XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

DIÓGENES FARIA DE CARVALHO

MARIANA RIBEIRO SANTIAGO

ROBERTO SENISE LISBOA

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Diógenes Faria de Carvalho
Mariana Ribeiro Santiago
Roberto Senise Lisboa – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-802-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Apresentação

É com grande satisfação que introduzimos o grande público na presente obra coletiva, composta por artigos criteriosamente selecionados, para apresentação e debates no Grupo de Trabalho intitulado “Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo”, durante o XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido entre 19 e 21 de junho de 2019, em Goiânia/GO, sobre o tema “Constitucionalismo critico, políticas públicas e desenvolvimento inclusivo”.

Os aludidos trabalhos, de incontestável relevância para a pesquisa em direito no Brasil, demonstram notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, em reflexões sobre o tema das relações de consumo, no contexto da globalização, à luz da igualdade, da justiça, da liberdade, da sustentabilidade e da solidariedade social, paradigmas da Constituição Federal.

De fato, não se pode olvidar que a as questões da contemporaneidade implicam num olhar atento para o direito das relações de consumo, mas, ainda, extrapolam tal viés, com claro impacto em segmentos ambiental, social e econômico, envolvendo as figuras do Estado, do consumidor e da empresa, demandando uma análise integrada e interdisciplinar.

Os temas tratados nesta obra mergulham nos ideais de consumo sustentável, como segurança alimentar e combate ao superendividamento, na análise das práticas abusivas observadas em determinados seguimentos do mercado, na proteção dos dados pessoais do consumidor, no impacto da publicidade sobre o consumo, nos aspectos da responsabilidade civil etc.

Em sua abordagem, nota-se que os autores utilizaram referenciais teóricos refinados sobre biopolítica, sociedade de consumo, sociedade de risco, sociedade da informação, sociedade em rede, globalização, análise econômica do direito, dialogo das fontes etc., o que realça o aspecto acadêmico do evento.

Nesse prisma, a presente obra coletiva, de inegável valor científico, demonstra uma visão lúcida e avançada sobre questões do direito das relações de consumo, suas problemáticas e sutilezas, sua importância para a defesa de uma sociedade equilibrada e das gerações futuras, pelo que certamente logrará êxito junto à comunidade acadêmica.

Boa leitura!

Profa. Dra. Mariana Ribeiro Santiago - UNIMAR

Prof. Dr. Diógenes Faria de Carvalho - UFG

Prof. Dr. Roberto Senise Lisboa - FMU

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA DAS OPERADORAS DOS PLANOS PRIVADOS DE SAÚDE EM FACE AO CONSUMIDOR AUTISTA.

THE DISCRIMINATORY PRACTICE OF BRAZILIAN HEALTH CARE PROVIDERS TO AUTISM CONSUMERS

Maria Carolina Carvalho Motta [1]
Reuder Cavalcante Motta [2]

Resumo

O presente artigo tem analisa as práticas das operadoras de saúde que limitam o correto tratamento do consumidor autista. Essas práticas contratuais, levando em consideração a Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência e a legislação pátria, podem ser consideradas discriminatórias e, portanto vedadas juridicamente. O texto desenvolve ainda um debate sobre qual tem sido o posicionamento do judiciário frente a estas situações, bem como as especificidades do tratamento médico do autista.

Palavras-chave: Autismo, Plano privado de saúde, Não-discriminação

Abstract/Resumen/Résumé

This paper analyzes the practices of health care providers that limit the correct treatment of the autistic consumer. Such contractual practices, taking into account the International Convention on Disabled Persons and national legislation, may be considered discriminatory and therefore legally prohibited. The text also develops a debate about what has been the position of the judiciary over these situations, as well as the specificities of the medical treatment of the autistic.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Autism, Health insurance, Non-discrimination

[1] Doutora pela UnB. Professora efetiva do Curso de Direito na Universidade Federal de Goiás - Regional Goiás, em regime de Dedicação Exclusiva.

[2] Mestre em Direito pela UNAERP e Universidade de Salamanca. Promotor de Justiça do Estado de Goiás.

Introdução

O autismo é conhecidamente uma doença de caráter cognitivo e comportamental com causas múltiplas e graus variados de severidade. Pesquisas classificam o autismo em terceiro lugar no ranking dos distúrbios do desenvolvimento, classificando-o com mais ocorrências que a Síndrome de Down [1]. Os números demonstram a grande população que carece de tratamentos de saúde especializados para esta enfermidade que apresenta, por sua natureza complexa, difícil diagnóstico e terapias diferenciadas muitas vezes de alto custo.

Em um país onde o sistema de saúde pode ser objeto de exploração econômica através de investimentos privados dos denominados "Planos de Saúde", o autista se apresenta como um consumidor com características mais sensíveis do que outros que não apresentam algum diagnóstico de doenças comportamentais. Isto, por si só, deveria proporcionar uma prestação de serviços de saúde adequada. No entanto, as consultas e terapias, embora o consumidor suporte as anuidades cobradas pelas administradoras (operadoras de plano privado de saúde), têm, corriqueiramente, sido limitadas por uma quantidade abaixo da necessária ao atendimento do autista. De forma que o acesso ao tratamento adequado, como aplicação do princípio da igualdade e não discriminação, acaba por restar comprometido.

Malgrado o Brasil ter assumido o compromisso internacional à pessoa com deficiência através da aceitação da Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência e da proteção constitucional reconhecida a estas pessoas, invariavelmente, o direito de receber prestação continuada de saúde, não só como cidadão, mas também como consumidor, é desrespeitado. Os Planos de Saúde, mesmo regulamentados por lei, fazem valer o poder econômico em face das necessidades do autista. Neste contexto, é de se questionar qual tem sido o posicionamento do judiciário frente a este quadro de injustiças. E é exatamente sobre estas discussões entre direitos consagrados, ordem econômica, terapias adequadas e judiciário que versa o presente artigo.

1. Planos privados de saúde e a proteção jurídica da pessoa com

[1] Dados retirados do artigo "Autismo e doenças invasivas de desenvolvimento" de autoria de Carlos A. Gadia, Roberto Tuchman e Newra T. Rotta.

deficiência consumidora.

A saúde é um bem jurídico tutelado constitucionalmente no Brasil, já que é um direito fundamental de segunda geração. O artigo 6º. da Constituição da República elenca o direito à saúde como um dos direitos sociais de maior relevância e o art. 196 proclama que a saúde é um dever do Estado e por este motivo deve ser garantido através de políticas sociais e econômicas. Embora todo serviço de saúde no Brasil seja de relevância pública, a dinâmica do mercado não ficou de fora do modelo escolhido no país. Mas como não poderia deixar de ser, o Estado de Bem Estar estipula regras de fiscalização para a participação privada na prestação de serviços de saúde. Assim, o art. 197 do texto constitucional proclama que cabe ao poder público, nos serviços de saúde, dispor, nos termos da lei, sobre regulamentação, fiscalização e controle, quando prestados diretamente ou através de pessoa física ou jurídica de direito privado.

Portanto, a prestação de serviços de saúde por particulares é uma atividade econômica de relevância pública e o seu exercício "está assegurada a todos o seu livre exercício, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei", nos termos do parágrafo único do artigo 170 da Carta Magna. A atividade econômica de prestação de serviços de saúde por particulares se insere na ordem econômica nacional que tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme ditames de justiça social, conforme o art. 70 da CF, observado, entre outros princípios a defesa do consumidor.

Interessante observar que o constituinte fez questão de repetir a título de destaque os princípios da existência digna (dignidade humana) e a defesa do consumidor na ordem econômica, eis que tais princípios já se encontravam insertos anteriormente no texto constitucional (arts. 1º e 5º.). Mas não é só, toda atividade econômica e, em especial, a prestação de serviços de saúde exercida pelos particulares e a regulamentação desta (a ser elaborada pelo Poder Público), também se vê compelida a observar outros princípios constitucionais de relevo. Especialmente, no que se refere à situações que envolvem pessoas com deficiência.

Neste sentido, é de se frisar que o Estado brasileiro firmou a Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência recepcionando-a como norma de direito fundamental, vez que seu trâmite obedeceu às regras internas de integração de normas [2].

[2] Art. 5.(..)§ 3º: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos

Portanto, trata-se de ato equivalente à Emenda Constitucional, obedecendo à internacionalização dos direitos humanos. De forma que tomou para si princípios próprios da não discriminação com a pessoa com deficiência presentes no art. 3º., 5º. e 25 da Convenção qual sejam, a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; efetiva proteção legal contra discriminação por qualquer motivo e o acesso a serviços de saúde. Especificamente,

> Artigo 25
> (…)
> e) Proibirão a discriminação contra pessoas com deficiência na provisão de seguro de saúde e seguro de vida, caso tais seguros sejam permitidos pela legislação nacional, os quais deverão ser providos de maneira razoável e justa;
> (...)

É de se observar, assim, que não basta a adesão dos Estados à declaração comum, devem perseguir também seus objetivos. Se do contrário, os Estados, apesar de adeptos aos formalismos estabelecidos pelos tratados internacionais, se reservarem, sob o manto de sua soberania, no direito de interpretar a abrangência dos direitos ou o seu sistema de proteção, a satisfação dos mesmos restará sempre comprometida. Não se trata apenas de produção das normas de garantia dos direitos humanos ou da sua fundamentalização[3], mas da realização de diretrizes para o enfrentamento dos entraves para a realização desses direitos. Neste entrelaçamento entre direitos, Estado e gestão é que dará a tônica para a eficiência da administração pública na realização das finalidades coletivas. O real sentido da não discriminação está na capacidade do Estado de enfrentar questões, de mercado ou não, que possam vir a limitar o exercício de direitos e afetar a dignidade da pessoa humana.

A atividade de prestação de ações e serviços de saúde, seja ela pública ou privada, é, conforme, deflui do artigo 197 CF, uma atividade econômica de relevância pública, mas não restrita à atuação do Estado eis que, também nos termos da parte final do mesmo artigo aberta a atuação a "pessoas físicas ou jurídicas de direito privado". No entanto, este exercício de livre participação do capital privado na seara da saúde no

---

membros, serão equivalentes a emendas constitucionais." Assim procedendo, a Convenção foi aprovada por meio do Decreto Legislativo no. 186, de 2008, nos termos do supracitado parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal.

[3] BREUS (2007) assinala que um Estado constitucional deve incluir "valores e princípios no âmbito do texto constitucional, essencialmente no que tange à dignidade da pessoa humana e os Direitos Fundamentais, assim como o estabelecimento de metas e diretrizes a que o Estado deve, em primeiro plano, buscar, com o escopo de concretizar e proteger os direitos e valores antes mencionados." (p.41)

Brasil não é absoluto, sujeitando-se às limitações de interesse público proclamadas pelo Estado, ao cumprir o seu dever de não discriminação, através de normas constitucionais e infraconstitucionais. Estas limitações devem ser observadas, sobremaneira, quando envolvem consumidores hipervulneráveis[4], como o caso das pessoas portadoras de deficiência.

1.1 A Lei 9.656 de 3 de junho de 1998 – Lei dos Planos Privados de Saúde – : a proteção à saúde e ao direito à informação do consumidor.

Nem toda a atividade econômica privada de prestação de serviços de saúde foi amplamente regulamentada pelo Poder Público no Brasil. Mas os "planos e seguros privados de assistência à saúde" sofreram intensa intervenção legislativa estatal por meio da Lei 9.656 de 3 de junho de 1998 e, notadamente pela criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), por meio da medida provisória 2012-2 de 30 de dezembro de 1999, convertida *a posteriori* na Lei 9.661 de 28 de janeiro de 2000. Esta legislação definiu o que seria plano privado de assistência à saúde[5] e exigiu que, a partir de 3/12/1999 todas as pessoas jurídicas que comercializam qualquer modalidade de produto, serviço ou contrato desta natureza, apresente cobertura financeira[6] de riscos de assistência médica , hospitalar e odontológica. E, no que tange a outros serviços que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, deveria oferecer um "plano de referência de assistência à saúde" a todos os seus consumidores[7].

---

[4] A hipervulnerabilidade pode ser definida como uma situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, em razão de características pessoais aparentes ou conhecidas pelo fornecedor (SCHMITT, 2014)

[5] 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.

[6] Art. 1o.(...) § 1º. Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como: a) custeio de despesas; b) oferecimento de rede credenciada ou referenciada; c) reembolso de despesas; d) mecanismos de regulação; e) qualquer restrição contratual, técnica ou operacional para a cobertura de procedimentos solicitados por prestador escolhido pelo consumidor; e f) vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais.

[7] Art. 10. (...) §2º.: As pessoas jurídicas que comercializam produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art.
1o desta Lei oferecerão, obrigatoriamente, a partir de 3 de dezembro de 1999, o plano-referência de que

O plano de referência de assistência à saúde foi detalhadamente delineado no artigo 10, caput e incisos da Lei 9.656/98:

> Art.10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermaria, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:
> I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental;
> II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim;
> III - inseminação artificial;
> IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética;
> V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados;
> VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, ressalvado o disposto nas alíneas 'c' do inciso I e 'g' do inciso II do art. 12;
> VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico;
> VIII - (Revogado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)
> IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes;
> X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.

No tocante ao plano de referência, o artigo 10, é bem claro quanto ao que não deve constar da cobertura, nos termos dos seus incisos I a X. Em se tratando de dispositivos restritivos de direito do consumidor, deve-se rechaçar qualquer interpretação que não veja tal rol de incisos como taxativa. Afinal, alinhada com o princípio constitucional da defesa do consumidor, a este também se lhe ampara o artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor que prescreve que: "As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor". A Lei 9.656/1998 ainda previu a possibilidade de segmentação do contrato de assistência a saúde por meio de planos privados nas modalidades: com/sem atendimento ambulatorial, com/sem internação hospitalar, com/sem atendimento obstétrico e com/sem atendimento odontológico[8].

Para a defesa do consumidor, houve a preocupação do legislador com a imposição de restrições indevidas ao consumidor por parte das Operadoras dos Planos de Saúde, fato corriqueiro antes da edição da legislação. O legislador buscou tratar todas as hipóteses de exclusão da prestação de serviços na Lei 9.656/98 elencando-as nos

---

trata este artigo a todos os seus atuais e futuros consumidores.
[8] Ver Art. 12.

incisos do artigo 10 e nas restrições de coberturas para aqueles contratos ajustados dentro das fragmentações previstas no artigo 12. A preocupação com a imposição de restrições a assistência à saúde por parte das Operadoras dos Planos de saúde, conjugada com o princípio constitucional da defesa do consumidor e o direito básico do consumidor à informação adequada, nos termos do artigo 6º , III do CDC, notadamente quantos aos riscos que apresenta, levou o legislador a redação do artigo 16, da lei 9.656/98.[9]

Por fim, dentro desta abordagem quanto às restrições previstas na Lei dos Planos Privados de Saúde, cumpre ressaltar um aspecto essencial do contrato que encontra-se no caput do artigo 10. A Lei não permitiu que houvesse cobertura restrita a algumas doenças e não a outras. De forma ampla determinou que tal contrato privado de assistência a saúde atendesse a todas as "doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de doenças e Problemas Relacionados com a Saúde[10] - CID - , da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei". Exsurge daí que nem o parágrafo primeiro do art. 10 ou o inciso VII do art. 16 importam em poder à ANS para restringir a cobertura ampla do caput do art. 10.

Considerando que a CID abrange praticamente a universalidade das doenças conhecidas, pode-se de dizer que o legislador exigiu que os Planos Privados de Saúde no Brasil oferecessem uma assistência integral à saúde, à semelhança do que ocorre no que a norma constitucional determinou ao Sistema Único de Saúde, nos termos do artigo 196 e 198, II da CF[11]. Tal paralelismo observada por Pfeiffer que entendeu que a

---

[9] Art. 16. Dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei devem constar dispositivos que indiquem com clareza: - as condições de admissão; II - o início da vigência; III - os períodos de carência para consultas, internações, procedimentos e exames; IV - as faixas etárias e os percentuais a que alude o *caput* do art. 15; V - as condições de perda da qualidade de beneficiário; **VI - os eventos cobertos e excluídos;** VII - o regime, ou tipo de contratação: a) individual ou familiar;b) coletivo empresarial;c) coletivo por adesão; VIII - a franquia, os limites financeiros ou o percentual de co-participação do consumidor ou beneficiário, contratualmente previstos nas despesas com assistência médica, hospitalar e odontológica; IX - os bônus, os descontos ou os agravamentos da contraprestação pecuniária; X - a área geográfica de abrangência; XI - os critérios de reajuste e revisão das contraprestações pecuniárias; XII - número de registro na ANS. Parágrafo único. A todo consumidor titular de plano individual ou familiar será obrigatoriamente entregue, quando de sua inscrição, cópia do contrato, do regulamento ou das condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1º. , além de material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, todas as suas características, direitos e obrigações. (grifei)

[10] Em inglês: "ICD" que é a sigla de "International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems".

[11] Art. 198: As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (...) II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais.

cobertura determinada pela Lei 9.656/98 é amplíssima, o que teria já sido ratificado pelo STF, nos termos seguintes:

> Ressalte-se, ademais, que o amplíssimo campo de cobertura por ele estabelecido, é absolutamente harmônico com a concepção de assistência integral à saúde (arts. 196 e 198, II, da CF), e também deve estar presente, guardadas as especificidades, em cada plano subsegmentado. Neste plano-referência há cobertura em relação a todas as doenças relacionadas na Classificação Estatística Internacional de doenças e Problemas Relacionados com Saúde, da Organização Mundial de Saúde (inclusive transtornos psiquiátricos, com exceção de alguns procedimentos relacionados no artigo 108. Assevere-se que, como já destacado, o Supremo Tribunal Federal indeferiu medida cautelar requerida no âmbito da ADIn 1.931, que pleiteava a suspensão da eficácia de todo o art. 10. Entendeu o STF que as obrigações de cobertura ampla instituídas pelo plano-referência são compatíveis com o poder-dever do Estado de regulamentar, controlar e fiscalizar os serviços de assistência à saúde, nos termos do artigo 197 da Constituição Federal. (PFEIFFER, 2008, p.31)

Notadamente a partir da vigência da Lei 9.656/65, os planos de saúde privados se tornaram um sucesso de mercado, conforme evidências estatísticas realizadas pela ANS e centros de pesquisa, importando despesas mensais que tem um peso significativo no orçamento das famílias brasileiras. Conforme informações obtidas no site da ANS[12], havia, no Brasil, em dezembro de 2018, 47,3 milhões de pessoas que são beneficiários em planos privados de assistência médica com ou sem odontologia e 24,1 milhões de beneficiários em planos privados exclusivamente odontológicos. 31,6 milhões de beneficiários de planos coletivos empresariais. Eram em fevereiro de 2019, nada menos que 24,3% da população brasileira beneficiária de planos privados de assistência médica com ou sem odontologia e 12,6% da população brasileira de beneficiários de planos privados exclusivamente odontológicos. Em fevereiro de 2019, já contávamos com 1.032 operadoras de planos privados de saúde que faturaram entre receitas de contraprestações e outras receitas, no ano de 2018, a gigantesca cifra de R$ 158.059.405.930.

Além da própria lei 9.656, vários outros fatores contribuíram para este sucesso de faturamento das Operadoras de Saúde no Brasil. O primeiro, infelizmente, devido às mazelas das gestões no SUS que culminaram em uma precariedade na prestação de serviços e em longas filas de esperas. Ter um contrato de plano de saúde tornou-se um verdadeiro sonho, muitas vezes, para as famílias brasileiras das classes B e C, muitas vezes inatingível para esta última, e atingível com grande esforço para

[12] http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais, consulta em 06/04/2019.

aquela primeira.

Ao lado deste, o fenômeno decorrente de um agressivo investimento das operadoras de plano de saúde em publicidade, algumas bem agressivas, por parte das Operadoras de Saúde: anúncios de TV, rádio e redes sociais. Em que imagens de famílias felizes e saudáveis acompanhadas de belas palavras em favor dos planos ditas por celebridades do meio artístico. Tudo isto a criar uma expectativa ao consumidor que ter um plano de saúde é algo valioso[13] com que vai proteger-se e a sua família de algum infortúnio maior de saúde ou, pelo menos, que vai minimizá-lo. Isto sem contar com a publicidade direta ao consumidor nas lojas e ruas.

1.2- Das expectativas legítimas do consumidor contratante do plano privado de saúde.

O contrato de plano privado de assistência à saúde nasce com uma relação jurídica em que o consumidor entrega à operadora de plano de saúde as incertezas de possíveis infortúnios familiares na área da saúde para que aquele o ampare. A maior preocupação do consumidor está na eventual e desagradável surpresa de que no momento de necessidade da assistência médica, o plano de saúde a negue. Por esta razão, é importante que se lhe apresente como claro o contrato junto à operadora por ele eleita sobre quais os eventos de saúde esteja eventualmente desamparado. Mas esta preocupação se esvai no momento da adesão ao plano. Pois, na prática, as operadoras, no momento da contratação, apresentam ao consumidor a certeza de que o plano irá atendê-lo integralmente.

Nasce uma relação de confiança do consumidor para com a operadora de que esta, dentro da cobertura contratada, não vá falhar, seja pela confiança que lhe depositou a partir de sua publicidade, seja porque em seu contrato já está claro os casos em que não teria assistência[14]. E para aqueles que não conseguem adquirir o plano integral, as restrições dentro das modalidades fragmentadas, mas estas restrições, ainda que lhe sejam apresentadas e explicadas, o que nem sempre ocorre, não lhe preocupam porque se traduzem em tratamento experimental, ilícito ou antiético, dentre outras

[13] O valor para as famílias brasileiras em contar com um plano privado de saúde é notório. No meio judiciário não é nada incomum que a lide se trave em ações alimentares ordinárias ou em meio a divórcios quando da definição da continuidade do pagamento do plano privado de saúde para os filhos. Empresas apresentam como atrativo a seus futuros empregados os benefícios do plano de saúde empresarial.

[14] que são aqueles do art. 10 da Lei 9.656/98 acima descrito

situações neste sentido.

Santos explica que a confiança (no direito contratual): "É a situação em que uma pessoa adere, em termos de atividade ou de crença a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efectivas. O princípio da confiança explicitaria o reconhecimento dessa situação e sua tutela" (2010, p.188). Essa Confiança gerada pelo fornecedor no consumidor outorga a este expectativas legítimas. No caso das contratações de planos privados de saúde, a expectativa está de que seu plano de saúde lhe dará a cobertura de que precisa no momento da necessidade de saúde.

Pfeiffer enfrentou o tema da cobertura nos planos de saúde com a expectativa legítima do consumidor, nos termos seguintes:

> Um dos aspectos que mais geram conflitos entre consumidores e operadoras de plano de saúde refere-se à extensão da cobertura. Antes da edição da Lei 9.956/98, inclusive, era bastante comum a inclusão nos contratos de cláusulas que restringiam o âmbito de cobertura, excluindo determinados tipos de doenças e restringindo a quantidade e a qualidade dos procedimentos médicos que poderiam ser utilizados. (…) É evidente que, **ao contratar um plano de assistência privada à saúde, o consumidor tem a legítima expectativa de que, caso fique doente, a empresa contratada arque com os custos necessários ao restabelecimento de sua saúde. As cláusulas restritivas atentam contra a expectativa legítima do consumidor de integral assistência para o restabelecimento de sua saúde**"(grifei) (PFEIFFER, 2008, p.37)

E o autor colaciona a seguinte ementa, bem oportuna:

> Não infringe aos arts. 1432 e 1.460 do CC a interpretação de que a cláusula, excluindo 'casos crônicos', dentre os quais se situa a *diabetes mellitos*, não se aplica ao segurado de idade avançada. Interpreta-se o contrato de acordo com sua finalidade econômica e **ninguém contrata tal tipo de segurado senão para ver cobertos, oportunamente, os achaques da idade** (TJRS, 5ª. C., Ap. 695.094.482, rel. Des. Araken de Assis, j. 24.10.1996) Obs.: O art. 1.432 do CC/1916 corresponde ao art. 757, parágrafo´único, do CC/2002; o art. 1.460 do CC/1996 não tem correspondente no atual CC.(Grifei) (PFEIFFER, 2008, p.44)

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) - Lei 8.078/90 - é claro que se um serviço não se mostra razoavelmente adequado para os fins que dele se espera, tal serviço é impróprio, cabendo responsabilidade ao prestador. É o que preleciona o seu artigo 20 ao afirmar que "O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor" e em seu parágrafo 2º. reitera que "são impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins de que deles razoavelmente se esperam". A abordagem de Mello (2011), é conforme o CDC e a Lei 9.656/98:

> Ao contratar assistência médica para si e sua família, o consumidor procura um verdadeiro 'parceiro', com quem estabelecerá uma relação por um longo período. A expectativa primária do consumidor quando adere ao contrato de prestação de serviços de assistência médica, é a de que lhe sejam prestados serviços de assistência médica, se e quando deles necessitar. Confia o segurado, legitimamente, na manutenção do vínculo. Deseja sentir-se seguro. É precisamente esta expectativa que o fornecedor diz atender e que a lei impõe que seja atendida. Ao negar cobertura a determinados tipos de doença a empresa atenta contra os direitos - absolutos – da saúde e à vida dos segurados e tal disposição será tida por ilícita porque descumprida está a função do contrato. (MELLO, 2011, p.843)

Embora o artigo 10 da Lei 9.656/98 seja claro que o plano de referência abrange o tratamento de todas as doenças e tenha tido sua constitucionalidade ratificada no Supremo Tribunal Federal, o parágrafo 4º. do referido artigo 10, previu que as operadoras de planos de saúde prestassem os serviços de assistência médica na forma padronizada de procedimentos definidos pela ANS. Interpretações distorcidas, eis que contrárias à defesa do consumidor, do parágrafo 4º do referido artigo 10, autorizaram as operadoras a negar atendimento a consumidores, sob o argumento de que se a necessidade do consumidor não se enquadra em um procedimento que se encontrasse no rol dos regulamentados pela ANS. Assim, não estariam elas obrigadas a atender o consumidor, mesmo que ele estivesse acometido de doença classificada no CID e precisasse de um procedimento.

Felizmente tem se consolidado decisões judiciais que apontam que o rol da ANS é meramente exemplificativo, v.g., a que consta da Ementa abaixo, de origem da 3ª Turma do STJ:

> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. ABUSIVIDADE CONTRATUAL. INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR. PROCEDIMENTO TERAPÊUTICO. CLÁUSULA LIMITATIVA. RECUSA INDEVIDA. AUSÊNCIA NO ROL DA ANS. COBERTURA DEVIDA.[...]2. 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.3. São abusivas as cláusulas contratuais que limitam o direito do consumidor ao tratamento contratado.4. **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 16/02/2016, DJe 26/02/2016) 5. agravo interno desprovido.(AgInt no REsp 1099275/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO

SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/11/2017, DJe 20/11/2017). (grifo nosso)

Outra variação da distorção acima, exsurge da atuação equivocada da própria ANS que insere determinado procedimento em seu rol determinado tratamento, mas impõe limitações quanto à quantidade de vezes de que o consumidor poderia se valer do tratamento prescrito pelo seu médico em determinado período de tempo. É o que ocorre, por exemplo na atual versão do rol de procedimento editado pela ANS – Resolução Normativa n.º 439, de 3 de dezembro de 2018 – ao limitar o número de sessões do paciente-consumidor com psicólogos, fisioterapeutas, terapeutas ocupacionais e outros tipos de tratamento prescritos pelo médico.

Tal medida da ANS/operadoras afeta a atuação dos médicos que se veem constrangidos em prescrever tecnologia que entende melhor para seu paciente, mas que este não terá acesso se o seu plano excluir da cobertura. Assim, elas violam indiretamente o Código de Ética Médica [15] que elenca em seu rol de princípios fundamentais:

> VIII - O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho.
> (...)
> XVI - Nenhuma disposição estatutária ou regimental de hospital ou instituição, pública ou privada, limitará a escolha, pelo médico, dos meios cientificamente reconhecidos a serem praticados para o estabelecimento do diagnóstico e da execução do tratamento, salvo quando em benefício do paciente.

Como o próprio rol de procedimentos da ANS é exemplificativo, mostra-se de razoável lógica que a limitação de quantidade de utilização de um procedimento que está inserida no mesmo rol também só pode ter tida como exemplificativa também.

Felizmente, também tal conduta abusiva tem sido rechaçada nos tribunais, como a título de ilustração se colaciona a ementa seguinte.

> **APELAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. OBRIGAÇÃO DE FAZER. Autor com hipoplasia cerebelar devido à Síndrome Gomes Lopes Hernandez (Cid 04.3). Alegada negativa de cobertura de tratamento**

[15] Código de Ética Médica. RESOLUÇÃO CFM Nº1931/2009 (Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2009, Seção I, p. 90) (Retificação publicada no D.O.U. de 13 de outubro de 2009, Seção I, p.173) Aprova o Código de Ética Médica.

> **multidisciplinar (fisioterapia, fonoaudiologia, terapia ocupacional, equoterapia, hidroterapia)**. Procedência, carreando à demandada os ônus da sucumbência. Apelo da ré. Inconsistência do inconformismo. **Existência de prescrição médica para os procedimentos solicitados. Inexistência de previsão no rol de coberturas mínimas da ANS. Irr§elevância. Caráter abusivo da negativa a teor da Súmula nº. 102 deste Tribunal**. Ressarcimento integral. Devido. Sentença mantida. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. (V.29796). *(TJSP; AC 1006214-16.2018.8.26.0048; Ac. 12295080; Atibaia; Terceira Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Viviani Nicolau; Julg. 12/03/2019; DJESP 19/03/2019; Pág. 1923)*

De forma que vem se consolidando na jurisprudência nacional que o plano privado de saúde tem cobertura ampla; que o rol de procedimentos da Anvisa é meramente exemplificativo e que as limitações de oferta de tratamentos ou de sessões por partes das operadoras são abusivas.

2. Autismo como doença devidamente classificada pela OMS e o Método ABA.

O autismo é uma doença. Segundo a Organização Mundial da Saúde e a Organização Pan-Americana da Saúde:

> O transtorno do espectro autista (TEA) se refere a uma série de condições caracterizadas por algum grau de comprometimento no comportamento social, na comunicação e na linguagem, e por uma gama estreita de interesses e atividades que são únicas para o indivíduo e realizadas de forma repetitiva. O TEA começa na infância e tende a persistir na adolescência e na idade adulta. Na maioria dos casos, as condições são aparentes durante os primeiros cinco anos de vida. Indivíduos com transtorno do espectro autista frequentemente apresentam outras condições concomitantes, incluindo epilepsia, depressão, ansiedade e transtorno de déficit de atenção e hiperatividade (TDAH). O nível de funcionamento intelectual em indivíduos com TEA é extremamente variável, estendendo-se de comprometimento profundo até níveis superiores.

A CID, em sua 10ª e última edição aprovada, em seu capítulo V, prevê todos os tipos de Transtornos do Desenvolvimento Psicológico. Um destes é o Transtorno Global do Desenvolvimento, do qual o autismo é um subtipo. O autista é também uma pessoa com deficiência. Eis que, nos termos da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência:

> Pessoas com Deficiências são aquelas que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação pela e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas

Não sendo difícil inferir que as limitações da pessoa autistas narradas sucintamente no parágrafo acima importam em impedimentos de longo prazo que venham a obstruir sua participação efetiva na sociedade, como descrito na definição colacionada acima extraída da convenção das pessoas com deficiência, hoje integrada ao nosso texto constitucional. O legislador pátrio aprovou o Estatuto da Pessoa com Deficiência[16] e um lei específica para a proteção da pessoa autista. E esta, a Lei Federal 12.764 de 27 de dezembro de 2012 não deixou dúvidas quanto a sua condição de pessoa com deficiência nos termos do parágrafo segundo do artigo 1º : "§ 2º. A pessoa com transtorno do espectro autista é considerada pessoa com deficiência, para todos os efeitos legais". O autista, como denotam as normas, detém todos os direitos de consumidor, de pessoa com deficiência e conta com uma política de Estado específica em sua proteção

No ano de 2013, o Ministério da Saúde publicou o livro "Linha de Cuidado para Atenção de Pessoas com Transtornos de Espectro de Autismo e suas Famílias na Rede de Atenção Psicossocial do Sistema Único de Saúde", fruto dos esforços de um Grupo de Trabalho que contou com a colaboração de especialistas de universidades, sociedade civil, gestores profissionais e técnicos do Ministério da Saúde e de vários órgãos. Na obra, esclarecem que não existe uma única abordagem a ser privilegiada no atendimento de pessoas com espectro de autismo e recomendam que a escolha entre as diversas abordagens existentes considere sua efetividade e segurança e seja tomada de acordo com a singularidade de cada caso.

Na mesma obra se esclarece acerca da Análise de Comportamento Aplicada (Applied Beharioval Analisys – ABA). Trata-se de uma abordagem que envolve a avaliação, planejamento e orientação – por parte de um profissional analista – do comportamento capacitado. Ressalta-se a importância de que os procedimentos de tratamento devem se basear na análise do caráter singular da história de cada pessoa. Com previsão de resultados significativos, como enunciam os autores:

> A ABA tem sido amplamente utilizada para o planejamento de intervenções e tratamento e educação para pessoas com transtornos do espectro de autismo". E enuncia alguns resultados do método - tecnologia de cuidado - , tais como:
> a) redução de comportamentos não adaptativos (estereotipias, agressividade etc.)
> b) melhor comunicação;
> c) mais autonomia para fazer escolhas;
> d) realização de trabalhos artísticos;

16 Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei 13.146/2015.

e) engajamento em atividades de lazer e estudo;
f) engajamento na busca de oportunidades no mercado de trabalho.

Mas não é só. O Ministério da Saúde reconheceu a validade do método ABA em outro documento elaborado por seu órgão máximo de Avaliação de tecnologias – CONITEC, Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS. O Secretário de Atenção à Saúde publicou a Portaria n° 324, de 31 de março de 2016 que "Aprova o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas [PCDT] do Comportamento Agressivo no Transtorno do Espectro do Autismo". Nele se reconheceu a validade do método comportamental ABA[17], ao lado de métodos educacionais.

3. Das principais violações ao direito do consumidor-autista dos Planos de Saúde.

O processo de diagnóstico, rastreio das crianças com risco de autismo e o início do tratamento é essencial. A carga horária indicada para a ABA é de 30 a 40 horas semanais de tratamento, com equipe multidisciplinar[18]. As operadoras de planos de saúde têm supostamente aceitado as prescrições de tais terapias, mas concretamente têm restringido o número de sessões, baseada na acima referida ilegal indicação de limite de sessões constantes em rol da ANS[19]. A oferta de número limitado de horas torna ineficaz o tratamento pelo método ABA.

Em verdade, tal posição de dizer que aceita a terapia, mas limitar as sessões importa em fraude[20] a toda legislação de direitos da pessoa com deficiência-autista.

[17] "7.1. Tratamento não Medicamentoso: A importância da instituição precoce de intervenções comportamentais e educacionais para a melhoria do prognóstico das pessoas com TEA já está bem documentada . Mesmo sendo possível categorizar as condutas, de acordo com seus modelos conceituais, em comportamental, como no caso da Análise do Comportamento Aplicada (Applied Behavioral Analysis – ABA) ou educacional (...), apesar de que algumas terapias foram mais estudadas, revisões sistemáticas dão suporte aos benefícios das variadas intervenções (...) a escolha do método a ser utilizado no tratamento da pessoa com TEA deve ser feita de modo conjunto entre a equipe e a família do paciente, garantindo informações adequadas quanto ao alcance e aos benefícios do tratamento, bem como favorecendo a implicação e a corresponsabilidade pelo cuidado (…) as intervenções comportamentais direcionadas possuem um papel claro no controle de condutas agressivas, sobretudo quando adotadas estratégias que envolvem a interação com a família, devendo, portanto, ser priorizadas (…) "
[18] Idem, ibidem.
[19] Inclusive a ANS no Relatório de Revisão do Rol de Procedimentos de Saúde, p. 147, não acatou a proposta de inclusão de Psicoterapia ABA sob o argumento de que "A Psicoterapias no método ABA estão contempladas na sessão de psicoterapia." http://www.ans.gov.br/images/stories/Particitacao_da_sociedade/consultas_publicas/cp61/relatorio-revisao_do_rol_2018.pdf acesso em 06/04/2019.
[20] Segundo Atienza e Manero (2006): "Os atos em fraude à lei estão permitidos *prima facie* por uma regra mas resultam, consideradas todas as circunstâncias, proibidos como consequência da ação dos princípios que delimitam o alcance justificado da regra em questão" (tradução livre). (p. 67)

Simula-se o cumprimento da obrigação, com um suposto resultado um resultado econômico a curto prazo para a operadora, gerando resultados quase nulos para o paciente. Chama atenção o fato de não conseguirem vislumbrar as operadoras que, tal postura a longo prazo se torna antieconômica para elas mesmas, por prolongar um tratamento por anos sem resultado[21].

Mas não é só, a conduta afeta o trabalho dos médicos e mais uma vez a as operadoras e a ANS violam indiretamente o Código de Ética Médica[22]. Em linha com decisões judiciais reiteradas que surgiram em tutela do consumidor-autista, em recente evento da III Jornada de Direito em Saúde, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça, ocorrida em 18 e 19/03/14, foi aprovado por especialistas o enunciado nº 99, nos termos seguinte.

> ENUNCIADO Nº 99 O tratamento multiprofissional do transtorno do espectro autista é de cobertura obrigatória por parte das operadoras de saúde, as quais devem viabilizar ao beneficiário ou equipe multiprofissional credenciada pela operadora de saúde, desde que o método seja reconhecido pelos respectivos conselhos de classe dos profissionais integrantes da referida equipe multiprofissional, ou que esteja expressamente previsto no rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS.

Em contramão ao progresso à tutela do consumidor autista, outras decisões decisões judiciais, na esteira de decisão do Superior Tribunal de Justiça[23] que têm imposto a tais consumidores a divisão dos custos referentes a terapias pelo método A.B.A. e terapias complementares à razão de 50% entre o consumidor-autista e a operadora de saúde sob argumento do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. O contrato de plano de saúde é a aleatório[24] para a operadora, afinal é da essência de tal

---

[21] Segundo Mello (2001) "A principal crítica ao ABA (...) é a de supostamente robotizar as crianças, o que não nos parece correto, já que a ideia é interferir precocemente o máximo possível, para promover o desenvolvimento da criança, de forma que ela possa ser maximamente independente o mais cedo possível" (p. 37)

[22] V - Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente. (...) XXV - Na aplicação dos conhecimentos criados pelas novas tecnologias, considerando-se suas repercussões tanto nas gerações presentes quanto nas futuras, o médico zelará para que as pessoas não sejam discriminadas por nenhuma razão vinculada a herança genética, protegendo-as em sua dignidade, identidade e integridade.

[23] STJ Resp 1679190 SP, Resp 1.642.255

[24] Questão controversa na doutrina. Para Caio Mário da Silva Pereira: "São aleatórios os contratos em que a prestação de uma das partes não é precisamente conhecida e suscetível de estimativa prévia, inexistindo equivalência com a outra parte. Há uma corrente doutrinária tradicional que situa a noção de contrato aleatório na existência de alea bilateral. Mas a evolução deste tipo de negócio o desautoriza. Com efeito, vários contratos em voga como o seguro, a aposta autorizada nos hipódromos, a loteria explorada pela Administração ou pelo concessionário, existe álea apenas para um dos contratantes, ao passo que o outro baseia a sua prestação em cálculos atuariais ou na dedução de percentagens para custeio e lucro, de tal maneira que se pode dizer perfeitamente conhecida, e lhe não traz risco maior do que qualquer contrato cumulativo normal." (p. 47).

contrato a cobertura financeira de riscos à saúde do contratante. E é não aleatório para o consumidor cuja obrigação certa é pagar em dia o valor em pecúnia de parcela determinada. Para se lançarem ao mercado, as operadoras dos planos de saúde se valem de estudos atuariais sofisticados com vista a garantir a saúde financeira de seu empreendimento à luz de estudos acerca do perfil de seus clientes. O Autismo não é doença que não fosse conhecida das operadoras[25], bem como são antigas as estatísticas da incidência de crianças nascidas autistas na população. Imputar ao consumidor-autista custeio além da mensalidade definida para o seu plano, não só importa em interpretação desfavorável ao consumidor-autista em violação direta ao CDC, como importa em desvirtuamento completo da natureza aleatória do contrato firmado, trazendo para o hipervulnerável obrigação de cumprimento inequívoco da parte contrária. A dita divisão em partes iguais é ainda mais teratológica eis que traz igualdade de obrigações pecuniárias a partes absolutamente desiguais em termo de poder econômico. Em regra, uma família assalariada de classe média baixa versus uma operadora que divide fatia significativa de um mercado bilionário no Brasil. Nesta linha de raciocínio em que se vê abusividade na imposição de coparticipação financeira (e franquia) ao consumidor de serviços de plano privado de saúde está a decisão da Ministra Carmen Lúcia proferida em julho de 2018, quando, em medida liminar, suspendeu os efeitos da Resolução Normativa da ANS n. 433/2018 que a previa para planos novos[26], em que enfatizou que "saúde não é mercadoria" e que "a Lei 9.656/98 não outorgou à ANS a competência legislativa para criar regras".

Considerações Finais

Neste artigo vimos que a atividade de prestação de ações e serviços na área da saúde no Brasil é atividade econômica de relevância pública permitida à iniciativa privada, mas tem a atuação desta submetida a princípios fundamentais da dignidade e da proteção da saúde e do consumidor. Em especial, a assistência à saúde sob a forma de oferta de planos de saúde à população sofreu de forte dirigismo contratual à medida em que todo o contrato se vê sob forte regulação advinda das Lei 9.656/98 e Lei 9.661/00.

[25] "A definição do Autismo teve início na primeira descrição dada por Leo Kanner, em 1943, no artigo intitulado: Distúrbios Autísticos do Contato Afetivo (Autistic disturbances of affective contact), na revista Nervous Children, número 2, páginas 217-250" disponível em http://atividadeparaeducacaoespecial.com/wp-content/uploads/2015/08/UM-OLHAR-SOBRE-O-AUTISMO-E-SUAS-ESPECIFICA%C3%87%C3%95ES.pdf

[26] ADPF 532 ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)

A Lei 9.656/98 instituiu a necessidade de que as operadoras criassem um plano de referência que importa em amplíssima cobertura para o consumidor no tratamento de todas as doenças catalogadas pela OMS, através de sua CID. Restou assim, severa restrição à ANS e às operadoras a reduzirem a oferta de seus serviços aos consumidores.

Não obstante, a própria ANS e as Operadoras têm cometido violações ao direito do consumidor, notadamente ao consumidor-autista. Alguns destes requerem o tratamento pelo método ABA que tem reconhecimento científico de sua eficácia e exige de 30 a 40 horas de tratamento com equipe multiprofissional. As operadoras, com respaldo em rol ilegal da ANS, oferecem apenas um número limitado de sessões. Algumas, na linha de decisão do STJ, exigem a co-participação no custeio das sessões. Aos poucos o Poder Judiciário tem rechaçado a primeira, inclusive em enunciado do CNJ do mês de março de 2019.

São práticas discriminatórias em face à pessoa com deficiência, apesar do amplo conjunto de normas a protege-la, a começar da Convenção Internacional da pessoa com deficiência que aprovada, nos termos do artigo 5º, parágrafo 2º, da CF, a integra. É necessário que o Judiciário brasileiro, o quanto antes, repare o grave agravo que está a impingir aos consumidores-autistas.

Referências

ATIENZA, Manoel e MANERO, Juan Luiz. **Ilícitos Atípicos**. 2ª. Ed.. Madrid, Editorial Trotta, 2006, p. 67.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 9.656**, lei dos planos e seguros privados de assistência à saúde de 3 de junho de 1998.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 9.661**, lei de Criação da Agência Nacional de 28 de janeiro de 2000.

BRASIL .Presidência da República. **Lei 13.146**, Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, 06 de julho de 2015.

BRASIL. Presidência da República. Lei Federal 12.764, Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, de 27 de dezembro de 2012.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução Normativa n.º 439**, de 3 de dezembro de 2018.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Relatório: Nota Técnica nº 196/2017** ; Nota Técnica nº 204/2017: Revisão do Rol de Procedimentos e Eventos em

Saúde – 2018. Disponível em : http://§www.ans.gov.br/images/stories/Particitacao_da_sociedade/consultas_publicas/cp61/relatorio-revisao_do_rol_2018.pdf acesso em 06/04/2019.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica. **Resolução CFM nº1931/2009**, 24 de setembro de 2009.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas e Estratégicas. **Linha de cuidado para a atenção às pessoas com transtornos do espectro de autismo e suas famílias na Rede de Atenção Psicossocial do SUS / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programadas Estratégicas** – Brasília, Ministério da Saúde, 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. **Portaria Nº 324**, Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas do Comportamento Agressivo como Transtorno do Espectro do Autismo, de 31 de março de 2016, disponível em http://www.ans.gov.br/images/stories/Particitacao_da_sociedade/consultas_publicas/cp61/relatorio-revisao_do_rol_2018.pdf acesso em 06/04/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 532** – Distrito Federal. Relator Ministro Celso de Mello, julgado em14 de julho de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial 1099275/SP**, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, terceira turma, julgado em 09/11/2017, DJe 20/11/2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **AC 1006214-16.2018.8.26.0048; Ac. 12295080**; Atibaia; Terceira Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Viviani Nicolau; Julg. 12/03/2019; DJESP 19/03/2019; Pág. 1923.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007

DUARTE, Cíntia Peres et al, **Diagnóstico e Intervenção Precoce no Transtorno do Espectro do Autismo: Relato de um Caso** in CAMINHA, Vera Lúcia Prudência dos Santos et al (org.). Autismo : vivências e caminhos. São Paulo : Blucher, 2016.

GADIA, Carlos A.; TUCHMAN, Roberto; ROTTA, Newra. **Autismo e Doenças Invasivas de Desenvolvimento**. Jornal de Pediatria , Vol. 80, N.2(supl), 2004.

MARINHO, Eliane A. R.; MERKLE, Vânia Lúcia. **Um olhar sobre o autismo e sua especificação.** Anais do IX Congresso Nacional de Educação e III Encontro Sul Brasileiro de Psicopedagogia. 26 a 29 de outubro de 2009. Disponível em: http://atividadeparaeducacaoespecial.com/wp-content/uploads/2015/08/UM-OLHAR-SOBRE-O-AUTISMO-E-SUAS-ESPECIFICA%C3%87%C3%95ES.pdf acesso em 06/04/2019

MELLO, Ana Maria S. Ros. **Autismo: guia prático**. 2ª ed. São Paulo: Corde, 2001.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. **Seguro-Saúde e abuso de direito**, p. 843 e segs in Doutrinas Essenciais do Direito do Consumidor. Org. Cláudia Lima Marques. São Paulo: RT., 2011.

ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DA SAÚDE/ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Folha Informativa – **Transtorno do Espectro Autista**. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5651:folha-informativa-transtornos-do-espectro-autista&Itemid=839. Acesso em: 07/01/2019

ODA, F. **Análise do comportamento e autismo: Marcos históricos descritos em publicações norteamericanas influentes**. Revista Brasileira de Terapia Comportamental e Cognitiva, v. 20, n. 3, p. 86-98, 19 dez. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol. III. Rio de Janeiro, Forense, 1991.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Planos de Saúde e Direito do Consumidor** in MARQUES, Cláudia Lima e outros (orgs). Saúde e Responsabilidade 2 – a nova assistência privada à saúde, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Fabíola Albuquerque. **Confiança (no Direito Contratual)**. In TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (orgs.). Dicionário de Princípios Jurídicos, Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis: A proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014