XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

MARCOS LEITE GARCIA

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

CLODOALDO MOREIRA DOS SANTOS JÚNIOR

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

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Marcos Leite Garcia

Lucas Gonçalves da Silva

Clodoaldo Moreira dos Santos Júnior – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-806-6

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
e Pós-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

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito em parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, da UFG - Universidade Federal de Goiás que ocorreu nos dias 19, 20 e 21 de junho de 2019, em Goiânia, cujo tema foi: CONSTITUCIONALISMO CRÍTICO, POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO INCLUSIVO

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

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção com fundamento nos temas apresentados.

No caso concreto, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I, coordenado pelos professores Clodoaldo Moreira dos Santos Júnior, Lucas Gonçalves da Silva e Marcos Leite Garcia, foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

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

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

Com o objetivo de dinamizar a leitura, os artigos foram dispostos considerando a aproximação temática:

1- (IN) EFICIÊNCIA DA REGULAÇÃO JURÍDICA SOBRE O PODER ECONÔMICO DAS EMPRESAS PATROCINADORAS QUE OBJETIVAM A LIMITAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO

2 - A (IM)POSSIBILIDADE DE REVISÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS

3 - A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA VINCULANTE 3

4 - A AUTONOMIA COMO ELEMENTO ESSENCIAL DA DIGNIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

5 - A HUMANIZAÇÃO DAS PENAS COMO CONQUISTA CIVILIZATÓRIA

6 - A PRESCRIÇÃO DO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO EM AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, EM RAZÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO PERPETUIDADE DA PENA

7 - A REFORMA TRABALHISTA E A TESE DA INDÚSTRIA DO DANO MORAL SOB A ÓTICA DO DIREITO DO CONSUMIDOR

8 - A SOLUÇÃO DE CONFLITOS CONSTITUCIONAIS ENTRE A LIBERDADE DE CRENÇA E DIREITO À VIDA: O CASO DOS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ E A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE.

9 - A TUTELA JURÍDICA DA IMAGEM DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

10 - A VIOLAÇÃO DE DIREITOS DECORRENTE DE TESTES DE ORIENTAÇÃO SEXUAL

11 - ACESSIBILIDADE EM ESPAÇOS FÍSICOS: AVANÇOS, EXPECTATIVAS E UTOPIAS CONSIDERANDO AS DECLARAÇÕES CONSTITUCIONAIS HUMANÍSTICAS

12 - AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL E O ACESSO À EDUCAÇÃO NO BRASIL.

13 - DO AGENTE POLÍTICO E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

14 - EDUCAÇÃO, DEMOCRACIA E LIBERDADE: UMA VISÃO LIBERAL E REPUBLICANA

15 - INCAPACIDADE BIOPSICOSSOCIAL NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO: UTOPIA OU NECESSIDADE?

16 - LEI 13.491/2017: UMA QUESTÃO DE RETROCESSO DEMOCRÁTICO, DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE

17 - O AUMENTO DAS “FAKE NEWS” DURANTE A PROPAGANDA ELEITORAL E SUA POSSÍVEL INFLUÊNCIA NO RESULTADO DO PLEITO

18 - O DEVIDO PROCESSO LEGAL E AS FORMAS DE MAXIMIZAR O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NO ATO DO JUBILAMENTO DE ALUNOS NA EDUCAÇÃO SUPERIOR

19 - OS DIREITOS ESTABELECIDOS PELA LEI Nº 9.656/1998 E OS PRINCIPAIS ENTENDIMENTOS FIXADOS PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

20 - OS LIMITES DA FUNDAMENTALIDADE MATERIAL NO DIREITO DO CONSUMIDOR

21 - RESTRIÇÕES AO DIREITO DE PROPRIEDADE DIANTE DE SUA FUNDAMENTALIDADE

22 - TUTELA DA LIBERDADE RELIGIOSA COMO DIREITO DA PERSONALIDADE: RELAÇÕES ENTRE DIREITO E RELIGIÃO À LUZ DO CONCEITO DE LAICIDADE

23 - UMA ANÁLISE DOS DIREITOS À EDUCAÇÃO À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

Destaca-se que além da rica experiência acadêmica, com debates produtivos e bem-sucedidas trocas de conhecimentos, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I também proporcionou um entoado passeio pelos sotaques brasileiros, experiência que já se tornou característica dos eventos do CONPEDI, uma vez que se constitui atualmente o mais importante fórum de discussão da pesquisa em Direito no Brasil, e, portanto, ponto de encontro de pesquisados das mais diversas regiões do Brasil.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI e desejamos boa leitura a todos.

Prof. Dr. Clodoaldo Moreira dos Santos Júnior - UFG

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia - UNIVALI

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.

OS DIREITOS ESTABELECIDOS PELA LEI Nº 9.656/1998 E OS PRINCIPAIS ENTENDIMENTOS FIXADOS PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

THE RIGHTS ESTABLISHED BY LAW NO. 9.656 / 1998 AND THE MAIN UNDERSTANDINGS SET BY BRAZILIAN COURTS

Nicole Naiara Schmitz [1]
Alana Caroline Mossoi [2]

Resumo

A Constituição Federal de 1988 estabelece as balizas da prestação de serviços na área da saúde pública e privada, sendo complementadas pelo Código de Defesa do Consumidor, que é utilizado na interpretação de todos os contratos de planos de saúde, e por legislação esparsa. Os planos de saúde são fornecidos por pessoas jurídicas denominadas “operadoras”, conforme a Lei nº 9.656/1998, que conceitua e prevê as demais especificidades sobre os contratos de planos privados de assistência à saúde. Ainda, os Tribunais são provocados para dizer o modo de interpretação das normas sobre a matéria e assegurar os direitos dos consumidores.

Palavras-chave: Direito à saúde, Direito do consumidor, Cláusula abusiva, Planos de saúde

Abstract/Resumen/Résumé

The Federal Constitution of 1988 establishes the scope of service provision in the area of public and private health, and is complemented by the Consumer Protection Code, which is used in the interpretation of all health insurance contracts, and by sparse legislation. The health plans are provided by legal entities called "operators", according to Law nº. 9,656 /1998, which defines and provides for the other specifics on the contracts of private healthcare plans. In addition, the Courts are called upon to say how to interpret the rules on the subject and ensure the rights of consumers.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to health, Consumer law, Abusive clause, Health insurance

[1] Mestranda em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense (UNIPAR). Bolsista PROSUP /CAPES/UNIPAR. nika.schmitz@hotmail.com.

[2] Mestranda em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense (UNIPAR). alana_mossoi@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma grande previsão no que tange ao direito à saúde, em comparação com os textos constitucionais anteriores. Inclusive, estabeleceu a prerrogativa do âmbito privado promover atividades relacionadas à saúde, ao lado da saúde pública, realizada através do Sistema Único de Saúde (SUS).

As operadoras privadas de assistência à saúde são reguladas pela Lei nº 9.656/1998, que normativa a definição de plano de saúde, as características do contrato, as modalidades de plano, a substituição de entidades e profissionais contratados, além de especificar outras peculiaridades sobre o tema.

Outros diplomas normativos importantes são as resoluções normativas expedidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que visa regimentar a atividade das operadoras de planos de saúde, além de controlar e fiscalizar o exercício dessa atividade. Ainda, outra entidade de extrema relevância é o Conselho de Saúde Suplementar (CONSU), que dita normas gerais acerca da matéria.

Além disso, o assunto também é bastante discutido no âmbito do Poder Judiciário, que possui vários julgados e entendimentos sumulares para enriquecer o sistema normativo que envolve os planos de saúde no Brasil. A jurisdição estatal é provocada principalmente quando há negativa de cobertura pelos planos, trazendo ricas decisões para efetivar o direito dos consumidores.

Este trabalho busca desenvolver um estudo acerca da análise jurisprudencial frente o regramento estabelecido pela Lei nº 9.656/1998, na tutela dos direitos dos consumidores, que encontram-se em posição de extrema vulnerabilidade, em estado de saúde ou integridade física debilitada ou ameaçada.

Assim, trata de perquirir a recente análise desenvolvida, principalmente pelo Superior Tribunal de Justiça, na consecução dos objetivos delineados na Constituição Federal de 1988, no alcance de serviços na área da saúde, com qualidade e a observância das normas pactuadas no contrato de plano privado de assistência à saúde.

2 PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO A SAÚDE E PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

A Constituição Federal estabeleceu o direito à saúde como um direito social (art. 6º), indissociável à manutenção da dignidade da pessoa humana (art. 1º) e da vida (art. 5º), configurando princípios fundamentais do Estado de Direito.

Gama, Melo e Gussem (2015) retratam que o direito à saúde é tratado pelo texto constitucional como um direito de todos e dever do Estado (art. 196) e é política de relevância pública (art. 197), integrante da Seguridade Social (art. 194), o qual deve ser financiado por toda a sociedade, direta ou indiretamente, por meio de orçamentos provenientes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e por contribuições sociais (arts. 195 e 198).

O art. 199, da Constituição Federal, garante liberdade à iniciativa privada em matéria de assistência à saúde, reconhecendo a insuficiência do setor público para atender toda a população nessa esfera, não havendo, portanto, monopólio estatal. Por conseguinte, a possibilidade da iniciativa privada adentrar no campo da saúde é permitida constitucionalmente, inclusive com pessoas jurídicas de direito privado operando planos de assistência à saúde (GREGORI, 2012).

Gregori (2012) destaca que o sistema privado de saúde é composto pela prestação direta dos profissionais e estabelecimentos de saúde ou por meio da intermediação dos serviços, como, por exemplo, pelas operadoras de planos de saúde. Elas participam de forma complementar, a partir de seus próprios recursos, porém, devendo obedecer o traçado pela Administração Pública.

Para Marques (2011), os contratos de plano de saúde são pautados na cooperação e na solidariedade, tendo em vista seus contratantes agirem com objetivos comuns. Assim, a solidariedade contratual consiste em um vínculo de apoio na persecução de um mesmo fim.

Segundo Marques, et al. (1999), uma empresa que oferta plano de saúde deve manter um fundo comum, mantido através de contratos individuais ou por grupos constituídos, devendo alocar para cada usuário parte suficiente da receita para que possa cobrir os riscos contratados. Este é o caráter de mutualidade dos planos de seguro, isto é, o operador deverá reunir todos os riscos e adquirir um determinado valor com as mensalidades dos usuários de forma compatível com aqueles.

3 CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE

3.1 Principais previsões legislativas

O contrato de plano de saúde, originalmente, foi regulamentado pelas regras que disciplinavam os contratos de seguros, estabelecidas pelo Decreto-lei nº 73/66 e as alterações trazidas pelo Decreto-lei nº 296/67.

A Lei nº 8.080/90 aduz acerca do Sistema Único de Saúde, de acordo com os dispositivos constitucionais já mencionados, que possui a finalidade de regulamentar os serviços de saúde prestados de maneira isolada ou conjunta, de forma permanente ou eventual, por intermédio de pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado (FURLANETO, 2011).

Posteriormente, a Lei nº 9.656/98, acrescida pelas alterações da Medida Provisória nº 2.177-44/01, dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, e os submete à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), monitoradas pelo Observatório de Saúde Suplementar da Agência Nacional de Saúde Suplementar (OBSS/ANS).

A edição da Lei nº 9.656/98 criou o Conselho de Saúde Suplementar (CONSU) com competência para supervisionar e estabelecer a execução de políticas públicas e diretrizes gerais sobre a saúde suplementar. A ANS foi criada pela Lei nº 9.961/2000, sendo uma autarquia de regime especial, com vinculação ao Ministério da Saúde, atuando como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades relacionadas à assistência suplementar à saúde (CAMBI; FOGAÇA, 2016).

> A Lei 9.656/1998 impõe uma disciplina específica para as relações de consumo na saúde suplementar, mediante o disciplinamento da cobertura assistencial, abrangência dos planos, rede credenciada, procedimentos e eventos cobertos e não cobertos, carências, doenças e lesões preexistentes e cumprimento de cláusulas contratuais, além de estabelecer normas de controle de ingresso e permanência e saída das operadoras nesse mercado, estabelecer normas relativas à solvência e liquidez dessas operadoras, a fim de preservar sua sustentabilidade e transparência (GREGORI, 2012, p. 152).

Cumpre também fazer referência para as Resoluções Normativas nº 221/2010 e 262/2011 da ANS, que atualizaram o rol de procedimentos e eventos de saúde, sendo a referência básica de cobertura nos planos de saúde.

Ademais, ante as inúmeras negativas no atendimento dos pacientes pelos planos de saúde, a ANS expediu a Resolução Normativa nº 319/2013, esclarecendo os atendimentos que são dispensados aos beneficiários, enquanto que a Resolução Normativa nº 124/2006 estatui as penalidades aplicáveis diante das infrações à legislação vigente (FERREIRA; MORAES, 2014).

3.2 Definição e características dos contratos de planos de saúde

Os contratos de plano de saúde referem-se a um negócio jurídico onde as partes concordam em receber serviços hospitalares, laboratoriais e ambulatoriais, na área médica e odontológica, com a contraprestação de mensalidades, a fim de manutenção do plano contratado (LISBOA, 2007).

O art. 1º, I, da Lei nº 9.656/1998, conceitua os planos privados de assistência à saúde como uma "prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós-estabelecido, por prazo indeterminado" e possuem o objetivo 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", para obter "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"[1].

Segundo Ferreira e Moraes (2014), os serviços assistenciais são fornecidos por pessoas jurídicas denominadas "operadoras", podendo ser constituídas pelo regime jurídico de sociedade civil ou comercial, cooperativa ou entidade de autogestão, de acordo com o art. 1º, II, da Lei nº 9.656/1998.

A Lei nº 9.656/98 inicialmente regulava o contrato de seguro (art. 1º, §1º, II, em sua antiga versão) e de plano de saúde (art. 1º, §1º, I, em sua antiga versão), estabelecendo para o primeiro a forma de reembolso de valores, enquanto que para o último, o pré-pagamento. No presente, o diploma legal apenas regula os contratos e as operadoras de planos de saúde.

Os contratos de assistência médico-hospitalar caracterizam-se por uma obrigação de fazer, prestada por terceiro, em que a figura do fornecedor é apontada como um hospital ou grupo de médicos e hospitais, com o objetivo de locação de serviços médicos e de internação hospitalar, a particulares e empresas (MARQUES, 2011).

> O contrato entre o consumidor e as operadoras de planos de saúde tem por escopo a gestão de custos com vistas a constituir rede (credenciada, referenciada ou contratada) à qual possa o consumidor recorrer no momento em que necessite. Assim, propicia-se o atendimento médico (objeto de outro contrato, autônomo, do qual não participam as operadoras) do consumidor, o qual não terá que pagar diretamente ao médico pela prestação do serviço ou será reembolsado de suas despesas pela operadora. Distingue-se, deste modo, da prestação de serviços

[1] Quanto ao reembolso de valores por planos de saúde: TJJR – Apelação nº 0001875-80.2017.8.19.0203 - Des(a). SÉRGIO SEABRA VARELLA - Julgamento: 15/08/2018 - VIGÉSIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL.

> médicos em si considerada, avençada em relação jurídica autônoma estabelecida entre o médico e o paciente, cujo objeto consiste na vida e saúde humanas (TEPEDINO, 2011, p. 400).

De acordo com o art. 16, os contratos de planos de saúde devem indicar com clareza as condições de admissão de pessoas ao plano, o início da vigência do contrato, os períodos de carência, as faixas etárias e os percentuais de reajuste, os eventos cobertos e excluídos do plano, o regime e o tipo de contratação, a área geográfica de abrangência, o número de registro na ANS etc.

Os planos de saúde somente podem ser lançados no mercado se obterem registro na ANS (art. 9º, da Lei nº 9.656/98). Em vista disso, dependem de autorização para o exercício de suas atividades (LISBOA, 2007).

O contrato deve ser celebrado com prazo determinado, sendo que a lei disciplina a duração mínima de um ano e renovação automática, proibindo-se a recontagem de carências (art. 13, da Lei nº 9.656/98).

O contrato de plano de saúde se qualifica como um contrato cativo de longa duração, tendo em vista que a relação entre fornecedor e consumidor e demais beneficiários pode perdurar por vários anos.

As operadoras possuem o prazo de 30 (dias) para reembolsar os usuários, quando arcarem pessoalmente com as despesas de assistência médica, ambulatorial ou odontológica, contados a partir da entrega da documentação adequada, se houver abrangência pelo plano.

Trata-se de relação contratual contínua e de trato sucessivo, geralmente prestados por terceiros que realizam o objeto do contrato propriamente dito (BONIZZATO; MARTINS, 2015). Igualmente, é um contrato aleatório por estar sujeito a evento futuro e incerto (a doença dos consumidores). No entanto, a dúvida recai sobre a necessidade da realização da prestação, e não como e com qual qualidade o serviço deverá ser praticado.

Em virtude disso, os planos de saúde envolvem uma obrigação de resultado, isto é, espera-se que o fornecedor cumpra com a finalidade principal do contrato: a cobertura das despesas referente aos danos e lesões que o plano visa atender.

> A prestação do consumidor é o pagamento em dinheiro, e a do fornecedor é a cobertura das despesas de tratamento. Se o fornecedor é segurador, sua prestação é de dar (pagar despesas ou reembolsar); se é operador de plano, a obrigação é de fazer (assistir, fornecer o tratamento). Ambas são obrigações de resultado, pois pagar ou tratar são fatos próprios do devedor. [...] O fornecedor deve assegurar a efetividade da assistência, independentemente do êxito do tratamento. Para o segurado, o crédito deve ser certo, desde que ocorra o fato aleatório (MARQUES, et. al, 1999, p. 48).

A imprecisão provocada pelos contratos de plano de saúde é acerca da cura ou melhora da situação clínica do paciente, e não quanto ao dever de prestar a assistência médica ou hospitalar. Dessa forma, "o *aleas* presente nesse contrato de consumo leva à conclusão de que o incerto é quando deve ser prestada e não se deve ou não ser prestada a obrigação" (MARQUES, 2011, p. 519).

Por isso, o consumidor pode não se valer do plano de saúde ou usufruí-lo poucas vezes. Assim, com o passar dos anos, os serviços oferecidos podem não ser procurados pelo cliente ou, até mesmo, não equivaler com as quantias adimplidas, haja vista haver consumidores com grande ou pouca demanda.

3.3 Espécies de planos de saúde

O art. 16, VII, da Lei nº 9.656/98, estabelece os regimes ou os tipos de contratação, sendo eles o individual ou familiar, coletivo empresarial e coletivo por adesão.

Segundo Lopes da Silva (2018), o plano de saúde individual ou familiar é aquele contratado por consumidores, pessoas físicas, com livre adesão, podendo este fazer a inclusão de seus dependentes ou familiares em sua cobertura.

Já os planos de saúde de contratação coletiva empresarial possuem cobertura destinada às pessoas jurídicas, ante a existência de vínculo empregatício, podendo abranger também os dependentes deste, sendo a modalidade preponderante atualmente no Brasil[2] (AUGUSTO FRANKE DAHINTEN; BERNARDO FRANKE DAHINTEN, 2018).

Enquanto que os planos de saúde sob o regime de contratação coletiva por adesão são os oferecidos por pessoa jurídica para determinados beneficiários, mas a sua adesão é espontânea e de opção dos funcionários associados ou sindicalizados, havendo ou não a prerrogativa de inclusão do grupo familiar.

A matéria das espécies de planos de saúde sofreu alteração com a edição da Medida Provisória nº 2.177-44/2001, pois antes de seu advento a previsão abrangia apenas as modalidades individual, familiar ou coletivo.

4 PRINCIPAIS DIREITOS ESTABELECIDOS NA LEI Nº 9.656/98 E SUA ANÁLISE PELOS TRIBUNAIS

[2] O julgado a seguir explicita a questão da inserção dos dependentes nos planos de saúde coletivos: TJRJ - Apelação nº 0026887-67.2015.8.19.0203 - Des(a). SÉRGIO SEABRA VARELLA - Julgamento: 15/08/2018 - VIGÉSIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL.

A Lei nº 9.656/98, conhecida como Lei dos Planos de Saúde, aprimorou a forma de contenção acerca de práticas abusivas ocasionadas pelos fornecedores de planos de saúde, porém, as violações aos direitos de seus usuários ainda são frequentes na prática.

O art. 10 prevê a abrangência dos serviços cobertos pelo plano, incluindo atendimento médico-ambulatorial e hospitalar, englobando partos e tratamentos realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermaria, centro de terapia intensiva ou similar, quando necessária à internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial da Saúde.

Referido artigo traz um contrato referência de planos de saúde, com a finalidade de impor limites na exclusão de serviços. Porém, o mesmo dispositivo também estabelece situações em que a lei admite a não cobertura por referidos planos, como os tratamentos experimentais, estéticos[3], inseminação artificial etc. (MARQUES, et. al., 1999).

Em vista disso, Lopes da Silva (2018) entendem que o plano-referência é o mais abrangente e amplo de todos os planos, apesar de conter algumas exceções, constantes no art. 10, I a X.

O art. 12 elenca as segmentações de cobertura e de atendimento, conhecidos como planos mínimos ou subplanos, sendo eles: ambulatorial, hospitalar sem obstetrícia, hospitalar com obstetrícia e odontológico. O primeiro destina-se à oferta de consultas médicas, exames e terapias; o segundo assegura atendimento nas situações que exijam internação em hospitais, inclusive cirurgias ou outros procedimentos complexos. A terceira modalidade contém todas as coberturas previstas para o hospitalar, mais o acompanhamento da mulher antes do parto e no decorrer deste, e também ao recém-nascido. A última espécie abrange consultas e exames odontológicos (LOPES DA SILVA, 2018).

Segundo a ANS, o atendimento odontológico pode ser oferecido adicionalmente em qualquer plano ambulatorial e hospitalar, menos na segmentação referência (BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Cartilha orienta consumidores na escolha do plano de saúde, 2015).

Scramin Neto (2015) elenca as possíveis combinações de cobertura: ambulatorial; hospitalar sem obstetrícia; hospitalar com obstetrícia[4]; ambulatorial e hospitalar sem

[3] Súmula 97 do Tribunal de Justiça de São Paulo: Não pode ser considerada simplesmente estética a cirurgia plástica complementar de tratamento de obesidade mórbida, havendo indicação médica.

[4] No caso de negativa de atendimento à gestante por atendimento não inserido no plano: TJSP; Apelação 1085585-04.2017.8.26.0100; Relator (a): José Rubens Queiroz Gomes; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 42ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/08/2018; Data de Registro: 15/08/2018.

obstetrícia; ambulatorial e hospitalar com obstetrícia; exclusivamente odontológico; e a referência.

O plano de saúde não pode impor qualquer forma de limitação no uso de determinado serviço (número máximo de dias de internação em UTI, fixação de sessões de quimioterapia etc.), tendo em vista que a operadora não pode prever o tempo necessário para a cura ou a melhora do quadro clínico do usuário (NÓBREGA, 2005). Neste sentido é a súmula 302, do STJ "é abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado".

Em vista disso, o art. 12, II, "a" dispõe que não haverá limitação de prazo, valor máximo e quantidade em caso de cobertura de internação hospitalar, tampouco, para a alínea "e", de valor máximo de taxa, na hipótese de remoção do paciente para outra unidade hospitalar, por exemplo, muito menos pelo número de exames complementares para auferir o estágio, evolução e o correto diagnóstico da doença[5], assim como o fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões (alínea "d"), haja vista incumbir unicamente ao médico atestar o que é necessário para o tratamento do paciente[6].

O STJ se manifestou acerca da cobertura dos planos, devendo ser concedido pelas operadoras: prótese em procedimento cirúrgico coberto pelo plano de saúde (Ag 1.139.871 e REsp 1.046.355); cobertura para tratamento quimioterápico para tratamento de câncer (REsp 668.216); custeio de medicamentos ao tratamento de quimioterapia, ministrados no âmbito domiciliar (Ag 1.137.474)[7] e serviço de *home care* (Ag 1.390.883 e AREsp 215.639)[8] (FERREIRA; MORAES; 2014).

De acordo com Gomes (2016), embora o art. 12 não incluir os serviços *home care* no rol de cobertura mínima dos planos, também não consta nas exceções do art. 10 e, por conseguinte, sendo eles recomendados pelo médico responsável pelo tratamento, em vez da internação hospitalar, sua cobertura é obrigatória.

Acerca da cobertura do plano de saúde quanto a doenças e lesões preexistentes à contratação, o art. 11 explicita que as operadoras não estão eximidas daquelas depois de vinte

[5] Súmula 96 do Tribunal de Justiça de São Paulo: Havendo expressa indicação médica de exames associados a enfermidade coberta pelo contrato, não prevalece a negativa de cobertura do procedimento.
[6] Súmula 102 do Tribunal de Justiça de São Paulo: Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS. Súmula 211 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Havendo divergência entre o seguro saúde contratado e o profissional responsável pelo procedimento cirúrgico, quanto à técnica e ao material a serem empregados, a escolha cabe ao médico incumbido de sua realização.
[7] Súmula 95 do Tribunal de Justiça de São Paulo: Havendo expressa indicação médica, não prevalece a negativa de cobertura de custeio ou fornecimento de medicamentos associados a tratamento quimioterápico.
[8] Súmula 90 do Tribunal de Justiça de São Paulo: Havendo expressa indicação médica para a utilização dos serviços de home care, revela-se abusiva a cláusula de exclusão inserida na avença, que não pode prevalecer.

e quatro meses da contratação, recaindo-lhes o ônus da ciência de sua existência pelo consumidor. Assim, os fornecedores devem se acautelar, realizando exames clínicos para averiguar o acometimento de mal à saúde do usuário, para que esteja desobrigado de sua cobertura (TRETTEL; SCHEFFER, 2018).

> As doenças e as lesões que acometerem o consumidor antes da contratação podem ser alegadas como causa de exclusão da cobertura apenas nos primeiros vinte e quatro meses de vigência do contrato. O ônus da prova da preexistência da doença e do conhecimento prévio do consumidor cabe à operadora do plano ou seguro. Enquanto não for produzida a prova, ficará vedada a suspensão da assistência (MARQUES, et. al., 1999, p. 56).

Por doenças e lesões preexistentes, a Resolução Normativa nº 02/98, art. 1º, da CONSU, entende ser "aquelas que o consumidor ou seu responsável sabia ser portador à época da contratação". Assim, deve ficar demonstrado pelo operador que a doença foi contraída pelo consumidor antes da celebração do contrato e que a mesma era de conhecimento pelo usuário[9].

Lisboa (2007) alerta que doença preexistente não pode ser confundida com doença desconhecida pelo paciente, pois neste caso é cabível a cobertura pela operadora.

Outrossim, o enunciado nº 25, da I Jornada Nacional de Saúde considera abusiva "a negativa de cobertura de procedimentos cirúrgicos de alta complexidade relacionados à doença e lesão preexistente, quando o usuário não tinha conhecimento ou não foi submetido a prévio exame médico ou perícia, salvo comprovada má-fé".

Havendo negativa de atendimento a qualquer procedimento solicitado pelo usuário, as operadoras devem redigi-la a termo, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, contudo, não poderá ocorrer nos casos de urgência e emergência, em alusão ao art. 2º, da Resolução Normativa 124/2006, bem como nos casos de planejamento familiar (art. 35-C).

Os conceitos de urgência e emergência estão contidos no art. 35-C, havendo, inclusive, o enunciado nº 62, da II Jornada Nacional da Saúde, que defende a sua utilização para fins de cobertura assistencial. Assim, a Lei define como situação de emergência "os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente", e de urgência "os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional".

[9] Súmula 105 do Tribunal de Justiça de São Paulo: Não prevalece a negativa de cobertura às doenças e às lesões preexistentes se, à época da contratação de plano de saúde, não se exigiu prévio exame médico admissional. Súmula 337 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: A recusa indevida, pela operadora de planos de saúde, de internação em estado de emergência/urgência gera dano moral *in re ipsa*.

Ainda, o art. 12, V, "c" trata sobre o atendimento em casos de urgência e emergência, os quais deverão ocorrer nas 24 (vinte e quatro) horas seguintes à celebração contratual, ocasião onde haverá a obrigação de cobertura total e ilimitada do tratamento médico, vez que cumprido o período de carência disposto em lei (CAMBI; FOGAÇA, 2016)[10].

A Resolução Normativa nº 44/2013, da ANS, proíbe a exigência de caução, depósito de qualquer natureza, nota promissória, ou quaisquer outros títulos de crédito ou depósito pelos hospitais ou próprios planos de saúde que realizam atendimento, caracterizando, inclusive, estado de perigo, espécie de vício do negócio jurídico, disciplinado no art. 156, do Código Civil, e também crime, tipificado no art. 135-A, do Código Penal.

O aumento de reajuste incidente na mudança de faixa etária para pessoas com mais de 60 anos é considerado uma forma de discriminação do idoso, sem excluir os demais reajustes previstos em lei. Os reajustes dos planos de saúde individuais são emitidos anualmente, na data de aniversário do plano, pela ANS, segundo o art. 4º, XVII e XVIII, da Lei nº 9.961/2000[11], enquanto que os planos de saúde coletivos possuem reajuste com base na contratação, de acordo com o índice IGPM[12] (FERREIRA; MORAES, 2014).

Considerando o princípio da solidariedade existente entre os contratos de planos de saúde, Marques (2011) defende que o aumento do reajuste deve ter como base o aumento do risco abstrato de doenças e não em virtude de mudança de faixa etária.

Contudo, o STJ, no julgamento do REsp Repetitivo nº 1568244/RJ, firmou entendimento diverso, reconhecendo a validade do reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar, de acordo com a idade do usuário, fixando três requisitos: (a) previsão contratual, (b) observância das normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e (c) não aplicação de percentuais desarrazoados ou aleatórios, que onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso[13].

---

[10] Súmula 103 do Tribunal de Justiça de São Paulo: É abusiva a negativa de cobertura em atendimento de urgência e/ou emergência a pretexto de que está em curso período de carência que não seja o prazo de 24 horas estabelecido na Lei n. 9.656/98.

[11] Art. 4º, Lei nº 9.961/2000. Compete à ANS:[...] VII - autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, ouvido o Ministério da Fazenda; XVIII - expedir normas e padrões para o envio de informações de natureza econômico-financeira pelas operadoras, com vistas à homologação de reajustes e revisões.

[12] TJ-MG 100240450285940011 MG 1.0024.04.502859-4/001. Relator: Nilo Lacerda, data de julgamento: 16/12/2005, data de publicação: 18/02/2006; AgInt no AREsp 1269614/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 29/06/2018. Nesse mesmo sentido, o STJ entende que a ANS não controla o percentual de reajuste de planos coletivos de saúde (REsp 1729320/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 09/08/2018).

[13] A tese vem se confirmando em outros julgados, como no AgInt no AREsp de nº 1075966/RS, julgado em 15/03/2018.

Neste sentido, o art. 15 designa que a variação das contraprestações pecuniárias em razão da idade do consumidor apenas poderá ocorrer se as faixas etárias estiverem no contrato inicial e acompanhadas dos percentuais de reajuste, restando expressamente proibida a variação para consumidores acima de sessenta anos de idade que participem do plano há mais de dez anos.

Além disso, o art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, proíbe cobranças de valores diferenciados em razão da idade, revelando-se em uma forma de discriminação do consumidor idoso por planos de saúde[14].

Augusto e Bernardo Franke Dahinten (2018) trazem que o art. 30 prevê a manutenção do usuário no plano coletivo, no caso de rescisão do contrato de trabalho ou exoneração sem justa causa, hipótese em que as parcelas passam a serem pagas pelo consumidor após a extinção do vínculo empregatício, em sua totalidade. Ele poderá permanecer no plano pelo prazo de um terço da duração do contrato de trabalho, com um mínimo assegurado de seis meses e um máximo de vinte e quatro meses.

Enquanto o art. 31 assegura, aos trabalhadores que se aposentarem, a continuidade no plano de assistência à saúde, assumindo o pagamento da mensalidade, desde que tenham completado dez anos de contribuição, se estendendo indefinidamente. Se não atingirem o prazo assinalado, poderão participar no plano pelo período igual aos anos de contribuição (AUGUSTO FRANKE DAHINTEN; BERNARDO FRANKE DAHINTEN, 2018)[15].

Em 09.08.2016, o STJ julgou o Recurso Especial 1.594.346/SP, fixando o entendimento de que a rescisão do contrato de trabalho sem justa causa apenas permite a continuidade do usuário no plano se ele houver contribuído ao pagamento das mensalidades, eis que o art. 30, "caput", da Lei nº 9.656/98 exige que contribua pessoalmente. Em consequência, não se considera salário indireto os valores arcados pelo empregador, sobretudo diante do art. 458, § 2º, IV, da CLT[16].

No que tange ao prazo de carência dos contratos de plano de saúde, este refere-se ao período em que o consumidor aguarda, após a contratação, para se valer dos benefícios decorrentes do plano. Entretanto, não detêm validade as cláusulas que estipulam prazo de carência superior, igual ou pouco menor ao prazo de duração do contrato (NÓBREGA, 2005).

[14] Súmula 214 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: A vedação do reajuste de seguro saúde, em razão de alteração de faixa etária, aplica-se aos contratos anteriores ao Estatuto do Idoso.

[15] Ademais, a súmula 104 do Tribunal de Justiça de São Paulo acrescenta que o empregado aposentado continua com a garantia ainda que permaneça laborando.

[16] Outra decisão neste sentido: AgInt no REsp 1620304/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 01/08/2018. Sobre a aplicação do Estatuto do Idoso para planos de saúde pactuados antes da vigência da lei: RE 630852 RG, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, julgado em 07/04/2011, DJe-103 DIVULG 30-05-2011 PUBLIC 31-05-2011 EMENT VOL-02533-02 PP-00225.

Desse modo, os fornecedores estipulam determinado período de carência, momento em que não haverá cobertura sobre os danos de saúde sofridos, contudo, posteriormente, a administradora do convênio está incumbida dos riscos fixados no contrato (BONIZZATO; MARTINS, 2015).

> Se, por exemplo, um contrato de plano de saúde de 24 (vinte e quatro) meses mantém como carência máxima o período de 30 (trinta) meses, é indubitável a nulidade. Se o período de carência for de 24 (vinte e quatro) meses, a nulidade é a mesma. Se o prazo for de 18 (dezoito) meses, também se verificará a abusividade, pois a relação de consumo não se encontra em equilíbrio. Não é razoável a fixação de período de carência superior à metade de duração do contrato (LISBOA, 2007, p. 412).

O art. 12, V e alíneas estipulam o prazo máximo de carência, que será de trezentos dias, em se tratando de parto a termo, e nos demais casos, de cento e oitenta dias, ressalvados os atendimentos de urgência e emergência, quando o prazo passa a ser de 24 (vinte e quatro) horas.

Além disso, uma cláusula abusiva exoneratória de responsabilidade, para Lisboa (2007), é a exclusão genérica de cobertura, quando as características da doença ou mal de saúde são abrangentes e comuns a demais enfermidades, como "males degenerativos", "doença epidêmica", "doença promíscua", "doenças de coluna" etc. Logo, não possuem validade por ausência de informação suficiente e precisa.

Inclusive, a administradora do plano de saúde deve propiciar a realização de método experimental já reconhecido pela prática médica, ainda que desenvolvida recentemente (TRETTEL; SCHEFFER, 2018)[17]. A nulidade também se estende para disposições que visam não cobrir tratamento de doença de evolução crônica, como a esclerose múltipla.

Lopes da Silva (2018) explicita que, ao contratar um plano de saúde, muitos consumidores se preocupam em conferir quais são as entidades hospitalares e profissionais ofertados, mediante rede contratada, referenciada ou credenciada, desejando que se mantenham no plano. Uma substituição pode gerar prejuízos ao tratamento dos usuários, quando não correspondem às mesmas qualificações das pessoas físicas e/ou jurídicas inicialmente contratadas.

Neste sentido, o art. 17 visa coibir qualquer atividade lesiva aos consumidores, e por isso disciplina a forma como deverá se operar a inclusão, redução e substituição de profissionais e entidades hospitalares do plano. O dispositivo determina o compromisso na

[17] Súmula 340 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Ainda que admitida a possibilidade de o contrato de plano de saúde conter cláusulas limitativas dos direitos do consumidor, revela se abusiva a que exclui o custeio dos meios e materiais necessários ao melhor desempenho do tratamento da doença coberta pelo plano.

manutenção da equipe prestadora da assistência, contudo, havendo alteração, esta deverá zelar para que seja escolhido prestador equivalente, cuja mudança será comunicada aos consumidores com 30 (trinta) dias de antecedência.

> A redação inicial do art. 17 da LPS somente estabelecia que as operadoras deveriam empreender esforços para a manutenção das entidades hospitalares, mas, diante de tantas modificações arbitrárias da rede de prestadores por parte das operadoras, o referido dispositivo foi alterado pela Lei 13.003/14. Determinou-se, então, que as empresas do setor de saúde privada deveriam zelar pela permanência de qualquer prestador [...] e que qualquer alteração deveria ser comunicada para os consumidores, exigindo-se também a substituição adequada. Impende ressaltar que esta obrigação reside no dever de informação, cujo alicerce encontra-se na boa-fé objetiva que deve sempre permear a conduta das partes na contratação, durante a execução e no momento das alterações (LOPES DA SILVA, 2018, p. 228).

De igual modo, Schmitt (2011) ressalta a abusividade das cláusulas de contratos de planos de saúde que não possuem cobertura para transplantes e utilização de próteses, órteses e *stents*, de acordo com o AgRg no Ag 1226643/SP e REsp 1731762/GO[18]. O rel. Min. Marco Aurélio, no voto do julgamento do AgRg no AREsp 739434/MS, deixa claro que "o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento a ser utilizado para a cura, não podendo o paciente ser privado de receber tratamento com o método mais moderno disponível no momento"[19].

O art. 35 dispõe que a Lei nº 9.656/98 se aplica a todos os contratos elaborados após a sua vigência, concedendo aos contratos anteriores a possibilidade de adaptação ao regime previsto no novo diploma. No entanto, a eles já se garantia tutela, pois que recebiam a disciplina do Código de Defesa do Consumidor e da Constituição Federal de 1988. Dessa maneira, frente a uma cláusula considerada abusiva pela Lei nº 9.656/98 em contrato firmado anteriormente à sua égide, esta deve ser nula pela incidência do art. 51, caput, e §1.º, II, do CDC.

Desse modo, atualmente existem os planos de saúde antigos, novos e os adaptados. Os planos antigos foram os contratados antes de 2 de janeiro de 1999, não incidindo a Lei dos Planos de Saúde, mas sim o CDC. Os planos novos são aqueles elaborados posteriormente à entrada em vigor da Lei nº 9.656/98, seguindo a sua previsão no que tange aos prazos de carência, doenças preexistentes e situações de emergência e urgência. Enquanto que os planos

[18] Súmula 93 do Tribunal de Justiça de São Paulo: A implantação de *stent* é ato inerente à cirurgia cardíaca/vascular, sendo abusiva a negativa de sua cobertura, ainda que o contrato seja anterior à Lei n. 9.655/98.
[19] Neste julgado, o mesmo entendimento também prevaleceu: AgInt no AREsp 1164672/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 15/06/2018.

adaptados se referem aos contratos celebrados antes de 02 de janeiro de 1999 e adaptados de acordo com a disciplina trazida pela Lei nº 9.656/98.

5 INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE

A teoria geral dos contratos se consubstancia na autonomia privada e na rigidez do brocardo "pacta sunt servanda", características marcantes do iluminismo do século XIX. Dessa forma, se as obrigações foram assumidas pelas partes, de acordo com a vontade de cada uma, o ajuste deve ser cumprido (DONNINI, 2001).

Contudo, as relações de consumo não se encaixavam nessa máxima, uma vez que não correspondia às necessidades dos consumidores vulneráveis. Por isso, esse relacionamento obteve tratamento moderno e equânime, por meio de regras de proteção ao consumidor.

Para Donnini (2001), o modo tradicional de contratação defende a igualdade entre os contratantes, o que diversamente ocorre nas relações de consumo, por existir uma desigualdade entre o fornecedor, que é a parte mais forte ou poderosa, e o consumidor, a mais fraca (art. 4º, I, do CDC).

Neste diapasão, a súmula nº 608, do STJ, dispõe que o CDC é aplicado aos contratos de plano de saúde, com exceção dos criados por entidades de autogestão[20]. A súmula nº 469, do STJ, que estabelecia a incidência do CDC em todos os contratos de plano de saúde foi revogada em 11 de abril de 2018.

O art. 35-G, da Lei nº 9.656/98, designa que as disposições do CDC se aplicam subsidiariamente às regras que regulam os contratos de planos privados de assistência à saúde. Contudo, Gregori (2012) entende que a aplicação deve ocorrer de forma complementar e cumulativa, de maneira que "da lei geral extraem-se os comandos principiológicos aplicáveis à proteção do consumidor, ao passo que à legislação específica caberá reger, de forma minuciada, os planos de saúde" (GREGORI, 2012, p. 160).

Em virtude disso, a aplicação da tutela constante no CDC sobre os planos privados de assistência à saúde, em qualquer de suas formas, requer o reconhecimento aos usuários dos direitos básicos previstos em seu art. 6º. Dessa maneira, o STJ impõe aos contratos de plano de saúde "uma boa-fé extremamente qualificada, exigindo de todos os fornecedores

[20] AgInt no AREsp 1225495/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 15/06/2018.

(operadoras, seguradoras e outros), o cumprimento do dever de informação, cooperação e cuidado" (MARQUES, 2011, p. 506).

Em consequência, são vedadas cláusulas que não estão em consonância com os princípios da boa-fé ou da equidade, reprimindo qualquer forma de coação por parte do fornecedor, principalmente por intermédio de cláusulas redigidas em contratos de adesão, que não derivam de prévio debate entre as partes, sendo elaboradas de maneira unilateral, restando ao consumidor a sua aceitação (BICALHO, 2004).

Semelhantemente, busca-se preservar a função social dos contratos celebrados em relações de consumo, uma vez que o contrato não constitui um acordo com objetivo de satisfazer o interesse unicamente das partes, por possuir uma função maior, que corresponde ao interesse da sociedade. Por conseguinte, o acordo de vontades não pode ser estipulado em detrimento da coletividade (OLIVEIRA, 2017).

O princípio da transparência está abarcado no art. 4º, do CPC, e possui a finalidade de promover avenças mais sinceras e respeitosas, mediante a concessão de informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa, sobre o produto ou serviço, no tocante à suas características, composição, qualidade, preço e riscos apresentados, sobremaneira na fase pré-contratual (GREGORI, 2012).

A maioria das recusas por parte das operadoras ocorrem devido a falta de diálogo e de informação acerca das características do plano, o que pode gerar, em um momento futuro, indenização por dano moral ao usuário, se existir cobertura prevista para o dano ou lesão à saúde no plano contratado[21].

> No momento da celebração do contrato, as cláusulas devem ser precisas e as dúvidas dirimidas, de maneira a afastar interpretações equivocadas que venham a causar dissabores futuros, entre os quais as recusas indevidas de atendimento do consumidor, por parte dos planos de saúde, as quais podem gerar direito a indenização por dano moral, diante de eventual agravamento da situação de aflição psicológica e/ou angústia do segurado (BÔAS; LIMA, 2016, p. 238).

Buscando o equilíbrio entre as partes, o legislador considera que todas as cláusulas do contrato devem ser interpretadas da maneira mais benéfica ao consumidor (art. 47, do CDC), para que possa obter suas expectativas legítimas, provenientes da relação de confiança que se

[21] Súmula 339 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: A recusa indevida ou injustificada, pela operadora de plano de saúde, de autorizar a cobertura financeira de tratamento médico enseja reparação a título de dano moral. Igualmente: AgInt no REsp 1608853/PR, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 30/05/2018.

espera entre as partes. Diante disso, não somente as disposições que causam incerteza devem ser interpretadas dessa forma, mas também em qualquer circunstância.

O dispositivo acima faz nascer para a operadora a obrigação de bem explicar as regras formuladas sobre o plano aos usuários, não sendo um dever que recai ao consumidor, leigo e vulnerável, ainda mais se lhe acomete doença. É imprescindível o esclarecimento acerca das tratativas do plano de acordo com o homem médio[22].

Ferreira (2015) ressalta que os usuários não estarão vinculados a um contrato de plano de saúde se não tiverem conhecimento sobre o seu conteúdo antes da adesão e se foi redigido com a finalidade de dificultar sua compreensão (art. 46, CDC). Neste sentido, o art. 16, parágrafo único, da Lei nº 9.656/1998, declara que todo consumidor receberá cópia do contrato ou das condições gerais do serviço avençado, e também material explicativo de todas as suas características, em linguagem simples e precisa.

Ferreira e Moraes (2014) defendem que a aplicação do CDC nos contratos de planos de saúde provoca: informações claras aos consumidores (art. 6º, III); a elaboração de cláusulas restritivas aos direitos do consumidor devem estar em destaque, tendo em vista se tratar de contrato de adesão[23] (art. 54, §4º); a intervenção do Poder Judiciário em cláusulas que sejam excessivamente onerosas (art. 51, IV); a revisão de cláusulas contratuais contrárias à defesa do consumidor (art. 6º, V); e a não elevação de preço de produtos e serviços sem justa causa (art. 39, X).

Dessa maneira, o CDC se aplica inclusive sobre os contratos firmados anteriormente a sua vigência, sendo orientados, portanto, a partir de uma nova luz na perspectiva de anulação de regras abusivas e na responsabilização por falhas na prestação de serviços (GAMA; MELO; GUSSEM; 2015). Os direitos dos usuários dos planos devem ser garantidos, ainda que conquistados na égide de outra espécie legislativa, ressaltando a impossibilidade de preços diferenciados e outras afrontas ao atual sistema de garantias[24].

6 CONCLUSÃO

[22] REsp 229078/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. j. 09.11.1999, DJ 07.02.2000.
[23] Neste sentido: TJPR - 2ª Turma Recursal - 0039385-14.2016.8.16.0182 - Curitiba - Rel.: Alvaro Rodrigues Junior - J. 14.08.2018.
[24] Súmula 100 do Tribunal de Justiça de São Paulo: O contrato de plano/seguro saúde submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e da Lei n. 9.656/98, ainda que a avença tenha sido celebrada antes da vigência desses diplomas legais. Da mesma forma: AgRg no Ag 1.341.183/PB, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 10/04/2012, DJe 20.04.2012.

A Lei nº 9.656/1998 estabelece um avanço na normatização dos planos e operadoras de saúde, em reação aos abusos cometidos neste segmento anteriormente, sobretudo pela motivação da obtenção de lucro pelas operadoras. Diante disso, este diploma legal atribui maior proteção aos consumidores, estabelecendo uma abordagem garantista, tendo em vista a vulnerabilidade acentuada devido à enfermidade em que se encontram ou a idade avançada.

Os contratos de planos de saúde são contratos de adesão, em sua maioria, e possuem cláusulas abusivas, como, por exemplo, regras que não observam o período de carência disposto pela Lei dos Planos de Saúde ou que estabelecem a limitação de utilização de determinado tratamento. Em consequência, evidencia-se a importância da interpretação dessas relações à luz do Código de Defesa do Consumidor, para a persecução do equilíbrio e da função social dos contratos.

Os Tribunais brasileiros exercem relevante atuação na proteção dos direitos dos consumidores e na concreção dos direitos definidos pela Lei nº 9.656/1998, principalmente no que concerne aos reajustes permitidos e na recusa, pela operadora, de pagamento de serviços ambulatoriais e hospitalares, sob a alegação de não inserção no plano avençado.

Do mesmo modo, verifica-se a variedade de diplomas normativos nesta área, engrandecendo o debate sobre o assunto e aprimorando a tutela dos consumidores. Contudo, em todo o ajuste deve se verificar o cumprimento dos deveres de informação, transparência e boa-fé entre as partes, para evitar a revisão ou a nulidade de cláusulas pactuadas.

7 REFERÊNCIAS

BICALHO; A. B. R. Os contratos de plano de saúde e a sua revisão jurisdicional. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, vol. 49, jan.-mar. 2004.

BIZZATO, L.; MARTINS; F. A. Saúdes pública e privada e relações de consumo: uma análise constitucional e civilística de responsabilidades estatais, pré e pós-contratuais no Brasil. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. São Paulo, vol. 9, ago. 2015.

BÔAS, R. V. V.; LIMA, A. M. B. R. de. A Saúde Suplementar no Brasil: A Falta de Diálogo entre a Seguradora e o Segurado Comprometendo a Concretização do Direito Social à Saúde e a Efetividade da Relação entre o Paciente e o Profissional de Saúde. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, vol. 106, jul-ago. 2016.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 12 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 12 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 12 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 12 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.656 de 03 de junho de 1998.** Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm. Acesso em: 12 mar. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Cartilha orienta consumidores na escolha do plano de saúde**. Publicado em 15/07/2017. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/cartilha_plano_de_saude.pdf. Acesso em: 11 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1225495/RJ. Parte Litigante GEAP Autogestão em Saúde. Relator Ministro Maco Aurélio Bellizze, 05. jun. 2018. Diário da Justiça da República Federativa do Brasil, Brasília.

CAMBI, E.; FOGAÇA, M. V. O Tratamento Emergente e a Dispensa do Prazo de Carência nos Contratos de Plano de Saúde na visão do STJ. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 973, nov. 2016.

DAHINTEN FRANKE AUGUSTO; DAHINTEN FRANKE BERNARDO. Os Planos de Saúde e o Regime Jurídico dos Ex-Empregados: Comentários ao Resp 1.594.346/SP. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, vol. 186, fev. 2018.

DONNINI, R. F. **A Revisão dos Contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERREIRA, J. B.; MORAES, K. C. M. de. **Contratos Bancários e de Planos de Saúde**: Aplicabilidade do Incidente de Demandas Repetitivas. Belo Horizonte: Arraes Ltda., 2014.

FERREIRA, P. C. A. O princípio da confiança: proteção e tópica jurisprudencial dos contratos de saúde suplementar. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo, vol. 2, jan-mar. 2015.

FURLANETO, F. C. Direito à Saúde e a Iniciativa Privada: O Dever Estatal e a Limitação dos Contratos de Planos de Saúde. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**. São Paulo, vol. 3, ago. 2011.

GAMA, G. C. N. da.; MELO, Á. A. A.; GUSSEM, M. de A. Contratos de Plano de Saúde e

os Direitos do Idoso. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. São Paulo, vol. 9, ago. 2015.

GOMES, J. A. Plano de Saúde e Internação em Regime "Home Care": da Obrigatoriedade de sua Cobertura Contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 968, jun. 2016.

GREGORI, M. S. O Futuro que Queremos para a Regulação da Saúde Suplementar. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 925, nov. 2012.

LISBOA, R. S. **Contratos Difusos e Coletivos**: Consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação e autor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LOPES DA SILVA, J. S. O Projeto de Lei 7.419/2006: A Reestruturação da Assistência Suplementar à Saúde no Brasil e a necessária atuação do Sistema Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor (SNDC). **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, vol. 116, mar-abr. 2018.

MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: O novo regime das relações contratuais. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, C. L. *et al*. **Saúde e Responsabilidade**: Seguros e planos de assistência privada à saúde. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NÓBREGA, J. N. M. da. As cláusulas abusivas nos contratos de planos privados de assistência à saúde: uma proposta de sistematização. **Revista de Direito Privado.** São Paulo, vol. 23, jul.-set. 2005.

OLIVEIRA, A. F. de. Questionamentos acerca da aplicação indiscriminada da função social do contrato: uma análise do impacto nos contratos de plano de saúde. **Revista de Direito Privado.** São Paulo, vol. 79, jul. 2017.

SCRAMIN NETO, G. **Tutela Jurisdicional Individual Específica de Urgência nos Planos de Saúde**: Função Social do Contrato e a Proteção ao Direito Fundamental à Saúde. 2015. 244 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual e Cidadania) – Universidade Paranaense (UNIPAR), Umuarama, 2015.

SCHMITT, C. H. Cláusulas Abusivas em Contratos de Planos e de Seguros de Assistência Privada à Saúde. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor.** São Paulo, vol. 4, abr. 2011.

TEPEDINO, G. **Soluções Práticas de Direito:** Novas Fronteiras do Direito Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TRETTEL, D. B.; SCHEFFER, M. C. Judicialização de Planos de Saúde e Posicionamentos dos Tribunais: Súmulas do Tribunal de Justiça de São Paulo de Superior Tribunal de Justiça sobre Cobertura Assistencial. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, vol. 115, jan-fev. 2018.