

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ  
CURSO DE DIREITO

ALESSANDRA PAULA CRUZ CARNEIRO LEÃO

**AS NEGATIVAS DAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE E O PRINCÍPIO DA  
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Recife  
2019

ALESSANDRA PAULA CRUZ CARNEIRO LEÃO

**AS NEGATIVAS DAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE E O PRINCÍPIO DA  
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da  
Instrução Cristã como requisito parcial para  
obtenção do título de Bacharel em Direito.  
Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Renata Cristina Othon  
Lacerda Andrade

Recife  
2019

Catálogo na fonte  
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB/4-2116

Leão, Alessandra Paula Cruz Carneiro.  
L437n As negativas das operadoras de plano de saúde e o princípio da  
dignidade da pessoa humana / Alessandra Paula Cruz Carneiro Leão. -  
Recife, 2019.  
81 f.

Orientador: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Renata Cristina Othon Lacerda Andrade.  
Trabalho de conclusão de curso (Monografia - Direito) – Faculdade  
Damas da Instrução Cristã, 2019.  
Inclui bibliografia

1. Direito. 2. Plano de saúde. 3. Negativas. 4. Dignidade da pessoa  
humana. I. Andrade, Renata Cristina Othon Lacerda. II. Faculdade  
Damas da Instrução Cristã. III. Título

340 CDU (22. ed.)

FADIC (2019.1-250)

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO  
CURSO DE DIREITO

ALESSANDRA PAULA CRUZ CARNEIRO LEÃO

AS NEGATIVAS DAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Defesa Pública em Recife, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA

Presidente:

---

Examinador(a):

---

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus pela oportunidade e finalização de mais uma etapa concluída.

Aos meus pais, Alexandre e Tereza, que primeiro me incentivaram e me apoiaram em todas as decisões tomadas e hoje vibram com mais essa conquista.

Ao meu filhote de quatro patas, Toddy, que sempre me acompanhava nos estudos durante as madrugadas e me esperava para dormir, tornando meu final do dia mais leve.

A Niara, uma pessoa especial com a qual pude compartilhar muitos anos da minha vida e que me ajudou a crescer enquanto ser humano e profissional, sempre acreditando em mim, me apoiando e encorajando a vencer os obstáculos da vida.

A todos os professores que contribuíram para minha formação, especialmente a minha orientadora Renata Andrade e Danielle Spencer.

A todos os meus amigos da faculdade, os quais tornaram mais leve essa caminhada, cada um a seu jeito, dividindo alegrias, tristezas, preocupações, estresse, cansaço, etc.

Aos meus amigos do trabalho que também me apoiaram e me ajudaram nas dúvidas jurídicas, e com os quais aprendo todos os dias.

E a todos os outros amigos que embora tenham percorrido caminhos diversos, permanecem até hoje ao meu lado.

*“Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver uma limitação do poder, enfim, onde a liberdade e autonomia, a igualdade em direitos e dignidade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana”.*

Ingo Sarlet

## RESUMO

A saúde é antes de tudo um direito fundamental e essencial para que o ser humano possa se desenvolver em sua plenitude, mas é também um dever do Estado consagrado pela Constituição Federal de 1998. Entretanto, a precariedade da assistência pública vem tornando cada vez mais comum a contratação de um serviço particular para garantir as necessidades mínimas relativas ao atendimento à saúde. Por outro lado, vem aumentando crescentemente o número de queixas contra os planos de saúde privados em vista de negativas de cobertura contratual. O objetivo geral desse trabalho foi, portanto, analisar as principais negativas das operadoras de saúde à luz dos contratos privados a fim de identificar se há uma abusividade nos pedidos das partes contratantes ou uma verdadeira ilegalidade por parte das empresas em negar as solicitações médicas. Para tal compreensão foi preciso conhecer o que dispõe a legislação sobre a relação contratual estabelecida entre as partes, assim como os direitos e deveres de cada um, e a responsabilidade da empresa contratada. Além disso, foram analisadas as justificativas apresentadas pelos planos de saúde no momento da negativa e as decisões judiciais com seus respectivos fundamentos legais. A pesquisa realizada foi explicativa pelo método indutivo, realizada através de pesquisa de campo, bibliográfica e documental. O recorte analítico foi a Seção de uma das Varas Cíveis da Capital de Recife durante o período de 02 (dois anos). Em posse dos dados percebeu-se que a preocupação inicial do judiciário foi em assegurar a vida humana, para só depois proceder com a análise mais aprofundada dos aspectos legais e econômicos da relação contratual, ante a possibilidade de danos irreparáveis das situações urgentes e a violação da dignidade da pessoa humana. Dessa observação, portanto, percebeu-se que na maioria das vezes houve descumprimento contratual por parte das empresas de plano de saúde de forma abusiva ao tentar eximir-se de sua responsabilidade, ferindo não só as questões legais, mas a dignidade da pessoa humana.

Palavras chave: Plano de saúde. Negativas. Dignidade da pessoa humana.

## **ABSTRACT**

Health is, first of all, a fundamental and essential right for the human being to fully develop, but it is also a duty of the State enshrined in the Federal Constitution of 1998. However, due to the precariousness of public assistance, it is becoming more common the contracting of a private service to guarantee the minimum needs of health care. On the other hand, it is rising the number of complaints against private health insurance in the face of negative contractual coverage. The general objective of this work was to analyze the main refusal aspects of health care providers in the light of contracts in order to identify if there is an abuse from the clients or a real illegality by the companies to deny the medical requests. For this understanding, it was necessary to know what the legislation provides about the contractual relationship established between the parties, as well as the rights and duties of each one. In addition, it was analyzed the justifications presented by the health insurance at the time of the negative and the judicial decisions with their respective legal grounds. The research was explanatory by the inductive method, performed through field, bibliographical and documentary research. The analytical extract was the Section of one of the Civil Courts of the Capital of Recife during the period of 02 (two years). In the possession of the data it was realized that the initial concern of the judiciary was to ensure human life, only after to proceed with a more detailed analysis of the legal and economic aspects of the contractual relationship, given the possibility of irreparable damage to urgent situations and violation of the dignity of the human person. In the cases examined, all were granted the injunctions and plans was determined to obey the judicial decision. From this observation, therefore, it was noticed that most of the times there was contractual noncompliance by health care companies in an abusive way when trying to extricate themselves from their responsibility, hurting not only the legal issues, but the dignity of the human person.

Key-words: Health insurance, Refusal, Dignity of the human person.

## LISTA DE GRÁFICOS

<b>Figura 1</b> - Gráfico 2015/2016 - Gráfico Referente aos Dados Coletados no ano de 2015 a 2016 .....	48
<b>Figura 2</b> - Gráfico 2017/2018 - Gráfico Referente aos Dados Coletados no Ano de 2017 a 2018 .....	49

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ANS	Agência Nacional de Saúde
CAPS	Caixas de Aposentadoria e Pensão
CAS	Comissão de Assuntos Sociais
CC/02	Código Civil de 2002
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF/88	Constituição Federal de 1988
CPC/15	Código de Processo Civil de 2015
CTFC	Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor
IDEC	Instituto de Defesa do Consumidor
OPS	Operadoras de Plano de Saúde
PLS	Projeto de Lei do Senado
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Superior Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
TJPE	Tribunal de Justiça de Pernambuco
PJE	Processo Judicial Eletrônico

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A SAÚDE E OS CONTRATOS .</b>	<b>13</b>
2.1.	A evolução da saúde pública no Brasil.....	13
2.2	Da relação contratual: dos contratos em geral .....	17
2.2.1	Do contrato na relação de consumo .....	20
2.2.2	Do contrato entre o particular e as operadoras do plano de saúde. ....	24
2.2.3	Direitos e deveres das partes contratantes. ....	27
<b>3</b>	<b>DA RESPONSABILIDADE .....</b>	<b>39</b>
3.1	A responsabilidade civil das operadoras de plano de saúde.....	41
<b>4</b>	<b>AS NEGATIVAS MAIS COMUNS DOS PLANOS DE SAÚDE.....</b>	<b>47</b>
4.1	Dos dados .....	48
4.1.1	Caso Prático 1 – Procedimento cirúrgico (artroplastia).....	50
4.1.2	Caso Prático 2 – Medicamento para evitar trombose. ....	51
4.1.3	Caso Prático 3 – Procedimento cirúrgico (hemorroidectomia).....	52
4.1.4	Caso Prático 4 – Fornecimento de prótese (stent). ....	53
4.1.5	Caso Prático 5 - Medicamento para evitar trombose.....	54
4.1.6	Caso Prático 6 - Colocação de filtro de veia cava inferior – VCI.....	55
4.1.7	Caso Prático 7 - Procedimento cirúrgico (rotura do menisco). ....	56
4.1.8	Caso Prático 8 – Tratamento múltiplo.....	57
4.1.9	Caso Prático 9 - Medicamento para trombofilia. ....	58
4.1.10	Caso Prático 10 – Tratamento via home care. ....	59
4.1.11	Caso Prático 11 – Tratamento via home care. ....	60
4.1.12	Caso Prático 12 – Tratamento com radioterapia. ....	60
4.1.13	Caso Prático 13 – Tratamento via home care. ....	61
4.2	Da análise dos dados.....	62
4.2.1	Das categorias.....	63
4.3	Da análise em geral .....	66
	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>75</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>78</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/1988) traz em seu conteúdo a postura de um Estado assegurador de direitos e garantias fundamentais que preza no cuidado pelo ser humano.

Entre seus objetivos está o de proporcionar ao indivíduo condições mínimas para uma vida saudável em todas as esferas na qual está inserido, seja na educacional, na moradia, na saúde, no trabalho, entre outras, velando para que seus direitos não sejam violados, respeitando assim o princípio da dignidade humana.

É baseado nesse princípio que o Estado organiza suas atividades, sendo também um objetivo a ser perseguido e cumprido pelo ente federado através das suas ações de governo, mesmo que algumas delas sejam prestadas à população com o auxílio de empresas privadas, como será visto mais adiante nos casos das Operadoras de Planos de Saúde.

A saúde é um dos direitos fundamentais e essenciais para que o indivíduo tenha condições de se desenvolver como ser humano em sua plenitude. No entanto, é notório que o serviço público de saúde prestado atualmente se encontra precário. Vê-se comumente pessoas enfermas e com menos condições financeiras tendo que enfrentar filas durante a madrugada para receber atendimento médico, ou ao menos, conseguir um lugar na fila para marcar consultas.

Por outro lado, aqueles que se encontram com um pouco mais de recursos financeiros contratam um plano de saúde particular a fim de que tenham suas necessidades atendidas quando imperiosas, ao menos com dignidade. Acontece, que, mesmo nessas condições, muito são os casos em que as pessoas, quando precisam usar o plano de saúde, veem seus pedidos negados, mesmo estando adimplentes em seus pagamentos.

Por isso o tema tratado se torna de importante relevância, visto que tem por pretensão analisar os fatos alegados pelos planos de saúde e as possíveis soluções a fim de evitar a demora na prestação de serviços médicos.

É certo que o contratante não pode alegar descumprimento de procedimentos que não estejam amparados pelo contrato aderido, ao mesmo tempo em que a contratada não pode negá-lo sem nenhum argumento plausível. Assim, tendo isso posto, juntamente ao conhecimento do número crescente de processos contra

planos de saúde, observado em uma Vara Cível da Capital do Recife, o problema a ser investigado é saber se toda negativa de procedimento em plano de saúde poderá ser considerada ilícita.

O direito fundamental à saúde assegurado a todo cidadão é um dever absoluto, conforme preceitua a Constituição Federal de 1988. Isso quer dizer que, embora a empresa de saúde preste o serviço também visando o lucro, ela não pode furtar-se do dever de prestar uma atividade Estatal.

No entanto, esse encargo assumido não quer dizer que haja responsabilidade integral por parte do plano de saúde, uma vez que o contrato estabelecido entre as partes é regido pelo direito privado, com obrigações e direitos para ambos.

Isto posto, a proposta do presente trabalho é analisar as negativas dos planos de saúde à luz dos contratos privados e identificar se as condutas alegadas pelos particulares constituem realmente um descumprimento contratual ou se há pedidos que ultrapassam os limites do contrato .

Para tal compreensão, este estudo tem como objetivo específico inicialmente esclarecer o que diz a legislação atual sobre a atuação das empresas de plano de saúde, bem como, sobre a relação contratual estabelecida entre as partes.

Pretende também analisar os dados coletados durante a pesquisa, enfatizando as hipóteses mais comuns e as justificativas apresentadas pelos planos de saúde para a respectiva negativa.

E por fim, analisar as decisões judiciais frente às negativas e os embasamentos legais que fizeram por determinar se houve ou não o descumprimento contratual e a responsabilidade da operadora de saúde.

A metodologia utilizada é a explicativa, por método indutivo, realizada através de pesquisa de campo, bibliográfica e documental. É explicativa por que registra os casos, analisa-os e identifica suas causas.

Tem uma abordagem indutiva, pois inicia a análise de casos concretos, individuais, para se chegar a uma afirmação de um princípio geral. É também classificada como uma pesquisa de campo, pois é feita a partir de processos de pessoas que ajuizaram ação com pedido de tutela de urgência em uma Seção de uma Vara Cível da Capital do Fórum do Recife. Foram ainda usados como fontes bibliográficas, livros, legislações, além de documentos, como as decisões judiciais.

No primeiro capítulo apresenta de forma geral a evolução da saúde no Brasil, bem como as principais características da relação contratual estabelecida entre as operadoras de saúde e os seus beneficiários.

O segundo capítulo versa sobre a responsabilidade civil dos planos de saúde e a violação contratual.

Já o terceiro capítulo pauta-se nas hipóteses mais comuns de negativas dos planos de saúde.

## 2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A SAÚDE E OS CONTRATOS

Para analisar a relação travada entre o particular e uma empresa privada prestadora de serviços de saúde é necessário entender a dimensão da importância da assistência à saúde aos cidadãos ao longo construção do país.

### 2.1. A evolução da saúde pública no Brasil

De acordo com Mereles (2018), durante o período colonial-imperial quase nada foi feito em relação à saúde, não havendo políticas públicas nem estrutura para atendimento à população. A assistência médica era prestada por entidades religiosas baseada na ideia de caridade.

A autora relata também que com a independência do Brasil e as transformações urbanas o país visou a higienização social e sanitária, e no tocante à saúde, o alvo da campanha foi o saneamento básico. Com o fim da escravidão e a dependência da mão de obra imigrante, o país dependia de uma população saudável e com capacidade produtiva, passando os médicos da época, os sanitaristas, a comandarem um período de campanha de vacinação.

Em seu artigo, Mereles (*op.cit*) retrata que nos anos de 1920 surgiram as CAPS: Caixas de Aposentadoria e Pensão para garantir proteção na velhice e na doença. Já com a Constituição de 1934, entre os direitos concedidos aos trabalhadores estava a assistência médica e a licença-gestante. Apenas em 1953 é que foi criado o Ministério da Saúde, onde pela primeira vez, um ministério foi dedicado exclusivamente à criação de políticas de saúde, com foco principalmente no atendimento em zonas rurais, já que nas cidades a saúde era privilégio de quem tinha carteira assinada.

Durante o regime militar houve corte nas verbas públicas, havendo aumento nas epidemias e mortalidade infantil. No fim da década de 70 começou-se a estruturar políticas públicas envolvendo as Secretarias Municipais de Saúde, que depois se estenderam aos estados e a ministérios, como os Ministérios da Previdência Social e da Saúde.

Chegado aos anos 80 o movimento sanitarista ganhou maturidade e o entendimento de medicina se tornou cada vez mais social, pensando a saúde como uma série de fatores que vão além do bem-estar do corpo humano.

Em 1986, da 8ª conferência nacional da saúde, surgiu um esboço do que hoje viria a ser o SUS - Sistema Único de Saúde. Ampliou-se o conceito de saúde pública, propôs-se mudanças baseadas no direito universal com melhores condições de vida, além de fazer menção à saúde preventiva, à descentralização dos serviços e à participação da população nas decisões relativas às políticas públicas.

A Constituição Federal de 1988 foi o primeiro documento a colocar o direito à saúde definitivamente no ordenamento jurídico brasileiro. A saúde passa a ser um direito do cidadão e um dever do Estado.

Conforme preceitua o art 196 da CF:

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 e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A Constituição determina ainda que o sistema de saúde pública deve ser gratuito, de qualidade e universal, isto é, acessível a todos os brasileiros e/ou residentes no Brasil. O Sistema Único de Saúde foi regulado posteriormente pela lei 8.080 de 1990, que dispõe sobre suas atribuições como um sistema público.

Em resumo, conforme apontado por Mereles (2018), antes da Constituição Federal de 1988, o sistema de saúde abrangia apenas os trabalhadores vinculados à Previdência Social, ficando aos demais cidadãos à mercê das entidades filantrópicas.

Contudo, a comercialização dos planos de saúde no Brasil começou a ganhar espaço no mercado na década de 50, quando empresas públicas passaram a usar seus próprios recursos e de seus empregados para financiar assistência à saúde.

A autora relata ainda que o início dos anos 80 é retratado como marco de defesa da saúde como direito, mas apenas com a instituição da Constituição Federal de 1988 (CF/88) é que ele foi inserido definitivamente no ordenamento jurídico brasileiro como direito básico, não só individual, mas social.

Assim dispõe o art 6º da CF/88:

São direitos sociais a educação, a **saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (grifo nosso).

A CF/88 criou então o Sistema Único de Saúde (SUS) para garantir a prestação dos serviços de saúde à população, devendo os mesmos ser regidos pelos princípios da universalização, equidade e integralidade.

De acordo com informações do site do Ministério da Saúde o SUS é um dos maiores e mais complexos sistemas de saúde do mundo e sua prestação de serviço abrange desde os simples até os mais complexos atendimentos. Sua preocupação é prestar um serviço integral à saúde do cidadão durante toda sua vida, desde a prevenção à promoção da saúde.

Preocupada em garantir os cuidados necessários aos seus cidadãos, a CF/88, além de garantir a saúde pública aos usuários, também assegurou que a assistência médica fosse oferecida pela iniciativa privada, desde que sob o controle do Estado. Surgiu assim o espaço para atuação das operadoras de planos de saúde (OPS), pessoas jurídicas de direito privado, que de forma suplementar, atuam junto ao Estado na prestação de uma atividade essencial à população.

Juntamente a este fato, a grande dificuldade do Estado em prestar um serviço de qualidade a toda população contribuiu para o crescimento de aquisição de planos de saúde de empresas privadas. Não há, de toda forma, como negar a grande evolução do sistema ao longo dos anos, pois ele assiste a uma grande parcela que antes era inteiramente desassistida, e como bem relata Silva (1999), a realidade tem sido muito mais desafiadora do que a pretensão dos legisladores e a capacidade dos executores públicos.

No que se refere às operadoras de planos de saúde, apenas em 1998 é que foi editada uma lei (Lei nº9656/98) para regulamentar a atuação dessa rede suplementar, concedendo algumas garantias aos usuários, como proibir a rescisão unilateral de contratos e submeter ao governo os índices de reajuste anuais. Entretanto, apenas em 1999 é que foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) com o objetivo de colaborar com a regulamentação do setor.

Assim, com base no inciso II do art 1º da lei 9656/98 a Operadora de Plano de Saúde (OPS) é uma pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade

civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato que trata o inciso I da mesma lei:

Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.

Para Salazar (*apud* BORGES, 2010), plano de saúde refere-se a qualquer tipo de contrato que envolva a prestação de serviço de saúde ou a cobertura dos custos deles decorrentes, seja através de reembolso ou seja pago pelo próprio consumidor.

Portanto, aqueles que, frustrados com os serviços de saúde prestados pelo Estado e que detinham um pouco mais de capital, começaram a estabelecer uma relação contratual diretamente com as empresas de saúde, que de acordo com a legislação e doutrina são considerados como contratos de consumo.

Ou seja, apesar de inicialmente os planos privados de saúde terem surgidos para prestar serviços de forma suplementar ao serviço público, as pessoas passaram a usá-lo com mais frequência, desde os procedimentos mais simples aos mais complexos, porque a rede pública não mais dava conta da demanda. Como consequência, essas mesmas empresas, também já atuando de forma sobrecarregada, começam a limitar ou apresentar defeitos na prestação do serviço.

Se antes, o Estado via nas operadoras de saúde uma maneira de desafogar suas dificuldades, hoje em dia, essas demandas retornam para sua mão de maneira mais litigiosa, através de ações judiciais propostas pelos beneficiários, uma vez que as empresas, também já sobrecarregadas, passam a apresentar falhas na prestação do serviço.

Hoje, muitos são os casos que chegam ao judiciário para análise de tutelas de urgência tendo em vista as negativas de serviço e/ou fornecimento de medicamentos apresentadas pelos planos de saúde, com fundamento na quebra contratual.

## 2.2 Da relação contratual: dos contratos em geral

Segundo as lições de Tartuce (2017), o contrato trata-se de um instituto tão antigo quanto o próprio ser humano, pois aquele passou a existir desde o momento em que as pessoas passaram a se relacionar e viver em sociedade, com a função conduzir os pactos firmados na consecução de fins almejados por todos.

De acordo com Lôbo (2016), as pessoas abriram mão da força brutal para obter os bens da vida em prol de um reconhecimento de que as obrigações assumidas seriam cumpridas, e caso não fossem, poderiam reclamar judicialmente a sua execução forçada, e ainda, a reparação por perdas e danos. O contrato passou ser um instrumento de composição de interesses e da realização de transações pacíficas do cidadão.

Dentro dessa perspectiva, o conceito clássico de contrato foi pensado como expressão da autonomia da vontade individual, com interferência mínima do legislador ou juiz. Sua função era basicamente regular os interesses privados, considerados formalmente iguais entre as partes.

Contudo, afirma Lôbo (2016), com a chegada do liberalismo e do Estado social ao longo do séc XX, o conceito de contrato passou a ser orientado numa ideia de justiça social e proteção dos juridicamente vulneráveis, exigentes de uma intervenção oficial na atividade econômica.

O contrato teve que sair do isolamento a que foi destinado pelo liberalismo individualista, como instrumento de autocomposição de interesses privados formalmente iguais, para abranger outras relações jurídicas contratuais ou se desenvolveram à margem desse modelo voluntarista e marcadas pela necessidade de regulação social ou pública, pela relevância da conduta negocial típica, pelas hipóteses de abstração da vontade e pela consideração do poder negocial (LÔBO, 2016, p.16)

As ideias iniciais do individualismo demonstraram inadequação para o enfrentamento da profunda transformação que se operou no contrato, em decorrência da intensa modificação social e econômica de nossa sociedade. Assim, os interesses individuais passaram a dividir a tutela jurídica com os interesses sociais e públicos, passando a ser o centro de preocupação do modelo de contrato. Segundo Brwonsword (2000 *apud* LÔBO, 2016, p.17), “o direito moderno passou a sinônimo de razoabilidade no contrato”.

Ainda de acordo com Lôbo (2016), o Estado liberal garantiu os direitos individuais e também os direitos sociais, mas a maior marca em relação ao modelo clássico de contrato foi proteger interesses ditos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, ou seja, aqueles que ultrapassam os interesses das partes contratantes. Hoje, a experiência que mais se destaca nessa área é a da do direito do consumidor.

Com o advento do Estado Social, a partir da Constituição de 1934 e o auge na Constituição de 1988, o objetivo do Estado não era só promover a igualdade formal, mas uma igualdade material que promovesse uma justiça social, garantindo um sistema de controles dos poderes privados, mediante a inserção da ordem econômica e social, de forma reduzir as desigualdades. A autonomia individual foi substituída pela intervenção estatal como forma de encontrar o equilíbrio entre interesses individuais e sociais, da proteção das partes e dos vulneráveis (LÔBO, 2017).

Assim, a Constituição deixou de ser apenas fonte de direito público para ser também lei fundamental do direito privado, passando a regular as diretrizes essenciais das relações entre os privados, com eficácia imediata e direta.

Embora o termo jurídico contrato tenha passado por grandes transformações ao longo da história, e aqui não se tenha por objetivo encerrar seu conceito ou trazer uma definição absoluta, faz-se necessário compartilhar o entendimento de alguns doutrinadores.

De acordo com Gonçalves (2017), contrato é uma fonte de obrigação disciplinada por meio de lei, cuja finalidade é criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações para ambas as partes.

Para Tartuce (2017),

contrato é um ato jurídico bilateral, dependente pelo menos da declaração de duas vontades, cujo objetivo é a criação, a alteração ou até mesmo a extinção de direitos e deveres. Os contratos são em suma, todos os tipos de convenções ou estipulações que possam ser criadas pelo acordo de vontades e por outros fatores acessórios.

De acordo com o exposto acima, pode-se dizer modernamente que contrato é uma espécie de negócio jurídico bilateral, por meio do qual as partes, impulsionadas pela vontade autônomas, desejam compor interesses próprios.

Como negócio jurídico, para ser válido o contrato deve preencher os requisitos elencados no art 104 do CC/2002: as partes devem ser capazes de celebrar o acordo, o objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável e ser realizado da forma prescrita ou não defesa em lei.

Além dos requisitos do CC/02, os contratos devem também, observar os princípios, que como preceitua Uliana (2017), são normas que norteiam a existência, a validade e o cumprimento dos contratos, e devem, quando necessário, renovar-se para acompanhar as transformações sociais e contratuais. De acordo com a doutrina, entre os princípios clássicos destacam-se a autonomia da vontade, a força obrigatória dos contratos e a relatividade dos efeitos contratuais.

Como visto, os contratos são regidos fundamentalmente pelo Código Civil (2002), e para que possam atingir seus fins de maneira justa e equilibrada devem seguir a observância de princípios básicos da lei. Ocorre que com a Constitucionalização do Direito Civil, a temática contratual, que antes era tratada exclusivamente pelo referido código, passou a ser interpretada principalmente conforme a CF/88.

Segundo Schalcher (2011), a Constituição Federal de 1988 aproximou-se das necessidades humanas reais e concretas conferindo aos institutos basilares do Direito Civil, valores fundamentais consagrados como garantias e direitos fundamentais do cidadão, passando a dignidade da pessoa humana a ser o ponto mais crucial.

Assim, a constitucionalização do código civil impõe novos parâmetros de ordem pública de maneira que sejam privilegiados os valores não-patrimoniais, a valorização social do trabalho e o exercício não abusivo da atividade econômica passaram a integrar o campo normativo aplicado às relações jurídicas como um todo, sendo a relação contratual uma delas.

Juntamente aos princípios anteriormente citados e a releitura do Código Civil à luz da Constituição Federal de 1988, a doutrina elenca alguns outros que devem reger as relações contratuais, como a função social do contrato, o princípio da boa-fé objetiva, equilíbrio contratual e a onerosidade excessiva.

A boa-fé objetiva está prevista no art 4º do CDC e é considerada um dos princípios basilares do direito do consumidor, tendo como preocupação analisar as regras de conduta das partes.

### 2.2.1 Do contrato na relação de consumo

De acordo com Cavalieri Filho (2014), o século XX, marcado pelo desenvolvimento tecnológico e científico, foi considerado a era dos novos direitos, tendo em vista a satisfação das necessidades de uma sociedade em transformação social, política e econômica. O direito, por sua vez, para que continuasse efetivo precisou estar conexo com o desenvolvimento da sociedade.

A revolução industrial foi um marco nessa mudança social, pois a partir de então a produção e a distribuição dos produtos passou a ser feita em massa pelos atacadistas para dar conta do aumento da demanda decorrente da grande explosão demográfica. Em consequência disso, os consumidores passaram a receber os produtos em lacres fechados, sem conhecer de fato o seu conteúdo.

Esse mecanismo de economia impôs nova forma de contratação, um novo instrumento jurídico conhecido como contrato coletivo, de tipo adesão, cujas cláusulas gerais eram estabelecidas prévia e unilateralmente pelo fornecedor, sem participação do consumidor (CAVALIERI FILHO, 2014).

Em consequência, o consumidor ficou em desvantagem, enfraquecido, e submetido ao contrato de adesão, sem exercer o seu poder de escolha, “O consumidor tornou-se vulnerável em face do fornecedor, vulnerabilidade tríplice: técnica, fática e jurídica” (Ibidem, p.8).

Essa forma de sistema de produção gerou a necessidade de uma reestruturação da ordem jurídica nas relações de consumo, de forma que foi necessário construir um novo direito, fundado em princípios modernos e eficazes. No Brasil, o despertar pela proteção dos direitos consumeristas só ocorreu na época de 1980, ante a crise econômica gerada pelo Plano Cruzado. Porém, foi apenas com a Constituição de 1988 que passou a ser dever do Estado promover a defesa do consumidor (op.cit).

Segundo Cavalieri Filho (op.cit) o Direito do Consumidor surge exatamente com o objetivo de eliminar essa injusta desigualdade entre fornecedor e consumidor, restabelecendo o equilíbrio entre as partes. A frase: “O consumidor é o elo mais fraco da economia; e nenhuma corrente pode ser mais forte do que seu elo mais fraco”, atribuída ao célebre empresário e inventor americano Ford (apud CAVALIERI FILHO, 2014) retrata bem a fragilidade do consumidor frente ao fornecedor.

Assim, diante de tal conjuntura, tornou-se imprescindível a proteção do consumidor, não só contra os abusos econômicos, mas também contra as contínuas agressões que sofriam. Portanto, o requisito essencial que fez nascer um direito, centrado na ideia básica de proteção ao consumidor é a sua vulnerabilidade.

O conceito de Direito do Consumidor é tratado por Cavalieri Filho (2014) como um "...conjunto de princípios e regras destinados à proteção do consumidor..."(2014, p. 9). Nunes (2018) diz de maneira clara que o referido código, apesar do nome, está embasado em princípios constitucionais, sendo um subsistema no ordenamento jurídico que prevalece sobre os demais, exceto quanto à Constituição.

É uma lei principiológica que atinge toda e qualquer relação jurídica caracterizada como de consumo e que esteja também regrada por outra norma jurídica [...] de tal modo que, naquilo que com eles colidirem, perdem eficácia, tornando-se nulo de pleno direito. (NUNES, 2018, p.79)

Ainda conforme Nunes (2018), o caráter principiológico do Código de Defesa do Consumidor nada mais é do que um momento de concretização dos princípios e garantias declarados pela CF/88, definidos como cláusulas pétreas. É uma maneira de tornar explícitos os comandos constitucionais que permeiam as relações de consumo, destacando-se principalmente os princípios fundamentais elencados no art 1º da CF, sobretudo, o princípio da dignidade humana, considerado como norteador dos demais princípios e garantias fundamentais.

Em seu art 5º, XXII, a CF/88 instituiu ainda entre os direitos e garantias fundamentais o dever do Estado em promover, na forma da lei, a defesa do consumidor, lei essa que se tornou realidade em 1990. Cavalieri Filho (2014) traz como exemplo o Recurso Extraordinário nº351.750 onde o Ministro Cezar Peluso afirma em seu voto que a defesa do consumidor é além de um objeto de norma constitucional, um direito fundamental.

Consoante as palavras de Cavalieri Filho (2014), o Código do Consumidor teve por objetivo implantar uma política nacional de consumo destinada a tutelar os interesses patrimoniais e morais dos consumidores, respeitando sua dignidade, protegendo seus interesses econômicos, bem como a transparência e a harmonia da relação de consumo.

Como dito anteriormente, o Código do Consumidor é uma lei principiológica e embora enfoque de maneira explícita os princípios fundamentais que atuam na proteção da dignidade humana, embasada nos princípios constitucionais, não tem por intenção esgotar todos os princípios, mas abordar, através de um rol exemplificativo, sua grande importância nas relações jurídicas.

Em que pese os princípios desempenhem várias funções, o mais importante, de acordo com Cavalieri Filho (2014), é o seu papel estruturante, pois é ele que transmite unidade e harmonia ao sistema jurídico, integrando as partes. Além do princípio da dignidade humana, que é o eixo no qual se fundam os demais valores, merecem ser destacados os seguintes princípios: a vulnerabilidade, boa-fé e o dever de informar.

A vulnerabilidade, já mencionada, traz a noção de que existe uma parte mais fraca na relação consumerista, que é o consumidor. De acordo com Nunes (2018) essa fragilidade é concreta e pode ser entendida sob dois aspectos: a técnica e econômica.

O primeiro aspecto estaria ligado ao modo de produção monopolizada pelo fornecedor, não só no que se refere aos fatores técnicos, mas também quanto à sua posição passiva diante do que é produzido. Não há poder de escolha do que será produzido, o consumidor fica dependente da vontade do fornecedor. Já o segundo, refere-se exatamente à maior capacidade econômica do fornecedor frente ao consumidor.

Existe também a chamada vulnerabilidade jurídica que, de acordo com Miragem (2016) é a falta de conhecimento do consumidor em relação aos seus direitos e deveres jurídicos na relação de consumo. Cavalieri Filho (2014) acrescenta ainda a conceito a dificuldade de acesso à justiça e a demora no trâmite processual, o que termina por privilegiar os réus.

No que se refere à boa-fé, esse já é considerado elementar para todo tipo de relação contratual e do direito privado em geral. Porém, como a CF instituiu entre seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana como um dos mais importantes, no plano infraconstitucional, esse papel cabe ao princípio da boa-fé (CAVALIERI FILHO, 2014).

Embora o termo *boa-fé* já fosse utilizado no ordenamento jurídico, para Cavalieri (op.cit), o Código do Consumidor em seu art. 4º, III e 51, IV trouxe consigo uma nova acepção para palavra. Segundo o referido autor, a palavra passou a

indicar valores éticos de uma sociedade, dissociando-se das intenções íntimas do sujeito e indicando comportamentos adequados aos padrões de ética, lealdade, honestidade e colaborações exigíveis nas relações de consumo, chamada então de boa-fé objetiva.

No entendimento de Marques, a boa-fé objetiva

significa atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes” (MARQUES, 2006 p. 216),

De acordo com Miragem (2016), a cláusula geral de boa-fé objetiva deve ser entendida como fonte de deveres jurídicos não expressos, ou seja, esses deveres não decorrem de leis ou cláusulas contratuais, mas da incidência do princípio sobre uma determinada relação jurídica, implicando no reconhecimento de deveres de conduta numa relação jurídica.

É uma ética, um modo de ser, que implica em dizer que, numa relação contratual deve existir respeito, lealdade, dever de correção e fidelidade a ser por ambas as partes, necessários para que se possa acreditar e confiar na conduta de outrem. Segundo ensina Larenz (1958, p. 148 *apud* CAVALIERI FILHO, 2014.p.41), “O devedor deve cumprir a sua obrigação atendendo-se não apenas à letra, mas também ao espírito da relação obrigatória correspondente, em especial, de acordo com o sentido e a idéia fundamental do contrato”.

Ainda de acordo com Miragem (2016) o exercício de direitos não podem ser exercidos exclusivamente em benefício próprio de uma das partes, mas também levando em consideração os legítimos direitos alheios, sem desrespeitá-los, devendo o princípio ter uma função harmonizadora.

Para o correto entendimento e aplicação do princípio da boa-fé nas relações contratuais deve-se atentar que aquelas são dinâmicas e pressupõem existência de diferentes momentos: o nascimento da obrigação, o desenvolvimento os deveres das partes e o seu adimplemento. Assim, a conduta de boa-fé deve estender-se desde antes da formalização da relação, ate mesmo além da sua extinção formal.

[...] a incidência da boa-fé implica a multiplicação de deveres das partes. Assim, são observados não apenas os deveres principais da relação obrigacional (o dever de pagar o preço ou entregar a coisa, por exemplo), mas também deveres anexos ou laterais, que não dizem respeito diretamente com a obrigação principal, mas sim com a satisfação de interesses globais das partes, como os deveres de cuidado, previdência, segurança, cooperação, informação, ou mesmo os deveres de proteção e cuidado relativos à pessoa e ao patrimônio da outra parte (ALMEIDA COSTA, 2007 *apud* MIRAGEM, 2016, p. 146).

Ainda no que se refere ao direito do consumidor e ao princípio da boa-fé objetiva, desse último derivam-se três deveres ao fornecedor: o dever de informar qualificado, o dever de esclarecimento e o de aconselhamento. Para Miragem (2016) isso quer dizer que não basta que a informação seja transmitida, mas que ela seja efetivamente compreendida pelo consumidor. Deve também o fornecedor esclarecer os riscos e outros aspectos relevantes do serviço contratado. E ainda, considerando o conhecimento técnico discrepante entre as partes, o fornecedor deve repassar as informações suficientes ao consumidor, para que ele, de forma livre e consciente, possa fazer sua escolha.

Assim, conclui-se que o princípio da boa-fé vincula o fornecedor em razão da oferta e da publicidade que faz veicular sobre seu produto ou serviço, protegendo a legítima expectativa gerada pela informação, ante o consumidor considerado parte frágil dessa relação. Os art 46 e 47 do CDC, inclusive, dispõem que a falta de informação ou informações repassadas de forma a dificultar o entendimento, não obriga o consumidor, de maneira que as cláusulas lhe serão interpretadas da maneira mais favoráveis.

### 2.2.2 Do contrato entre o particular e as operadoras do plano de saúde.

Diante do exposto até o presente momento, pode-se dizer que a relação estabelecida entre o particular e as empresas de plano de saúde caracteriza-se como uma relação de consumo.

Embora em sua maioria os contratos sejam regidos pelo CC/02, entende-se que o contrato entre particulares e as operadoras de planos de saúde possuem características singulares e se sujeitam ao um regramento diferenciado.

Com a procura por atendimento médico constante, eficiente e crescente, surgiram as empresas privadas que, geralmente mediante oferta ao público,

passaram a oferecer assistência à saúde com limites previamente estabelecidos, mediante uma contraprestação financeira, caracterizando assim, a realização de contratos de adesão.

Nessa relação contratual, a empresa de saúde assume, por meios dos profissionais, recursos laboratoriais e hospitalares credenciados, a obrigação de prestar os serviços necessários e pretendidos pelo consumidor. Por outro lado, essas mesmas empresas podem se utilizar de recursos, ainda que não previamente indicados, mediante parcial ou total reembolso aos seus contratantes das eventuais despesas com o atendimento realizado.

De acordo com Scaff (2010) o contrato de massa relacionado às prestações de serviços médicos é feita mediante cláusulas e disposições previamente formuladas pelas empresas no interesse do consumidor, se configuram como verdadeiros e próprios contratos de adesão, não existindo a livre negociação, a plena liberdade dos contratantes.

Conforme Tartucce (2017), o que configura um contrato como sendo de adesão é a forma como o negócio jurídico tenha sido estipulado, ou seja, se o conteúdo das cláusulas foi construído por ambas as partes ou nasceu de uma imposição inegociável de um dos contratantes.

Nos contratos ora discutidos, os mesmos estabelecem os limites de atendimento, forma de pagamento do valor, o prazo de carência, prazo contratual, sistema de reembolso, entre outros, cabendo ao contratante apenas aceita-lo ou não.

Os contratos de adesão, pelas suas características diversas, merecem tratamento diferenciado, especialmente no que se refere à imposição de limites à discricionariedade atribuída em favor do proponente, que é própria ao formato na qual se realiza a contratação.

Como já dito, o contrato entre um particular e uma operadora de plano de saúde é tratado pelo ordenamento jurídico e pela doutrina, como um contrato de consumo. O STJ inclusive já aprovou súmula (479) solidificando o entendimento de que os contratos de plano de saúde, que prestam serviços remunerados à população são regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, independente do nome ou natureza jurídica que adota.

Embora a legislação não diga expressamente o que é uma relação de consumo, ela descreve elementos subjetivos e objetivos que determinam essa relação jurídica.

Os elementos subjetivos referem-se aos sujeitos da relação, consumidor e do fornecedor. De acordo com o art 2º do CDC “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, devendo a coletividade de pessoas, mesmo que indeterminada, ser equiparada à mesma condição. Já o fornecedor é “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção [...] ou prestação de serviços” (art 4º do CDC).

Já os elementos objetivos seriam o negócio jurídico celebrado entre as partes, os objetos no qual recaem os interesses dos fornecedores em vender e dos consumidores em comprar ou adquirir.

Para Bolzan (2018), relação de consumo é a relação firmada entre consumidor e fornecedor e que tem por objeto a aquisição de um produto ou serviço. É uma relação considerada desigual, pois de um lado está de consumidor, numa postura vulnerável, e do outro, o fornecedor, detentor do monopólio dos meios de produção.

Como dispõe o próprio CDC seu art 4º, a política de relações de consumo deve atender as necessidades dos consumidores, à sua dignidade, seus interesses econômicos, cuidando pela transparência e harmonia com base no princípio da vulnerabilidade e numa ação governamental que resguarde efetivamente o consumidor.

Vulnerabilidade, segundo entendimento de Manassés (2013), é a situação na qual um dos sujeitos da relação figura em um pólo mais frágil, excluindo a presunção de igualdade entre as partes envolvidas. É justamente nessa posição vulnerável que se encontra o consumidor e por isso precisa de cuidados especiais, cabendo ao legislador e ao aplicador da lei garantir a sua proteção. Ofertar essa proteção é efetivar o princípio da isonomia, tratando igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

O Código de Defesa do Consumidor tem como uma de suas principais características ser uma lei principiológica, ou seja, é uma lei constituída por uma série de princípios que tem como objetivo mais conferir direitos aos consumidores e impor deveres aos fornecedores (BOLZAN, 2018). De modo que qualquer lei que

pretenda reger as relações de consumo dever se subordinar aos princípios e direitos nele elencados.

De acordo com o entendimento de Souza (2005) o Código de Defesa do Consumidor é considerado uma lei de função social cujo objetivo é proteger um grupo especial de indivíduos denominados de consumidores. Sua criação é a concretização de um direito fundamental elencado no inciso XXXII do art 5º da CF/88, que dispõe sobre a proteção do Estado em face dos consumidores.

A proteção ao consumidor também encontra abrigo no artigo 170º da CF e no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) que identificou o consumidor como um agente a ser necessariamente protegido de forma especial, através da elaboração da uma lei tutelar em forma de Código, hoje o CDC.

### 2.2.3 Direitos e deveres das partes contratantes.

Com a edição da Lei nº 9.656/98, conhecida também como a lei de planos de saúde, foram estabelecidas as regras de funcionamento dos planos privados de assistência à saúde, e a implementação das garantias básicas aos seus beneficiários. O conjunto de normas instituídas juntamente à criação da Agência Nacional de Saúde (ANS) foi o marco regulatório nesse setor (ANS, 2018).

De acordo com informações colhidas no próprio site da ANS, antes da referida lei, as operadoras de planos de saúde não tinham uma legislação exclusiva e seguiam as regras determinadas pela Superintendência de Seguros Privados (Susep), órgão responsável pelo mercado de seguro e previdência privada aberta, e vinculado ao Ministério da Economia.

As demais operadoras, que também não tinham regulamentação específica, criavam seus próprios contratos, definindo as próprias regras sobre direitos e deveres entre as partes.

Com a publicação da Lei nº 9.656/98 e a criação da ANS, o beneficiário de plano de saúde passou a ter uma legislação própria com mais garantias e direitos. A lei trouxe mais solidez, confiança e segurança jurídica tanto para os consumidores quanto para o setor de saúde suplementar.

A ANS, autarquia vinculada ao ministério da Saúde, passou a regular o setor de planos de saúde no Brasil e tem por objetivo adotar conjunto de medidas e

ações visando à normatização, controle e fiscalização das atividades de segmentos do mercado que exploram o ramo da saúde. A regulação setorial tem por objetivo buscar o equilíbrio e a sustentabilidade, observando o interesse público (ANS, 2018).

É dever da ANS 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.

Suas competências estão elencadas no art 4º da lei nº9961/00, mas dentre elas, destacam-se as previstas nos seguintes incisos:

- II - estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras;
- III - elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades;
- IX - normatizar os conceitos de doença e lesão preexistentes;
- XI - estabelecer critérios, responsabilidades, obrigações e normas de procedimento para garantia dos direitos assegurados nos arts. 30 e 31 da Lei nº 9.656, de 1998;
- XXIII - fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento;
- XXIV - exercer o controle e a avaliação dos aspectos concernentes à garantia de acesso, manutenção e qualidade dos serviços prestados, direta ou indiretamente, pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde;
- XXVI - fiscalizar a atuação das operadoras e prestadores de serviços de saúde com relação à abrangência das coberturas de patologias e procedimentos;
- XXIX - fiscalizar o cumprimento das disposições da Lei nº 9.656, de 1998, e de sua regulamentação;
- XXX - aplicar as penalidades pelo descumprimento da Lei nº 9.656, de 1998, e de sua regulamentação;

Atualmente, com o reconhecimento legal da participação das empresas privadas na rede suplementar de saúde, existem algumas ofertas de diferentes tipos de planos de saúde, com características e coberturas também distintas, cujo objetivo é alcançar as diferentes classes sociais e as variadas preferências na hora de escolher o produto.

No site da ANS pode-se encontrar conteúdo sobre três diferentes tipos de plano de saúde: o plano individual ou familiar, o plano coletivo por adesão e o coletivo empresarial. A ANS, preocupada ainda a rede de beneficiários e a prestação

de um serviço essencialmente público de qualidade, mantém ainda em seu site um sistema de apoio aos usuários, com espaço para informações, dúvidas, consultas, de maneira que o cidadão se sinta amparado para saber se seus direitos têm sido resguardados.

Assim, embora as operadoras de plano de saúde sejam empresas privadas, elas fornecem um serviço de saúde suplementar ao do Estado, e, portanto, devem seguir as regras estabelecidas pela legislação.

#### 2.2.3.1 Direitos e deveres dos usuários de planos de saúde.

Os direitos dos consumidores de planos de saúde estão previstos e regulamentados pela Lei nº 9.656/98 e entre eles pode-se mencionar a marcação de exames, atendimento ambulatorial e/ou hospitalar, tratamentos, medicamentos, reembolso nos casos previstos.

O site da ANS, inclusive, disponibiliza o rol de procedimentos considerados indispensáveis ao diagnóstico, tratamento e acompanhamento das doenças. Todavia, antes de cobrar determinado procedimento, é necessário averiguar se o tipo de plano de saúde contratado fornece tais serviços, pois, com base no princípio da boa-fé, também não pode haver abusividade por parte do usuário.

Entre os deveres dos usuários do plano de saúde, Souza (2008) considera os dois mais importantes: o pagamento da prestação pecuniária periódica pelo serviço utilizado e o dever de informação, sendo o primeiro, obrigação principal.

Em regra, o valor deve ser estipulado pelas partes. Considerando que neste caso trata-se de um contrato de adesão, a parte hipossuficiente não há muito poder de barganha, ficando o valor da mensalidade determinado pela prestadora de saúde, cabendo ao usuário aceitar ou não o valor.

Já no que se refere ao reajuste, Souza (2008) afirma que, em razão da necessidade de autorização pela ANS, os planos individuais sofrem limitações em seus índices de aumento. Contudo, o reajuste pode ocorrer em três determinadas situações: em função da correção monetária, em decorrência da idade do usuário e em razão da revisão técnica.

A não observância desse dever de pagamento ocasionaria a resolução do contrato por inadimplemento, a exoneração do dever da operadora e a cassação do dever de indenizar.

Souza (2008), entretanto, entende que esse pensamento é prejudicial à política de preservação dos contratos que tem por fundamento a função social. Para o autor esse entendimento não pode ser aplicado de forma taxativa e definitiva, pois, a princípio, em se tratando de mora, a execução do contrato não pode ser impedida, deve-se observar sua intensidade, que pode ser considerada mínima em atenção ao grau de cumprimento. O inciso II do parágrafo único do art 13 da Lei nº 9.656/98 cita inclusive que é vedado

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 (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001).

O outro dever elencado por Souza (2008) refere-se à obrigação de prestar informação.

Considerando o princípio da boa-fé e da cooperação, é também dever do usuário informar ao plano de saúde sobre as doenças e lesões preexistentes que possam interferir na cobertura do plano contratado, seja ele questionado direta ou indiretamente. Eventual descumprimento pode caracterizar fraude e má-fé por parte do usuário.

Entretanto, a simples omissão na informação, decorrente de verdadeiro desconhecimento da doença preexistente pelo usuário não configura, por si só, a má-fé (SOUZA, 2008). Esta deve ser demonstrada, recaindo sobre a operadora o ônus da prova, conforme prevê o artigo 11 da Lei nº 9.656/1998:

É vedada a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei após vinte e quatro meses de vigência do aludido instrumento contratual, cabendo à respectiva operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Parágrafo único. É vedada a suspensão da assistência à saúde do consumidor ou beneficiário, titular ou dependente, até a prova de que trata o **caput**, na forma da regulamentação a ser editada pela ANS. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Souza (2008) inclusive, conclui a partir do julgamento do REsp 231.358/RS do Rel Ministro Ari Pargendler, que há casos em que mesmo a omissão sendo proposital a suspensão ou resolução pode não acontecer, desde que não afete a avaliação do risco pela operadora.

#### 2.2.3.2 Direitos e deveres das operadoras de plano de saúde.

Assim como em qualquer relação contratual onerosa, as operadoras de planos de saúde também têm seus direitos, pois, como empresa privada tem por objetivo auferir lucro.

O site da ANS, inclusive, exemplifica como um dos direitos dos planos de saúde a exigência de um tempo de carência.

Por carência, deve-se entender o prazo que o usuário tem que aguardar para realizar determinado procedimento pelo plano de saúde contratado. Esse período deve estar expresso e de forma clara no contrato, observado o princípio da informação, mas não pode ser maior do que o previsto em lei (ANS).

Além disso, o plano também tem o direito de solicitar que o consumidor peça uma autorização prévia para certos procedimentos, limitar a área de cobertura de atendimento, cobrar mensalidade periódica pelas eventuais prestações de serviço, além de proceder com os devidos reajustes permitidos pelo art 15 da Lei nº 9.656/98. Tudo isso, entretanto, deve estar em conformidade com o tipo de plano aderido pelo usuário e estabelecido no contrato.

Quanto aos deveres das operadoras dos planos de saúde, boa parte deles está elencada na Lei 9.656/98, como, fornecer consultas, exames e tratamentos conforme cada tipo de plano contratado.

Todavia, Souza (2008) assinala que nada impede que outros deveres sejam extraídos da principiologia e das demais normas que envolvem o contrato. Em seu entendimento, a jurisprudência vem desempenhando um papel importante no reconhecimento, fixação e consolidação desses deveres.

Além dos princípios básicos de toda relação contratual, como a boa-fé, o dever de informação e transparência, Souza (2018) destaca ainda dois principais

deveres das operadoras: a manutenção de uma rede contratada ou referenciada e a garantia do interesse relacionado aos eventos cobertos.

Na primeira situação, a Lei nº 9.656/98 diz em seu art 17 que a inclusão dos contratados ou credenciados no seu quadro de prestador de serviço implica compromisso quanto à manutenção ao longo da vigência dos contratos. Qualquer alteração no quadro da equipe deve ser comunicada com antecedência de 30 (trinta) dias ao consumidor e à ANS, devendo haver substituição por outra entidade equivalente.

Souza (2008) entende que esse dispositivo demonstra a intenção de proteger o fácil acesso do usuário ao atendimento que precisa. Assim, ainda que a operadora eventualmente cumpra o determinado no art 17, se a substituição gerar, na prática, uma quase vedação ao acesso ao atendimento, ela poderá ser contestada pelo usuário. Caberá à boa-fé a função de servir como parâmetro da conduta da operadora.

Conforme o exemplo citado por Souza (op.cit), no julgamento do Recurso Especial nº 1.119.044/SP o STJ considerou abusivo o descredenciamento de clínica no curso de tratamento quimioterápico de um usuário. Nesse caso, além da boa-fé, poderia ainda, segundo o mesmo autor, ser invocada a garantia da oferta (artigos 30 e 35 do Código de Defesa do Consumidor) e a abusividade da cláusula que permite a modificação unilateral do contrato (artigo 51, XIII, do Código de Defesa do Consumidor).

Já quanto ao segundo dever, de garantir as prestações dos serviços ofertados aos usuários por meio do contrato, Souza (2008) afirma que as exclusões de cobertura podem se tornar injustas e ilegítimas em um caso concreto, o que autorizaria a revisão e eventual afastamento do contrato.

Nesse sentido, a Lei nº 9.656/98 desempenhou um papel de grande importância ao estabelecer a obrigatoriedade de atendimento às doenças listadas pela OMS (Organização Mundial da Saúde). Embora não tenha exaurido todas as dúvidas, o dispositivo reduziu a problemática existente quanto à exclusão de cobertura de atendimento.

O art 10 da lei mencionada apontou as situações que podem ser excluídas do rol de procedimento acobertadas pelo plano, entre elas: o tratamento clínico ou cirúrgico experimental; procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem

como próteses ou órteses para o mesmo fim; inseminação artificial; tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; entre outros.

No mesmo sentido, o art 11 da lei dos planos de saúde também contribuiu para diminuição de divergências, pois passou a proibir no contrato a existência de cláusula de exclusão de cobertura de doenças preexistentes. Assim, em contratos anteriores à referida lei, quando determinado tratamento era decorrente de doença prévia à celebração do contrato, a cobertura era negada e o plano alegava má-fé do usuário por não ter prestado informação importante para avaliação dos riscos,

Hoje, de acordo com Souza (2008), o entendimento dos tribunais é que tais cláusulas são consideradas abusivas se não acompanhadas de exame prévio. Em um caso concreto, o Tribunal Superior considerou abusiva a recusa de um procedimento por ele se tratar essencial à manutenção da vida do usuário e por não ter o usuário se submetido ao exame prévio.

Entretanto, afirma Souza (2008) (ibidem, p.439), “ a exclusão ainda pode ser abusiva quando, no caso concreto, envolva a limitação de direito inerente à própria natureza do contrato”. Para o autor muitas operadoras ainda insistem em recusar a cobertura de certos procedimentos, que, segundo o médico de confiança do paciente, seriam os mais adequados.

Outro fator que contribui na diminuição dos conflitos quanto à cobertura do plano é a proibição de limitar o período de internação, conforme disposto no art 12 da Lei nº 9.656. Contratos anteriores a essa lei previam cláusulas de limitação de internamento, mas, independentemente da proibição, já eram consideradas abusivas pela jurisprudência, conforme expõe Souza:

[...] a cláusula limitadora, *in casu*, do tempo de internação em UTI, procedimento médico que se tornou o único capaz de garantir a vida do recorrente, atenta contra o objeto do contrato, em si, frustra o seu fim, restringindo os efeitos típicos do negócio jurídico, tornando-a inválida (SOUZA, 2008, p. 441).

De acordo com o art 51, § 1º, II do CDC, a limitação do período de internação permite a mitigação de um direito fundamental inerente à natureza do contrato, sendo contrário à boa-fé e a proibição de cláusula potestativa (art 122 do CC).

Esse entendimento já foi consolidado pelo STJ, que editou a súmula nº 302: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”.

Para Souza (2008) a problemática da existência de cobertura de atendimento também foi atenuada pela Lei nº 9.656/98, pois esta impôs algumas restrições quanto ao prazo de carência para atendimento do usuário, mas também legalizou outros dispositivos que eram considerados abusivos.

As operadoras de plano de saúde podem estabelecer prazos de carência menor que o previsto na legislação, porém, nunca superior a ele. Os prazos máximos para atendimento estão dispostos no inciso V do art 12 da Lei nº 9.656 nos seguintes termos:

São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos (...), respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001).

V - quando fixar períodos de carência:

- 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; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001).

Dispõe ainda o art 35-C, que

É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos: (Redação dada pela Lei nº 11.935, de 2009).

I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente; (Redação dada pela Lei nº 11.935, de 2009).

II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional; (Redação dada pela Lei nº 11.935, de 2009).

Assim, da leitura conjunta de tais dispositivos, depreende-se que é dever do plano de saúde garantir o atendimento de casos de emergência (quando há risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente) e urgência (resultante de acidentes pessoais ou complicações no processo gestacional) já após as primeiras 24 (vinte e quatro) horas, independentemente de qualquer outro plano de carência estabelecido em contrato.

Souza (2008) fundamenta esse posicionamento citando o entendimento do STJ após o julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº437.831/GO, pelo Rel. Ministro Luís Felipe Salomão. Para o Tribunal Superior “a cláusula de carência de contrato de plano de saúde deve ser mitigada diante de situações emergenciais graves nas quais a recusa de cobertura possa frustrar o próprio sentido e razão de ser do negócio jurídico firmado”.

Apesar das relevantes contribuições da Lei nº 9.656, Souza (2008) faz alusão ainda para alguns problemas que poderão ocorrer sempre que a exclusão possa ferir um direito fundamental inerente à natureza do plano de saúde, como no caso de exclusão de determinados medicamentos, especialmente quando estes se confundem com o próprio tratamento.

Nesse sentido, afirma Souza (op.cit) o STJ já decidiu no julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 7.865/RO que:

(...) parece-me que a abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, consumidor do plano de saúde, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno do momento em que instalada a doença coberta em razão de cláusula limitativa. É preciso ficar bem claro que o médico, e não o plano de saúde, é responsável pela orientação terapêutica. Entender de modo diverso põe em risco a vida do consumidor (AgRg no AREsp 7.865/RO. Rel Ministra Maria Isabel Galloti. Quarta Turma. DJe 05/03/2014).

Ainda de acordo com Souza (2008), entre as situações de negativas mais comuns está a recusa de autorização dos planos de saúde em razão da ausência de previsão do tratamento ou procedimento no Rol da ANS (Rol de Procedimentos e Eventos na Saúde da Agência Nacional de Saúde). O autor enfatiza que esse rol apresenta uma série de procedimentos e tratamentos, agrupados de acordo com as especialidades e com referência das espécies de plano de saúde aos quais se vinculam. Entretanto, trata-se de uma lista meramente exemplificativa.

Em regra, se o usuário precisar de um tratamento nela prevista, não há como o plano recusar sua cobertura. O problema se dá quando a indicação médica não consta no rol da ANS.

Souza (2008) afirma que esse rol é um instrumento de extrema importância para apreciação das disputas entre o usuário e o plano de saúde, quanto à obrigação de cobertura. Porém, não pode ser visto como uma lista fechada de procedimentos. Ela deve ser usada como referência para examinar se o tratamento

pode ser excluído por cláusula limitativa. O fato de um procedimento ou tratamento não constar no rol da ANS não quer dizer que não possa ser exigido pelo usuário, pois, como dito, ela é exemplificativa.

Boaventura (2017) acrescenta ainda que além do rol da ANS prever apenas a cobertura mínima obrigatória de procedimentos, ela não acompanha, na mesma velocidade, os constantes avanços tecnológicos que ocorrem na medicina, fato que leva a crer que sempre existirá uma defasagem na oferta de tratamentos.

Essa realidade não pode ser negada sob pena de alterar a natureza da obrigação ajustada entre as partes, motivo pelo qual, defende o autor, que a leitura da lista da ANS deve ser feita juntamente com os princípios do CDC e da Lei nº 9.656/98.

Nesse sentido, o art 12, II, a, da Lei nº 9.656/98 estabelece como exigência mínima pelos planos de saúde a cobertura de

exames complementares indispensáveis para o controle da evolução da doença e elucidação diagnóstica fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões e sessões de quimioterapia e radioterapia, conforme prescrição do médico assistente, realizados ou ministrados durante o período de internação hospitalar;

O exame médico é um instrumento necessário para avaliar o paciente e detectar a existência e o estágio de alguma doença para posteriormente avançar nos cuidados médicos. Sem ele o tratamento se tornaria ineficaz. Para Boaventura (2017) o exame é o acessório do principal (o diagnóstico), cabendo apenas ao médico, que detém o conhecimento patológico, indicar os meios mais adequados para cada caso.

O STJ, em voto condutor da Ministra Nancy Andrighi, já manifestou o seguinte entendimento:

“Somente ao médico que acompanha o caso é dado estabelecer qual o tratamento adequado para alcançar a cura ou amenizar os efeitos da enfermidade que acometeu o paciente; a seguradora não está habilitada, tampouco autorizada a limitar as alternativas possíveis para o restabelecimento da saúde do segurado, sob pena de colocar em risco a vida do consumidor. (...) A negativa de cobertura de transplante apontado pelos médicos como essencial para salvar a vida do paciente, sob alegação de estar previamente excluído do contrato, deixa o segurado à mercê da onerosidade excessiva perpetrada pela seguradora, por meio de abusividade em cláusula contratual.

Assim, para Boaventura (2017) deve-se inicialmente analisar o contrato a fim de averiguar se existe algum tipo de ressalva expressa e direta quanto à cobertura da doença. Não havendo, a recusa da prestadora em custear o serviço torna-se abusiva e arbitrária, constituindo afronta direta ao art. 6º, inc. III c/c art. 46 c/c art. 54, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, Superior Tribunal de Justiça entende abusiva a cláusula que exclui a cobertura para tratamento da saúde, conforme os precedentes a seguir transcritos:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE COBERTURA DE PROCEDIMENTO MÉDICO. DOENÇA PREVISTA NO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. PROCEDIMENTO NÃO PREVISTO NO ROL DA ANS. ROL EXEMPLIFICATIVO. COBERTURA MÍNIMA. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR. SÚMULA N. 83 DO STJ. DANO MORAL. NÃO IMPUGNAÇÃO DE FUNDAMENTO SUFICIENTE POR SI SÓ PARA A MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 283 DO STF. QUANTUM INDENIZATÓRIO. SÚMULA N. 182/STJ. 1. Não é cabível a negativa de tratamento indicado pelo profissional de saúde como necessário à saúde e à cura de doença efetivamente coberta pelo contrato de plano de saúde. 2. O fato de eventual tratamento médico não constar do rol de procedimentos da ANS não significa, per se, que a sua prestação não possa ser exigida pelo segurado, pois, tratando-se de rol exemplificativo, a negativa de cobertura do procedimento médico cuja doença é prevista no contrato firmado implicaria a adoção de interpretação menos favorável ao consumidor. 3. É inviável agravo regimental que deixa de impugnar fundamento da decisão recorrida por si só suficiente para mantê-la. Incidência da Súmula n. 283 do STF. 4. "É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada" (Súmula n. 182 do STJ). 5. Agravo regimental parcialmente conhecido e desprovido." (AgRg no AREsp 708.082/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 26/02/2016)

Também decidiu o STJ, que a recusa indevida de cobertura enseja responsabilidade da operadora por danos morais:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA INDEVIDA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. 1.- Na linha dos precedentes desta Corte, a indevida negativa de cobertura de tratamento ou atendimento por parte de plano de saúde, caracteriza dano moral indenizável. 2.- Agravo Regimental a que se nega provimento.(STJ - AgRg no AREsp: 511754 SP 2014/0102578-1, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 10/06/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/06/2014)

Ante o exposto, percebe-se que para cada direito de uma parte, há um dever da outra. A divisão realizada, embora algumas vezes torne-se repetitiva em seu conteúdo, serve para facilitar a compreensão dos direitos e deveres existentes entre as partes.

### 3 DA RESPONSABILIDADE

Ultimamente, muito se fala em responsabilidade seja ela cível ou penal. Esse termo, amplamente utilizado no ordenamento jurídico revela a sua importância e o constante desafio que é tentar compreendê-lo e aplicá-lo no caso concreto, uma vez que o tema envolve inúmeras relações cotidianas.

Inicialmente, a palavra responsabilidade, originária do termo latino *respondere*, significa a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade.

De acordo com o dicionário Aurélio, a expressão responsabilidade significa “Dever de se responsabilizar pelo próprio comportamento ou pelas ações de outrem; obrigação”.

O estudo desse assunto traz diferentes acepções desde os tempos mais antigos. De acordo com Galo (1996 *apud* BRAGA NETTO, 2018), a pré-história da responsabilidade foi marcada pela vingança como forma de reação a comportamentos lesivos. Depois, passou-se a aplicar a conhecida Lei de Talião, onde imperava a ideia de “olho por olho, dente por dente”. Só posteriormente é que as formas de autotutela primitivas foram substituídas pela compensação pecuniária.

Foi nesse ambiente que nasceu a responsabilidade civil em seu sentido moderno de expressão, entendida como obrigação de restituir ao ofendido uma porção de dinheiro, como forma de punir o ofensor e satisfazer o ofendido.

Numa perspectiva mais atual e contextualizada, apresentada por Gilio (2016), a responsabilidade pode ser compreendida como um aspecto da realidade social que pressupõe o dever de responder pelos danos causados a outrem, seja ele moral ou material. A intenção de tal instituto é que aquele que violou o direito alheio, por ato comissivo ou omissivo, deva ressarcir o prejuízo gerado em sua totalidade de maneira que possa ser restabelecido o patrimônio da vítima.

O objetivo principal da reparação civil não é que a vítima saia ganhadora ou tire mais proveito da situação do que se não tivesse havido o dano, é possibilitar a volta ao “status quo”, como bem ilustra Gonçalves:

Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em

restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil. Pode-se afirmar, portanto, que responsabilidade exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. [...]Coloca-se, assim, o responsável na situação de quem, por ter violado determinada norma, vê-se exposto às consequências não desejadas decorrentes de sua conduta danosa, podendo ser compelido a restaurar o status quo ante (2012, p. 21).

Ainda segundo Gilio (op.cit), o instituto da responsabilidade apresenta três funções: a compensatória, a punitiva e a desmotivadora.

A primeira função busca o reestabelecimento do estado da vítima antes de ter sofrido o dano, seja restituindo o bem perdido, quando possível, ou indenizando em quantia equivalente ao valor do bem danificado.

A função punitiva tem por objetivo fazer com que o infrator pague pelos atos praticados de forma abusiva, não incorrendo repetidamente em erros, devendo procurar agir de forma mais cautelosa a fim de evitar danos a terceiros. Se por acaso for possível a devolução integral do bem lesionado e a vítima voltar ao estado anterior, é admissível a não aplicação da punição.

Já a função desmotivadora tem por objetivo tornar pública à sociedade que condutas iguais às que decorreram em dano não serão mais permitidas. Trata-se de uma forma de inibir que outras pessoas incorram no mesmo erro.

Em termos jurídicos, a responsabilidade não diverge muito do acima exposto. Para Cavalieri Filho (2015), a violação de um dever jurídico configura um ilícito, e quase sempre, um dano para outrem, surgindo então um novo dever, o de reparar o dano. O primeiro dever é chamado de dever jurídico originário, enquanto o segundo, dever jurídico secundário. Ou ainda, como distingue Cavalieri Filho (op.cit), dever jurídico originário é a obrigação e o dever jurídico secundário é a responsabilidade.

Stolze (2018) entende que responsabilidade, na esfera do direito, é uma obrigação derivada, um dever em decorrência de um fato jurídico, uma obrigação de assumir as consequências jurídicas de um fato.

Assim, a responsabilidade civil nada mais é do que um dever secundário de indenizar um dever jurídico originário violado. Só haverá responsabilidade quando previamente houver violação de outro dever jurídico e a dano. De outro modo, toda conduta humana que viola um dever e causa um prejuízo a outrem gera

responsabilidade civil. "É assim porque a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida" (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 16).

De acordo com Bérnago (2016) a responsabilidade civil se origina nesse sentimento de justiça que obriga o agente do dano a repará-lo, uma vez que o ato ilícito gerou um desequilíbrio na relação jurídica.

De acordo com a doutrina, porém, e segundo Gonçalves (2018), a responsabilidade pode ser dividida em espécies: a civil e a penal, a contratual e a extracontratual, a responsabilidade objetiva e a subjetiva, e por fim, a responsabilidade extracontratual por ato lícito e ilícito.

### 3.1 A responsabilidade civil das operadoras de plano de saúde

Antes do CDC as relações de consumo eram regidas pelo Código Civil e a responsabilidade dos planos de saúde era considerada subjetiva. Ou seja, diante de algum suposto descumprimento contratual, os consumidores deveriam demonstrar o dolo ou a culpa do prestador de serviço, para que só então estes assumissem o encargo do fato ocorrido.

Entretanto, com o advento do CDC as relações de consumo passaram a ser regulamentadas pela referida norma e, com base na vulnerabilidade e a hipossuficiência do consumidor, adotou como regra geral a responsabilidade objetiva, não cabendo mais ao consumidor a demonstração da culpa pelo fornecedor do produto ou serviço.

Como consequência, esse entendimento passou a ser aplicado na relação entre os planos de saúde e seus beneficiários, já que também estabelecem uma relação de consumo, sendo o primeiro considerado fornecedor e o segundo, consumidor. Nesse sentido, Werneck (2010), destaca que:

a aplicação do CDC exerce grande papel no setor da saúde suplementar, pois ele é um instrumento nivelador, que busca um equilíbrio na relação de consumo dentro dessa atividade econômica, partindo do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e de seus direitos básicos à efetiva prevenção de danos patrimoniais e morais (WERNECK, 2010).

De acordo com Gonçalves (2017) são duas as espécies de responsabilidade civil regulada pelo Código do Consumidor, ambas de natureza objetiva: a

responsabilidade pelo fato do produto e do serviço e a responsabilidade por vícios do produto ou do serviço.

De acordo com Cavalieri Filho (2014) fato e vício são considerados defeitos, Contudo, o primeiro é considerado mais grave e refere-se a todo e qualquer acidente provocado pelo produto ou serviço que cause dano ao consumidor. É algo que extrapola os limites da segurança do produto ou serviço.

Ainda com o entendimento de Cavalieri Filho (op.cit):

[...] fato é um acontecimento externo, que ocorre no mundo exterior, que causa dano material ou moral a consumidor (ou ambos), mas que decorre de um defeito do produto. Seu fato gerador será sempre um defeito do produto (p 311).

Já no vício, o problema está adstrito aos limites do bem de consumo, é algo que afeta sua qualidade, quantidade ou desempenho, mas não afeta a segurança do consumidor. Também de acordo com Cavalieri Filho, “vício é defeito menos grave, circunscrito ao produto ou serviço, que apenas causa o seu mau funcionamento” (2014, p 346).

Desse modo, Tartuce (2017) afirma que existem quatro situações básicas de responsabilidade civil tratadas pela Lei Consumerista: a) responsabilidade pelo vício do produto; b) responsabilidade civil pelo fato do produto (defeito); c) responsabilidade civil pelo vício do serviço; d) responsabilidade civil pelo fato do serviço (defeito). Tal divisão é fundamental para compreender a responsabilidade civil dos fornecedores de produtos e prestadores de serviços,

O CDC estabelece em seus art 12 e 14 as hipóteses de responsabilidade objetiva e de forma geral, como já dito, o fornecedor de serviços responde independentemente da existência de culpa, por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos, como é o caso dos planos de saúde.

A responsabilidade civil objetiva esta pautada na teoria do risco, inerente à atividade desenvolvida pelo prestador ou fornecedor do serviço. Ou seja, a responsabilidade surge pelo simples fato da atividade de risco desempenhada pelo fornecedor, não sendo necessário que a parte contrária prove dolo, negligência, imprudência ou imperícia.

Segundo Gonçalves (2017),

na legislação consumerista, tanto a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço como a oriunda do vício do produto ou serviço são de natureza objetiva, não dependendo da existência do elemento culpa para que nasça a obrigação de indenizar.

No tocante a responsabilidade dos planos de saúde, o cerne da questão gira em torno da necessidade de utilização dos serviços contratados e a sua não prestação pelo plano de saúde.

Conforme afirma Borges (2010), o consumidor contrata a empresa para prestação de um serviço futuro, incerto e não periódico, já que não se sabe quando fará uso ou não da cobertura estabelecida. O que se espera é ter a devida assistência, nos moldes do contrato, para a recuperação da saúde do beneficiário.

Entretanto, fato muito comum são as negativas dos planos de saúde quando mais se precisa dos serviços. A aplicação do CDC é nesse sentido de proteger os beneficiários e responsabilizar as empresas privadas de saúde pelas práticas abusivas.

Marques (1996) avalia ainda a questão de maneira mais ampla, levando em conta todo o aspecto contextual e social no momento da formação de um contrato com seguros e planos privados de saúde.

Segundo a mesma a autora a sociedade anda carente de três valiosos valores: a segurança, a previsibilidade e a proteção contra riscos futuros. As operadoras de saúde, por sua vez, se valhem dessa escassez e oferecem tais valores no mercado através dos planos e seguros privados de saúde.

Essa comercialização possibilita a transferência legal de riscos futuros envolvendo a saúde do consumidor e de seus dependentes às empresas de assistência médica, cooperativas ou seguradoras, que supostamente deverão garantir a segurança e previsibilidade, face ao pagamento constante e reiterado das mensalidades ou prêmios.

No mundo de hoje, parte da confiança estabelecida entre médico e paciente é transferida para o organizador dos planos e seguros de saúde, baseado na previsibilidade do financiamento leal dos eventos futuros relacionados com a saúde.

Entretanto, os planos de saúde usam de artifícios de vendas agressivas, por exemplo, para convencer os comerciantes, sem que as expectativas legítimas sejam cumpridas na prática. Marques (1996), inclusive, é incisiva ao dizer que os planos de

saúde muitas vezes se aproveitam de textos contratuais massificados para se exonerarem de assumir o próprio risco profissional.

As operadoras de saúde assumem o papel do Estado e por obrigação, devem prestar a devida assistência, de maneira eficiente e conforme acordo acertado com o consumidor. Este, em contrapartida, deve pagar o acordado pela prestação do serviço.

Contudo, como os planos de saúde são a parte mais forte da relação, terminam muitas vezes abusando do seu poder, não prestando devidamente o serviço ao consumidor, como por exemplo, negando a cobertura de procedimentos urgentes por estar o contrato ainda em carência, limitando o tempo da cobertura ou não fornecendo medicamentos.

Acontece que no contrato em apreço o serviço ajustado é de assistência à saúde, um direito positivado, inserido no rol dos direitos sociais constitucionalmente garantidos e elevado a um direito fundamental por estar ligado à vida e a uma existência digna (MALLMAN, 2012), sendo um direito de todos e um dever do Estado.

Corroborando com esse entendimento, Bérnago (2016) afirma que a saúde é uma prerrogativa jurídica e não pode ser preterida em benefício de qualquer direitos patrimoniais, uma vez que o nosso ordenamento jurídico adota a teoria da horizontalidade dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Conforme o autor acima mencionado, os direitos fundamentais inicialmente traziam em si um sentimento de liberdade, um direito de defesa, e por isso, exigiam uma abstenção do Estado, protegendo os particulares contra eventuais opressões, decorrente dessa relação vertical de subordinação.

Assim, a eficácia dos direitos fundamentais frente ao Estado ficou conhecida como eficácia vertical, tendo em vista a relação vertical de sujeição e opressão do particular perante o Estado.

Com o passar do tempo, entretanto, observou-se que situações de opressão e violência também aconteciam nas relações privadas, o que fez surgir a aplicação da eficácia horizontal também nessas relações.

De acordo com Alves (2012), pela teoria da horizontalidade entende-se o momento no qual os direitos fundamentais passaram a ser oponíveis também na relação entre particulares, pois da mesma forma, existem interesses antagônicos e a

presença de um lado mais opressor. No caso em tela, o lado mais forte da relação é o plano de saúde.

Ou seja, conforme explicação acima pode-se dizer que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nada mais é do que a aplicação desses direitos nas relações entre particulares como forma de proteção contra abusos.

Logo, essa linha de pensamento se opõe também as empresas privadas de plano de saúde, de forma a assegurar a fruição dos direitos fundamentais e evitar possíveis violações pela parte mais forte.

Assim, como essas empresas passam a fornecer um serviço de saúde de maneira suplementar ao Estado, elas também assumem a responsabilidade de garantir uma prestação eficiente do serviço à população. Negar um atendimento médico viola um princípio fundamental da CF, e, portanto, fere a dignidade humana.

A responsabilidade civil nasce à medida que os planos de saúde deixam de arcar com suas obrigações decorrentes da relação jurídica preestabelecida. Como dito anteriormente, o dever jurídico originário é a obrigação e o dever jurídico secundário é a responsabilidade (CAVALIERI FILHO, 2012).

Perante os consumidores, a responsabilidade dos planos de saúde é contratual e pode surgir de duas situações distintas, gerando também efeitos distintos. A primeira situação decorre do inadimplemento do plano na disponibilização dos serviços e produtos; a segunda decorre de atos ilícitos praticados por médicos na prestação de serviços com clientes consumidores (SILVA, 2009).

Embora as duas situações sejam de extrema relevância para o consumidor, a abordagem deste trabalho se limita à primeira situação.

Corroborando com a ideia de Marques (1996), Silva (2009) afirma que os contratos de plano de saúde geram uma promessa implícita de perfeição na qual o consumidor se confia. Consequentemente, essa expectativa gera uma obrigação de fazer, não de prometer a cura do paciente, mas de garantir a efetividade da assistência quando necessitar. Há um dever legal a ser cumprido, e a sua violação gera a obrigação de indenizar, sem prejuízo do consumidor ainda exigir a execução da obrigação e aplicação de multa por eventual descumprimento de decisão judicial (astreintes).

Silva (2009) cita em sua obra vários exemplos de inadimplemento por parte dos planos de saúde, como a negativa indevida de cobertura a determinada doença,

ou o respectivo tratamento, ou, ainda, não disponibilizar estabelecimento, equipamento ou médico com a necessária tecnologia ou especialização, mas independente do motivo da violação, o fato é que o inadimplemento impede o direito do paciente ter acesso ao serviço adequado, o que pode gerar danos materiais e/ou morais, a depender do caso concreto.

A autora, no entanto, pontua que não é a simples frustração pelo descumprimento que se indeniza, mas a ofensa a um direito da personalidade ou sofrimento intenso e profundo, a ser demonstrado em cada caso. O STJ inclusive, no julgamento do REsp: 907718, constatou que “[...] que a recusa indevida à cobertura médica pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito daquele”.

#### **4 AS NEGATIVAS MAIS COMUNS DOS PLANOS DE SAÚDE**

Este capítulo reserva-se a apreciação das negativas de atendimento mais comuns apresentadas pelas operadoras de saúde junto à esfera judiciária.

Os dados foram coletados em uma Seção das Varas Cíveis do Fórum da Capital do Recife através do sistema de processo eletrônico PJE, referentes ao período de 02 (dois) anos, o primeiro entre 14/08/2015 a 14/08/2016 e o segundo, de 14/08/2017 a 14/08/2018.

A delimitação desse período teve como motivo determinante a implementação do processo eletrônico nas Varas Cíveis, que passou a ser obrigatório a partir de 14/08/2015, o que facilitaria o acesso da população à Justiça e o levantamento de informações processuais. O outro período foi delimitado na tentativa de expor os casos mais recentes, dentro do mesmo intervalo de tempo.

Considerando a problemática deste trabalho, os fatos coletados limitam-se, sobretudo, às negativas de atendimento frente aos casos considerados de urgência e emergência.

Para melhor compreensão dos dados deve-se entender que os casos aqui descritos e analisados chegaram ao judiciário revestidos de caráter de urgência, ante a natureza da doença e/ou necessidade de tratamento. Assim, as decisões proferidas são inicialmente tomadas de acordo com os argumentos levantados pelo autor e pelas características de ensejar algum dano irreparável a vida do paciente (teoria da asserção).

É fato que cada caso deve ser apreciado concretamente, tendo em vista a sua especificidade, mas considerando que o bem em questão é a vida de um ser humano e os riscos impostos a sua manutenção são enormes, deve-se analisar a urgência da situação, ponderando os princípios contratuais e constitucionais e os riscos que cada decisão pode gerar.

Portanto, a apreciação dos casos tem como objetivo principal analisar a decisão jurídica proferida em caráter liminar e seus respectivos fundamentos, a fim de caracterizar, ou não, comportamentos abusivos por parte das empresas de saúde ou da parte contratante em requerer o que não lhe é de direito por força contratual.

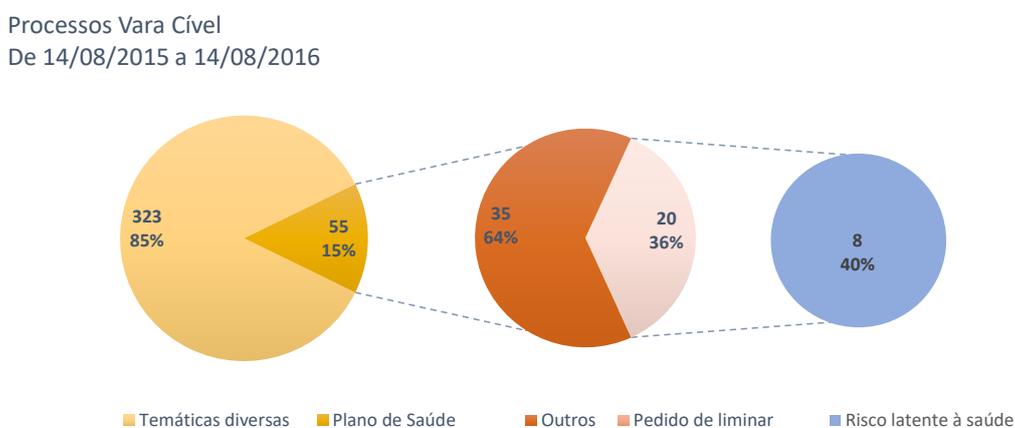
#### 4.1 Dos dados

Inicialmente, faz-se necessário esclarecer o caminho percorrido até chegar à amostra da pesquisa.

De acordo com informações do PJE, foi verificado que em seu primeiro ano foram distribuídos 378 autos para esta determinada Vara Cível, dentre os quais 55 tinham como assunto processual plano de saúde. Dentre os 55 processos, 20 foram cadastrados com pedido liminar e 08 se enquadravam no objeto de estudo deste trabalho, ou seja, aqueles que apresentavam situações de risco latente à saúde humana. Como o objeto de estudo é bem específico percebe-se que o espaço amostral vai se reduzindo até chegar ao seu escopo.

Desse modo, conforme Figura 1 abaixo, pode-se dizer que o primeiro espaço amostral é o total de autos distribuídos. Dos 378 processos, 85% tratavam sobre assuntos diversos, enquanto 15% referiam-se a planos de saúde. O segundo espaço amostral passa a ser então os 15%, o que representa 55 processos. Dentre esses últimos, 20 foram considerados como urgência, equivalendo a 36% da amostra. No terceiro espaço amostral, apenas os autos que expunham risco a saúde humana e eram urgentes foram analisados. Assim, dos 20 autos restantes, apenas 08 processos, representando 40%, foram objeto da presente pesquisa.

**Figura 1** - Gráfico 2015/2016 - Gráfico Referente aos Dados Coletados no ano de 2015 a 2016

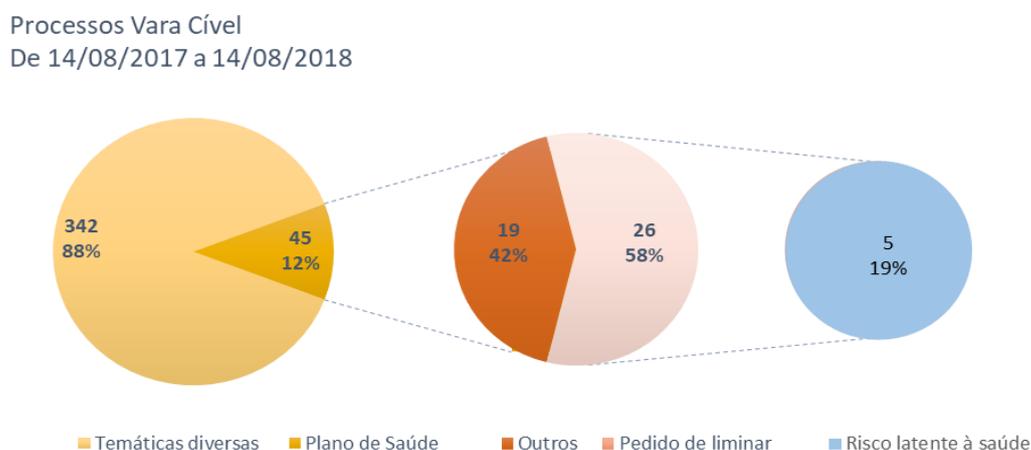


FONTE: A autora, 2019.

Já no segundo período foram distribuídos 387 processos para esta mesma Vara, onde 45 eram relativos à plano de saúde. Dentre esses, 26 ingressaram com pedido liminar e 6 se encaixavam no presente objeto de estudo.

Assim, conforme Figura 2 abaixo, isso significa dizer que o primeiro espaço amostral é o total de processos distribuídos. Dos 387 processos, 88% tratavam sobre assuntos diversos, enquanto 12% eram relativos a planos de saúde. O segundo espaço amostral passa a ser então os 12%, o que representa 45 processos. Dentre esses últimos, 26 foram considerados como urgência, equivalendo a 43% da amostra. No terceiro espaço amostral, apenas os autos que expunham risco à saúde humana e eram urgentes foram analisados. Assim, dos 26 autos restantes, apenas 05 processos, representando 19%, foram objeto da presente pesquisa.

**Figura 2** - Gráfico 2017/2018 - Gráfico Referente aos Dados Coletados no Ano de 2017 a 2018



FONTE: A autora, 2019.

Os casos de 1 a 8 referem-se ao primeiro ano de vigência do PJe, 2015 a 2016. Os demais casos, 9 a 13, referente ao ano de 2017 a 2018. Perfaz-se, portanto, o total de 13 processos analisados, conforme demonstrado a seguir.

#### 4.1.1 Caso Prático 1 – Procedimento cirúrgico (artroplastia).

Parte autora, 71 anos, adimplente com suas obrigações, portadora de artrose, com fortes dores no joelho esquerdo, tendo indicação de procedimento cirúrgico (artroplastia). De acordo com informações médicas a doença era progressiva e a paciente poderia terminar numa cadeira de rodas caso não fosse realizada a cirurgia.

Em 2011 a autora já havia pleiteado judicialmente o mesmo pedido contra o plano o plano de saúde para realizar o mesmo procedimento em seu joelho direito, caso em que teve seu pedido julgado procedente.

A parte declarou que o procedimento foi negado em razão de não haver cobertura obrigatória para o referido procedimento.

Decisão liminar deferida com os seguintes fundamentos:

Reconhecida a relação consumerista, típico contrato de adesão, no qual as cláusulas são impostas verticalmente pela operadora ao consumidor, sem possibilidade de discussão. As normas do contrato não podem ignorar nem se sobrepor à legislação que rege os planos de saúde. Portanto, foi invertido o ônus da prova em favor da requerente, com arrimo no art. 6º, VIII do CDC, tendo em vista o estado de hipossuficiência da autora quando em cotejo com o in fine poderio econômico de que goza a parte demandada.

Havendo indicação cirúrgica requerido pelo médico que assistiu, não cabe ao plano definir o que é melhor para o paciente, não podendo ela se negar a autorizar o tratamento requisitado.

A documentação acostada com a inicial dá certeza da necessidade urgente de realização da cirurgia indicada. Evidenciou-se que caso não fosse concedida a tutela de urgência requerida poderiam ocorrer danos irreparáveis a paciente autora.

Ademais, o quadro clínico apresentado pela autora lhe acarreta intenso sofrimento, tornando infinitamente menor qualquer discussão acerca da natureza ou vícios eventualmente existentes no contrato de serviços médicos celebrado entre as partes.

Se a patologia está prevista no contrato não pode haver negativa ou qualquer mitigação quanto ao procedimento recomendado pelo médico quando da avaliação do paciente e de sua patologia, mormente quando já ultrapassado de carência do contrato.

A concessão desta medida em caráter de antecipação não vem a ser apenas medida de justiça, mas também, e principalmente, uma providência necessária à manutenção saudável da vida, o que, aliás, é certamente o objetivo único pelo qual a autora associou-se à requerida. Negar esta providência é negar o próprio contrato sobre o qual se funda o pedido.

A sentença foi procedente, mas o processo encontra-se em grau de recurso no TJPE.

#### 4.1.2 Caso Prático 2 – Medicamento para evitar trombose.

A parte autora encontrava-se grávida com grande chance de ter trombose e colocar em risco a sua vida e a do bebê. Foi solicitado o uso do medicamento CLEXANE 40 SC diariamente, durante período gestacional, com objetivo de evitar perdas fetais.

Merece destacar que a autora possuía dois planos de saúde. Um deles negou a cobertura do medicamento, pois não estava previsto no rol de procedimentos da ANS, enquanto o outro plano foi omissivo quanto à solicitação.

Decisão liminar deferida com os fundamentos abaixo.

Reconhecida a relação consumerista, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas da maneira mais favorável ao consumidor. Ademais, as cláusulas que estipulam a cobertura relativa aos tratamentos de saúde devem ser interpretadas em sua ampla cobertura.

Foram atendidos os requisitos da liminar, dentre eles, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, bem como o perigo da demora, além da verossimilhança das alegações da parte demandante.

Ante a documentação juntada, não houve dúvida de que o tratamento ao qual a autora precisa se submeter é necessário e essencial para evitar o risco para sua vida e do feto. A vida e a integridade física são bens que se sobrepõem a qualquer outro interesse, sendo obrigação das seguradoras e administradoras de planos de saúde, em face da natureza do contrato, prestar toda a assistência necessária a fim de preservá-los, salvo exceções que não constituam serviços essenciais a essa assistência, mas mero complemento a essa prestação, o que não é a hipótese dos autos.

Qualquer cláusula contratual limitativa desse direito é abusiva por contrariar os fins econômicos e sociais desse contrato, colocando o consumidor em desvantagem exagerada, sendo efetivamente incompatível com a boa-fé e com a equidade.

Ressaltou-se ainda que, estando sob enfoque, o direito à vida, postulado constitucional, ínsito no art. 5º da Constituição Federal, não é lícito à ré pretender apenas as vantagens do negócio que explora, eximindo-se dos ônus porventura decorrentes.

No caso em tela as partes realizaram acordo, ficando o plano de saúde obrigado a custear o medicamento conforme prescrição médica.

#### 4.1.3 Caso Prático 3 – Procedimento cirúrgico (hemorroidectomia).

A parte demandante, portadora de tumoração anal, deu entrada no plano de saúde solicitando autorização para se submeter à cirurgia de hemorroidectomia, indicada pelo seu médico acompanhante. Juntou documentos comprobatórios de vinculação com o referido plano, sua adimplência e documentos médicos demonstrando a urgência do caso.

No entanto, o plano de saúde se negou a realizar o referido procedimento.

Decisão liminar deferida conforme os fundamentos abaixo.

Reconhecida a aplicação do CDC

Realizada as provas necessárias de que necessita de uma cirurgia de urgência, conforme requisição médica, e feita uma breve análise do caso, restou caracterizado na própria urgência do direito pleiteado o periculum in mora.

Assim, eventual concessão da medida após a citação, poderia frustrar o fim perseguido pelo autor da demanda, pondo em risco sua vida.

A sentença foi improcedente, pois ficou comprovado no desenrolar do processo que não havia existido negativa por parte do plano quanto ao procedimento. A recusa do plano foi quanto à escolha de hospital não credenciado e não previsto no contrato, não havendo, portanto, ilegalidade pela empresa de saúde.

O processo encontra-se no TJPE.

#### 4.1.4 Caso Prático 4 – Fornecimento de prótese (stent).

Parte autora idosa, 79 anos, adimplente em suas obrigações contratuais, portador de diabetes, deu entrada em hospital particular credenciado à operadora demandada com sintomas de início de infarto. Precisou ser internado para submeter-se à cirurgia de emergência de cateterismo e angioplastia com stent.

Após solicitação ao plano, o mesmo autorizou o procedimento e parte dos materiais necessários, sem, no entanto, se manifestar sobre o stent (prótese), inviabilizando a cirurgia naquele momento. Após dois dias de internação o procedimento foi realizado, pois o hospital forneceu os stents – sob a ressalva de que caso a empresa ré não o custeasse, o autor iria se responsabilizar pelo ônus financeiro relativo aos mesmos.

A operadora de saúde só se manifestou após o a realização dos procedimentos informando que os stents não poderiam ser fornecidos, pois não tinham cobertura contratual, e, portanto, não houve recusa, mas sim, uma limitação contratual.

Ainda como resposta do plano, a operadora alegou que a autorização de realização de procedimentos cirúrgicos e materiais não previstos contratualmente causaria um abalo financeiro que atingiria todos os beneficiários, que deverão arcar com as despesas na época de seus devidos reajustes. Casos como esses atenderiam apelos de usuários que não tem direito algum, mas que pretendem ver suas vontades satisfeitas.

Decisão liminar deferida com os seguintes fundamentos:

Reconhecida a relação de consumo, aplicou-se o CDC.

Negativa por falta de cobertura contratual. Em se tratando de cirurgia de urgência não há que se falar em submissão à cláusula contratual limitativa, afigurando-se comportamento abusivo da empresa. Além disso, o stent é essencial para o êxito do procedimento cirúrgico acobertado pelo plano.

DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. SEGURO SAÚDE. CONTRATAÇÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DO E À LEI /98. EXISTÊNCIA DE TRÁTO SUCESSIVO. INCIDÊNCIA DO , MAS CDC 9.656 CDC NÃO DA LEI /98. 9.656 BOA-FÉ OBJETIVA. PRÓTESE NECESSÁRIA À CIRURGIA DE ANGIOPLASTIA. ILEGALIDADE DA EXCLUSÃO DE "STENTS" DA COBERTURA SECURITÁRIA. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE REPARAR OS DANOS - [...] - O direito subjetivo assegurado em contrato não pode ser exercido de forma a subtrair do negócio sua finalidade

precípua. Assim, se determinado procedimento cirúrgico está incluído na cobertura securitária, não é legítimo exigir que o segurado se submeta a ele, mas não instale as próteses necessárias para a plena recuperação de sua saúde. - É abusiva a cláusula contratual que exclui de cobertura a colocação de "stent", quando este é necessário ao bom êxito do Procedentes. [...]Recurso especial a que se dáprocedimento cirúrgico coberto pelo plano de saúde. parcial provimento.(REsp 735.168/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/03/2008, DJe 26/03/2008, sem grifos no original)

Aplicação da Súmula 11 do TJPE. "É abusiva a negativa de cobertura de stent ainda que expressamente excluída do contrato de assistência à saúde".

Revelou-se abusiva a negativa de custeio por parte da empresa demandada, visto que a exclusão genérica de cobertura para próteses e órteses não alcança a implantação do STENT quando ele está estritamente vinculado ao ato cirúrgico, sem o qual não produziria seus efeitos.

Destaca-se ainda que, se o paciente/consumidor tem à sua disposição um procedimento médico mais moderno e eficaz para o pronto restabelecimento de sua saúde, sobretudo quando o médico indica sua realização, mostra-se abusiva e ilegal a conduta das operadoras de planos de saúde em não custeá-lo. A negativa do procedimento rompe o equilíbrio contratual, assim como afronta aos princípios da confiança e boa-fé objetiva que devem reger as relações consumeristas.

No processo em questão foi realizado acordo e o plano arcou com as despesas médicas decorrentes da cirurgia.

#### 4.1.5 Caso Prático 5 - Medicamento para evitar trombose.

A parte autora, grávida, adimplente com suas mensalidades, foi diagnosticada com trombofilia, necessitando do uso do medicamento Clexane por até 40 dias após o parto. Entretanto, o plano de saúde negou o medicamento por haver previsão contratual.

Decisão liminar deferida conforme os fundamentos abaixo.

Reconhecida a aplicação do CDC, deve-se preponderar, sobre a letra fria do texto, a boa-fé dos contratantes e o equilíbrio contratual. As cláusulas contratuais devem ser interpretadas da maneira mais favorável ao consumidor, que também tem o direito de receber informações claras e adequadas dos serviços (artigos 47 e 6º, inciso III, ambos do CDC), sobretudo das cláusulas limitativas de direitos realizadas

em contrato de adesão (artigo 54, parágrafos 3º e 4º, do CDC). Assim, as cláusulas que estipulam a cobertura relativa aos tratamentos de saúde devem ser interpretadas de maneira ampla.

Não havendo dúvidas de que o tratamento é necessário e essencial para manter a integridade física e evitar o risco de vida, já que são bens que se sobrepõem a qualquer outro interesse, é obrigação das administradoras de planos de saúde, em face da natureza do contrato, prestar toda a assistência necessária a fim de preservá-los, salvo exceções que não constituam serviços essenciais a essa assistência, mas mero complemento a essa prestação, o que não é a hipótese dos autos.

Qualquer cláusula contratual limitativa desse direito é abusiva por contrariar os fins econômicos e sociais desse contrato, colocando o consumidor em desvantagem exagerada, sendo efetivamente incompatível com a boa-fé e com a equidade.

Estando sob enfoque o direito à vida, postulado constitucional, ínsito no art. 5º da Constituição Federal, não é lícito à ré pretender apenas as vantagens do negócio que explora, eximindo-se dos ônus porventura decorrentes.

Da negativa podem advir prejuízos irreparáveis à saúde da autora e do feto caso não seja concedida a tutela antecipada. Além do mais, considera-se que o risco é menor para a empresa de porte, de presumível capacidade financeira, que pode, sem maiores transtornos, até que se julgue definitivamente a lide, suportar o ônus que lhe impõe o deferimento da tutela.

Ademais, sempre poderá a requerida, em caso de improcedência da ação, providenciar a cobrança de seu crédito contra a autora, de modo que não se acha delineado o risco do dano irreparável para a empresa demandada.

As partes realizaram acordo, onde a operadora arcou com os valores da medicação.

#### 4.1.6 Caso Prático 6 - Colocação de filtro de veia cava inferior – VCI.

A parte autora é idosa, 84 anos, já havia sofrido em 2015 um AVC isquêmico extenso, com insuficiência cardíaca, hipertensão arterial e, desde 2001, portadora de bioprótese de válvula mitral (atualmente disfuncionante) e marcapasso.

Em estado grave na UTI e sem poder se submeter à cirurgia sob risco de morte, a solução médica encontrada foi a realização do PROCEDIMENTO DE COLOCAÇÃO DE FILTRO DE VEIA CAVA INFERIOR - VCI, EM CARÁTER DE URGÊNCIA, PARA EVITAR TROMBOEMBOLISMO PULMONAR – TEP (ou embolia pulmonar), o que seria fatal se não fosse feito imediatamente.

Posteriormente, a família recebeu uma carta do hospital, no qual a parte autora estava internada, cobrando pelo procedimento realizado, mostrando a negativa do plano de saúde do paciente que se recusava a pagar, alegando que o contrato não possuía cobertura para tal procedimento.

Decisão liminar deferida de acordo com os fundamentos abaixo.

Demonstrada prova inequívoca da relação entre as partes, reconheceu-se a aplicação do CDC. Havendo prova necessária de uma internação de urgência, eventual concessão da medida após a citação poderia frustrar o fim perseguido pelo autor da demanda, pondo em risco sua vida.

A sentença foi julgada procedente e confirmada em sede de apelação pelo TJPE. O processo encontra-se arquivado.

#### 4.1.7 Caso Prático 7 - Procedimento cirúrgico (rotura do menisco).

A parte requerente foi diagnosticada com ROTURA DO MENISCO MEDIAL E CONDROPATIA, sendo solicitada cirurgia em caráter de urgência pela gravidade da situação e pelo fato do paciente não conseguir tomar os remédios que aliviarão suas dores, pois os mesmos elevariam a pressão arterial do paciente que é hipertenso.

O demandante informou que o procedimento foi negado pelo plano sem qualquer fundamento ou explicação escrita ou verbal.

Decisão liminar deferida conforme fundamentos abaixo.

Reconheceu-se a relação consumerista e a aplicação do CDC.

Ante a gravidade, seriedade e impossibilidade de sujeitar-se à da decisão final do processo, entendeu-se comprovado os requisitos indissociáveis à caracterização da urgência e da emergência, a ponto de tornar abusiva qualquer disposição contratual que limitasse o atendimento.

De acordo com os documentos juntados a situação do autor era nitidamente um caso de urgência, tornando-se indispensável a concessão da liminar para evitar complicações mais graves e danos irreparáveis, como a possibilidade de perder a locomoção.

Sendo assim, em momento algum o plano poderia ter se recusado a cobrir as despesas com o tratamento necessário, haja vista se tratar de procedimento de urgência/emergência. Entendeu-se evidente a responsabilidade da demandada em arcar com as despesas e custos do procedimento mencionado, uma vez que, se assim não procedesse, causará ainda mais transtornos e danos ao demandante.

Entretanto, a sentença foi improcedente, pois não ficou comprovado durante o processo que houve recusa do procedimento pelo plano de saúde.

#### 4.1.8 Caso Prático 8 – Tratamento múltiplo.

A parte autora é portadora de doença grave (SÍNDROME DE EHLERS DANLOS e SÍNDROME DE SJOGREN). A primeira trata-se de uma doença genética que afeta a parte musculoesquelética, causando muitas dores. A segunda é uma doença autoimune que ataca as mucosas do corpo, sem cura, reduzindo a qualidade de vida da autora.

Em decorrência do quadro foi requisitado em caráter de urgência o procedimento RIZOTOMIA PERCUTANEA x 06 (segmentos L3-L4, L4-L5 e L5-S1 bilateral) para amenizar as fortes dores na região lombar.

Todavia, a empresa negou autorização sob argumento de que não ficou demonstrado o atendimento das Diretrizes de Utilização estabelecidas pela ANS.

Em emenda à inicial, a autora informou piora no quadro e que o procedimento outrora pretendido, não se mostraria mais eficaz para seu tratamento, requerendo a substituição do pedido para que a operadora ré arcasse com todos os procedimentos de ARTRODESE DA COLUNA C/ INSTRUMENTAÇÃO PO; BIÓPSIA CIRÚRGICA DA COLUNA; DESCOMPRESSÃO MEDULAR E/OU CAUDA EQUINA; ENXERTO ÓSSEO; OSTEOMIELITE DA COLUNA TRATAMENTO CIRÚRGICO, e com os respectivos materiais necessários, de acordo com o que foi prescrito pelo médico no laudo acostado aos autos.

Decisão liminar deferida de acordo com os fundamentos abaixo.

Reconhecida a aplicação do CDC, a liminar foi deferida com base na prova inequívoca da verossimilhança das alegações e no fundado receio de dano irreparável ou manifesto propósito protelatório do réu. O periculum in mora ficou caracterizado na própria urgência do direito pleiteado, uma vez que se tratava de saúde/vida. Eventual concessão da medida após a citação poderia frustrar o fim perseguido pela parte, pondo em risco sua vida.

A sentença foi parcialmente procedente, pois ficou comprovado que algumas despesas, como cosméticos, eram desproporcionais à obrigação contratual do plano, devendo elas ser reembolsadas. Ademais, não se pode onerar as empresas de saúde a tal ponto que elas sejam obrigadas a custear produtos com fins estéticos, sob pena de inviabilizar seu próprio funcionamento.

O processo encontra-se arquivado.

#### 4.1.9 Caso Prático 9 - Medicamento para trombofilia.

A parte demandante é portadora de trombofilia hereditária, mutação MTHFR + aloimunidade não reativa, com Cross Match negativo. Tem histórico de 03 abortos, tendo em um deles perdido a trompa esquerda.

Constatado a necessidade de tratamento médico, foi solicitado o uso de IMUNOGLOBULINA HUMANA ENDOVENOSA DE 200mg/kg, a cada 21 (vinte e um) dias, totalizando no mínimo 05 (cinco) sessões, e uso de CLEXANE DE 40MG SUBCUTÂNEA até a 34ª semana de gestação e 06 (seis) semanas após o parto.

Entretanto, a operadora ré negou-se a fornecer o tratamento solicitado pelos médicos.

Decisão liminar deferida de acordo com os fundamentos abaixo.

Reconhecida a relação de consumo, aplicou-se o CDC.

A juntada de documentos e o histórico de aborto indicou a probabilidade do direito da autora, comprovando a necessidade de fornecimento da medicação. Não se trata de verdade absoluta, mas autoriza a antecipação da tutela a favor do direito mais provável.

Há urgência no pedido, podendo ocorrer maiores lesões à saúde da demandante se postergados os tratamentos por ela necessitados, pois não há dúvida de que o tratamento ao qual ela precisa se submeter é necessário e

essencial para evitar o risco para sua vida e do feto, uma vez que o mesmo diminui o risco de perda fetal e de fenômenos tromboembólicos.

A vida e a integridade física devem se sobrepor a qualquer outro interesse, e o plano, em face da natureza do contrato, deve prestar a assistência necessária a fim de preservá-los, salvo exceções que não constituam serviços essenciais a essa assistência, mas mero complemento a essa prestação, o que não é a hipótese dos autos.

Qualquer cláusula contratual limitativa desse direito é abusiva por contrariar os fins econômicos e sociais desse contrato, colocando o consumidor em desvantagem exagerada, sendo efetivamente incompatível com a boa-fé e com a equidade.

Cuida-se de assegurar ao consumidor a efetiva proteção almejada na realização do contrato,

com o intuito de poder proteger sua vida com os recursos que a medicina lhe oferta

As partes realizaram acordo. O processo encontra-se arquivado.

#### 4.1.10 Caso Prático 10 – Tratamento via home care.

A parte autora, 44 anos, é cadeirante, portadora de uma doença neurodegenerativa rara. A equipe médica solicitou acompanhamento de home care, 24 horas por dia, para evitar qualquer risco de infecção hospitalar. A operadora de saúde atendeu parcialmente o pedido, informando que o serviço se daria de maneira pontual, com visitas médicas mensais, não oferecendo outra solução.

Decisão liminar deferida conforme partes do fundamento abaixo.

Reconhecida a relação de consumo, aplicou-se o CDC devendo preponderar, sobre a letra fria do texto, a boa-fé dos contratantes e o equilíbrio contratual.

Da documentação médica juntada aos autos entendeu-se que a parte autora necessitava de tratamento domiciliar por estar com a saúde comprometida em razão da enfermidade, preenchendo os requisitos para concessão da tutela de urgência, de acordo com o CPC/2105.

Após a decisão, foi noticiado nos autos que houve apenas cumprimento parcial, faltando dois itens médicos solicitados, considerados imprescindíveis para o

tratamento e serviço do home care. Necessária nova decisão para que o plano cumprisse com sua obrigação.

A sentença foi procedente. O processo encontra-se em grau de recurso no TJPE.

#### 4.1.11 Caso Prático 11 – Tratamento via home care.

No presente caso, a parte autora era portadora de neoplasia de mama com metástase no sistema nervoso central e já em estágio terminal. Já se encontrava em tratamento pelo período de 03 (três) anos.

Visando minorar seu sofrimento o médico solicitou tratamento via home care, mas foi negado pela operadora de saúde sem ser de forma expressa e escrita. Em razão da gravidade da situação a autora teve que arcar com os gastos, recorrendo ao judiciário para que todo tratamento fosse pago integralmente pelo plano de saúde.

Decisão liminar deferida conforme partes do fundamento abaixo

Reconhecendo a relação consumerista, entendeu o magistrado que devem preponderar sobre a letra fria da lei a boa-fé dos contratantes e o equilíbrio contratual.

Da análise dos documentos juntados aos autos ficou clara a necessidade de tratamento domiciliar em virtude da saúde comprometida da demandante.

Entende-se que ao plano de saúde só cabe estabelecer quais as doenças podem ser cobertas, mas não o tipo de tratamento destinado a alcançar a cura. Além do mais, vislumbrou-se o perigo de dano latente por se tratar da saúde humana.

A parte faleceu antes do cumprimento da liminar.

A sentença foi procedente e a operadora de saúde condenada em danos morais, mas o processo encontra-se em grau de recurso no TJPE.

#### 4.1.12 Caso Prático 12 – Tratamento com radioterapia.

A parte requerente é idosa, 64 anos, tendo sido diagnosticada com câncer de esôfago. Estava se submetendo à quimioterapia, mas por causa de sucessivas sessões evoluiu para uma plaquetomia, inviabilizando o referido tratamento. Adimplente com suas mensalidades.

Obteve como indicação médica e único tratamento viável, a irradiação local através da IRMT (Radioterapia com modulação de intensidade do feixe) com auxílio de IGRT (Radioterapia Guiada por Imagem). Entretanto, as duas solicitações foram negadas pelo plano, sob a alegação de que os procedimentos não estavam previstos no rol de procedimentos autorizados pela Agência Nacional de Saúde (ANS).

Decisão liminar deferida de acordo com os fundamentos abaixo.

Reconhecida a relação de consumo, aplicou-se o CDC.

Nas relações de consumo devem prevalecer, sobre a letra fria do texto, a boa-fé dos contratantes e o equilíbrio contratual.

Ficou comprovada, mediante laudo médico, a necessidade de realização do tratamento solicitado em razão de recidiva tumoral. A situação preencheu os requisitos legais para concessão da tutela de urgência, pois estavam presentes a probabilidade do direito do autor e o perigo de dano latente à saúde.

Além disso, fez-se constar na decisão que o plano de saúde pode estabelecer as doenças que serão cobertas, mas não o tipo de tratamento que será utilizado para alcançar a cura.

Ressalta-se que, ainda antes do cumprimento da liminar, foi impetrado pela parte ré um pedido de reconsideração, mas foi negado pelo magistrado.

A sentença foi procedente, mas o processo encontra-se em grau de recuso no TJPE.

#### 4.1.13 Caso Prático 13 – Tratamento via home care.

A parte autora, idosa de 73 anos, já apresentava várias sequelas por conta de uma aneurisma cerebral em 2011. Após um acidente doméstico, passou por cirurgia, colocou uma sonda para alimentação e ficou algum tempo na UTI. A médica acompanhante solicitou atendimento em regime de home care gerencial, entretanto,

o plano não autorizou os tratamentos acessórios ao home care na forma prescrita pelo médico assistente, sem qualquer justificativa legal.

Decisão liminar deferida conforme partes do fundamento abaixo

Reconhecendo a relação consumerista, entendeu o magistrado que deveriam prevalecer sobre a letra fria da lei a boa-fé dos contratantes e o equilíbrio contratual.

Da documentação acostada aos autos ficou claro que a parte autora necessitava de tratamento domiciliar, ante a sua saúde comprometida.

Ademais, filiou-se, o magistrado, ao entendimento de que o plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não dizer que tipo de tratamento será utilizado pelo médico para alcançar a cura da enfermidade.

Foram preenchidos os requisitos legais para concessão da tutela de urgência, pois existia a probabilidade do direito do autor e o perigo de dano, quando se leva em consideração a saúde.

Em razão da piora do quadro clínico, a parte requereu a extensão da liminar para que fossem acrescentados alguns tratamentos indicados pelo médico, os quais também foram deferidos.

Houve petição informando descumprimento da liminar.

O processo encontra-se em andamento.

#### 4.2 Da análise dos dados

Percebe-se inicialmente que dos 13 (treze) casos observados, todos tiveram o pedido liminar deferido. Ou seja, 100% dos casos foram considerados, na ótica do judiciário, urgentes e aptos a receber a tutela sem a oitiva da parte demandada, nem análise prévia dos aspectos contratuais. Na análise da negativa a tutela ao bem da vida se sobrepôs aos aspectos normativos.

Realizada a apresentação dos casos observados, torna-se importante acompanhar os passos e os critérios utilizados para concessão da medida liminar.

Inicialmente, deve-se verificar se dos fatos narrados na inicial o autor preencheu os requisitos considerados essenciais pelo CPC/2015 para o deferimento do pedido liminar: “Art. 300: A tutela de urgência será concedida quando houver

elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

Das situações em análise, percebe-se que todos apresentavam certa urgência/emergência na prestação de serviço pelo plano de saúde, uma vez que o bem posto em risco era a própria vida do paciente. Nesse momento, levou-se em conta a alegação da parte demandante que, munida de documentos, foi tomada como sendo composta por elementos idôneos de convicção, tendo a aparência da verdade e a probabilidade de que o fato era verdadeiro. Não se trata de verdade absoluta, mas a necessária para autorizar a antecipação da tutela a favor do direito mais provável.

Considerou-se urgência no pedido quando da demora na prestação do serviço havia a possibilidade do paciente vir sofrer danos irreparáveis em sua saúde, inclusive para evitar risco de morte.

Além dos embasamentos legais, constata-se na fundamentação das decisões a valorização de aspectos ligados a princípios fundamentais do ser humano.

Pela própria natureza do contrato, levaram-se em conta que a vida e a integridade física são bens que se sobrepõem a qualquer outro interesse, sendo obrigação das operadoras de planos de saúde prestar toda a assistência necessária a fim de preservá-los, salvo exceções que não constituam serviços essenciais a essa assistência, mas mero complemento a essa prestação, o que não parece ser a realidade dos casos aqui presentes.

Feita essa primeira análise, entendeu-se por bem agrupar as respostas dos planos de saúde de acordo com as semelhanças de pedido, na tentativa de melhor visualizar e entender as negativas e a fundamentação das decisões utilizadas para concessão da liminar. Os dados foram agrupados e classificando em categorias quanto: (1) ao uso medicamento/tratamento; (2) à cobertura de materiais e/ou uso de próteses; (3) à instalação de home care; (4) à realização de cirurgia.

#### 4.2.1 Das categorias

##### **4.2.1.1 Categoria 1**

Nos casos 2, 5, 8 e 9 percebeu-se em linhas gerais que as negativas dos planos de saúde eram relativas ao uso de medicamento domiciliar, não

preenchimento das diretrizes da ANS ou a falta de cobertura contratual. Entretanto, essa última justificativa fundamentava-se no fato de que tal medicação/tratamento não estava prevista no rol de procedimentos da ANS.

As decisões liminares, no entanto, foram todas deferidas. Percebe-se que o julgamento inicial se baseou na probabilidade do direito e o perigo de dano levando em conta se tratar de saúde. Além disso, seguiu o entendimento que o rol da ANS é apenas exemplificativo e havendo cobertura contratual da doença, não cabe ao plano escolher a melhor técnica, mas ao profissional de conhecimento. Ressaltou-se ainda o fato de que a vida e a integridade física devem se sobrepôr a qualquer outro interesse, e que em razão da natureza do contrato, os planos devem prestar a assistência necessária para preservá-los.

Vale ressaltar que não foram desconsiderados os aspectos monetários da empresa, mas em virtude da presunção de sua capacidade financeira, ela arcaria com um menor ônus até o julgamento definitivo do processo. Além disso, para as empresas o risco não era considerado irreparável, uma vez que no caso de improcedência da ação, ela poderia cobrar o crédito junto a parte requerente.

#### **4.2.1.2 Categoria 2**

Já os casos práticos 1, 4 e 6 exemplificaram a negativa do plano quanto ao uso de próteses e ao uso de materiais indispensáveis no tratamento.

De acordo com o relato, as próteses (1 e 4) e o material (6) não foram fornecidos porque não gozavam de cobertura contratual, o que na verdade não configurava recusa, mas sim, uma limitação contratual. Ainda como argumento, a empresa afirmou que procedimentos cirúrgicos e materiais não previstos contratualmente causam um abalo financeiro na empresa, que terá que cobrar esse valor de todos os beneficiários no momento dos futuros reajustes.

As decisões embasaram-se no fato de ser abusiva a cláusula de exclusão de próteses consideradas imprescindíveis para o procedimento, sem as quais não poderia se alcançar o resultado desejado. Também não cabe ao plano de saúde escolher a técnica mais adequada para o tratamento (Súmula 54 TJPE).

Além do mais, no caso do stent, por se tratar de cirurgia considerada urgente, não havia que se falar em limitação contratual já que nem tinha carência.

De acordo como a súmula 11 do TJPE: “É abusiva a negativa de cobertura de *stent*, ainda que expressamente excluída do contrato de assistência à saúde.

As decisões também fundamentaram o aspecto relevante da saúde, considerando os graves riscos de piora ante a não concessão do pedido liminar, o que poderia acarretar num dano irreparável.

#### **4.2.1.3 Categoria 3**

Nos casos 10, 11 e 12 as operadoras de saúde alegaram que o serviço de home care não estava previsto no contrato celebrado entre as partes, tratando-se apenas de mera liberalidade do plano.

Conforme visto, o pedido de liminar foi deferido. As decisões basearam-se, sobretudo, na documentação médica juntada aos autos demonstrando o estado de saúde comprometido da pessoa em razão da doença. Considerou-se também a necessidade e a urgência do caso, em virtude do perigo latente de dano por se tratar da saúde humana.

O fato da saúde ser considerada um bem intrinsecamente relevante à vida e a dignidade humana ter sido elevada à condição de direito fundamental do homem foram elementos enaltecidos nas decisões. Para o magistrado, a saúde deve se sobrepor a questões econômicas, e não, ser vista como um simples objeto.

Quanto aos aspectos jurídicos, as decisões foram proferidas de acordo com o entendimento do STJ de que existindo cobertura da doença pelo plano, não cabe ao mesmo decidir sobre o melhor tratamento. Seguiram ainda com respaldo no entendimento do TJPE que editou a súmula 07: “É abusiva a exclusão contratual de assistência médico domiciliar (home care)”.

#### **4.2.1.4 Categoria 4**

Aqui, toma-se como referência os casos práticos 3 e 7. No caso 3 o plano de saúde alegou que o contrato em questão não dava cobertura para o procedimento solicitado pelo médico. No caso 7, alegou que não houve recusa, mas o pedido estava em análise.

Em ambos os casos, observado a verossimilhança das declarações e o fundado receio de dano irreparável, as liminares foram deferidas. A demora na prestação do serviço poderia pôr em risco a vida do requerente.

No decorrer do processo ficou comprovado que no caso 3 o hospital não era credenciado na categoria do plano em questão. No caso 7, a operadora, ante a situação complexa, agiu dentro do prazo de atendimento indicado pela ANS.

Assim, embora à primeira vista as empresas tenham agido de maneira ilegal, ficou confirmado que ambas atuaram em conformidade com as normas contratuais e legais, afastando a responsabilidade pela suposta negativa.

Essas conclusões, porém, só puderam ser alcançadas após o efetivo contraditório, de modo que, a princípio, não se pode condenar o julgamento inicial ante a urgência da situação, que teve que ponderar quais os danos seriam mais irremediáveis. Ao final do processo seria mais fácil a empresa cobrar o que lhe fosse devido, do que a paciente pagar com a própria vida.

Como os princípios contratuais servem para ambos os contratantes, não pode a parte requerente obter aquilo que está além do contratado, sob pena de ficar caracterizado a quebra da boa-fé contratual.

Nos dois casos as partes contratantes tiveram que arcar com todas as despesas.

#### 4.3 Da análise em geral

Constata-se inicialmente que todas as liminares foram deferidas pelo judiciário em decisão inicial. Ou seja, as pessoas foram atendidas em seus pedidos liminares, entendidos como urgentes, sem precisar da oitiva prévia da parte contrária. Mostrou-se incontroverso a necessidade de procedimentos solicitados, restando observar se havia ou não ilegalidade nas recusas.

Isso não quer dizer que foram todos julgados procedentes, como colocado no final de cada processo a título de informação, mas, considerando a urgência de cada caso, o posicionamento do então magistrado foi em amparar o bem jurídico da vida, devendo ele se sobrepor a qualquer outro interesse.

Se no final do processo não ficasse comprovado o direito da parte autora, o plano de saúde teria mais condições de reverter a situação e cobrar a dívida do

autor, visto se tratar de questões pecuniárias. O contrário, porém, não poderia ser possível, já que a pessoa poderia não aguentar sobreviver até o julgamento do processo para ter a pretensão reconhecida.

Se não reconhecida a ilegalidade da conduta do plano de saúde, caberia ao demandante arcar com todas as despesas, ficando as eventuais cláusulas apontadas como ilegais vigentes no contrato.

A negativa de cobertura ao tratamento adequado e comprovadamente recomendado é inadmissível e a imposição de qualquer obstáculo à sua concretização viola a função social do contrato, colocando o consumidor em extrema desvantagem perante o fornecedor de serviços.

Ante a vulnerabilidade do consumidor, tornou-se indiscutível o fato do contrato de plano de saúde se submeter às regras do CDC, principalmente aquelas voltadas a impedir a abusividade de cláusulas contratuais que gerem limitação de direitos (art. 51), inexecução do contrato em si e as que ensejem desrespeito à dignidade da pessoa humana e à saúde (art. 4º), com o objetivo de manter o equilíbrio entre os contratantes.

O STJ, inclusive, editou nova súmula (608) consolidando tal entendimento: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão”.

Adentrando aos casos práticos, pode-se dizer em linhas gerais que as circunstâncias consideradas urgentes não foram atendidas pelas operadoras por falta de cobertura contratual. Isso é, ou existia cláusula expressa excluindo a cobertura ou excluía com base no rol de procedimentos da ANS.

Essa prática vem sendo tão repetitiva que assim afirma Padilha (2018):

(...) tais argumentos consolidados na Justiça Nacional já deveriam as operadoras de saúde se conscientizar e deixarem de lado essas práticas abusivas de negativa de procedimento que não estejam no rol, ou o judiciário deveria começar a majorar ainda mais os danos morais a título de sanção as Operadoras para de uma vez por todas abandonarem essas práticas.

Merece salientar que o próprio site da ANS e do IDEC afirmam que esse rol trata de uma lista meramente exemplificativa dos procedimentos que deverão ser cobertos pelos planos de saúde contratados a partir de 1999, quando passou a vigorar a Lei dos Planos de Saúde (Lei nº 9.656/98). Entendimento esse já adotado na jurisprudência do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. EXCLUSÃO DE COBERTURA DE PROCEDIMENTO MÉDICO. HARMONIA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 568/STJ. 1. Ação de obrigação de fazer combinada com indenização por danos materiais e compensação por danos morais. 2. Ausentes os vícios do art. 1.022 do CPC/15, rejeitam-se os embargos de declaração. 3. O plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado, sendo abusiva a negativa de cobertura do procedimento, tratamento, medicamento ou material considerado essencial para sua realização de acordo com o proposto pelo médico. **O fato do procedimento não constar do rol da ANS não afasta o dever de cobertura do plano de saúde, tendo em vista que se trata de rol meramente exemplificativo.** 4. Ante o entendimento dominante do tema nas Turmas de Direito Privado, aplica-se, no particular, a Súmula 568/STJ. 5. Agravo interno no recurso especial desprovido.(STJ - AgInt no AREsp: 1345913 PR 2018/0207123-1, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 25/02/2019, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/02/2019, grifo nosso).

Assim, como as decisões apreciadas se limitaram apenas à liminar, torna-se interessante expor alguns dos posicionamentos do próprio TJPE e do STJ sobre as negativas aqui apresentadas, que terminam por fundamentar e corroborar a apreciação inicial do magistrado, confirmando a tutela de urgência, senão vejamos abaixo.

No que se refere à negativa de próteses (stent) assim tem se posicionado o STJ:

DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. SEGURO SAÚDE. CONTRATAÇÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DO CDC E À LEI 9.656/98. EXISTÊNCIA DE TRATO SUCESSIVO. INCIDÊNCIA DO CDC, MAS NÃO DA LEI 9.656/98. BOA-FÉ OBJETIVA. PRÓTESE NECESSÁRIA À CIRURGIA DE ANGIOPLASTIA. ILEGALIDADE DA EXCLUSÃO DE "STENTS" DA COBERTURA SECURITÁRIA. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE REPARAR OS DANOS MATERIAIS.- [...] - O direito subjetivo assegurado em contrato não pode ser exercido de forma a subtrair do negócio sua finalidade precípua. Assim, se determinado procedimento cirúrgico está incluído na cobertura securitária, não é legítimo exigir que o segurado se submeta a ele, mas não instale as próteses necessárias para a plena recuperação de sua saúde. - **É abusiva a cláusula contratual que exclui de cobertura a colocação de "stent", quando este é necessário ao bom êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo plano de saúde.** Precedentes. [...] Recurso especial a que se dá parcial provimento.(REsp 735.168/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/03/2008, DJe 26/03/2008, grifo nosso).

Tal entendimento já foi inclusive sumulado pelo Tribunal de Justiça de PE, senão vejamos: “É abusiva a negativa de cobertura de stent, ainda que expressamente excluída do contrato de assistência à saúde (Súmula nº 11 TJPE)”.

Da mesma forma, quanto a solicitação de tratamento médico esse é o entendimento do TJPE:

PROCESSO CIVIL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RECURSO DE APELAÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA DE FAZER CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS PLANO DE SAÚDE. PRELIMINAR CONFUNDE-SE COM O MÉRITO. NEGATIVA DE COBERTURA PARA TRATAMENTO MÉDICO. NÃO É POSSIVEL A OPERADORA LIMITAR O TIPO DE TRATAMENTO OU MATERIAIS A SEREM UTILIZADOS. MÉDICO RESPONSÁVEL PELO PACIENTE. DANO MORAL CARACTERIZADO. REDUÇÃO DAS ASTREINTES. 1- É de todo sabido que, ao celebrar um plano ou seguro de assistência privada à saúde, o consumidor tem a legítima expectativa de que, em acontecendo determinado achaque, a Seguradora arcará com os respectivos custos. Em não acontecendo, entretanto, há violação expressa da boa-fé objetiva, que deve servir de orientação a todo e qualquer contrato. 2- Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde. (Sumula 469 STJ). 3- **A recomendação para o tratamento é de ordem médica e é o profissional que detém o conhecimento técnico sobre as técnicas empregadas** bem como pelos medicamentos a serem utilizados na cura do paciente. 4- **É abusiva a negativa de cobertura de próteses, órteses, vinculadas ou consequentes de procedimento cirúrgico, ainda que de cobertura expressamente excluída ou limitada, no contrato de assistência à saúde.** (Súmula 54) 5- -Manutenção dos danos morais fixado pelo magistrado de piso no patamar de R\$10.000,00 (dez mil reais). 6-- Unanimemente, deu-se provimento parcial ao recurso de apelação. (TJ-PE - APL: 4608811 PE, Relator: Josué Antônio Fonseca de Sena, Data de Julgamento: 23/05/2017, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 22/06/2017, grifo nosso).

Quanto ao uso de home care, assim vem decidindo as Câmaras do E. TJPE:

PROCESSO CIVIL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. SEGURO SAÚDE. RECOMENDAÇÃO MÉDICA. HOME CARE. RECUSA DE COBERTURA SECURITÁRIA INDEVIDA. ABUSIVIDADE. SÚMULAS 07 E 35 DO TJPE. DANO MORAL. RECURSOS DE APELAÇÃO E O ADESIVO IMPROVIDOS. À UNANIMIDADE DE VOTOS. 1. Compulsando os autos depreende-se que a solicitação do médico assistente à fl 22 prescreve home care. 2. O médico e não o plano de saúde é o responsável pela indicação do tratamento. 3. Súmula n.07/TJPE - É abusiva a exclusão contratual de assistência médico domiciliar (home care). 4. Com efeito, para que se possa falar em dano moral é preciso que a pessoa seja atingida em sua honra, sua reputação, sua personalidade, seu sentimento de dignidade, passe por dor, humilhação, constrangimentos, tenham os seus

sentimentos violados. Fatos não ocorridos nos autos. 5. À unanimidade, deu-se provimento parcial ao recurso da empresa ré no sentido de excluir os danos morais e negou-se provimento ao recurso adesivo da parte autora. (TJ-PE - APL: 4557344 PE, Relator: Josué Antônio Fonseca de Sena, Data de Julgamento: 21/11/2018, 2ª Câmara Extraordinária Cível, Data de Publicação: 28/11/2018)

E, principalmente, no que se refere ao atendimento de urgência, o próprio o art 35 da Lei nº 9.656: dispõe que:

Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos: (Redação dada pela Lei nº 11.935, de 2009).

I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco **imediate de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente**, caracterizado em declaração do médico assistente; (Redação dada pela Lei nº 11.935, de 2009).

II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de **complicações no processo gestacional**; (Redação dada pela Lei nº 11.935, de 2009).

III (...) (grifo nosso).

Existem ainda duas súmulas importantes do STJ quando o assunto é referente a plano de saúde, a nº 302 e a nº 597.

A súmula nº 302 descreve que “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”. Já a Súmula 597 afirma que

A cláusula contratual de plano de saúde que prevê carência para utilização dos serviços de assistência médica nas situações de emergência ou de urgência é considerada abusiva se ultrapassado o prazo máximo de 24 horas contado da data da contratação.

Dessa forma, é pacífico o entendimento do STJ de que existindo cláusulas consideradas abusivas, elas devem ser consideradas nulas.

Faz-se importante ressaltar ainda que em alguns casos práticos relatados os planos de saúde alegaram, em sua defesa, que por tratar-se de planos contratados antes da vigência da Lei nº 9.656/98, as regras determinadas não podiam retroagir para alcançá-los. Trata-se de tema bastante controverso.

Entretanto tais argumentos não prosperaram uma vez que a jurisprudência do TJPE tem sido utilizada nesse sentido, senão vejamos:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - PLANO DE SAÚDE - INFUSÃO DE INSULINA COM MONITORIZAÇÃO CONTÍNUA DA GLICOSE - FORNECIMENTO PELA EMPRESA DE SAÚDE - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DEFERIDA. I) PRELIMINAR DE NÃO SEGUIMENTO DO RECURSO NÃO ACOLHIDA POR UNANIMIDADE. II) MÉRITO. DECISÃO MANTIDA. NEGATIVA DE COBERTURA POR NÃO CONSTAR O PROCEDIMENTO NO ROL DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. ALEGAÇÃO INFUNDADA. LISTA MERAMENTE EXEMPLIFICATIVA. PROCEDIMENTO PRESCRITO PELO MÉDICO - RECURSO QUE SE NEGA PROVIMENTO. DECISÃO UNÂNIME. (TJ-PE - AI: 4447190 PE, Relator: Eduardo Augusto Paura Peres, Data de Julgamento: 31/10/2017, 6ª Câmara Cível, Data de Publicação: 16/11/2017)

E ainda de acordo com o STJ:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA. NEGATIVA DE TRATAMENTO PRESCRITO PELO MÉDICO ASSISTENTE NÃO PREVISTO PELO ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS. INVIABILIDADE. SÚMULA 83/STJ. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO E MINORAÇÃO DO MONTANTE INDENIZATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. 1. Segundo a orientação jurisprudencial desta Corte, "não é cabível a negativa de tratamento indicado pelo profissional de saúde como necessário à saúde e à cura de doença efetivamente coberta pelo contrato de plano de saúde". **E o "fato de eventual tratamento médico não constar do rol de procedimentos da ANS não significa, per se, que a sua prestação não possa ser exigida pelo segurado, pois, tratando-se de rol exemplificativo, a negativa de cobertura do procedimento médico cuja doença é prevista no contrato firmado implicaria a adoção de interpretação menos favorável ao consumidor"** (AgRg no AREsp 708.082/DF, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 16/2/2016, DJe 26/2/2016). Incidência da Súmula 83/STJ. 2. No caso, o Tribunal de origem considerou que a negativa de cobertura do tratamento ocasionou dano moral pelo fato de ter agravado o sofrimento de paciente que já possuía o "estado anímico combalido pelo diagnóstico de esclerose múltipla", "colocando em risco suas chances em preservar o que lhe restava da capacidade física e mental" (e-STJ, fl. 674). Assim, o acolhimento da pretensão de exclusão do dano moral não prescindiria da aferição das conclusões estabelecidas mediante o reexame direto das provas dos autos, providência vedada pelo óbice da Súmula n. 7 do STJ. Além disso, em conformidade com a jurisprudência do STJ, o quantum arbitrado a título de danos morais está baseado no acervo fático-probatório dos autos, motivo pelo qual somente pode ser revisado nesta instância em casos de valores irrisórios ou exorbitantes, os quais não observam os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, situação não constatada na espécie em que foram fixados o valor de R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais). 3. Agravo interno improvido.(STJ - AgInt no AREsp: 1359417 DF 2018/0230583-8, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 25/02/2019, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/03/2019, grifo nosso).

Além do mais, como observado nas decisões dos casos expostos, existe um entendimento de que o fato da Lei nº 9.656/98 não incidir sobre os planos de saúde antigos não impede que ela seja usada como parâmetro para proteger os interesses das partes hipossuficientes.

Mesmo que não houvesse aplicação dessa lei, como trata-se de contrato de adesão, bastaria a aplicação do próprio CDC para proteger os interesses do consumidor.

Sobre o assunto, ensina Almeida (2003) que:

O Código do Consumidor é pródigo em dirigismo contratual, lei de índole protetiva que é. Além das normas gerais de proteção (arts. 46/50), editou normas específicas que interferem no conteúdo do contrato (art. 51, seus incisos e parágrafos). Segundo seus termos, os contratos, nas relações de consumo, não poderão conter cláusulas que excluam ou atenuem a responsabilidade do fornecedor, que gerem desequilíbrio contratual ou que, de qualquer forma, conduzam o consumidor à situação prejudicial em face do poder econômico do outro contratante (ALMEIDA, 2003, p. 105).

Como bem assegura Júnior (2017) um dos direitos básicos do consumidor é a proteção contra cláusulas abusivas ou impostas. Embora o art 51 do CDC tenha elencado algumas delas, o rol é apenas exemplificativo, devendo o juiz, de pleno direito e diante das circunstâncias do fato concreto, considerá-la abusiva, e, portanto, nula.

Ainda conforme o entendimento do referido autor, cláusula abusiva é aquela notoriamente desfavorável ao consumidor e quando sua presença "...torna inválida a relação contratual pela quebra do equilíbrio entre as partes" (2007, p. 573).

Deve-se ressaltar, contudo, que o reconhecimento de abusividade de determinada cláusula deve ser realizado caso a caso, após uma análise detalhada e profunda do contrato.

Assim, as cláusulas abusivas restringem a total autonomia do fornecedor, impondo-lhe observância das normas de conduta de maneira a respeitar os direitos do consumidor, atuando em conformidade com os princípios da moralidade e boa-fé que perpassam as relações de consumo (ALMEIDA, 2003).

Diante de tantas negativas repetitivas, Padilha (2018) alega que:

(...) tais argumentos consolidados na Justiça Nacional já deveriam as operadoras de saúde se conscientizar e deixarem de lado essas práticas

abusivas de negativa de procedimento que não estejam no rol, ou o judiciário deveria começar a majorar ainda mais os danos morais a título de sanção as Operadoras para de uma vez por todas abandonarem essas práticas.

Algumas negativas inclusive, além da nulidade contratual, podem gerar um dano moral ao consumidor com base nos efeitos do ato lesivo, de modo a proporcionar ao ofendido compensações outras, além de financeiras, capazes de retribuir-lhe satisfações e alegrias na justa medida do abalo sofrido.

O dano moral, por sua vez, não se refere um mero dissabor, aborrecimento normal, mas uma intensa angústia e abalo psicológico e emocional, suficiente a dar ensejo à condenação de pagamento de uma indenização.

À luz da Constituição, Cavalieri Filho (2012) conceitua dano moral em dois aspectos distintos. Em sentido estrito, dano moral é uma violação do direito à dignidade, seja quanto à intimidade, à vida privada, a honra ou a imagem. Em sentido amplo, dano moral refere-se a uma violação de um dos direitos da personalidade, seja quanto a cor, credo, cultura, etc.

Ou seja, dano moral não se limita apenas à dor e a tristeza, mas a todos os direitos personalíssimos do ser humano, devendo cada caso deve ser analisado separadamente.

No entanto, há situações em que essa necessidade se evidencia, pois, a negativa indevida redundando em intensificação do sofrimento pelo qual o usuário já vem passando em decorrência de seu estado de saúde.

Em sintonia com tal tese, o Tribunal de Justiça de Pernambuco pacificou entendimento de que “A negativa de cobertura fundada em cláusula de contrato de assistência à saúde rende ensejo à indenização por dano moral (Súmula 35)”.

Por fim, é notório que as decisões aqui tratadas sempre enfatizaram a questão da saúde em primeiro plano, como um bem elevado a direito fundamental intrinsecamente relevante à vida e a dignidade humana.

Entretanto, vale salientar que as decisões aqui abordadas seguiram sempre o entendimento do TJPE, de que embora alguns contratos fossem anteriores a Lei nº9.656/98, eles eram considerados de trato sucessivo e renovação continuada e, portanto, deveriam se submeter a referida legislação enquanto perdurasse a relação

contratual, possivelmente pela maior segurança e garantia quanto à cobertura dos procedimentos hospitalares e exames médicos.

Em fevereiro de 2018, porém, o STF entendeu pela não aplicação da Lei nº 9.656/98 aos planos antigos, devendo os mesmos se valer do Código de Defesa do Consumidor. O site do IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor), entretanto, ressalva que caso o consumidor de um plano antigo se sinta prejudicado, ele pode entrar com uma ação na Justiça contra a operadora para ter seus direitos respeitados, usando o CDC como base.

Embora os casos acima não tenham evidenciado nenhuma situação de negativa por parte do plano em que o consumidor/contratante tenha precisado de atendimento dentro do prazo de carência, é sabido que esse fato existe.

Diante dessa realidade, existe hoje um plano de lei de autoria da senadora Rose de Freitas (Pode-EP) que prevê que o usuário do plano pode ficar isento do prazo de carência para os casos de emergência e urgência. O PLS 502/2017 já foi aprovado pela Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor (CTFC). E segue para análise da Comissão de Assuntos Sociais (CAS).

O projeto pretende alterar a Lei nº 9.656/98 para eliminar mecanismos que dificultem o atendimento de emergência e urgência, inclusive os de autorização prévia. Para a senadora, embora o período de carência proteja as operadoras contra abusos e fraudes, esse procedimento pode inviabilizar os atendimentos de circunstâncias excepcionais e imprevisíveis que exijam soluções imediatas.

Segundo Rose de Freitas a fixação de prazo carência não pode resultar em prejuízo manifesto para o consumidor, a ponto de impedir que o contrato com o plano de saúde cumpra a sua função social que é prover o acesso aos tratamentos previstos. “É o caso das urgências e emergências, que, se não forem tratadas a tempo, podem acabar por tornar inócua a finalidade primordial do contrato celebrado entre as partes, qual seja, a de resguardar a saúde e a vida” (FREITAS, 2018).

O relator da proposta, o senador Elmano Ferrer (Pode – PI), corrobora com o entendimento de Freitas e considera correta a sugestão de extinguir os prazos de carência para as referidas situações, uma vez que se o consumidor não recebe o atendimento no tempo necessário, este poderá ser ineficaz se realizado posteriormente.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo analisar se as negativas dos planos de saúde constituem um verdadeiro descumprimento contratual por parte das empresas privadas ou se há abuso por parte dos usuários em suas solicitações, ultrapassando seus direitos previstos as cláusulas contratuais.

Através da literatura foi possível visualizar os caminhos percorridos até que a saúde humana fosse elevada a patamar que hoje conhecemos um direito social fundamental previsto na CF/88 e um dever do Estado em prestar um serviço de maneira equitativa, universal e integral a toda população.

Isso, porém, não assegurou que ela fosse prestada com toda sua excelência. Como visto o Estado não conseguiu oferecê-la de maneira satisfatória a todos os cidadãos, ao ponto que, com ajuda do sistema privado passou a disponibilizá-la à sociedade mediante sistema de contraprestação.

Assim, firmada mais uma relação contratual, agora entre o particular e uma empresa privada de saúde, tornou necessária a aplicação do CDC como forma de garantir os direitos a parte mais vulnerável e hipossuficiente, que nesse caso é o consumidor/paciente.

Com o passar do tempo, porém, muitas passaram a ser as reclamações quanto ao serviço prestado, sobretudo, a quantidade de negativas de tratamento/procedimentos por parte das operadoras de saúde, chegando a ser objeto de demanda judiciária.

Dessa forma, foram analisadas nesse trabalho quais as principais alegações dos planos de saúde ao negar uma solicitação médica, sobretudo, no que diz respeito, as questões urgentes.

Com base nos dados obtidos percebeu-se que diante de situações de urgência a primeira análise realizada pelo judiciário foi no sentido de assegurar o bem mais importante, a vida. Não foram, contudo, desprezados os aspectos mínimos legais e/ou contratuais, mas em razão da necessidade latente de proteger a saúde e a vida, aqueles ficaram para uma segunda análise mais aprofundada.

Tanto é que em duas situações citadas, embora a decisão tenha sido no sentido de prover a tutela de urgência, a decisão final reformou o entendimento inicial, onde ficou evidenciado quebra contratual por parte do contratante.

Também não foram desprezados os aspectos econômicos contratuais, mas em virtude do risco e da impossibilidade do prejuízo causado em face das partes demandantes, entendeu-se necessário e urgente priorizar o aspecto humano, na tentativa de não medir esforços para que uma pessoa doente pudesse conviver e/ou viver com as condições mínimas necessárias para se garantir uma vida digna.

Além do mais, como ficou demonstrado, a não concessão da liminar causaria mais risco para parte autora uma vez que a empresa, geralmente de grande porte, poderia exigir no final do processo os gastos despendidos com o paciente, se houvesse mudança na sentença.

Adiar um procedimento, uma medicação ou um tratamento é possibilitar o acontecimento de prejuízos irreparáveis à saúde e à vida humana, direitos previstos constitucionalmente.

Assim, foi possível perceber, em geral, que os pedidos narrados não extrapolavam os limites contratuais, referiam-se a questões essenciais para manutenção da saúde e da qualidade de vida.

Por tratar de risco latente à vida percebeu-se nas decisões a possibilidade de flexibilização do texto de lei em benefício da parte mais vulnerável. As cláusulas contratuais foram interpretadas da maneira mais favorável ao consumidor e a qualquer indício de cláusula abusiva que pudesse afetar a saúde, ela deveria ser afastada.

As negativas embasaram-se, em sua totalidade, numa falta de previsão contratual, alegando que tinham por base as orientações da ANS e essa era omissa quanto à cobertura no rol de procedimentos. Entretanto, com tantos avanços e descobertas no ramo da medicina é quase impossível que essa lista esteja sempre atualizada. Como diz a própria ANS em seu site, esse rol é meramente exemplificativo, contendo apenas as coberturas mínimas exigidas pelos planos.

A falta de cláusula contratual nesse viés, e até cláusula expressa limitativa, como visto, não pode limitar a assistência à saúde, principalmente se a demanda for urgente e não havendo mais carência contratual a cumprir.

O que leva a crer é que essa prática era, e ainda é, um comportamento comum dos planos de saúde ao negar os atendimentos. Tanto é que nas próprias decisões liminares já há previsibilidade de aplicação de multa por descumprimento, o que, à primeira vista, pode parecer desnecessário, já que não iriam ser contrários

a uma decisão jurídica, mas na prática, o que se vê é que mesmo assim algumas empresas ainda permanecem descumprindo uma ordem judicial.

Em certas situações é necessário inclusive que o magistrado tome medida mais coercitiva a fim de assegurar o dinheiro necessário para realização de procedimentos ou fornecimentos de medicações.

A sensação é de que naquele momento o que menos importa é a vida de um ser humano. Já que certos procedimentos são tão caros, talvez agir de forma protelatória saia mais em conta do que arcar com os custos com o paciente.

Esse posicionamento nos leva a pensar a que se propõem realmente essas empresas. Pois se havia como justificativa para negativa o risco econômico frente ao custo não previsto no contrato, tendo inclusive eventualmente que repassar os gastos para os demais beneficiários do plano, porque então não cumprem as ordens judiciais, tendo que arcar com reincidentes multas além de todas as despesas médicas após determinação judicial.

Há argumentos de que a empresa pode até quebrar com tantos gastos que tem que cobrir, mas também há notícias que os planos de saúde continuam tendo lucros exorbitantes, segundo dados da ANS em 2016.

É sabido que numa relação contratual todos têm seus interesses, mas questões econômicas não podem se sobrepor a direitos essenciais como a vida. Não é lícito ao plano pretender apenas as vantagens do negócio que explora, eximindo-se dos ônus porventura decorrentes.

Até porque é da própria natureza do contrato que o usuário espere ter a cobertura dentro dos moldes contratado nos seus momentos mais inesperados e dolorosos, principalmente em questões emergenciais. Sem contar que tal comportamento da contratada afronta aos princípios da confiança e boa-fé objetiva que devem reger as relações contratuais.

Nessa perspectiva, ante a reiterada prática, entendo que seja uma conduta ilegal, abusiva por parte das empresas, ainda mais se tratando de um bem tão incomensurável como a saúde e a vida. E que, para além da quebra contratual, mediante as negativas, estariam eles, violando os princípios básicos da boa-fé e da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, Cristiane Paglione. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11648](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11648). Acesso em abr 2019.
- ALMEIDA, João Batista. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BÉRGAMO, Bruno. **Responsabilidade civil**: da negativa dos Planos de Saúde. Disponível em: <https://bbergamo.jusbrasil.com.br/artigos/305587535/responsabilidade-civil-da-negativa-dos-planos-de-saude>. Acesso em 04 abr. 2019.
- BOAVENTURA, Thiago. **Plano de Saúde não pode negar tratamento prescrito por médico**. Conduta abusiva e atentatória contra o princípio da dignidade humana poderá ensejar reparação por danos morais. Acesso em: 01 mai. 2019. <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI266410,61044-Plano+de+saude+nao+pode+negar+tratamento+prescrito+por+medico>
- BOLZAN, Fabrício. **Direito Constitucional Esquematizado**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BORGES, Gustavo Silva. Responsabilidade civil nos planos de saúde. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 82, nov 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8674](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8674)>. Acesso em maio 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.053.810 - SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Recorrente: A Marítima Companhia de Seguros Gerais. Recorrido: José Antônio Gomes da Silva. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19152853/recurso-especial-resp-1053810-sp-2008-0094908-6>. Acesso em: 03 mai. 2019.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 7.865 - RO. Relatora: Ministra Maria Isabel Galloti. Agravante: Unimed Rondônia Cooperativa de Trabalho Médico. Agravado: Helen de Farias Tabosa Gil. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24974164/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-7865-ro-2011-0093740-9-stj/relatorio-e-voto-24974166?ref=juris-tabs>. Acesso em: 03 mai. 2019.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1345913. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Agravante: Unimed Vitória Cooperativa de Trabalho Médico. Agravada: Maria Eliana Lentini Ribas. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/680859985/agravo-interno-no-agravo->

em-recurso-especial-agint-no-aresp-1345913-pr-2018-0207123-1/certidao-de-julgamento-680860026. Acesso em: 16 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 735.168 - RJ, Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Recorrente: Marcos Piacesi. Recorrido: Bradesco Saúde S/A. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8686622/recurso-especial-resp-735168-rj-2005-0045980-3-stj/relatorio-e-voto-13726989>. Acesso em: 16 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp: 1359417 - DF 2018/0230583-8, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Agravante: Geap Autogestão em Saúde. Agravado: Neide Aparecida Ribeiro. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/686492515/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-aresp-1359417-df-2018-0230583-8>. Dje 13/03/2019. Acesso em 16 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm). Acesso em: 15 mai. 2019

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm). Acesso em: 12 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 16 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Sistema Único de Saúde (SUS): estrutura, princípios e como funciona. Disponível em <http://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>. Acesso em: 10 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Formas de contratação de plano de saúde. Disponível em <https://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/contratacao-e-troca-de-plano/dicas-para-escolher-um-plano/formas-de-contratacao-de-planos-de-saude>. Acesso em: 12 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Histórico. Disponível em <http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos/historico>. Acesso em: 12 fev. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. - 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. **Programa de responsabilidade civil**. 12 ed. - São Paulo: Atlas, 2015.

DICIONÁRIO AURÉLIO. Disponível em <https://www.dicio.com.br/responsabilidade/>. Acesso em: 14 mar. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**, vol 4: contratos. Pablo Stolze, Rodolfo Pamplona Filho. – Unificada – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 3: contratos e atos unilaterais – 14 ed – São Paulo: Saraiva, 2017.

JÚNIOR, Nelson Nery. Da proteção contratual. *In* FILHO, Vicente de Oliveira. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. - 11 ed. revista, atualizada e reformulada - Rio de Janeiro: Forense, 2017.

LOBO, Paulo. **Direito Civil**: contratos. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MALMAN, Eduarda. **Direito à saúde e a Responsabilidade do Estado**. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7652/Direito-a-saude-e-a-responsabilidade-do-Estado>. Acesso em: 10 abr. 2019.

MANASSÉS, Diogo Rodrigues. **Vulnerabilidade, hipossuficiência, conceito de consumidor e inversão do ônus da prova: notas para uma diferenciação**. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,vulnerabilidade-hipossuficiencia-conceito-de-consumidor-e-inversao-do-onus-da-prova-notas-para-uma-diferenciacao,43983.html>. Acesso em: 12 abr. 2019.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, 5. ed rev., atual. e ampl.- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MERELES, Carla. **A história da saúde pública no Brasil e a evolução do direito à saúde**. Disponível em: <https://www.politize.com.br/direito-a-saude-historia-da-saude-publica-no-brasil/#toggle-id-1>. Acesso em: 10 nov. 2018.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**- 6. ed. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor** / Rizzatto Nunes. – 12. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

PADILHA, Fernando. **Análise do rol de procedimentos da ANS e sua aplicabilidade meramente exemplificativa**. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI286485,41046-Analise+do+rol+de+procedimento+da+ANS+e+sua+aplicabilidade+meramente>. Acesso em 18 mai. 2019.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Apelação nº 0014105-75.2016.8.17.00. Apelante: Sul América Companhia de Seguro Saúde. Apelada: Dilma de Melo Albuquerque Abreu. Relator: Des. Josué Antônio Fonseca de Sena. Disponível em <https://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/625798225/apelacao-apl-4608811-pe/inteiro-teor-625798229?ref=juris-tabs>. Acesso em: 16 mai. 2019.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Apelação nº 0000801-74.2015.8.17.1380. Vara Única da Comarca de Serrita. Apelante: Unimed do Cariri-Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. Apelada: Bruna Vitória Callou de Souza. Relator: Des. Josué Antônio Fonseca de Sena. Disponível em <https://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/653195897/apelacao-apl-4557344-pe/inteiro-teor-653195972>. Acesso em 16 mai. 2019.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Agravo de Instrumento nº 0008006-89.2016.8.17.0000. Agravante: Sul América Companhia de Seguro Saúde. Agravada: Raissa Hille. Relator: Des. Eduardo Augusto Paura Peres. Disponível em <https://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/625896971/agravo-de-instrumento-ai-4447190-pe?ref=juris-tabs>. Acesso em: 16 mai. 2019.

SENADO FEDERAL DO BRASIL. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/06/06/aprovada-isencao-de-carencia-para-atendimento-de-urgencia-por-planos-de-saude>. Acesso em: 01 mai. 2019.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Responsabilidade civil**: responsabilidade civil na área de saúde. 2 ed. – São Paulo, 2009.

SCHALCHER, Tayana Wood. **Constitucionalização do Direito Civil**. Disponível em <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6341/Constitucionalizacao-do-Direito-Civil>. Acesso em: 06 abr. 2019.

SOUZA, Sylvio Capanema de. **Direito do consumidor** / Sylvio Capanema de Souza, José Guilherme Vasi Werner e Thiago Ferreira Cardoso Neves – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. Flávio Tartuce. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

ULIANA, Maria Laura. **Direito Civil. Contratos. Princípios contratuais: dos princípios tradicionais aos modernos**. Disponível em <https://mlu25.jusbrasil.com.br/artigos/450052172/direito-civil-contratos-principios-contratuais-dos-principios-tradicionais-aos-modernos>. Acesso em: 24 abr. 2019.

WERNECK, Ana Carla. A responsabilidade civil das operadoras de planos privados de assistência à saúde. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 83 dez 2010. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8514](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8514). Acesso em: 06 abr. 2019.