o objeto principal do plano de saúde que é a prestação de serviço à saúde.

Alexandre Bueno Cateb sustenta que

---

<sup>156</sup> Veja artigo 35, § 4º da Lei nº 9.656/98 “§ 4º Nenhum contrato poderá ser adaptado por decisão unilateral da empresa operadora”.

<sup>157</sup> “e referida no item 4.1, 69% dos acórdãos aplicam a Lei nº 9.656/98 aos contratos antigos”.

<sup>158</sup> Veja art.54, § 4º da Lei nº 8.078/90: “§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito ao consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão”.

Função social, contudo, não diz respeito à atuação da empresa perante a sociedade em que atua. Ao contrário, diz respeito à forma com a qual a companhia deve cumprir a função para a qual se propõe.

Defendemos que 'função social' equivale a dizer que uma determinada companhia se propõe ao exercício de determinada atividade, de forma lícita e eficaz, gerando empregos e tributos, produzindo riquezas e satisfazendo os interesses de seus acionistas. Enfim, atendendo às necessidades do mercado e da sociedade. Assim fazendo, a companhia cumpre sua função quando produz, industrializa ou revende as mercadorias ou presta os serviços propostos em seu estatuto.<sup>159</sup>

Assim, corre-se o risco de bastar que no contrato de plano de saúde esteja contida uma única cláusula sobre cobertura para que a operadora faça tudo o que for possível para tratar da saúde do contratante, o que valeria para tratamentos até no exterior. O consumidor deseja o que há de melhor para proteção da sua saúde, porém, não está preparado economicamente para suportar os custos desta cobertura, levando para o Judiciário sua pretensão, a qual na grande maioria das vezes é concedida. A atividade econômica de operadora de plano de saúde pode entrar em risco a médio prazo, haja vista que também não suportará os custos advindos da judicialização.

Noutro giro, segundo entendimento do Estado-regulador, por meio da Diretoria de Fiscalização da ANS:

A operadora que não disponibilizar o termo aditivo para proceder à adaptação solicitada pelo consumidor, conforme artigo 35 da Lei nº 9.656/98, sob alegação de não mais comercializar ou não possuir produto registrado na ANS na respectiva modalidade, estará sujeita à penalidade prevista no artigo 67 da Resolução Normativa nº 124/2006.<sup>160</sup>

No que concerne à cobertura de quimioterapia em contrato anterior à Lei nº 9.656/98, não há sanção para as operadoras quando existir cláusula expressa de exclusão, procedendo-se, assim, ao arquivamento da demanda.

As operadoras não são punidas pelo Estado-regulador da sua atividade, por esse entender que não houve violação à legislação do setor, mas são obrigadas pelo Estado-juiz a custear o tratamento e, em alguns casos, o pagamento por danos

---

<sup>159</sup> CATEB, Alexandre Bueno. Análise econômica da lei de sociedades anônimas. In: TIMM, Luciano Benetti; CATEB, Alexandre Bueno (Org.). *Direito & economia*. 2. ed. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 268.

<sup>160</sup> Instrução Normativa nº 5, de 9 de julho de 2007, Enunciado nº 1. A penalidade prevista no artigo 67 da RN nº 124/06 pode ser advertência ou multa de R\$35.000,00.

morais, o que gera intranquilidade e insatisfação para todos os envolvidos nessa relação de consumo.

Por arremate, entende-se que a Lei nº 9.656/98 veio para normatizar o mercado de saúde suplementar, valendo a cobertura prevista somente para os contratos novos celebrados a partir de 2 de janeiro de 1999 e para os contratos antigos que foram adaptados pelos consumidores a essa nova legislação.

## 4.2 Reajuste da mensalidade

Após o advento da Lei de Plano de Saúde (Lei nº 9.656/98), as empresas que exercem atividade econômica no mercado de saúde suplementar foram obrigadas a adequarem seu *modus operandi*, principalmente em relação ao consumidor, sendo exigido mais transparência e informação nos contratos a serem celebrados. Com a nova regulamentação, surgiram também vários aspectos polêmicos em torno do tema saúde suplementar, sendo um deles o reajuste na mensalidade do consumidor.

O assunto chegou ao Superior Tribunal Justiça. O voto da Ministra Nancy Andrighi no Recurso Especial nº 809.329<sup>161</sup>, amplamente divulgado na mídia televisiva e escrita, versava especificamente sobre a forma de reajuste por mudança por faixa etária, gerou repercussões em todo território brasileiro por entender que a operadora não poderia aplicar o índice de 164,91% no contrato do consumidor que havia completado sessenta anos. Ressalta-se que, no julgamento final, a maioria (três votos contra dois) foi contra a retroatividade do Estatuto do Idoso, ficando vencida a Ministra.

Na pesquisa realizada junto a página eletrônica do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG)<sup>162</sup>, usando o critério “plano de saúde e reajuste”, foram registrados 1.427 acórdãos, o que demonstra a atualidade do tema.

---

<sup>161</sup> STJ. Proc. nº 2006/00033783-6/RJ. Recorrente: Amil Assistência Médica Internacional Ltda. Recorrido: Oracy Pinheiro Soares da Rocha.

<sup>162</sup> Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 19 jul. 2010.

Observaram-se, também, as decisões administrativas expedidas pelo Núcleo Regional Atendimento e Fiscalização de Minas Gerais (NURAF-MG), órgão vinculado à Diretoria de Fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar, buscando-se evidenciar a divergência de entendimento entre o Estado-Juiz e o Estado-Regulador nessa matéria, o que ocasiona uma insegurança jurídica para empresas que exercem essa atividade econômica.

Ressalte-se que o controle e a fiscalização da ANS<sup>163</sup> têm limites, especialmente no que diz respeito ao reajuste de plano coletivo, haja vista que o índice anual por ela divulgado ampara somente a correção dos contratos individuais.

No decorrer da aplicação da Lei nº 9.656/98 e dos atos normativos, expedidos pela ANS, que versam sobre o assunto, surgiu o Estatuto do Idoso<sup>164</sup>, trazendo mais elementos para a discussão, principalmente, sobre o reajuste por faixa etária.

Parte da jurisprudência compara os consumidores que adquiram plano de saúde antes do Estatuto do Idoso com aqueles que contrataram posteriormente a sua entrada em vigor. Esta comparação possibilita a discussão judicial envolvendo o princípio do ato jurídico perfeito, previsto no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República de 1988 e do artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Propõe-se, nessa parte do trabalho, apresentar as formas legais previstas para reajustamento da mensalidade do plano de saúde e estudar a interpretação do Judiciário e da Agência Nacional de Saúde Suplementar em casos concretos.

#### **4.2.1 Formas de reajuste**

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) divulga em sua página eletrônica<sup>165</sup> a possibilidade de reajuste de três formas: (i) por variação de custos (ii)

---

<sup>163</sup> Lei nº 9.961/00, art. 4º, inciso XVII: “autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, ouvido o Ministério da Fazenda;”.

<sup>164</sup> Lei Federal nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (vigência 01/01/2004).

<sup>165</sup> Disponível em: <[http://www.ans.gov.br/porta1/upload/biblioteca/guia\\_reajuste\\_mensalidade.pdf](http://www.ans.gov.br/porta1/upload/biblioteca/guia_reajuste_mensalidade.pdf)>.

por mudança de faixa etária; e outra, excepcionalmente denominada de (iii) revisão técnica<sup>166</sup>.

Salienta-se que é legalmente possível ocorrer, no mesmo ano, aplicação do reajuste por variação de custos e por faixa etária. Nessa hipótese, deve ser observado o contrato e, especificamente para os planos individuais, respeitar o índice divulgado pela ANS.

No intuito de elucidar algumas polêmicas em torno do tema, propõe-se analisar cada forma de reajuste e suas repercussões.

#### **4.2.1.1 Reajuste por variação de custos**

Pode-se afirmar que o reajuste anual é sinônimo de reajuste por variação de custos, sendo que a ANS o conceitua como sendo “o aumento anual de mensalidade do plano de saúde em razão de alteração dos custos, ocasionada por fatores como inflação e uso de novas tecnologias”<sup>167</sup>.

Para aplicação do reajuste anual, deve-se observar primeiramente a data de comercialização do contrato firmado, ou seja, se é anterior ou posterior à Lei nº 9.656/98 e, em seguida, se o contratante é pessoa física ou jurídica, pois a regra é distinta, como veremos a seguir.

---

<sup>166</sup> Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/main.jsp?lumPageld=8A9588D425C1ACB20125E00A83961416>>. “A revisão técnica pode ocorrer, apenas, em situação excepcional, não acontece com frequência. É um procedimento que pode ser necessário para eliminar ou corrigir algum desequilíbrio num determinado plano de saúde. A ANS pode autorizar uma revisão técnica se concluir que esse desequilíbrio traz alguma ameaça à continuidade de prestação dos serviços de saúde aos consumidores, mas a operadora tem que seguir estritamente as regras definidas pela Agência. Primeiramente, é obrigatório que a operadora ofereça ao consumidor pelo menos duas opções que levem ao reequilíbrio do plano. Uma das opções tem que ser sem aumento de mensalidade. As opções têm que ser aprovadas pela ANS antes de serem propostas ao consumidor, e os ajustes propostos têm que ser oferecidos como opções ao consumidor, não como obrigação. Para que uma revisão técnica seja autorizada, a ANS pode exigir da operadora a assinatura de um ‘Termo de Adesão’ no qual deve assumir o compromisso de alcançar as metas predefinidas com a ANS, de respeitar os prazos predefinidos para o cumprimento das metas estabelecidas e de apresentar à ANS determinados relatórios sobre a sua gestão”.

<sup>167</sup> Disponível em: <<http://www.ans.gov.br>>. Acesso em: 20 jul. 2010.

a) Reajuste por variação de custos para pessoa física com contrato anterior à Lei nº 9.656/98;

A regra de reajuste anual para o contrato firmado antes da Lei nº 9.656/98 é diferente para os comercializados após sua edição, todavia, o Estado-juiz acaba por aplicar a mesma regra para todos os contratos, ferindo de morte o princípio do ato jurídico perfeito<sup>168</sup>. Saliente-se a importância de se detectar a real data a partir da qual as operadoras ficaram obrigadas a comercializarem os “novos contratos”, qual seja, 02 de janeiro de 1999<sup>169</sup>.

Para o reajuste anual dos contratos individuais ou familiares firmados antes do advento da Lei nº 9.656/98, a regra geral é verificar se há um índice oficial (ex: Índice Geral de Preços do Mercado - IGP-M, Índice de Preços ao Consumidor - IPC) pactuado e em vigor. Em caso afirmativo, poderá a operadora, no mês do aniversário do contrato, multiplicar o acumulado dos últimos 12 meses sobre a mensalidade anteriormente paga, valendo a partir do mês seguinte o novo valor a ser pago pelo consumidor.<sup>170</sup>

Caso não haja índice estabelecido no pacto firmado entre as partes, a operadora não poderá ao seu livre arbítrio, a cada ano, escolher um índice que melhor lhe satisfaça, devendo seguir a regra contida na Súmula Normativa nº 5, de 04 de dezembro de 2003, da ANS que determina:

Os contratos individuais de planos privados de assistência à saúde celebrados anteriormente à vigência da Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998, cujas cláusulas não indiquem expressamente o índice de preços a ser utilizado para reajustes das contraprestações pecuniárias e sejam omissos quanto ao critério de apuração e demonstração das variações consideradas no cálculo do reajuste, deverão adotar o percentual de variação divulgado pela ANS e apurado de acordo com a metodologia e as diretrizes submetidas ao Ministério da Fazenda.

Como simulação, imagine um consumidor de plano antigo, com cláusula de reajuste pelo IGP-M, data de aniversário em maio, que pagava R\$100,00 (cem reais) no ano de 2000. Considerando-se somente reajustes anuais, o valor a ser pago, em maio

---

<sup>168</sup> RIANI, Marlus Keller. *Inaplicabilidade da lei 9.656/98 aos contratos antigos*. Belo Horizonte: Unimed BH, 2008. v. 1.

<sup>169</sup> GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*, p. 141.

<sup>170</sup> Lembre-se de que o reajuste é anual por força do artigo 28 da Lei nº 9.069/95 (Lei Plano Real).

de 2009, seria de R\$223,97 (duzentos e vinte e três reais e noventa e sete centavos)<sup>171</sup>. Se considerarmos o acumulado dos índices da ANS para o mesmo período, a mensalidade seria de R\$205,61 (duzentos e cinco reais e sessenta e um centavos).

Especificamente nos anos de 2003 e 2004, em virtude de o IGP-M ter alcançado o índice acumulado de 32,53%, várias foram as decisões proferidas pelo Juizado Especial de Relações de Consumo de Belo Horizonte que não respeitaram o índice estabelecido no contrato individual, determinando que as operadoras de plano de saúde aplicassem o percentual de variação divulgado pela ANS, na época de 9,27%, o que levou as operadoras a alegarem afronta ao ato jurídico perfeito. No ano seguinte, ocorreu o inverso: o IGP-M acumulado alcançou o índice de 0,86%, enquanto a ANS divulgou o índice de reajuste de 11,69%, sendo que vários consumidores voltaram ao Juizado requerendo o retorno do índice contratual.

Observe-se que, pela simulação realizada, os índices são equivalentes ao longo do tempo, devendo haver critérios consistentes na decisão, sob pena de propiciar mais insegurança jurídica para o setor de saúde suplementar. Atualmente, estão expostos a esta modalidade de contratação quase 1,8 milhão de usuários.

b) Reajuste por variação de custos para pessoa física com contrato posterior à Lei nº 9.656/98;

Todos os consumidores pessoas físicas que adquiriram plano de saúde a partir de 02 de janeiro de 1999, ou adaptaram seu contrato “antigo” para contrato “novo”, sofreram ou poderão sofrer reajuste anual somente até o limite máximo estabelecido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Desde junho de 2000<sup>172</sup>, a ANS vem divulgando o percentual de variação a ser reajustado no contrato da pessoa física, facultando às operadoras sua aplicação, sendo que o último reajuste foi de 6,73% nas contraprestações dos consumidores.

---

<sup>171</sup> Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/CALCIDADAO/publico/corrigirPorIndice.do?method=corrigirPorIndice>>. Acesso em: 19 jul. 2010.

<sup>172</sup> RDC nº 29, 26 de junho de 2000 (período maio/00 a abr./01 - 5,42%); RDC nº 66/01 (maio/01 a abr./02 - 8,71%); RN nº 8/02 (maio/02 a abr./03 - 7,69%); RN nº 36/03 (maio 2003 a abr./04 - 9,27%); RN/04 nº 74 (maio 2004 a abr./05 - 11,75%); RN nº 99/05 (maio 2005 a abr./06 - 11,69%); RN nº 128/06 (maio 2006 a abr./07 - 8,89%); RN nº 156/07 (maio a abr./08 - 5,76%); RN nº 171/08 (maio 2008 a abr./09 - 5,48%), após houve somente divulgação pela ANS sem constar em resolução específica, para o período de maio/09 a abr./10 - 6,76% e para o período de maio/10 a abr./11 - 6,73%.



Existem, aproximadamente, 7,5 milhões de beneficiários vinculados a essa modalidade de contratação, do total de aproximadamente 43 milhões de usuários do setor de saúde suplementar.

Anualmente, a ANS divulga o índice para aplicação no período compreendido entre maio do ano da divulgação e abril do ano subsequente, devendo as operadoras solicitar, com antecedência máxima de dois meses<sup>173</sup>, autorização do reajuste, sob pena de praticar o aumento nas mensalidades dos consumidores e pagamento de multa<sup>174</sup> para o órgão regulador.

A ANS defere o pedido de autorização mediante a verificação do cumprimento pela operadora das seguintes situações: (i) estar regular quanto à última informação devida no Sistema de Informação de Beneficiários (SIB), Sistema de Informações de Produtos (SIP) e o Documento de Informações Periódicas das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde (DIOPS) ou tenham celebrado Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta, juntando a cópia do instrumento; (ii) enviar solicitação de autorização do reajuste; (iii) recolher a Taxa por Pedido de Reajuste de Contraprestação Pecuniária (TRC) no valor de R\$500,00 para as operadoras com menos de 20.000 usuários e de R\$1.000,00 para as demais, ou esclarecer a existência de decisão judicial que tenha suspenso a exigência; (iv) não estar com registro de operadora cancelado.

Insta registrar que o reajuste será aplicado no mês do aniversário do contrato do consumidor. Exemplificando, se ele adquiriu o plano em setembro de 2009, somente no mês de setembro de 2010 poderá a operadora reajustar o valor da sua mensalidade, sendo que o índice divulgado em junho de 2010 foi de 6,73%.

Em cumprimento ao direito à informação, a ANS determina que conste de forma clara e precisa, no boleto de pagamento enviado aos beneficiários, o percentual autorizado, o número do ofício da ANS que autorizou o reajuste aplicado, nome, código e número do registro do produto e o mês previsto para o próximo reajuste.

Não há normativo do órgão regulador explicitando a composição do índice divulgado anualmente; a justificativa lançada pela ANS, na imprensa, consiste na

---

<sup>173</sup> RN nº 171, de 29 de abril de 2008, artigo 4º, § 2º.

<sup>174</sup> RN nº 124, de 30 de março de 2006, artigo 58: "Exigir ou aplicar reajuste da contraprestação pecuniária, por variação anual de custo, sem autorização ou homologação da ANS: Sanção - advertência; multa de R\$35.000,00".

média dos índices aplicados para os contratos coletivos. Trata-se de um índice oficial para todo o Brasil, o que tem levado a ANS a repensar a forma de sua definição e divulgação, haja vista a diversidade das realidades sociais de cada Estado, bem como a precificação dos serviços de saúde em cada localidade.

c) Reajuste por variação de custos para pessoa jurídica com contrato anterior ou posterior à lei nº 9.656/98;

Nos contratos firmados com pessoa jurídica, tanto para os planos coletivos “antigos” como para os “novos”, a regra de reajuste anual é a mesma, ou seja, vale o índice estabelecido no contrato; não havendo estipulação, as partes contratantes acordarão qual o percentual a ser aplicado para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Insta afirmar que a ANS divulga somente o percentual de variação a ser aplicado para os contratos com pessoas físicas, não valendo para os pactos firmados com pessoas jurídicas. Mas isso não quer dizer que o órgão regulador está impedido de fiscalizar os contratos coletivos; as operadoras têm, inclusive, obrigação de informar para ANS os índices aplicados a cada contratante pessoa jurídica, por meio do aplicativo denominado Reajuste de Plano Coletivo (RPC).

A fiscalização acontece na medida em que há indícios de violação do contrato, podendo a operadora ser multada, conforme estabelece o artigo 59 da Resolução Normativa nº 124/06:

Art. 59. Exigir ou aplicar reajuste da contraprestação pecuniária, por variação anual de custos, acima do contratado ou do percentual autorizado, divulgado ou homologado pela ANS:

Sanção - advertência;

Multa de R\$45.000,00.

Parágrafo único. Na hipótese de reincidência, será aplicada a suspensão do exercício de cargo por 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da multa.

Os contratos coletivos são classificados pelas Resoluções Normativas nº 85/04 e 195/09, ambas da ANS, como tipo de contratação, sendo coletivo empresarial ou coletivo por adesão. Por mais de dez anos, vigorou regra que a operadora deveria indicar, quando do registro do produto perante o órgão regulador, a forma de participação financeira da pessoa jurídica contratante, se com

patrocinador<sup>175</sup> ou sem patrocinador<sup>176</sup>. Tal classificação definia a responsabilidade pelo pagamento da pessoa jurídica contratante. Com a publicação da RN nº 195/09, restou determinado que o pagamento sempre será realizado pela contratante pessoa jurídica, à exceção ocorre apenas quando o contrato for firmado pela administração pública direta ou indireta, podendo o beneficiário pagar diretamente para a operadora, bem como para demitidos e aposentados.

O reajuste anual deve ser tratado diretamente entre a operadora e os representantes legais da contratante pessoa jurídica, devendo ser firmado aditivo contratual que preveja o índice a ser aplicado e o mês de início de sua aplicação.

Tem-se discutido no Judiciário a legitimidade de o aderente ao contrato coletivo requerer individualmente a revisão de sua contraprestação pecuniária, mesmo havendo acordo de vontades entre a operadora e o contratante. As decisões do Poder Judiciário nessa matéria são conflitantes. A extinção do feito sem julgamento do mérito por ilegitimidade ativa do consumidor em propor ação que visa desobrigá-lo a arcar com o reajuste anual, ou em alguns casos, à redução do índice acordado entre operadora e contratante, pode ser entendida com uma medida sensata, eis que impede o desequilíbrio contratual e não ocasiona tratamento desigual entre iguais, na medida em que os outros beneficiários que têm a mesma idade e possuem os mesmos direitos de uso e gozo do plano de saúde não pagariam valor diferente ao do autor da demanda.

Entende-se que há duas soluções jurídicas para esse caso: 1) ação dos beneficiários em desfavor dos representantes legais que acordaram o reajuste com a operadora, na tentativa de destituí-los do cargo e anular o ato; 2) propositura de ação coletiva beneficiando todos os usuários.

Alerta-se para o fato da contratação de plano coletivo feita pelas micro e pequenas empresas, as quais, geralmente, possuem até dez beneficiários, incluindo o proprietário e seus familiares. No início da relação contratual o preço pactuado é mais atraente do que na hipótese de todos contratarem individualmente, entretanto, caso haja uma sinistralidade exacerbada, a operadora não aplicará somente o índice

---

<sup>175</sup> Coletivo com patrocinador - a contraprestação pecuniária é, total ou parcialmente, paga pela pessoa jurídica contratante à operadora. (RN nº 85/04).

<sup>176</sup> Coletivo sem patrocinador - a contraprestação pecuniária é integralmente paga pelo beneficiário diretamente à operadora. (RN nº 85/04).

pactuado, exigirá o reajuste anual em decorrência do desequilíbrio-financeiro, elevando-se os preços a patamares pouco atrativos para manutenção do contrato.

#### 4.2.1.2 Reajuste por mudança de faixa etária

Mais uma vez nos reportamos à conceituação da ANS, agora para o reajuste por faixa etária, a qual estabelece ser “o aumento que decorre da alteração de idade do consumidor”.

O reajuste por mudança de faixa é possível, estando insculpido no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 15<sup>177</sup> da Lei nº 9.656/98. Para sua devida aplicação, é necessário que as operadoras de plano de saúde façam a devida previsão nesse sentido no contrato, tanto das faixas quanto dos percentuais, preservando assim, o direito à informação (art. 6, III e 46, ambos do CDC).

Cristiano Heineck Schmitt afirma ao dispor que

o sistema de funcionamento dos contratos de planos e de seguros de assistência privada à saúde admite também diferenciação do valor das mensalidades de acordo com a faixa etária do consumidor, o que se dá porque presumidamente a frequência de utilização varia conforme a idade do indivíduo.<sup>178</sup>

Pode-se afirmar que na grande maioria dos contratos de plano de saúde, celebrados antes da Lei nº 9.656/98, está previsto a possibilidade do reajuste por faixa etária, contudo, não consta o percentual a ser aplicado em cada uma delas. Tal constatação, tem conduzido o tema ao Estado-juíz, para que este decida sobre sua legalidade e também sobre sua abusividade, haja vista o direito à informação do consumidor.

---

<sup>177</sup> “Art. 15. A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o §1º do art. 1º desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidente em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvando o disposto no art. 35-E”.

<sup>178</sup> SCHMITT, Cristiano Heineck. A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 70, p. 139-171, abr./jun. 2009. p. 158.

O STF, liminarmente, considerou inconstitucional, no julgamento da ADI nº 1.931-8, o inciso I do artigo 35-G que estabelecia “qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de sessenta anos de idade estará sujeita à autorização prévia do Ministério da Saúde, ouvido o Ministério da Fazenda”.

Cumpra registrar que, antes da criação da Agência Nacional de Saúde, pela Lei nº 9.961/00, restou determinada, na Medida Provisória nº 1.908, a competência privativa da Superintendência de Seguros Privados para analisar os pedidos de reajuste técnico solicitados pelas seguradoras e operadoras de plano de saúde em relação aos aumentos por faixa etária.

Após a criação do órgão regulador, este expediu a Resolução RDC nº 28, de 26 de junho de 2000, instituindo a nota técnica de registro de produto como requisito obrigatório para comercialização do plano. A justificativa da ANS que consta no ato normativo acima mencionado refere-se ao fato de

que o acompanhamento permanente das práticas de formação de preços representa instrumento de mais alta importância para prevenir práticas comerciais lesivas ao mercado, de forma a garantir uma efetiva regulação da assistência suplementar à saúde.

Ficou determinado, ainda, no artigo 7º da citada resolução, que

a ANS poderá determinar a suspensão da comercialização de planos e produtos quando a análise da respectiva Nota Técnica de Registro de Produto apontar a utilização de parâmetros atuariais e epidemiológicos inconsistentes na fixação dos valores das contraprestações pecuniárias.

Enfatiza-se, então, a obrigação de a operadora apresentar atuarialmente os preços e os índices dos percentuais de cada faixa etária, os quais são aprovados pela ANS para a devida comercialização.

Nesse contexto, serão evidenciados alguns aspectos polêmicos que versam sobre o reajuste por mudança de faixa etária, apontando aplicação necessária do Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados antes da vigência da Lei nº 9.656/98; as regras legais impostas pela ANS a partir de 02 de janeiro de 1999, início da obrigação de comercialização dos contratos “novos”; e a repercussão dessa matéria quando do advento do Estatuto do Idoso.

a) Reajuste por mudança de faixa etária para pessoa física ou jurídica com contrato anterior à Lei nº 9.656/98;

No reajuste por mudança de faixa etária, diferentemente do que exposto em relação ao reajuste por variação de custos (anual), não há distinção na regra por se tratar de pessoa física ou jurídica, já que a estipulação deve constar no contrato firmado entre operadora e contratante.

O que interessa evidenciar neste item do trabalho é a aplicação direta do Código de Defesa do Consumidor quando houver abuso por parte do fornecedor ao reajustar, de maneira excessivamente onerosa, unilateralmente ou sem informação clara e precisa, a mensalidade do consumidor de plano de saúde.

A título exemplificativo, cite-se a ação civil pública movida pelo Movimento das Donas de Casa e Consumidores de Minas Gerais, no ano de 1999, em desfavor da Golden Cross Assistência Internacional de Saúde e da Unimed Belo Horizonte Cooperativa de Trabalho Médico. Na ocasião, foi determinado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais<sup>179</sup> a aplicação de reajuste máximo no patamar de 50% para todos os consumidores das duas operadoras que mudaram de faixa etária no curso do processo ou que irão sofrer tal reajuste ao longo do contrato.

Na referida ação, foi obtida tutela antecipada impedindo que as operadoras aplicassem qualquer reajuste por mudança de faixa etária para os consumidores de contratos “antigos”. Transcorridos mais de 06 anos, o TJMG decidiu que:

Por outro lado, deve-se atentar também que é razoável que os aderentes de faixa etária de maior risco paguem uma contribuição um pouco superior aos de faixa etária de menor risco, contudo, o reajuste não pode significar uma verdadeira ‘cláusula-barreira’, cuja finalidade é justamente o de fazer com que o contratante se exclua do plano, por não conseguir suportar o aumento das contribuições. [...]

Considerando tudo isso, é necessário, agora, verificar se o percentual de aumento previsto nos contratos é razoável e proporcional ou não, e voltando ao laudo pericial, mais precisamente aos demonstrativos de aumentos por mudança de faixa de etária da Unimed-BH (f. 666) e da Golden Cross (f. 668), verifico que quanto à Unimed, os diversos tipos de contrato preveem, em sua maioria, um aumento na média de 70% quando o contratante atinge a idade de 60 anos, e mais 30%, em média, quando o contratante atinge a idade de 70 anos, ao passo que a requerida Golden Cross, prevê um aumento na média de 120% quando o consumidor atingir a idade de 59 anos, e mais 90%, em média, quando atingir 70 anos, ambos com valores

---

<sup>179</sup> Recurso de Apelação nº 2.0000.00.442496-4/000(1), j. 20/09/2005. Trata-se de decisão definitiva, pois não houve por parte da autora da ação interposição de recurso especial ou extraordinário.

diferenciados conforme o plano adquirido. [...]

A solução que se propõe aqui, utilizando-se a idéia contida no julgado abaixo transcrito, é a permissão de reajustes quanto ao aumento das faixas etárias, porém, estes deverão ter como 'teto' o percentual de 50%, aplicando-se este limite a ambas as faixas etárias dos consumidores de idade acima de 59 anos, figurando este índice como teto para os diversos planos que constam das referidas planilhas de f. 666 e 668, prevalecendo, contudo, os índices que foram aplicados inferiores ao 'teto' acima estabelecido.

A decisão permitiu às operadoras retroagirem a cobrança do reajuste por mudança de faixa etária, já que ficou consignado no voto do relator que

Como os reajustes foram suspensos em cumprimento da liminar deferida às f. 121-129, deverá a diferença que se deixou de cobrar em razão do cumprimento da ordem judicial ser rateada entre as mensalidades futuras, dividas pelo mesmo número de meses em que estiveram suspensas.

e, ainda, continuar aplicando esse reajuste para os demais consumidores de planos “antigos”, respeitando o limite máximo de 50%.

Vale ressaltar que os contratos em discussão não continham previsão dos percentuais que poderiam ser aplicados em cada faixa etária, em verdadeira ofensa ao artigo 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece como direito básico a informação adequada e clara.

O fundamento da decisão para aplicar no máximo 50% de reajuste foi baseado na perícia judicial. Adverte-se que nos contratos de plano de saúde, que não possuem a informação sobre o percentual a ser reajustado em cada faixa etária, caberá às operadoras provar que não praticam reajuste de forma indiscriminada, ou seja, para cada consumidor ou grupo de consumidores é escolhido o percentual a ser aplicado, pois isso caracteriza tratamento unilateral e discriminatório.

Cristiano Heineck Schmitt sustenta que:

Sobre o tema abordado, chama-nos a atenção a tentativa de exclusão de pessoas idosas de planos de saúde. Esta situação prejudica severamente aquele indivíduo que, durante boa parte de sua vida, contribuiu com mensalidades para com a empresa administradora de planos e de seguros de saúde, e, ao alcançar uma faixa etária de maior risco, quando presumidamente utiliza-se com mais frequência dos serviços garantidos pelo seu contrato, é afastado ilicitamente da contratação.<sup>180</sup>

---

<sup>180</sup> SCHMITT, Cristiano Heineck. A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso. *Revista de Direito do Consumidor*, p. 155.

A operadora deverá provar que o percentual aplicado na mensalidade corresponde à variação existente entre a faixa anterior e a faixa etária posterior. A solução encontrada pelas operadoras e inclusive aceita pela ANS consiste em trazer para os autos do processo cópias dos contratos de outros consumidores que adquiriram plano idêntico, com vigência para a mesma data e que possuam preço de venda da época, possibilitando, assim, evidenciar o percentual de reajuste em cada faixa etária do contrato que era comercializado à época.<sup>181</sup>

Como já foi dito anteriormente, o tema está *sub judice* perante o Supremo Tribunal Federal, haja vista que foi concedida liminar (21.08.2003) na ADI nº 1.931-8/MC-DF, considerando inconstitucional o art. 35-E da Lei nº 9.656/98, que determinava a autorização prévia da ANS para qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de sessenta anos de idade que estavam vinculados aos ditos “planos antigos”.

b) Reajuste por mudança de faixa etária para pessoa física ou jurídica com contrato posterior à Lei nº 9.656/98 e anterior ao Estatuto do Idoso;

Reafirma-se que a Lei nº 9.656/98 pôs fim a qualquer discussão sobre a legalidade ou não da aplicação de reajuste por mudança de faixa etária, isso porque preconizou, em seu artigo 15, a possibilidade de sua existência nos contratos, bem como determinou a forma e a maneira como o consumidor deverá ser informado.

Antes da criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar, ocorrida no ano de 2000, existia o Conselho de Saúde Suplementar (CONSU), presidido pelo Ministro da Saúde, o qual expediu a Resolução nº 6, de 3 de novembro de 1998, dispondo “sobre critérios e parâmetros de variação das faixas etária”. O artigo 1º estabelecia:

Para efeito do disposto no artigo 15 da Lei 9.656/98, as variações das contraprestações pecuniárias em razão da idade do usuário e de seus dependentes, obrigatoriamente, deverão ser estabelecidas nos contratos de planos ou seguros privados a assistência à saúde, observando-se as 07 (sete) faixas etárias discriminadas abaixo: [...].<sup>182</sup>

---

<sup>181</sup> Sobre o tema foi editado pela ANS a Súmula nº 03, de 21 de setembro de 2001.

<sup>182</sup> As 07 (sete) faixas etárias são: 0 a 17 anos; 18 a 29 anos; 30 a 39 anos; 40 a 49 anos; 50 a 59 anos; 60 a 69 anos, e 70 anos de idade ou mais.



O supracitado ato normativo começou a vigorar a partir de 02 de janeiro de 1999 e continua válido para os contratos celebrados até 31 de dezembro de 2003. Em 22 de dezembro de 2003, a ANS expediu a Resolução Normativa nº 63, adotando dez faixas etárias para todos os contratos comercializados a partir de 1º de janeiro de 2004, isso em virtude da entrada em vigor do Estatuto do Idoso.

Nesse contexto, necessário informar a propositura, em 2009, da ação civil pública<sup>183</sup> movida pelo Ministério Público Federal de Minas Gerais (MPF-MG) contra a Agência Nacional de Saúde Suplementar, em que se pleiteou a declaração de ilegalidade do artigo 1º, VI e VII, da Resolução CONSU nº 06/98 e do artigo 1º da Resolução Normativa nº 63/03, ambas da ANS, sob o argumento de que esses dispositivos autorizam o reajuste das prestações dos planos de saúde em razão da mudança de faixa etária dos titulares e dependentes com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, bem como que os efeitos do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03) pudessem retroagir aos contratos de assistência à saúde celebrados anteriormente a sua vigência.

Em primeira instância o magistrado concedeu a tutela antecipada requerida pelo MPF-MG, determinando que a ANS promovesse a adequada alteração regulatória para não permitir que as operadoras reajustassem os planos de saúde daqueles beneficiários que completassem 60 anos de idade.

A ANS impetrou pedido de suspensão dos efeitos da decisão sob o argumento de que:

O comando judicial provocará alteração substancial no modo de atuação da autarquia, com reflexos na orientação regulatória do mercado e ocasionando o desequilíbrio das relações jurídicas, ou seja, dos contratos de prestação de serviços de saúde firmados anteriormente à edição da Lei 10.741/2003, colocando em risco a continuidade dos serviços médico-hospitalares e, inclusive, podendo ocasionar a majoração das mensalidades dos demais clientes das empresas prestadoras, além de violar o ato jurídico perfeito.

O Tribunal Regional Federal da Primeira Região, à guisa da relatoria do desembargador Presidente, Jirair Aram Meguerian, deferiu o pedido da ANS suspendendo os efeitos da decisão de primeira instância afirmando que:

---

<sup>183</sup> Proc. nº 2009.38.00.020753-8/MG, em trâmite na 20ª Vara Federal de Minas Gerais.

Não obstante, verifico que a decisão atacada tem o condão de causar grave lesão à ordem e à economia públicas, uma vez que obriga a agência reguladora a editar norma que surtirá efeitos em relação a terceiros, no caso, as empresas de planos de saúde, desestruturando todo o sistema de saúde complementar, o que levará, necessariamente, ao reajuste nas mensalidades dos clientes que ainda não atingiram a idade de 60 (sessenta) anos, como forma de cobrir a diferença e possibilitar a continuidade da prestação dos serviços.

Posteriormente, mais precisamente em agosto de 2010, a magistrada da 20ª Vara Federal de Minas Gerais julgou o mérito da seguinte forma:

[...], julgo procedente o pedido, condenando a AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR a promover a adequada alteração regulatória, de modo a se assegurar que nenhum idoso, em todo o país, tenha sua contraprestação nos planos de saúde aumentada apenas em razão de atingir a idade de 60 anos. Deverá a ré dar ampla divulgação a esta sentença e exigir de todas as operadoras de planos de saúde no Brasil o cumprimento do Estatuto do Idoso. Sem honorários de sucumbência porque estes são devidos apenas aos advogados, públicos ou privados. Sentença não sujeita a reexame necessário, nos termos da Súmula nº 620 do STF.

Com a interposição do recurso próprio pela ANS, as regras de reajuste por ela estabelecidas ainda estão vigentes. Saliente-se que a repercussão do Estatuto do Idoso nos reajustes das mensalidades de plano de saúde será tratada posteriormente.

Os principais pontos de discussão que giram em torno do tema reajuste residem no parágrafo único do artigo 15 da Lei nº 9.656/98, que aduz: “É vedada a variação a que alude o *caput* para consumidores com mais de sessenta anos de idade, que participarem dos produtos de que tratam o inciso I e o §1º do art. 1º, ou sucessores, há mais de dez anos”.

Pela redação do diploma legal citado, identificam-se dois pressupostos que devem ser preenchidos pelo beneficiário/consumidor para que não seja aplicada em sua contraprestação pecuniária qualquer percentual a título de mudança por faixa etária, que podem ser assim apresentados: (i) ter mais de 60 anos de idade; (ii) estar participando de plano de saúde há mais de dez anos.

Sobre o primeiro aspecto, *ter mais de 60 anos de idade*, vale dizer que o Núcleo Regional de Fiscalização de Minas Gerais (NURAF-MG), órgão da Diretoria de Fiscalização da ANS, a partir de 2008, tem aplicado multa nas operadoras que reajustam a mensalidade por mudança de faixa etária quando o beneficiário sai da faixa

de 50 a 59 anos e passa para a faixa 60 a 69 anos e já possui mais de dez anos de plano.

Esse é um dos pontos polêmicos, pois a norma traz a expressão “consumidores com mais de sessenta anos de idade”, e não “consumidores com idade igual ou superior a sessenta anos”. A interpretação literal do artigo não admite outra conclusão que não seja a de que o beneficiário possua mais de sessenta anos na data do reajuste, sendo essa realizada, na prática, no mês seguinte ao aniversário do beneficiário.

Nos autos do processo administrativo nº 25779.000766/2009-61, extraiu-se o posicionamento do NURAF-MG sobre essa controvérsia:

Cumpra dizer que a interpretação da Norma deve levar em conta a hermenêutica jurídica, onde se tem, por método, a interpretação teológica e a sistemática, eis que a literalidade pode levar a equívocos dissonantes do sistema legal e constitucional pátrio, incluindo-se a extensividade da norma, como parte da hermenêutica, sem que isso possa ser considerado ‘violação ao princípio da legalidade’.

Entende-se que a interpretação extensiva da norma, dada pela ANS, não é aplicável no âmbito do Direito Administrativo, pois tal modalidade de interpretação pode ensejar a “criação” de uma nova norma, em patente violação ao princípio da legalidade, conforme assevera Reinaldo Moreira Bruno *in verbis*:

Constitui-se em regra inaplicável às normas administrativas por causa da relevância da lei como instrumento limitador da ação estatal - tal modalidade de interpretação levaria à criação de nova norma.

Ressalta-se que não se admite para o Direito Administrativo uma interpretação extensiva - tal como ocorre no Direito Privado, pois, neste caso, estaria sendo criada norma administrativa nova em afronta ao princípio da legalidade, conforme lição de Hely Lopes Meirelles.<sup>184</sup>

Imperioso registrar que não se coaduna com a tese desenvolvida pela ANS, pois se entende ser perfeitamente possível a aplicação do percentual de reajuste para o consumidor que estiver completando sessenta anos de idade, haja vista que não preenche um dos requisitos da LPS que é ter mais de 60 anos de idade.

Reporta-se a alguns doutrinadores que já se manifestaram sobre o tema “idade”, mesmo que não especificamente sobre o artigo 15 da Lei nº 9.656/98. Um deles

---

<sup>184</sup> BRUNO, Reinaldo Moreira. *Direito administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 19.

é o jurista Damásio E. de Jesus<sup>185</sup>, que explica a inequívoca diferenciação entre o sujeito possuir exatos 60 (sessenta) anos e possuir **mais** de 60 (sessenta) anos. Veja-se:

Há diferença. No dia do aniversário, o sujeito tem idade igual a 60 (sessenta) anos; no dia posterior, já é maior de 60 (sessenta). Dessa forma, se o sexagenário vier a ser vítima de homicídio doloso no dia seguinte ao seu aniversário, incidirá a causa de aumento da pena do art. 121, § 4º, segunda parte, do CP. Se, contudo, for ferido na data em que completa 60 (sessenta) anos, morrendo no dia posterior, quando já era maior de 60 (sessenta), o autor não sofrerá a agravação da pena, uma vez que, aplicada a teoria da atividade na questão do tempo do crime, não era maior de 60 (sessenta) anos no momento da agressão.

Esse entendimento é ainda comungado por Flávio Augusto Monteiro de Barros, *in verbis*:

Isso, consoante a agravante em apreço, com redação dada pela Lei nº 10.741/2003, é a pessoa com idade superior a 60 anos. Adotou-se o critério cronológico, em vez do biológico, de modo que o crime cometido contra pessoa com envelhecimento precoce não tem a sua pena agravada. Acrescente-se, ainda, que o delito cometido no dia do aniversário de 60 anos da vítima também não tem a pena agravada, porque o Código Penal utilizou a expressão 'maior de 60 anos'; portanto, essa agravante só é aplicada nos delitos praticados no dia seguinte ao aniversário de 60 anos.<sup>186</sup>

Ainda nessa linha de raciocínio, manifestou-se Ney Moura Teles sustentando que o sujeito “maior de 60 anos é aquele que contar com 61 anos”<sup>187</sup>.

Sobre o assunto, faz-se remissão à decisão, de relatoria do desembargador Tarcisio Martins Costa, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que se pronunciou no seguinte sentido:

Como o apelante contratou a assistência médica, em março de 2002 (f. 21), portanto, na vigência da Lei nº 9.656/98, é perfeitamente cabível o reajuste em decorrência de mudança de faixa etária do segurado.

Dessarte, não se pode tachar de abusiva a dita cláusula, à luz do que prescreve o inciso IV e X, do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, mesmo porque, além de haver expressa previsão contratual para o reajuste da mensalidade em razão da mudança de faixa etária, consoante já dito, expressamente permitido por lei, deve ser considerado, ainda, o aumento natural na utilização dos serviços contratados com a elevação da faixa etária, justificando a variação da aludida contraprestação pecuniária.

---

<sup>182</sup> Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/11520/11085>>. Acesso em: 20 jul. 2010.

<sup>183</sup> BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1, p. 500-501.

<sup>187</sup> TELES, Ney Moura. *Direito penal*. São Paulo: Atlas, 2004. v. II, p. 280.

Lado outro, não se pode negar que o apelante já tinha plena ciência de que, ao completar 60 (sessenta) anos de idade, haveria um aumento em virtude da mudança de faixa etária, conforme ressaltado na 'Proposta de Admissão', por ele próprio trazida à f. 19.<sup>188</sup>

No mesmo sentido, agora no Rio Grande do Sul:

PLANO DE SAÚDE. AUMENTO DA MENSALIDADE EM RAZÃO DA MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. contrato firmado em 10.10.1994 com previsão expressa de reajuste das mensalidades no momento em que o beneficiário completasse 60 e 70 anos de idade (cláusula 21, § 6º).

Não há violação ao direito de informação do beneficiário-contratante de plano de saúde se no contrato consta expressamente o percentual e o momento em que se dará o aumento da mensalidade. Recurso a que se dá provimento.<sup>189</sup>

PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE POR FAIXA ETÁRIA. DISPOSIÇÕES CONTRATUAIS COM PREVISÃO CLARA E EXPRESSA DE AUMENTO.

Constando expressamente e desde o início do contrato que, a partir dos 60 (sessenta) anos, o pagamento seria REAJUSTADO EM PERCENTUAL PRÉ-ESTABELECIDO, não há como afirmar TENHA A RÉ violado direito de informação. NÃO CARACTERIZADA A abusividade da cláusula. Recurso provido.<sup>190</sup>

Fato é que há conflito estabelecido entre o Estado-regulador, já que por interpretação da Diretoria de Fiscalização da ANS as operadoras estão sendo multadas<sup>191</sup>, e o Estado-juiz, que vem decidindo pela aplicação do reajuste, desde que haja informação adequada e o percentual não seja abusivo, para os consumidores que completam sessenta anos de idade, cabendo, assim, uma uniformização sobre o tema, sob pena da insegurança jurídica para todos os participantes dessa relação de consumo.

Entende-se que o legislador tentou proteger e evitar a exclusão do consumidor, considerado na época, como idoso, ou seja, aquele que aproximava dos 70 anos de idade, haja vista que teria uma idade considerável e pagou por mais de 10 anos um plano de saúde para operadora. Por isso, que para a última faixa

<sup>188</sup> Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Apelação cível nº 1.0145.08.472362-9/001(1). Des. Tarcísio Martins Costa, j. 13/07/2009: "Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO".

<sup>189</sup> Recurso Inominado nº 71001519131. 2ª Turma Recursal Cível, Comarca de Porto Alegre.

<sup>190</sup> Recurso Inominado nº 71001625664. 2ª Turma Recursal Cível, Comarca de Porto Alegre.

<sup>191</sup> Multa de R\$45.000,00 (quarenta e cinco mil reais) - Art. 57 da RN nº 124/06.

etária prevista na RN nº 6/98, de 70 anos de idade ou mais, o consumidor não poderá sofrer o reajuste, desde de que tenha mais de dez anos de contribuição.

Em relação ao segundo pressuposto, *participar de plano de saúde há mais de dez anos*, a controvérsia reside em saber como se faz a contagem desse tempo. Trazemos a lume o final da redação do parágrafo único do artigo 15 da Lei nº 9.656/98, que assim dispõe: “que participarem dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, há mais de dez anos”.

O CONSU esclareceu em parte o tema, ao editar a Resolução Normativa nº 6/98, que estabelece em seu artigo 2º, § 2º:

A contagem do prazo estabelecido no parágrafo anterior deverá considerar cumulativamente os períodos de dois ou mais planos ou seguros, quando sucessivos e ininterruptos, numa mesma operadora, independentemente de eventual alteração em sua denominação social, controle empresarial, ou na sua administração, desde que caracterizada a sucessão.

A definição da palavra “sucessores” contida na norma é de suma importância, pois, de acordo com a interpretação dada, em cada caso concreto, pelo Estado-Juiz, Estado-Regulador, Operadoras e o próprio Consumidor, poderá ficar evidenciado o preenchimento ou não do segundo pressuposto, que é participando de plano de saúde há mais de dez anos.

A título exemplificativo, visando evidenciar a clareza da controvérsia com relação a palavra “sucessores”, imagine a seguinte situação: consumidor adquiriu um produto (plano) em 1994 e o adaptou<sup>192</sup> em 2002, frise-se, antes do Estatuto do Idoso, completando sessenta anos em junho de 2007. Caso a palavra **sucessor** seja interpretada somente como “plano novo”, esse usuário não terá preenchido o requisito legal de estar participando de plano de saúde há mais de dez anos. Lado outro, se a interpretação for como se se tratasse de “plano antigo”, ele terá preenchido o pressuposto legal.

A ANS, em sua página eletrônica, denomina e conceitua:

Plano Sucessor é aquele contratado pelo mesmo titular com a mesma operadora, que substitui, sem interrupção de tempo, o plano ao qual o

---

<sup>192</sup> Adaptação é firmar novo contrato de plano de saúde com a operadora absorvendo todos os direitos da Lei nº 9.656/98 e suas regulamentações aos direitos já consagrados no antigo plano.

consumidor estava vinculado. Também são considerados sucessores os contratos relacionados à transferência de carteira entre operadoras.<sup>193</sup>

No conceito acima citado, faltou dizer se para a contagem dos 10 anos, deve ser levado em consideração o tempo do beneficiário no plano antigo ou não.

O Núcleo ANS/MG interpreta “sucessores”, para contagem do prazo, tanto o tempo no “plano antigo” como no “plano novo”, servindo tal posicionamento para multar as operadoras que comercializam planos em sua área de atuação, Minas Gerais e Espírito Santo.

Lembre-se de que o consumidor que possui somente o “plano antigo” não pode se valer dessa regra, uma vez que ela só tem validade para quem firmou contrato a partir de 02 de janeiro de 1999 ou adaptou o seu plano após essa data.

c) Reajuste por mudança de faixa etária para pessoa física ou jurídica com contrato posterior à Lei nº 9.656/98 e posterior ao Estatuto do Idoso;

Antes do advento do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), a ANS expediu a Resolução Normativa nº 63, de 22 de dezembro de 2003, determinando inserção pelas operadoras nos contratos de plano privados de saúde, tanto para pessoas físicas como para jurídicas, firmados a partir 1º de janeiro de 2004, o número de dez faixas etárias<sup>194</sup>, e não sete faixas como anteriormente previsto<sup>195</sup>.

Essa nova regra trouxe consigo uma discussão para o cenário jurídico, qual seja, a irretroatividade do Estatuto do Idoso para os contratos celebrados antes da vigência desse.

A tese desenvolvida e sustentada em algumas recentes decisões judiciais para não-aplicação de reajuste para pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos foi embasada pelo voto da Ministra Nancy Andrighi, que explicou:

Isso porque a cláusula de reajuste por faixa etária é de caráter aleatório, cujo aperfeiçoamento condiciona-se a evento futuro e incerto. Explico: não sabemos se o consumidor atingirá a idade preestabelecida na cláusula

---

<sup>193</sup> Disponível em: <[http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/guia\\_carencia\\_doenca\\_urgencia.pdf](http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/guia_carencia_doenca_urgencia.pdf)>. Acesso em: 15 jul. 2010.

<sup>194</sup> Faixas etárias: 0 a 18 anos; 19 a 23 anos; 24 a 28 anos; 29 a 33 anos; 34 a 38 anos; 39 a 43 anos; 44 a 48 anos; 49 a 53 anos; 54 a 58 anos; 59 anos ou mais.

<sup>195</sup> Resolução CONSU nº 06/98.

contratual, que decorre de lei. Dessa forma, enquanto o contratante não atinge o patamar etário predeterminado, os efeitos da cláusula permanecem condicionados a evento futuro e incerto, não se caracterizando o ato jurídico perfeito, tampouco se configurando o direito adquirido da empresa seguradora, qual seja, de receber os valores de acordo com o reajuste predefinido. [...]

Assim, se o implemento da idade, que confere à pessoa a condição jurídica de idosa, realizou-se sob a égide da Lei nova, não estará o consumidor usuário do plano de saúde sujeito ao reajuste estipulado no contrato e permitido pela lei antiga. Estará amparado, portanto, pela Lei nova.<sup>196</sup>

Observa-se que essa tese traz repercussões em relação ao princípio da isonomia que está insculpido no *caput* do artigo 5º da Constituição da República de 1988<sup>197</sup>, sendo imposto o dever de tratar isonomicamente as partes.

Salienta-se que, antes da nova regra, o consumidor possuía um intervalo de 10 anos para sofrer reajuste por faixa etária; atualmente, o prazo é de 05 anos. Portanto, o consumidor de 52 anos que adquiriu um plano “A” em dezembro de 2003 ao completar 60 anos não sofreria reajuste (isso pela tese supracitada), e o consumidor de 52 anos que adquiriu o mesmo plano “A” em janeiro de 2004 sofreria dois reajustes por mudança de faixa etária (54 a 58 e, depois, 59 anos). Ao final, teríamos duas pessoas iguais (idade e mesmo plano) pagando valores totalmente discrepantes um do outro.

Igualar o consumidor que possui contrato anterior ao Estatuto do Idoso àquele que celebrou posteriormente a sua entrada em vigor rompe o equilíbrio contratual da carteira de usuários que é baseada no mutualismo.

Outro princípio consagrado da Constituição da República, em seu artigo 5º, XXXVI<sup>198</sup> e já mencionado, é o ato jurídico perfeito, que proíbe que uma lei nova venha prejudicar a relação jurídica existente. Não havendo qualquer vício de informação que possa macular o contrato firmado entre as partes, espera-se que produza todos seus efeitos de acordo com as obrigações assumidas, e não que uma parte seja beneficiada com entrada de nova regra.

---

<sup>196</sup> Recurso Especial nº 809.329-RJ (2006/00003783-6), j. 25/03/2008.

<sup>197</sup> Artigo 5º, *caput*, da Constituição da República de 1988: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”.

<sup>198</sup> Artigo 5º, XXXVI da Constituição da República de 1988: “XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.



Mesmo que se trate de uma lei de ordem pública, ela deve se submeter à norma constitucional que preserva o ato jurídico perfeito e o direito adquirido. Nesse sentido, Vicente Greco Filho afirma que “as normas de intervencionismo contratual aplicam-se aos contratos celebrados a partir de sua vigência”<sup>199</sup>.

Do voto do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Castro Filho, no Recurso Especial nº 809.329-RJ já mencionado, que divergiu da Ministra Nancy Andrighi, extrai-se o seguinte texto:

Logo, além do reajuste oficial anunciado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que vale para os contratos assinados a partir de 1º de janeiro de 1999, pode ocorrer outro aumento, que resulta da mudança de faixa etária, que se justifica em razão da mudança do perfil de uso dos serviços de saúde, estimado com base em estatísticas, e com regras específicas. Há de se respeitar, por consequência, a cláusula livremente pactuada pela ora recorrida.

Nesse sentido, expôs o Ministro Humberto Gomes de Barros, também estando contrariamente ao provimento do recurso:

No caso, a aplicação imediata do Estatuto do Idoso atingiria o ato jurídico perfeito, porque o contrato de cobertura de assistência médica e hospitalar já se havia consumado segundo a lei vigente ao tempo da pactuação. Seria, em substância, uma incidência retroativa. Inclusive os efeitos futuros do pacto estão a salvo das disposições impositivas do Estatuto do Idoso, pois a chamada ‘retroatividade mínima’, que decorre da aplicação imediata das leis, prejudica o ato jurídico perfeito ao tangenciar efeitos futuros advindos de contratação consumada segundo a vigência de outra lei.

Pela certidão de julgamento do Recurso Especial nº 809.329/RJ, publicada em março de 2008, temos que a Terceira Turma, por maioria (três ministros), negou provimento ao recurso da operadora. No entanto, no que concerne à ofensa ao ato jurídico perfeito, considerou-se que o Estatuto do Idoso não deve retroagir para beneficiar o consumidor que adquiriu o contrato antes da sua entrada em vigor.

O voto do Ministro Ari Pargendler foi decisivo sobre a questão da irretroatividade do Estatuto do Idoso:

Se assim é, a questão controversa diz com o direito intertemporal, e o conhecimento do recurso especial depende exclusivamente de saber se o

---

<sup>199</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Comentários ao código de proteção ao consumidor*, p. 380.

art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil - evidentemente prequestionado - foi bem aplicado. [...]

Nessa linha, tendo o acórdão recorrido contrariado o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, o recurso especial deve ser conhecido, aplicando-se o direito à espécie na forma do art. 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (*'No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá o recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie'*).<sup>200</sup>

Ao final, no mérito, decidiu o Ministro Ari Pargendler pelo não-provimento do recurso interposto pela operadora, por considerar infração ao Código de Defesa do Consumidor, e não por aplicação direta do Estatuto do Idoso, enfatizando o seguinte

Com efeito, a imposição (*trata-se de um contrato de adesão*) de um aumento de 164,91% (*cláusula 18.3,e*) na mensalidade do seguro-saúde visa, senão impedir (*pela impossibilidade de pagar o respectivo montante*), desestimular o segurado de manter o contrato precisamente quando sua idade autoriza a presunção de que precisará dele. A abusividade da cláusula só poderia deixar de ser reconhecida se provado que a aludida majoração corresponde ao aumento do risco resultante da idade de 60 anos. Tal prova não foi feita, e é improvável que pudesse ter sido produzida, porque - numa época de longevidade como a nossa - o sexagenário de hoje já não é o velho de antigamente. Condições sanitárias e modos de vida mais saudáveis vêm aumentando a média do tempo que o homem passa neste mundo.

Nesse desiderato, Cristiano Heineck Schmitt fez a indagação abaixo e arrematou com a resposta:

[...] o Estatuto do Idoso, Lei 10.741/2003, poderia ser utilizado para impedir reajustes por mudança de faixa etária para consumidores com 60 anos ou mais, mesmo em contratos celebrados antes de 01.01.2004? A nossa resposta, inicialmente, e no âmbito do presente trabalho, ainda é negativa.<sup>201</sup>

Vê-se que existe a legalidade de reajuste por variação de custos e por mudança de faixa etária, sendo que as regras para sua aplicação variam de acordo com a data de celebração do contrato.

As regras jurídicas que surgem ao longo do tempo contribuem para

---

<sup>200</sup> Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3656849&sReg=200600037836&sData=20080411&sTipo=3&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3656849&sReg=200600037836&sData=20080411&sTipo=3&formato=PDF)>. Acesso em: 22 jul. 2010.

<sup>201</sup> SCHMITT, Cristiano Heineck. A "hipervulnerabilidade" do consumidor idoso. *Revista de Direito do Consumidor*, p. 159.

incrementar a complexidade do setor de saúde suplementar, provocando um cenário de extrema insegurança para empresas que atuam nessa atividade econômica.

O tema reajuste afeta diretamente o interesse econômico das partes. De um lado, o consumidor é compelido a pagar um valor que não estava previsto no seu orçamento doméstico; e de outro, a operadora de plano de saúde tem interesse em receber para manter o equilíbrio financeiro da carteira de clientes. Essa situação é agravada quando se trata de reajuste por faixa etária.

A insegurança jurídica e econômica está instalada na relação de consumo de plano de saúde, haja vista a falta de harmonização de entendimento entre o Estado-Juiz e o Estado-Regulador. Daí, a necessidade da busca da equidade entre os participantes dessa relação, com vistas a uma Justiça distributiva e não assistencialista, preservando o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

### **4.3 Cobertura à assistência à saúde**

O tema saúde, no que tange ao tratamento do enfermo, tem um apelo muito forte inculcado na consciência da sociedade. Essa situação repercute da mesma maneira perante os magistrados, pois são pessoas que, quando provocadas pelo autor da demanda, estão obrigadas a decidir, em muitos casos, sobre o principal bem da pessoa humana.

Sabe-se que decidir não é uma tarefa fácil, até mesmo nas situações mais cotidianas, quiçá quando se está diante de um processo judicial com pedido de antecipação de tutela, em que se determinará ou não o tratamento de saúde pretendido. Na opinião do desembargador Laerte Nardi:

Não há, atualmente, nenhum processo que preocupe mais o juiz do que aquele ligado a planos e seguros de saúde, porque, em regra, ligados à saúde e à vida das pessoas, quase sempre criando o inevitável conflito entre o aplicador e o intérprete da lei e o homem que gostaria de ver o problema resolvido com uma saúde pública que dispensasse ou não tornasse tão imprescindível a participação de empresas privadas.<sup>202</sup>

---

<sup>202</sup> Agravo de Instrumento nº 289.378-4/8. Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Des. Laerte Nardi, j. 27/05/2003, publicado em 10/06/2003.

A tomada de decisão é intrínseca a atividade do magistrado, cabendo a esse, antes de se pronunciar, o dever de procurar entender como realmente funciona determinada relação entre as partes envolvidas e quais as normas se aplicam à espécie do caso, sob pena de trabalhar com “pré-conceitos” socialmente divulgados, mas sem o devido fundamento, o que acarretaria prejuízos irreversíveis.

No que diz respeito à saúde suplementar, após a entrada em vigor da Lei nº 9.656/98, instalou-se um novo paradigma no ordenamento jurídico para as relações de consumo de plano de saúde, sem, é claro, descartar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, mas devendo ser essa a referência primeira perante os casos que envolvem pactos firmados a partir de 02 de janeiro de 1999, ditos “contratos novos” ou “regulamentados”.

Além da lei específica, foram editados vários atos normativos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar que não são conhecidos e, em alguns casos, ignorados pelo Poder Judiciário no momento da decisão, tais como: (i) Resolução Normativa nº 211/10 - sobre o Rol de Procedimentos; (ii) Resolução Normativa nº 85/04 - sobre registro de produto; (iii) Resolução Normativa nº 186/09 - sobre portabilidade; entre outras.

O relatório da pesquisa coletiva de jurisprudência “Judicialização da Saúde Suplementar”<sup>203</sup> trouxe à tona os seguintes questionamentos:

‘quem’ influencia as decisões dos julgadores, por eles expressamente citados nos acórdãos? Quais os autores e títulos da doutrina incidentes? Quais os julgadores e tribunais são mais marcantes?

Em todos os tribunais, verifica-se que a citação de precedentes para fundamentação das decisões sobrepõe-se à de doutrina (2005 a 2007). Em Minas Gerais, 75% (setenta e cinco por cento) dos acórdãos utilizam outras decisões judiciais em sua fundamentação e 53% (cinquenta e três por cento) destacam alguma doutrina. Os precedentes também são bastante utilizados no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – 60% (sessenta por cento) deles. Em contrapartida, o tribunal gaúcho é o que menos cita doutrina – presente em apenas 20% (vinte por cento) dos acórdãos analisados.

A falta de conhecimento ou até mesmo a inobservância das regras

---

<sup>203</sup> SOUZA, Jordana Miranda; PIRES, Danielle da Silva. *Relatório da pesquisa coletiva de jurisprudência “judicialização da saúde suplementar”*, v. 1, p. 56. Vale ressaltar que além do TJMG, TJRS, pesquisou-se o TJSP (68% - jurisprudência e 46% - doutrina) e TJRJ (64% - jurisprudência e 17% - doutrina).

específicas da saúde suplementar pelo Estado-juiz prejudica a atividade econômica desenvolvida pelas operadoras.

Segundo o Ministro Luiz Fux:

Com relação aos planos de saúde, em inúmeras ocasiões, seus usuários precisam de uma decisão judicial imediata, e o Juiz tem de analisar aquilo que foi contratado e, às vezes - é uma realidade - superar aquilo que foi contratado, porque estão em jogo a vida humana e a saúde, que são bens fundamentais e indisponíveis. Então, evidentemente, e isto é forçoso repetir, nenhum juiz do mundo vai deixar uma vida perecer, nenhum juiz do mundo vai autorizar a desinternação de um paciente. Mas, efetivamente, é preciso encontrar uma regra de equilíbrio.<sup>204</sup>

Propõe-se evidenciar os direitos do consumidor de plano de saúde no que tange à cobertura de assistência à saúde, sejam legais ou contratuais, bem como os entendimentos do Estado-juiz e do Estado-regulador sobre esse tema que vem ocupando, a cada dia, mais espaço na mídia e assoberbando os órgãos públicos de demandas e ações judiciais.

#### **4.3.1 Cobertura legal**

A relação médico-paciente é pautada pela confiança, confidencialidade e pelo dever de cuidado, sendo que as pessoas não desejam adoecer, como ressalta Antonio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza:

O médico precisa avaliar bem esse quadro psicológico que, tal como um envoltório, cerca a relação médico/paciente, afinal ninguém fica doente porque deseja. Porém, é óbvio que a enfermidade transforma totalmente o estado emocional das pessoas e, em última análise, é o médico que primeiro enfrenta essa situação e tem a incumbência de fazer o possível para eliminá-la. O importante é que o médico esteja certo do seu dever, agindo não somente em harmonia com os ditames da ciência médica, mas também com a moral e a ética.<sup>205</sup>

---

<sup>204</sup> RELATÓRIO da CPI dos planos de saúde. Brasília, 2003. p. 56-57.

<sup>205</sup> COUTO FILHO, Antônio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. *Responsabilidade civil médica e hospitalar: repertório jurisprudencial por especialidade médica*. Teoria da eleição procedimental; iatrogênica. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 34.

O consumidor, ao ficar doente, procura atendimento especializado no serviço próprio ou credenciado da operadora com a qual mantém um contrato de plano de saúde, na busca do seu bem-estar físico ou psíquico. Após a consulta com o médico assistente, iniciam-se os problemas, haja vista que o consumidor ao se retirar do consultório ou do pronto atendimento leva consigo uma guia do convênio com solicitação de exames, terapias, materiais, medicamentos ou internação para uma intervenção cirúrgica.

A “judicialização da saúde” existe porque as operadoras e o poder público negam, por razões que entendem de direito, a cobertura assistencial para o consumidor. Por sua vez, sua pretensão é apreciada pelo Estado-juiz porque há sempre um pedido médico envolvido no caso concreto. Nenhum magistrado irá deferir um determinado tratamento se não contiver nos autos um documento assinado por profissional habilitado prescrevendo a necessidade do autor da demanda em relação a sua pretensa prestação de serviço de saúde.

É sabido que a obrigação do médico é de meio e não de resultado. A esse propósito, apenas há jurisprudência oscilante em relação ao médico especialista em cirurgia plástica, cabendo ao profissional proporcionar ao enfermo todos os cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com a moderna literatura científica. Portanto, não é prometida a cura, mas a prestação de serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, incluindo cuidados e conselhos.

Diante disso, cria-se um conflito para o médico probo, o qual precisa prescrever o melhor tratamento, mas, na maioria das vezes, desconhece se o paciente possui ou não cobertura para sua realização plena. Para exemplificar, tem-se o médico especialista em ortopedia, acostumado a solicitar o exame denominado “ressonância magnética” para seus pacientes, por ser atualmente mais moderno. Porém, esse exame não está previsto na grande maioria dos contratos firmados antes da Lei nº 9.656/98, caracterizando-se assim um conflito, alheio a sua vontade, entre a operadora e o consumidor.

Nesse cenário, ainda há condutas devem rechaçadas, como se verifica na declaração do então presidente da Sociedade Brasileira de Ortopedia e Traumatologia - Regional Minas Gerais, na reportagem do Jornal da Associação Médica: “É abominável o médico receber percentual pela utilização de material ou ficar preso a determinado fornecedor em função de algum benefício concedido, mas

infelizmente isso acontece”<sup>206</sup>. É decorrência desse fato, acredita o presidente, a razão de alguns médicos preferirem utilizar próteses importadas ao invés das nacionais<sup>207</sup>. Arremata afirmando que “Alguns materiais reprovados em países do primeiro mundo são despejados aqui. Verdadeiras sucatas”.

Na concepção do consumidor, a relação entre médico-paciente é pautada na confiança, acreditando que o médico assistente está querendo o que há de melhor para o restabelecimento do seu bem-estar, não sabendo da existência de benefício concedido pelos fabricantes de produtos ortopédicos.

Nesse sentido, o Conselho Federal de Medicina, após o recebimento de várias consultas e no intuito de evitar que interesses econômicos se sobreponham ao benefício para o consumidor, editou a Resolução nº 1.956, de 7 de outubro de 2010<sup>208</sup>, disciplinando a prescrição de materiais implantáveis, órteses e próteses e determinando arbitragem de especialista quando houver conflito.

Destaca-se, nas considerações feitas pelo Conselho Federal de Medicina, que é direito do médico indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas reconhecidamente aceitas e respeitadas as normas legais vigentes no país, bem como que é vedado ao médico obter qualquer forma de lucro ou vantagem pela comercialização de medicamentos, órteses, próteses, materiais especiais ou artigos implantáveis de qualquer natureza, cuja compra decorra de influência direta em virtude de sua atividade profissional.

Restou estabelecido na referida resolução que:

Art. 2º o médico assistente requisitante deve justificar clinicamente a sua indicação, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e as legislações vigentes no país.

Art. 3º É vedado ao médico assistente requisitante exigir fornecedor ou marca comercial exclusivos.

---

<sup>206</sup> FABRICANTES de órteses premiam médicos. *Jornal da Associação Médica de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 110, ano 35, p. 12, abr./maio 2008.

<sup>207</sup> Código de Ética Médica: “Art. 9º A medicina não pode, em qualquer circunstância ou de qualquer forma, ser exercida como comércio”. - “Art. 126. É vedado ao médico obter vantagens pessoais, ter qualquer interesse comercial ou renunciar à sua independência profissional em relação a financiadores de pesquisa médica da qual participe”.

<sup>208</sup> *Diário Oficial da União*, Brasília, 25 out. 2010. Seção 1, p. 126.

É de bom alvitre registrar que essa situação não acontece somente na ortopedia, mas também em outras especialidades médicas, ainda mais quando o assunto é prescrição de medicamento, sendo que os laboratórios entregam amostras grátis e destinam um percentual financeiro ao médico que prescreve aos pacientes o produto de um desses laboratórios. Sobre o assunto, a Agência de Vigilância Sanitária editou a Resolução de Diretoria Colegiada nº 102/00 dispondo no artigo 19 que:

É proibido outorgar, oferecer ou prometer, prêmios, vantagens pecuniárias ou em espécie, aos profissionais de saúde habilitados a prescrever ou dispensar medicamentos. Os profissionais de saúde não podem solicitar ou aceitar nenhum incentivo se este estiver vinculado à prescrição, dispensação ou venda.

Antes do advento da Lei nº 9.656/98, o mercado de saúde suplementar agia livre e de forma discricionária para determinar em seus contratos qual a cobertura assistencial destinada ao consumidor. A referência da assistência à saúde na época consistia na “tabela de honorários médicos” da Associação Médica Brasileira.

A entrada do Estado-regulador nessa atividade econômica trouxe mudanças consideráveis, entre elas, a obrigatoriedade do oferecimento pela operadora ao consumidor de uma cobertura mínima de procedimentos.

Restou instituído no artigo 10 da Lei nº 9.656/98 o chamado “plano referência”, com cobertura médico-ambulatorial e hospitalar com obstetrícia, devendo dar cobertura a doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial da Saúde, sendo obrigado que as operadoras obtivessem da ANS registro desse produto, sob pena de cancelamento da autorização de funcionamento.<sup>209</sup>

Mais adiante, precisamente no § 4º do artigo 10, ficou determinado “A

---

<sup>209</sup> De forma taxativa, o artigo 10 da Lei nº 9.656/98 estabeleceu os procedimentos não cobertos: “I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental; II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; III - inseminação artificial; IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; V - fornecimento de medicamento importado não nacionalizado; VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar; VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; VIII - revogado; IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes; X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente. § 1º As exceções constantes dos incisos deste artigo serão objeto de regulamentação pela ANS”.



amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS”.

Como forma de atender à legislação, foi editado o primeiro rol de procedimentos por meio da resolução do Conselho de Saúde Suplementar (CONSU) nº 10, de 03 de novembro de 1998, que, como já foi dito, teve como referência a tabela da Associação Médica Brasileira (AMB). Com a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar por meio da Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, foi prevista no artigo 4º, inciso III, a competência da Agência para “elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656/98, e suas excepcionalidades”. A ANS alterou pela primeira vez o rol por meio das Resoluções RDC nº 41/00 e 42/00, promovendo nova classificação dos procedimentos de alta complexidade que impactaram diretamente as alegações de doenças e lesões preexistentes.

A segunda atualização, após consulta pública disponibilizada pela ANS, ocorreu com a edição da Resolução RDC nº 67/01, e a terceira versão do rol de procedimentos veio por meio da Resolução Normativa nº 82/04, levando-se em conta uma nova sistemática introduzida pela Diretoria de Produtos da ANS, como explica Liliana Maria Planel Lugarinho:

Com o aprimoramento e evolução das práticas regulatórias da agência, foi percebida pela Diretoria de Produtos uma necessidade de aprimorar a metodologia na revisão do rol de procedimentos. Para efetuar as mudanças na cobertura obrigatória por critérios que tivessem respaldo científico, e subsidiar de maneira irrefutável junto ao amplo conjunto de entidades da comunidade científica, foram realizadas, a partir de abril de 2001, reuniões internas para viabilizar este projeto. Foi, então, elaborado um questionário a partir de bibliografia nacional e internacional.

A versão final do questionário piloto ficou constituída por sete indagações que serviriam de arcabouço a ser trabalhado pelo meio acadêmico:

1. Procedimento proposto
2. Justificativa
3. Indicações e contra-indicações.
4. Procedimentos alternativos existentes, além de quais seriam os pré-requisitos para a utilização do novo procedimento e uma análise comparativa onde o procedimento se enquadra no protocolo da patologia para a qual está sendo proposto.
5. Relação custo-benefício do novo procedimento (impacto econômico, epidemiológico, segurança, efetividade).
6. Evidência clínica comprovada com experiência comprovada.
7. Análise de custos do novo procedimento propondo uma análise atuarial.

Por fim, foram escolhidas duas grandes universidades, a Universidade Federal do Rio de Janeiro, através do Instituto Alberto Luís Coimbra - COPPE - e a Universidade Federal de São Paulo, Escola Paulista de Medicina, através do Centro Paulista de Economia da Saúde - CEPES, para avaliar a metodologia proposta e propor orientações nesta revisão.

Após profícuos debates e explicações sobre o papel da ANS, as duas entidades supracitadas produziram trabalho científico de grande qualidade que foi encaminhado para apreciação da Diretoria Colegiada da ANS. Foi, então, produzido um Instrumento de Avaliação por parte da equipe da Gerência Geral Técnico Assistencial - GGTAP, o qual foi apresentado na primeira reunião da Câmara Técnica de Assuntos Médicos (CTAM), realizada em agosto de 2002.<sup>210</sup>

No ano de 2008, também após consulta pública, foi publicada nova atualização do rol de procedimentos por meio da Resolução Normativa nº 167, de 09 de janeiro de 2008, entrando em vigor no mês de abril daquele ano.

Atualmente, a cobertura entendida como obrigatória e legal pelas operadoras está prevista pela Resolução Normativa nº 211/10, que entrou em vigor no dia 07 de junho de 2010, tendo passado por consulta pública. Além de ratificar as coberturas existentes na Lei nº 9.656/98, atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que conta com mais de 3.000 procedimentos, bem como determina a incorporação das ações de promoção da saúde e prevenção de riscos e doenças, inclusive incentivando o parto normal, e lança várias definições e diretrizes para utilização e liberação desses procedimentos por parte das operadoras de plano de saúde.

No artigo 21, das disposições finais do ato normativo acima citado, ficou consignado que “o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde deverá ser revisto periodicamente a cada 2 (dois) anos, podendo ser atualizado a qualquer tempo, segundo critério da ANS”, sendo esse dispositivo uma novidade trazida pelo órgão regulador.

Essa forma de regulação do setor de saúde suplementar não vem agradando os órgãos de defesa do consumidor, que alegam que a ANS demora na sua implementação e que há vários procedimentos que são pretendidos e que estão em uso corrente pela medicina, mas não são incorporados, trazendo prejuízos à saúde dos consumidores.

---

<sup>210</sup> LUGARINHO, Líliliana Maria Planel. *Bioética na incorporação de procedimentos, um olhar exploratório na saúde suplementar*. 2004. 95 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) - Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca da Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro. p. 50.

Trata-se também de ponto conflitante entre a ANS e as operadoras, pois estas últimas alegam que as atualizações do novo Rol de Procedimentos ofendem o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, haja vista que determina que sejam aplicadas aos contratos travados a partir de 2 de janeiro de 1999 e àqueles adaptados conforme a Lei nº 9.656/98, sem que as operadoras reajustem os preços dos planos para manutenção do equilíbrio do contrato.

Mais uma vez esbarra-se no instituto jurídico da *irretroatividade das leis*, que, ao lado de outros institutos, representa o meio pelo qual o Direito pretende oferecer a garantia de algum nível de segurança, de estabilidade às situações que se constituíram e que tendem a permanecer-se no tempo, buscando a defesa das alterações que possam estabelecer conflitos e oscilações no atual estado que se encontram.

O papel do Estado-regulador é complexo, já que deve aliar os estudos de viabilidade econômica para garantir sobrevivência ao setor a fim de prestar a assistência efetiva e disponível no tratamento dos problemas de saúde dos usuários do setor suplementar. Não pode esquecer-se dos apelos sensacionalistas que são feitos, muitas vezes, por setores políticos, que visam inflar a discussão para proveito próprio, e não para buscar alternativas de resolutividade para uma assistência compatível com os custos.

As novas tecnologias sempre chegam com preços elevados, o que é facilmente percebido quando se trata de produtos eletrônicos usados no cotidiano (celulares, netbooks, etc.), que somente atingem um preço acessível quando há novos modelos de outros concorrentes. Na medicina, esse fato não é diferente. A cada tecnologia lançada, o custo é elevadíssimo, poucos têm o poder de compra, fazendo com que a prestação do serviço seja escassa e muito cara; na maioria dos casos, inviável de ser prestada.

A recente regulamentação determinou como obrigatória a cobertura para o exame denominado PET-Scan<sup>211</sup>, o qual tem com principal objetivo auxiliar o

---

<sup>211</sup> “O PET Scan (ou PET/CT) é a sigla para *Positron Emission Tomography* ou, em português, Tomografia por Emissão de Pósitrons. É uma modalidade de diagnóstico por imagem que permite avaliar funções importantes do corpo, tais como o fluxo do sangue, o uso do oxigênio, e o metabolismo do açúcar (glicose), ajudando os médicos a avaliar como os órgãos e os tecidos estão funcionando” Disponível em: <[http://www.cin.ufpe.br/~rvf/ana/PET\\_em\\_oncologia.pdf](http://www.cin.ufpe.br/~rvf/ana/PET_em_oncologia.pdf)>. Acesso em: 24 jul. 2010.

diagnóstico mais preciso de algumas doenças, a principal delas, o câncer. O preço médio de custo atualmente está em R\$3.000,00 (três mil reais), sendo que no início de seu uso, nos EUA, chegou a custar U\$4.000 (quatro mil dólares). Dados divulgados pelo Instituto Nacional do Câncer apontam que dois a cada mil brasileiros terão algum tipo de câncer no ano de 2010<sup>212</sup>.

Por outro lado, a operadora de plano de saúde, ciente que existe uma solução diagnóstica melhor no mercado, capaz de mitigar ou mesmo eliminar os impactos dessa doença na pessoa do seu consumidor, não deveria questionar os impactos financeiros, pois estaria contribuindo para o bem-estar do seu cliente, bem como evitando gastos posteriores com medicação e internação. Não se trata de questionar o lucro, pois esse deve ser perseguido e alcançado por quem exerce uma atividade econômica regular, mas atender ao preceito constitucional de “assegurar a todos existência digna”<sup>213</sup>.

Quando da entrada em vigor da Resolução Normativa nº 167/08, que precedeu a atual Resolução Normativa nº 211/10, a Unimed do Brasil e ABRAMGE (Associação Brasileira de Medicina de Grupo) ingressaram com ação coletiva requerendo, liminarmente, a não-inclusão do novo Rol para os contratos anteriormente firmados. A medida cautelar, entretanto, não foi concedida e a ação continua tramitando sem resolução do mérito. As operadoras alegaram impacto econômico de, aproximadamente, 10% nos custos das despesas assistenciais, ao passo que, segundo a ANS, os custos não chegariam a 1% em razão da nova Resolução.

No meio dessa situação encontra-se o consumidor, hipervulnerável, já que já se encontra fragilizado por estar acometido pela doença e sem saber qual a real cobertura que possui no contrato de plano de saúde. Não há dúvida de que a incorporação tecnológica deve ser implementada, contudo são necessários critérios objetivos para essa implementação, sob pena de fomentar sempre o conflito e não se chegar a almejada harmonização dos interesses na relação de plano de saúde.

---

<sup>212</sup> Disponível em: <<http://www.idec.org.br/noticia.asp?id=12413>>. Acesso em: 24 jul. 2010.

<sup>213</sup> Art. 170, *caput*, da Constituição da República de 1988: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]”.

Vale ressaltar, por fim, que a cobertura pode ser segmentada. Nos termos do artigo 12 da Lei nº 9.656/98, existem os segmentos ambulatorial, hospitalar, obstétrico e odontológico, cada qual com as coberturas definidas pelo Rol de Procedimentos editado pela ANS. A operadora poderá, e não deverá<sup>214</sup>, ofertar para o público consumidor os planos com as segmentações que lhe convier, ou seja, é facultativo oferecer somente plano ambulatorial ou somente plano hospitalar, bem como comercializar plano ambulatorial e hospitalar com obstetrícia.

Essa situação traz uma implicação prática inusitada para os consumidores. Como exemplo, cite-se o caso da operadora que somente comercializa seus planos com a segmentação obstétrica, o consumidor homem não engravida, não fará consulta de pré-natal, tampouco será submetido à realização do parto, porém, no valor da sua mensalidade, estão embutidos os custos dessa segmentação. Como a operadora não está obrigada a ofertar todos os tipos existentes de planos, mas somente aqueles que lhe interessam a comercialização, à exceção do plano referência que é obrigatório, o consumidor acaba arcando com o custo dessa segmentação. Alternativa é procurar outra operadora concorrente que comercializa plano de saúde sem a segmentação obstétrica.

Ao consumidor deve ser informado, seja pelo órgão de regulação, seja pelas operadoras ou órgãos de proteção e defesa do consumidor, que todos os planos disponibilizados no mercado, possuem cobertura igual, respeitada a segmentação, uma vez que está baseada no rol de procedimentos editados pela ANS. O plano ambulatorial vendido pela empresa A certamente prevê a mesma cobertura do plano da empresa B, sendo que, para exercer melhor seu poder de escolha, deverá verificar a existência de coberturas adicionais, o número de prestadores disponíveis para cada procedimento coberto, se a localização desses prestadores atende ao seu deslocamento e se o preço é compatível com seu orçamento. Destaca-se, que a operadora deve sempre ofertar o plano referência, conforme determina o parágrafo segundo do artigo 12 da Lei n. 9.656/98.

Por derradeiro, as operadoras que não autorizarem algum procedimento constante do Rol editado pela ANS e forem denunciadas pelo consumidor poderão

---

<sup>214</sup> Ressalte-se que o único segmento obrigatório é o de referência, previsto no artigo 10 da Lei nº 9.656/98.

sofrer multa mínima de R\$80.000,00 (oitenta mil reais), conforme previsto no artigo 77 da Resolução Normativa nº 124/06. Vale salientar que a multa é aplicada independentemente do valor do procedimento que foi negado, podendo ser um exame simples ou uma cirurgia de alta complexidade, possibilitando questionamentos com relação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

#### **4.3.2 Cobertura contratual**

Propõe-se explicar, neste tópico do trabalho, a cobertura dos contratos firmados entre consumidores e operadoras de plano de saúde antes da edição da Lei nº 9.656/98, bem como relatar, em síntese, os dispositivos legais atuais que visam garantir essa cobertura aos beneficiários de planos novos.

Os contratos de planos de saúde são classificados como sendo aleatórios e não comutativos, haja vista o risco envolvido. O consumidor paga antecipadamente para quando precisar utilizar do serviço, do outro lado, a operadora estima os custos de utilização dos seus consumidores, o pagamento para os prestadores e as despesas administrativas.

No primeiro momento, a base para prestação da assistência à saúde, tanto para operadoras quanto para os credenciados, era a divulgada pela Associação Médica Brasileira (AMB), que editava a denominada “tabela de honorários médicos”. Tratava-se de uma tabela codificada, com os procedimentos elencados por especialidade médica e a remuneração que deveria ser paga a cada ato praticado.

A quase totalidade dos contratos celebrados antes da edição da Lei nº 9.656/98 continha cláusulas especificando os serviços cobertos e os excluídos. Entretanto, a redação sempre foi realizada de forma genérica.

Trata-se de expectativa legítima do consumidor entender que, ao contratar um plano de saúde, e na hipótese de ser acometido por uma doença, terá todo o tratamento custeado pela operadora.

Ao se deparar com os ditos “contratos antigos”, identifica-se, na cláusula de exclusão, a falta de cobertura para doenças crônicas, congênitas ou infecciosas de longa duração, mas não se especificam quais são essas doenças. Desse modo,

quando o consumidor solicitava autorização para determinado tratamento, era comum ele ser surpreendido com uma negativa baseada no fato de se tratar de “doença congênita”, frustrando a sua legítima expectativa.<sup>215</sup>

O fato mais divulgado em relação à restrição de cobertura contida nos planos antigos, sem dúvida, foi sobre o tempo máximo de dias de internação em centro terapia intensiva (CTI) ou unidade de tratamento intensiva (UTI), fazendo com que o Superior Tribunal de Justiça editasse a Súmula nº 302: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”. Na visão do Estado-juiz, o contrato não pode determinar o tempo que o consumidor deve permanecer na unidade de tratamento intensivo, mas sim o médico assistente que o acompanha. As operadoras costumavam cobrar do consumidor ou de seus familiares todas as despesas originárias dos dias excedidos ao contratualmente estipulado, sendo que o não-pagamento da suposta dívida acarretava a rescisão do contrato.

Tratava-se de uma maneira maliciosa de expulsar o consumidor, que certamente utilizaria mais os serviços devido ao seu estado clínico, sendo para ele impossível de contratar outro plano, já que, na outra operadora seria alegada a

---

<sup>215</sup> Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça concedeu provimento ao recurso interposto pela consumidora que havia perdido em primeira e segunda instâncias, a qual teve que pagar despesas com a cirurgia do filho, de dois meses de vida, diagnosticado com *estenose hipertrófica do piloro*, sendo o reembolso negado pela operadora por se tratar de doença congênita, inclusive cancelando unilateralmente o contrato firmado. Da decisão, extrai-se a ementa e o principal fundamento, que ora se colaciona “DIREITO DO CONSUMIDOR - SEGURO-SAÚDE - CONTRATO ANTERIOR À LEI N.º 9.656/98 - EXCLUSÃO DE DOENÇA ‘CONGÊNITA’ - PAGAMENTO DO PRÊMIO - AUSÊNCIA DE EXAMES PRÉVIOS - CLÁUSULA ABUSIVA - DANO MORAL EXCLUÍDO - RECURSO PROVIDO. [...] Os contratos de seguro-saúde, hoje denominados planos de saúde ou de assistência médica, possuem como finalidade primordial o tratamento e a segurança contra os riscos envolvendo a saúde do consumidor, sua família ou dependentes. É inegável a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, dada a sua massificação e a pouca ou nenhuma interferência de um dos contratantes - no caso, o consumidor - sobre os termos da avença, que são redigidas prévia e unilateralmente pelo fornecedor. [...] O eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, por ocasião do julgamento do REsp. n.º 86.095/SP (DJ de 22.4.1996), alertou para o fato de o consumidor, na maioria das vezes, não ter condições sequer de compreender que não terá direito à cobertura de determinadas doenças ou procedimentos, por não entender o significado de certas palavras, como ‘doenças infecto-contagiosas’, ‘doença congênita’ ou ‘doença crônica’, para citar o exemplo desses autos. Na oportunidade, afirmou, *in verbis*: ‘O segurado é um leigo, que quase sempre desconhece o real significado dos termos, cláusulas e condições constantes dos formulários que lhe são apresentados. Para reconhecer a sua malícia, seria indispensável a prova de que: 1) realmente, fora ele informado e esclarecido de todo o conteúdo do contrato de adesão, e, ainda, 2) estivesse ciente das características de sua eventual doença, classificação e efeitos’. Assim, seguindo essa linha de raciocínio, não se pode deixar de considerar abusiva a cláusula que exclui doenças pré-existentes/congênicas nos contratos de plano de saúde (Grifo do autor). Recurso Especial STJ nº 538279/São Paulo. Relator Ministro Massami Ueyda, publicado em 22/09/2008.

famosa restrição por “doença e lesão preexistente”, passando ele a depender somente do SUS.

Outra restrição imposta contratualmente é a realização de apenas um exame especializado por ano, como a tomografia computadorizada, sem, contudo, haver respaldo clínico para esse regramento.

O Código de Defesa do Consumidor permite a existência, nos contratos de adesão, de cláusulas limitativas de direito, mas as limitações não podem incorrer em abusos contra os consumidores, pois, desse modo, elas desvirtuam a finalidade do contrato, que é a prestação de serviço à saúde.

Estabelece o artigo 54, §4º do CDC, que “As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão”.

Os contratos de planos de saúde possuem uma particularidade, a relação dos serviços cobertos e excluídos. Em sua maioria, são termos usados por médicos e aqueles poucos que são conhecidos pela população em geral o são por intensa divulgação na mídia. Como exemplo, cite-se o *Stent*, que, apesar de ser conhecido por auxiliar nos problemas cardíacos, pode ser usado na maior parte do corpo humano como forma de auxiliar o fluxo sanguíneo.

Discute-se muito no âmbito judicial sobre as informações preliminares que são prestadas pela operadora ao consumidor, se o modo como é feito atualmente lhe permite conhecer os parâmetros do contrato. As operadoras se utilizam de vendedores comuns, os quais são treinados para convencer o consumidor a adquirir um plano de saúde. Necessário que conheça profundamente cada produto a ser comercializado, além disso, das normas do órgão regulador, no intuito de estar apto a fornecer informações de qualidade. A não capacitação do vendedor gera um risco do empreendimento por parte da operadora, que fatalmente arcará com as consequências de exercer uma atividade econômica tão complexa.

O entendimento do Estado-juiz é de que o consumidor não seja surpreendido sobre as limitações contratuais, devendo, por exemplo, constar na cláusula de exclusão os procedimentos não cobertos pela operadora. Essa situação é de difícil solução, eis que os contratos seriam maiores que os atualmente comercializados. Ressalte-se, ainda, que o surgimento de novos procedimentos



médicos acarretaria no aditamento de todos os contratos com os consumidores.

Veja a seguinte situação: operadora que constitui um contrato explicitando que a cobertura é a prevista na tabela de procedimentos médicos que faz parte integrante do contrato firmado entre as partes, mas não procede à entrega da tabela ao consumidor. A não entrega ao consumidor fere o dever anexo da boa-fé, de informação, consubstanciado principalmente nos artigos 6º, III, 30, 46, todos do Código de Defesa do Consumidor. Ao passo que se a tabela fosse devidamente entregue ao consumidor a operadora teria cumprido o dever de informação. Observe-se que a referida tabela é composta por termos da área da medicina, incompreensível para a maioria dos cidadãos. O nivelamento das informações é necessário para o equilíbrio nessa relação de consumo tão complexa, sendo que a exigência de constar à informação nem sempre possibilita afirmar que o consumidor foi devidamente informado.

Paralelamente a essa situação, têm-se hoje, nos instrumentos jurídicos firmados com os consumidores ou empresas contratantes, cláusulas contratuais que estabelecem, de forma clara e destacada, que a cobertura é a prevista no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar editado pela Agência Nacional de Saúde, que se assemelha à antiga tabela de honorários médicos da Associação Médica Brasileira, entretanto sem determinar os preços dos procedimentos. As operadoras sustentam que desta forma atende ao direito a informação previsto no CDC, inclusive alegam o artigo 3º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC): “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

Nesse conflito, que envolve aproximadamente 1,8 milhão de brasileiros que possuem “contratos antigos”, existem outros dispositivos legais que amparam a defesa e proteção do consumidor, como o artigo 47 do CDC que prevê: “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.

Diante da falta de clareza e ambiguidade na redação das cláusulas contratuais de plano de saúde, o uso do artigo 47 tem sido uma constante para dirimir os conflitos nessa seara. O Estado-juiz, em alguns casos, fundamenta sua decisão favoravelmente ao consumidor com base no artigo 5º da LICC, que diz: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela dirige e às exigências do bem comum”.

Por mais que vigore o princípio do livre convencimento do juiz, nesses casos,

entende-se a necessidade de harmonização das decisões sob pena de ferir um outro princípio, o da isonomia, previsto no artigo 5º da Constituição da República de 1988.

Ilustrativamente, existem dois contratos firmados entre a operadora e os clientes A e B, nos quais consta cláusula prevendo a cobertura de “implante para marca-passo”. Ao solicitarem autorização, a operadora informou que somente a órtese denominada “marca-passo” não tinha cobertura, haja vista previsão expressa na cláusula de exclusão. Reforçou com os clientes que todas as demais despesas, como as diárias do hospital, procedimento cirúrgico, honorários médicos, do cirurgião e do anestesista, entre outras, seriam por ela custeadas perante o prestador credenciado. Insatisfeitos com a resposta da operadora, os clientes A e B, ingressaram em juízo, sendo deferidas as tutelas antecipadas para implante do marca-passo. No mérito, o magistrado do cliente A confirmou em sentença o ônus para a operadora, já o magistrado do cliente B entendeu que a cláusula de exclusão era válida, determinando que o consumidor reembolsasse a operadora o valor pago pelo marca-passo quando do deferimento da tutela antecipada, devidamente corrigido. A não-obtenção do mesmo provimento jurisdicional acaba por tratar de forma desigual os que são iguais, violando o princípio da isonomia. A intenção, com esse exemplo, é evidenciar a insegurança jurídica que permeia nas relações de consumo de plano de saúde e alertar para a necessidade da sua harmonização.

Outro dispositivo legal muito utilizado para dirimir o conflito gerado pelas condições contratuais de plano de saúde é o artigo 51 do CDC, que contempla o rol de cláusulas abusivas. Insta dizer que o elenco previsto não é taxativo, mas exemplificativo. Chama-se a atenção para a forma como esse dispositivo, em muitos casos, vem sendo utilizado, apresentando-se sem a fundamentação necessária. Os magistrados, por vezes, diz entenderem abusiva a cláusula em discussão por força do artigo 51, sem, contudo, explicar qual motivo o convenceu a declará-la abusiva.

As operadoras, nos embargos declaratórios, tentam obter o motivo fundamentando o pedido no artigo 93, IX<sup>216</sup>, da Constituição da República de 1988, até como forma de prequestionamento, mas, em sua totalidade, não logram êxito, tendo sido rejeitados os embargos.

---

<sup>216</sup> Art. 93, IX da Constituição da República de 1988: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”.

Não há dúvida de que esta disposição legal possibilita o controle dos abusos cometidos pelos fornecedores, mas o que deve ser entendido como abusivo. Como determinar que uma cláusula constante no plano de saúde é abusiva ou não.

No que tange ao direito comparado, extraímos a lição de Atílio Aníbal Alterini:

O art. 3.1. da Directiva 93/13/CEE determina como princípio que uma cláusula predisposta é abusiva quando, ofendendo a exigência da boa-fé, dá origem a um desequilíbrio significativo, em detrimento, entre os direitos e obrigações das partes resultantes do contrato.<sup>217</sup>

Por se tratar de relação de consumo de plano de saúde, e a diretriz apontar o princípio da boa-fé para dirimir o que seja abusividade, pontua-se que o Código de Defesa do Consumidor refere-se a ele em duas situações: (i) no capítulo que trata da Política Nacional de Relações de Consumo, especificamente no art. 4º, inciso III,

harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

e (ii) no capítulo da Proteção Contratual, mais precisamente no art. 51, inciso IV, “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

Alberto do Amaral Júnior salienta que:

A análise do art. 51, IV, à luz do princípio da boa-fé consagrado no art. 4º, III do CDC, permite concluir que o núcleo do conceito de abusividade das cláusulas contratuais do art. 51 está na existência de cláusulas contratuais que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada perante o fornecedor. A desvantagem exagerada resulta do desequilíbrio das posições contratuais, que pode ou não ser consequência direta da disparidade de poder econômico entre fornecedor e consumidor. [...]

O conceito de abusividade das cláusulas contratuais tem, portanto, âmbito

---

<sup>217</sup> ALTERINI, Atílio Aníbal. Os contratos de consumo e as cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 15, p. 5-19, jul./set. 1995. p. 17.

próprio de atuação, não se confundindo com o conceito de abuso de direito.<sup>218</sup>

O mesmo autor evidencia a necessidade de nova postura do intérprete, afirmando que

a relação concreta deduzida em juízo ultrapassa os seus limites formais para alcançar o conteúdo das prestações em causa. O novo estilo de julgar, que se preocupa com o conteúdo da operação econômica e não simplesmente com a sua forma.<sup>219</sup>

Nesse raciocínio, ensina Ruy Rosado de Aguiar:

Na cláusula geral, há uma delegação atribuindo ao juiz a tarefa de elaborar o juízo valorativo dos interesses em jogo. Ela é uma realidade jurídica diversa das demais normas (princípios e regras), e seu conteúdo somente pode ser determinado na concretude do caso.<sup>220</sup>

Adiante Ruy Rosado de Aguiar enfatiza que

a boa-fé não serve tão-só para a defesa do débil, mas também atua como fundamento para orientar interpretação garantidora da ordem econômica, compatibilizando interesses contraditórios, onde eventualmente poderá prevalecer o interesse contrário ao do consumidor, ainda que a sacrifício deste, se o interesse social prevalente assim determinar. Considerando dois parâmetros de avaliação: a natureza da operação econômica pretendida e o custo social decorrente desta operação, a solução recomendada pela boa-fé poderá não ser favorável ao consumidor. [...]

Então se põe a questão de saber se a alteração por força da boa-fé pode levar a um agravo que modifique a relação custo-benefício de forma tão substancial que influa na avaliação da conveniência do negócio.<sup>221</sup>

Note-se que a abusividade é potencial, abstrata, aparecendo quando da tentativa de execução do contrato, ao frustrar o consumidor na sua expectativa quanto aos serviços a que entende ter direito e não é correspondido por força denegatória constante no pacto. Nessa hora, é fundamental a atividade do

---

<sup>218</sup> AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 6, p. 27-33, abr./jun. 1993. p. 31.

<sup>219</sup> AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumos. *Revista de Direito do Consumidor*, p. 32.

<sup>220</sup> AGUIAR, Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, p. 20-27, abr./jun. 1995. p. 20.

<sup>221</sup> AGUIAR, Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, p. 22.

intérprete, que terá a missão de analisar a eventual abusividade da cláusula no contexto do contrato.

Comentando a questão, Claudia Lima Marques assevera que:

A abusividade das cláusulas do contrato de consumo é a violação de um dever de conduta (anexo, acessório ou principal) imposto pela boa-fé ou é a autorização contratual para uma prática abusiva que viole a boa-fé objetiva. Assim, pensando nos devedores dos fornecedores, incumpridos ou violados pela cláusula e em face da cláusula (por uma prática comercial abusiva que a cláusula tenta “autorizar”), gostaríamos de reorganizar nossa análise, dividindo as cláusulas consideradas abusivas pela jurisprudência brasileira, nestes dez anos de CDC, entre as que: c.1. Violam deveres principais de prestação, deveres conexos à prestação ou deveres impostos pelo CDC; c.2. Violam deveres anexos de cooperação; c.3) Violam deveres anexos de informação;<sup>222</sup> c.4. Violam deveres anexos de cuidado.

Sobre a conduta do intérprete, não se pode deixar de acrescentar a lição do Professor João Bosco Leopoldino da Fonseca:

Poderíamos agora acrescentar que não é possível aplicar adequadamente a legislação pertinente à proteção do consumidor sem levar em conta sua profunda inserção nas relações de mercado, sem levar em consideração sua ligação constante com os problemas relativos à proteção da concorrência, o que exige do aplicador do Direito uma perfeita visualização e um entendimento profundo da realidade econômica e social. [...]

O método assim proposto nos levará fatalmente a levar em conta a realidade econômico-social que é abrangida pela norma jurídica e pela relação social concreta que a viabiliza na prática. Não basta, por exemplo, tomar o texto escrito de um contrato e confrontá-lo com os termos do art. 51 da Lei 8.078/90, para, desse cotejo, tirar a conclusão de abusividade. A afirmação e a convicção da existência da abusividade da cláusula devem surgir da aferição da realidade,<sup>223</sup> da análise substancial da realidade, da análise econômica do direito.

#### **4.3.3 Entendimentos divergentes entre o Estado-juiz e o Estado-regulador: a questão da cobertura**

Para melhor compreensão dos itens que compõem o tópico 4.3 desse

<sup>222</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 802.

<sup>223</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 16, p. 52-62, out./dez. 1995. p. 62.

trabalho, serão utilizados os mesmos assuntos como parâmetro para evidenciar os entendimentos divergentes entre os entes estatais, tanto na cobertura legal quanto na cobertura contratual, o que vem causando um desconforto para os participantes da relação de consumo de plano de saúde.

Abordou-se na cobertura legal, como exemplo, o caso envolvendo o exame denominado PET-Scan, sendo que, antes da entrada em vigor da RN nº 211/10, que o contemplou como cobertura obrigatória pelas operadoras, a partir do dia 07 de junho de 2010, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais já entendia da seguinte maneira:

Insurge-se a apelante contra r. sentença, sustentando que o apelado firmou o contrato de Plano de Saúde na vigência da Lei 9.656/98, cujo rol de procedimentos de cobertura obrigatória é regulamentado pela Agência Nacional de Saúde.

Afirma que o contrato estipulado não garante a cobertura para realização de procedimento denominado 'Pet Scan Prostático com Espectroscopia', tendo em vista que não está relacionado na Resolução Normativa nº 82/2003 editada pela ANS, sendo certo que as operadoras de plano de saúde estão obrigadas a conceder cobertura apenas aos procedimentos descritos na referida resolução.

[...] o fato de o exame não estar previsto no rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde, por si só, não desobriga a apelante de fornecer a cobertura para a sua realização, pois aquele não é taxativo, não possuindo uma função limitadora, mas garantidora de procedimentos mínimos, que devem ser observados pelas operadoras de plano de saúde. Ademais, a referida lista é revista periodicamente pela ANS, visando acompanhar a evolução tecnológica que está a serviço da medicina.<sup>224</sup>

A operadora que foi obrigada a custear o exame perante o Estado-juiz não seria sancionada em eventual denúncia do beneficiário perante o Estado-regulador, já que não consta o exame do Rol por ele editado, desobrigando da cobertura os agentes regulados.

No campo da cobertura contratual, encontra-se novamente dissonância entre os entes estatais. De acordo com a pesquisa realizada pela Unimed BH, entre os anos de 2005 e 2007, 32% (trinta e dois por cento) de todos (1.949) pedidos avaliados nos acórdãos dos Tribunais de Minas Gerais (449), Rio de Janeiro (1.047), Rio Grande do Sul (373) e São Paulo (80) se relacionavam a prótese ou órtese.

Destaca-se o *Stent* como a prótese/órtese mais requerida no âmbito do

---

<sup>224</sup> Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Apelação cível nº 1.0145.07.432543-5/001(1). Relatora Des. Electra Benevides, j. 06/05/2009.

Poder Judiciário; precisamente no Tribunal de Justiça de Minas Gerais representa 51% (cinquenta e um por cento) dos casos<sup>225</sup>. A Resolução Normativa nº 211/10, em seu artigo 16, trouxe as seguintes classificações:

§ 1º Prótese é entendida como qualquer material permanente ou transitório que substitua total ou parcialmente um membro, órgão ou tecido. § 2º Órtese é entendida como qualquer material permanente ou transitório que auxilie as funções de um membro, órgão ou tecido, sendo não ligados ao ato cirúrgico os materiais cuja colocação ou remoção não requeiram a realização de ato cirúrgico.

Colacionam-se ementa e trechos da decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que trazem o pensamento dominante sobre a cobertura do *Stent*:

PLANO DE SAÚDE - COBERTURA - STENT - PRÓTESE - NÃO CONFIGURAÇÃO - OBRIGATORIEDADE DE FORNECIMENTO. PACIENTE INTERNADO - DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DO VALOR. REPETIÇÃO EM DOBRO - INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO - IMPOSSIBILIDADE. O STENT, que não se confunde com prótese ou com órtese, deve ser custeado pelo plano de saúde, por não substituir a artéria coronariana, somente dilatando-a ou reforçando-a quando carecente de cirurgia. A recusa do plano de saúde em autorizar a implantação do STENT em paciente internado em nosocômio para submeter-se à cirurgia cardíaca enseja danos morais indenizáveis. Para a determinação do valor da indenização, devem ser examinadas as condições das partes, a gravidade da lesão e a sua repercussão, preponderando, como idéia central, a de sancionamento ao lesante. Não tendo ocorrido pagamento, não há que se falar em repetição do indébito.

[...]

José Gomes Ribeiro submeteu-se à cirurgia de angioplastia, com a colocação de stent na artéria coronária direita, negando-se a Unimed BH Cooperativa de Trabalho Médico a pagá-la, alegando a vedação contratual constante no item 7.1, cláusula 7ª das condições da apólice, *verbis*:

‘Cláusula VII - SERVIÇOS NÃO ASSEGURADOS:

7.1 - Não são cobertas por este contrato as despesas relativas a:

[...]

n) marca-passo, lente intraocular, aparelhos ortopédicos, válvulas, próteses e órteses de qualquer natureza’;

Aplica-se ao caso o artigo 47 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (CDC), com interpretação mais favorável ao consumidor, da cláusula restritiva de seu direito, bem como os princípios da boa-fé contratual e da função social do contrato, positivados nos artigos 421 e 422 do Código Civil de 2002.

---

<sup>225</sup> SOUZA, Jordana Miranda; PIRES, Danielle da Silva. *Relatório da pesquisa coletiva de jurisprudência “judicialização da saúde suplementar”*, v. 1, p. 38.

Não se trata de responsabilizar operadora de planos de saúde pela saúde integral dos cidadãos, obrigação do Estado, mas, sim, de responsabilizá-la pelas obrigações contratualmente assumidas, das quais não pode desvincular-se a qualquer pretexto.<sup>226</sup>

Em relação ao Estado-regulador, por entrevista feita no Núcleo Regional de Minas Gerais da Agência Nacional de Saúde, foi esclarecido que se a operadora sofresse denúncia do consumidor e apresentasse com a sua defesa o contrato firmado entre as partes contendo a redação da cláusula 7.1, “n”, acima citada, o processo administrativo seria arquivado, não gerando penalidade de R\$60.000,00 (sessenta mil reais) prevista no artigo 78 da Resolução Normativa nº 124/06, que é aplicada quando há descumprimento de cobertura contratual.

Diante desse conflito de entendimento, que se espera alcance uma harmonização, a Professora Claudia Lima Marques se posicionou no seguinte sentido:

Imagine-se, em exemplo semelhante, um contrato registrado na ANS e controlado por esta agência, que esta agência considera que preenche todos os requisitos da Lei 9.656/98, mas que um consumidor ou Ministério Público de um dos Estados da Federação considera incluir uma cláusula abusiva, segundo o princípio de boa-fé do CDC. Assim, baseado na aplicação cumulativa do art. 51, IV, do CDC, discutirá judicialmente a abusividade ou não da cláusula. Como pode o consumidor ou MP discutir algo que já foi regulado pela Lei nº 9.656/98? Pode, pois o CDC também se aplica cumulativamente e não “subsidiariamente” ao referido contrato.<sup>227</sup>

Para os contratos novos, regidos com base na Lei nº 9.656/98, entende-se que o Estado-legislador ao editar e promulgar uma lei que regulamenta um direito fundamental do cidadão, nesse caso à saúde, o fez com intuito de estabelecer limites na atuação de quem pretende desenvolver uma atividade econômica nesse mercado, ou seja, o legislador já procedeu à prevalência sobre os princípios envolvidos.

Tal situação chama à reflexão a constitucionalização do direito para a qual se submete a lição de Virgílio Afonso da Silva:

---

<sup>226</sup> Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt/inteiroteor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=145&na>>. Acesso em: 23 jul. 2010. Apelação cível nº 1.0145.07.398111-3/001(1). Relator Des. José Amâncio, j. 11/07/2008, por unanimidade.

<sup>227</sup> MARQUES, Claudia Lima. Visões sobre os planos de saúde privada e o código de defesa do consumidor: Item 2.2: Análise da relação da legislação de defesa do consumidor e da legislação especial sobre planos privados de assistência à saúde. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 142.



A existência de um código civil, cujas normas têm, em geral, a estrutura de regras, impede, *prima facie*, uma aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares. Os efeitos desses direitos chegam às relações entre particulares por via indireta isto é, para usar a expressão de Dürig, por meio do direito privado. O direito privado deve servir, nesse caso, de transporte dos direitos fundamentais às relações entre particulares, o que exige, portanto, uma interpretação dos dispositivos jusprivados sempre tendo como base os princípios constitucionais.<sup>228</sup>

O conflito existe, já que de um lado encontra-se o direito fundamental à saúde do consumidor - sem vida e sem saúde não há que se falar em dignidade da pessoa humana -, e do outro, o princípio da autonomia privada, haja vista que o Código de Defesa do Consumidor permite a inserção, em contrato de adesão, de cláusulas limitativas de direito, desde que “redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão”, possibilitando atender a ordem econômica (art. 170, CR/88).

Para Daniel Sarmento:

[...] é muito importante traçar parâmetros e *standards* para estes casos de colisão, com o objetivo de fornecer pautas que possam estreitar as margens de discricionariedade judicial, ampliando a segurança jurídica, e estabelecendo critérios para o controle social e a crítica pública das decisões jurisdicionais proferidas neste campos.<sup>229</sup>

Alerta Virgílio Afonso da Silva que: “É na aplicação direta, portanto, que os problemas se tornam mais agudos, pois é nesses casos que os direitos fundamentais mais diretamente se chocam com a autonomia privada”<sup>230</sup>.

A autonomia privada tem como coluna de sustentação a igualdade material, a partir do dirigismo contratual feito pelo Estado ao controlar os contratos entre particulares, seja por meio de leis e atos normativos que primam pelos bons costumes e, principalmente, pela boa-fé que deve existir entre as partes contraentes.

A Professora Judith Hofmeister Martins-Costa juntamente com sua orientanda Mariana Souza Pargendler trouxeram a seguinte definição: “A autonomia privada consiste, pois, no **poder**, conferido aos particulares pelo ordenamento

---

<sup>228</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 147.

<sup>229</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 302-303.

<sup>230</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 148.

jurídico, de criar, dentro dos limites estabelecidos pela lei, normas jurídicas<sup>231</sup>. Portanto, trata-se de “obediência a uma norma, independentemente do conteúdo dessa última”<sup>232</sup>.

Se toda decisão for baseada no direito fundamental à vida, de nada vale a autonomia privada, baseada na ordem econômica, já que “falta um valor de comparação entre ambos”<sup>233</sup>.

Virgílio Afonso da Silva expõe que: “Seria necessário, diante disso, que se examinasse se a restrição contratual ao direito fundamental é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito”<sup>234</sup>.

Portanto, é fato a existência de um arcabouço jurídico próprio que envolve a atual relação de consumo de saúde suplementar, cabendo ao Estado-juiz aplicá-lo no caso concreto, sob pena de repercutir diretamente nos efeitos jurídicos.

---

<sup>231</sup> PARGENDLER, Mariana Souza; MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A ressignificação do princípio da autonomia privada: o abandono do voluntarismo e a ascensão do valor de autodeterminação da pessoa*. Porto Alegre, 2010. Disponível em: <[http://www.ufrgs.br/propesq/livr02/artigo\\_mariana.htm](http://www.ufrgs.br/propesq/livr02/artigo_mariana.htm)>. Acesso em: 27 jul. 2010. (Grifo do autor).

<sup>232</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 148.

<sup>233</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 160.

<sup>234</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 161: “Adequação [...] qual era a finalidade da restrição ao direito fundamental atingido (a privacidade). [...] é necessária “caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a medida, o direito fundamental atingido. [...] parece-me que a aplicação do chamado princípio da proporcionalidade levaria a uma superação dessa precedência em quase todos os casos, tendendo a uma eliminação da autonomia privada nos casos concretos, culminando, muitas vezes, com uma dominação dos direitos fundamentais na relação entre particulares”.

## 5 CONCLUSÕES

No presente trabalho, restou evidenciado o quão divergentes são os posicionamentos exarados pelo Estado-juiz e pelo Estado-regulador em relação de consumo que envolve o contrato de plano de saúde. Em consequência, a necessidade da harmonização dos interesses sobre as questões controvertidas evidenciadas, no intuito de permitir o conhecimento dos limites legais e contratuais, preservando-se, assim, a segurança jurídica dessa relação.

Inegável o avanço obtido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar para a moralização dessa atividade econômica, que por várias décadas caminhou sem regulamentação, incorrendo em várias práticas abusivas em desfavor do consumidor.

Não se pode olvidar que a função social do contrato particular de plano de saúde é a prestação de serviço de assistência à saúde com qualidade, mas afirmar que essa prestação deve ser ilimitada, irrestrita, igualando o privado ao público, é um posicionamento idealista. Lembre-se de que o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) permite cláusulas restritivas de direito, as quais deverão ser redigidas com destaque e serem de fácil compreensão para o consumidor, cabendo ao intérprete a análise com base no princípio da boa-fé, a fim de evitar os possíveis abusos que no passado eram praticados.

O desconhecimento do vasto arcabouço jurídico, principalmente dos atos expedidos pelo órgão regulador, acaba gerando decisões baseadas em 'pré-conceitos' pelos julgadores, propiciando um cenário de instabilidade dessa atividade econômica.

A par disso, tem-se o consumidor de plano de saúde que pressupõe que o médico que lhe assiste está sempre buscando o que existe de melhor para o seu tratamento. Isso pode não ser uma verdade absoluta, haja vista as prescrições de próteses, órteses, medicamentos e materiais, que não estão previstas na cobertura legal ou contratual e que tem o intuito de gerar receita adicional para o médico prescritor. A negativa de cobertura dessas prescrições pela operadora leva o consumidor a desaguar sua angústia e indignação perante o Poder Judiciário, que

leigo, em relação à prescrição médica, defere na maioria das vezes, a tutela jurisdicional a favor do consumidor.

A atuação do Conselho Federal de Medicina e suas regionais perante a classe médica é de suma importância para o controle da judicialização da saúde, lembrando sempre que a tutela jurisdicional somente é deferida porque há um pedido médico afirmando sobre a necessidade do uso somente daquela prótese, órtese ou daquele material, medicamento ou tratamento.

A iniciativa do Conselho Nacional de Justiça ao promover, nas dependências do Supremo Tribunal Federal, a Audiência Pública nº 4, que teve como intuito, entre outros assuntos,

discutir as questões relativas às demandas judiciais que objetivam o fornecimento de prestação de saúde, a carência de informações clínicas prestadas aos magistrados a respeito dos problemas de saúde enfrentados pelos autores dessas demandas [...].

Essa prática, no entanto, deve ser disseminada em audiências públicas regionais e municipais com a maior participação da sociedade, no intuito de propiciar o conhecimento e a formação de opinião sobre um assunto socialmente relevante para todos.

O dever informacional não pode recair somente sobre quem exerce a atividade econômica direcionada ao consumidor, o Estado tem que contribuir para o nivelamento dos direitos e deveres dos consumidores, conscientizando-os da verdadeira e legítima expectativa para que possam buscá-la na prestação de serviço à saúde, seja pública ou privada.

Após onze anos do início da comercialização dos novos planos, as pesquisas, tanto da Escola da Saúde Pública quanto da operadora Unimed Belo Horizonte, demonstram a crescente judicialização. Pode-se pensar positivamente pela facilidade de acesso ao Poder Judiciário, mas também negativamente pela falta de critérios claros sobre abusividade na prestação de serviço à saúde.

O Superior Tribunal de Justiça, ao editar a Súmula nº 302, considera “abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”. Esse entendimento proporcionou a diminuição das demandas judiciais, isso porque as operadoras procederam a um novo padrão de

conduta, passando a arcar com os custos da internação, e não mais transferindo de forma direta a responsabilidade para os consumidores perante o prestador hospitalar.

Esta definição, que partiu do Poder Judiciário, poderia vir do Legislativo ou do Executivo, contando com a participação da sociedade, juntamente com representantes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), na discussão sobre os níveis de cobertura assistencial.

Imperioso para a harmonização que se proceda à decisão de mérito da ADI nº 1.931-8 em trâmite no Supremo Tribunal Federal. Entre as discussões ali presentes encontra-se a questão do ato jurídico perfeito, que impacta diretamente nos contratos negociados antes da edição da Lei nº 9.656/98 e na variação por faixa etária aos consumidores com idade igual ou superior a 60 anos.

Propõe-se, como busca para a harmonização em relação aos contratos negociados, a formação de uma comissão multidisciplinar, nomeada por meio de portaria conjunta do Ministério da Saúde e Ministério da Justiça, no intuito de definir o elenco de cláusulas contrárias à boa-fé e à equidade, portanto, consideradas abusivas, com proposição de um projeto de lei, com urgência constitucional, acelerando seu processo de tramitação no Congresso Nacional.

Ressalte-se a existência da Câmara de Saúde Suplementar, coordenada pela ANS, que tem seu quadro composto por entidades médicas, hospitalares, de defesa do consumidor, de operadoras de planos de saúde, sindicatos e órgãos de governo, como os ministérios da Saúde e da Fazenda. Nessa câmara, não há presença, que é primordial para a harmonização dessas questões, do Poder Judiciário e do Ministério Público.

Em relação aos contratos novos é imperioso, que se proceda à propagação de forma clara e precisa das regras legais estabelecidas pelo órgão regulador do mercado de saúde suplementar, no intuito de não se atentar contra a legítima expectativa do consumidor que adquire um plano de saúde.

## REFERÊNCIAS

ABRANTES, Leonardo Militão. *A cura pela cidadania*. A influência da democracia na efetivação da saúde pública, através da participação popular na elaboração das políticas públicas. 2009. 186 f. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Caderno de informação da saúde suplementar: beneficiários, operadoras e planos*. Brasília: ANS, 2010b. Disponível em: <[http://www.ans.gov.br/data/files/8A95886528F402C8012904206A0569CE/Caderno\\_2010-03-web.pdf](http://www.ans.gov.br/data/files/8A95886528F402C8012904206A0569CE/Caderno_2010-03-web.pdf)>. Acesso em: 14 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. *Glossário temático: saúde suplementar*. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

\_\_\_\_\_. *Operadoras e beneficiários: perfil*. Brasília: ANS, 2010a. Disponível em: <[http://www.ans.gov.br/data/files/8A958865299337310129AD03C66D4BED/folder\\_ANSInformacao\\_2010-Publicação.pdf](http://www.ans.gov.br/data/files/8A958865299337310129AD03C66D4BED/folder_ANSInformacao_2010-Publicação.pdf)>. Acesso em: 15 jul. 2010.

AGUIAR, Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, p. 20-27, abr./jun. 1995.

AHUAD, Alfredo; PAGANELLI, Alberto; PALMEYRO, Alejandro. *Medicina pré-paga: história e futuro*. Buenos Aires: Ediciones Insalud, 1999.

ALTERINI, Atílio Aníbal. Os contratos de consumo e as cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 15, p. 5-19, jul./set. 1995.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 6, p. 27-33, abr./jun. 1993.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 10520: informação e documentação - apresentação de citações em documentos*. Rio de Janeiro, 2002.

\_\_\_\_\_. *NBR 14724: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação*. Rio de Janeiro, 2005.

\_\_\_\_\_. *NBR 6023: informação e documentação - referências - elaboração*. Rio de Janeiro, 2002.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos. In: OLIVEIRA, Juarez de (Coord.) *Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 23-138.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Anais da 8ª Conferência Nacional de Saúde*. Brasília: Ministério da Saúde, 1986. p. 382.

BRUNO, Reinaldo Moreira. *Direito administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. *SUS Sistema Único de Saúde: comentários á lei orgânica da saúde (Leis 8.080/90 e 8.142/90)*. Campinas: Ed. da Unicamp, 2006.

CATEB, Alexandre Bueno. Análise econômica da lei de sociedades anônimas. In: TIMM, Luciano Benetti; CATEB, Alexandre Bueno (Org.). *Direito & economia*. 2. ed. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 263-271.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

COUTO FILHO, Antônio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. *Responsabilidade civil médica e hospitalar: repertório jurisprudencial por especialidade médica. Teoria da eleição procedimental; iatrogênica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário. *Revista Saúde Pública*, São Paulo, v. 22, n. 4, p. 327-334, 1988.

EM SP, 33% dos planos de saúde estão em crise. *Agência Estado*, São Paulo, 21 maio 2009. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultnot/cienciaesaude/ultnot/estado/2009/05/21/em-sp-33-dos-planos-de-saude-estao-em-crise.jhtm>>. Acesso em: 22 maio 2010.

FABRICANTES de órteses premiam médicos. *Jornal da Associação Médica de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 110, ano 35, p. 12, abr./maio 2008.

FERNANDES NETO, Antônio Joaquim. *Plano de saúde e direito do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos de seguros de saúde*. São Paulo: MP Editora, 2006.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 16, p. 52-62, out./dez. 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. rev. de acordo com o novo Código Civil (lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRECO FILHO, Vicente. Comentários ao código de proteção do consumidor: arts. 101 a 104 e 109 a 119. In: OLIVEIRA, Juarez de. (Org.). *Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 351-367.

GREGORI, Maria Stella. A saúde suplementar no contexto do Estado regulador Brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 59, p. 109-126, jul./set. 2006.

\_\_\_\_\_. Desafios após dez anos da Lei dos Planos de Saúde. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 17, n. 66, p. 82-90, abr./jun. 2008.

\_\_\_\_\_. O processo de normatização do mercado de saúde suplementar no Brasil. In: MARQUES, Claudia Lima et al. (Coord.). *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 246-266.

\_\_\_\_\_. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Dados populacionais do Brasil*. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/disseminacao/online/popclock/popclock.php>>. Acesso em: 15 jul. 2010.

\_\_\_\_\_. *Estatísticas da saúde: assistência médico-sanitária 2005*. Rio de Janeiro: IBGE, 2006. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/ams/2005/ams2005.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2010.

JESUS, Damásio E. de. Conceito de idoso na legislação penal brasileira. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 294, 27 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5122>>. Acesso em: 09 jul. 2010.



KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 5 ed. rev., atual. à luz do novo Código Civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 5. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1: Teoria geral do direito civil.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Haciendo realidad dos derechos humanos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 39, p. 9-31, jul./set. 2001.

LUGARINHO, Liliana Maria Planel. *Bioética na incorporação de procedimentos, um olhar exploratório na saúde suplementar*. 2004. 95 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) - Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca da Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro.

MARQUES, Claudia Lima. A abusividade nos contratos de seguro-saúde e assistência médica no Brasil. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 64, p. 34-77, jul. 1995.

\_\_\_\_\_. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. Planos privados de assistência à saúde. Desnecessidade de opção do consumidor pelo novo sistema. Opção a depender da conveniência do consumidor. Abusividade de cláusula contratual que permite a resolução do contrato coletivo por escolha do fornecedor (parecer). *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 31, p. 129-169, jul./set. 1999.

\_\_\_\_\_. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 185-222.

\_\_\_\_\_. Três tipos de diálogos entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002: superação das antinomias pelo “diálogo das fontes”. In: PASQUALOTTO, Adalberto de Souza; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coord.). *Código de defesa do consumidor e o código civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 11-82.

\_\_\_\_\_. Visões sobre os planos de saúde privada e o código de defesa do consumidor: Item 2.2: Análise da relação da legislação de defesa do consumidor e da legislação especial sobre planos privados de assistência à saúde. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 110-158.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. *Responsabilidade civil do médico*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana ... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 119-143.

MAZZUCATO, Paolo Zupo. As cooperativas médicas e o CADE. *Jornal das Faculdades Milton Campos*, Nova Lima, n. 134, ano XVI, p. 07, mar. 2010.

MONTONE, Januário. *Planos de saúde: passando e futuro*. Rio de Janeiro: MedBook, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Agência reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre a reforma administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson. *Constituição federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. O Código de Defesa do Consumidor e os planos de saúde: o que importa saber. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 49, p. 126-129, jan./mar. 2005.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Leis de Planos de Saúde (Lei 9.656/98): dez anos depois. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 67, p. 50-61, jul./set. 2008.

\_\_\_\_\_. O juiz e o novo contrato. In: PASQUALOTTO, Adalberto de Souza; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coord.). *Código de defesa do consumidor e o código civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 325-341.

\_\_\_\_\_. Regulamentação dos planos de saúde e proteção da pessoa humana. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 51, p. 101-111, jul./set. 2004.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. *Health in the Americas*. Paraguai, 2002. v. 2.

PARGENDLER, Mariana Souza; MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A ressignificação do princípio da autonomia privada: o abandono do voluntarismo e a ascensão do valor de autodeterminação da pessoa*. Porto Alegre, 2010. Disponível em: <[http://www.ufrgs.br/propesq/livro2/artigo\\_mariana.htm](http://www.ufrgs.br/propesq/livro2/artigo_mariana.htm)>. Acesso em: 27 jul. 2010.

PASQUALOTTO, Adalberto. A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde: uma interpretação construtiva. In: MARQUES, Claudia Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Org.). *Saúde e responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 36-64.

RAWLINS, Michael. "Quanto custa um ano de vida?: entrevista Michael Rawlins. *Revista Época*, São Paulo, ed. 591, p. 114-117, 14 set. 2009.

RIANI, Marlus Keller. *Inaplicabilidade da lei 9.656/98 aos contratos antigos*. Belo Horizonte: Unimed BH, 2008. v. 1.

SAMPAIO JUNIOR, Rodolpho Barreto. A defesa do consumidor e o paternalismo jurídico. In: CONGRESSO NACIONAL CONPEDI, XVI. 2007, Belo Horizonte. *Anais ...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 4.817-4.836.

SAMPAIO JUNIOR, Rodolpho Barreto. Prefácio. In: SOUZA, Jordana Miranda; PIRES, Danielle da Silva. *Judicialização da saúde suplementar*. Belo Horizonte: Unimed BH, 2010. p. 9-13.

SARLET, Ingo Wolfgang, Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-53.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SASS, Hans-Martin. Promover a educação em saúde para enfrentar a doença e a vulnerabilidade. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Org.). *Bioética: poder e injustiça*. Tradução Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2003. p. 79-85.

SCHMITT, Cristiano Heineck. A "hipervulnerabilidade" do consumidor idoso. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 70, p. 139-171, abr./jun. 2009.

\_\_\_\_\_. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. Visões sobre os planos de saúde privada e o código de defesa do consumidor: Item 2.1: Campo de aplicação do CDC e direito à saúde. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 71-109.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *Planos de saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos*. Salvador: JusPodivm, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade sem culpa*. São Paulo: Saraiva, 1974.

SOUZA, Jordana Miranda; PIRES, Danielle da Silva. Relatório da pesquisa coletiva de jurisprudência “judicialização da saúde suplementar”. In: SOUZA, Jordana Miranda; PIRES, Danielle da Silva. *Judicialização da saúde suplementar*. Belo Horizonte: Unimed BH, 2010. p. 21-78.

TELES, Ney Moura. *Direito penal*. São Paulo: Atlas, 2004. v. II.

TRETTEL, Daniela Batalha. *Planos de saúde na visão do STF e do STJ*. São Paulo: Verbatim, 2010.

VALENTIM, Joice. *Desafios futuros ao sistema de saúde com garantia de acesso à alta tecnologia: o caso do Uruguai*. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde, 2006.