

DANIELA BATALHA TRETTEL

Planos de saúde na Justiça: o direito à saúde está sendo efetivado?

Estudo do posicionamento dos Tribunais Superiores na análise dos conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito

Área de Concentração: Direitos Humanos
Orientadora: Professora Titular Sueli Gandolfi Dallari

Faculdade de Direito
São Paulo
2009

FOLHA DE APROVAÇÃO

Daniela Batalha Trettel

Planos de Saúde na Justiça: o direito à saúde está sendo efetivado?

Estudo do posicionamento dos Tribunais Superiores na análise dos conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo para
obtenção do título de Mestre em Direito
Área de Concentração: Direitos Humanos

Aprovada em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____

Instituição _____

Assinatura _____

Prof. Dr. _____

Instituição _____

Assinatura _____

Prof. Dr. _____

Instituição _____

Assinatura _____

DEDICATÓRIA

Aos meus queridos e admirados pais, Sonia e Valdemar.

AGRADECIMENTOS

À professora Sueli Dallari, pela orientação e pelo compartilhamento de conhecimento.

À minha família e aos meus amigos, pelo apoio.

A Luiz Fernando Miranda, pela compreensão e pelo carinho.

Aos colegas do Idec, pela constante inspiração.

RESUMO

Através do presente estudo analisou-se as decisões judiciais proferidas pelos Tribunais Superiores do Brasil – Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ) – acerca dos conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde, a fim de verificar se nos julgamentos tem sido considerada a necessidade de preservação do direito à saúde.

Na Parte I foram apresentados os pressupostos de compreensão do setor de planos de saúde, colocando-se à disposição informações sobre as denominações e classificações adotadas, histórico de formação e atual configuração. Ainda na primeira parte dissertou-se sobre o foco escolhido para a análise jurisprudencial: o direito à saúde. Evidenciou-se o processo histórico de reconhecimento dos direitos humanos e como o direito à saúde nele se inseriu, a natureza desse direito e sua consagração na legislação internacional e brasileira. Considerada a abordagem contratual que é dada aos planos de saúde, também se discorreu, ainda que brevemente, sobre o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e a Lei de Planos de Saúde (Lei nº 9.656/98).

A pesquisa jurisprudencial, apresentada nos capítulos da Parte II, abrangeu decisões sobre conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde disponíveis nos endereços eletrônicos dos Tribunais Superiores até 3 de junho de 2008 – data em que a Lei de Planos de Saúde completou 10 anos. Verificou-se que o STF não analisou o mérito dos recursos que lhe foram apresentados. A fundamentação adotada para tanto tem relevância na análise do impacto das decisões dos Tribunais Superiores na efetivação do direito à saúde em planos de saúde, mas prejudicou análises complementares. Assim sendo, no capítulo 5 as decisões do STJ e do STF foram analisadas no que diz respeito ao direito à saúde, e ao capítulo seguinte reservou-se a apresentação de aspectos complementares dos Recursos Especiais (STJ), como a natureza dos conflitos, a autoria das ações e os principais procedimentos, insumos e doenças negados aos usuários.

Palavras-chave: Direito à saúde. Planos de saúde. Jurisprudência. Tribunais Superiores.

ABSTRACT

“Health insurance at Justice: is the right to health being effectived?” studies how the Brazilian Superior Courts judge conflicts between health insurance companies and their users/clients. The objective of the study is to investigate whether and how the right to health takes part in the sentences.

In the first part of the study the specific characteristics of the health insurance sector are introduced, including its development and its nowadays configuration and data. In the second part the judgments of the Superior Courts (Superior Tribunal de Justiça and Supremo Tribunal Federal) are presented and analyzed.

Key-words: Right to health. Health insurance. Superior Courts decisions.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	10
Por que planos de saúde?	11
Análise jurisprudencial	12
Metodologia de análise jurisprudencial	12
PARTE I – CONTEXTUALIZAÇÃO DO SETOR DE PLANOS DE SAÚDE E LEGISLAÇÃO APLICÁVEL	15
1 DENOMINAÇÕES E CLASSIFICAÇÕES ADOTADAS	16
1.1 Denominações adotadas	16
1.2 Classificações dos planos de saúde de acordo com características contratuais	20
2 HISTÓRICO DE FORMAÇÃO E CONFIGURAÇÃO ATUAL	23
2.1 A ampliação do mercado de planos de saúde	24
2.2 A regulamentação dos planos de saúde	28
2.2.1 A Lei de Planos de Saúde	29
2.2.2 O órgão regulador: Susep, Consu e ANS	33
2.3 Planos de saúde hoje: dados do setor	39
3 O DIREITO HUMANO À SAÚDE	43
3.1 Da igualdade formal à igualdade material	43
3.1.1 Dimensões de direitos humanos	44
3.2 Direito humano à saúde	51
3.2.1 Natureza do direito à saúde	53
3.2.2 O direito fundamental à saúde no Brasil	57
3.2.2.1 Assistência à saúde prestada por particulares no Brasil	59
4 ASPECTOS CONTRATUAIS DOS PLANOS DE SAÚDE: A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL	65
4.1 A natureza do contrato de planos de saúde	65

4.2 Lei aplicável ao contrato de plano de saúde: relação de complementaridade entre Código de Defesa do Consumidor e Lei de Planos de Saúde.....	70
--	----

PARTE II – POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NA ANÁLISE DOS CONFLITOS ENTRE USUÁRIOS E OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE..... 73

5 PLANOS DE SAÚDE NA JUSTIÇA: O DIREITO À SAÚDE ESTÁ SENDO EFETIVADO?	74
---	----

5.1 Direito à saúde nos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça	79
--	----

6 JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM PLANOS DE SAÚDE

6.1 Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: perfil dos casos julgados	87
---	----

6.1.1 Natureza dos conflitos	87
------------------------------------	----

6.1.2 Autoria das ações judiciais	88
---	----

6.1.3 Conflitos no espaço.....	89
--------------------------------	----

6.1.4 Operadoras demandadas	90
-----------------------------------	----

6.1.5 Contratos segundo forma de contratação do plano de saúde	92
--	----

6.1.6 Contratos segundo data de contratação do plano de saúde	93
---	----

6.1.7 Principais condições de saúde citadas	94
---	----

6.1.8 Principais procedimentos e insumos negados.....	96
---	----

6.1.9 Julgamentos	98
-------------------------	----

6.1.10 Reparação de danos morais.....	99
---------------------------------------	----

6.1.11 Fundamentação das decisões judiciais: legislação citada	99
--	----

6.2 Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: principais posicionamentos	100
--	-----

6.2.1 Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor	101
--	-----

6.2.2 Responsabilidade da operadora de plano de saúde por atos e omissões de corretores e prestadores de serviço da rede credenciada/referenciada	104
---	-----

6.2.3 Reparação por dano moral	105
--------------------------------------	-----

6.2.4 Limite temporal de internação hospitalar	109
--	-----

6.2.5 Negativa de cobertura sob a alegação de existência de doença ou lesão pré-existente	109
---	-----

6.2.6 Negativa de insumos necessários para realização de procedimento	111
---	-----

6.2.7 Negativa ou limitação de cobertura de doenças e procedimentos	112
---	-----

6.2.8 Imposição de carência para casos de urgência ou emergência	118
6.2.9 Exigência de que usuário recorra à rede credenciada	119
6.2.10 Contratos coletivos: rescisão unilateral	121
6.2.11 Reajustes por mudança de faixa etária e o Estatuto do Idoso	124
CONSIDERAÇÕES FINAIS	127
BIBLIOGRAFIA	130
ANEXO A – QUESTIONÁRIO APLICADO NA ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS.....	141
ANEXO B – ACÓRDÃOS DO STF	144
ANEXO C – ACÓRDÃOS DO STJ.....	146

APRESENTAÇÃO

A proposta do presente estudo é a de analisar a jurisprudência dos Tribunais Superiores do Brasil – Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ) – sobre planos de saúde de assistência médica¹, a fim de entender como os conflitos entre os usuários e as operadoras desse serviço de saúde estão sendo balizados na Justiça.

O eixo principal de análise escolhido é o de efetivação do direito à saúde, ao qual será dedicado todo um capítulo. Procura-se saber, portanto, se a resposta dada pelo Poder Judiciário ao usuário de plano de saúde que busca sua tutela contribui para a afirmação do direito à saúde como direito humano constitucionalmente reconhecido, que deve ser preservado e respeitado não só nos serviços de saúde prestados pelo Estado, como também por aqueles prestados por particulares.

Antes disso, porém, serão apresentados os pressupostos de compreensão do setor de planos de saúde, a começar pelas nomenclaturas adotadas.

Outro ponto que também merecerá atenção é o referente ao histórico de formação do setor de planos de saúde no Brasil. A sua construção se confunde com a estruturação dos serviços de saúde no país, tanto privados quanto públicos, e compreender essa relação próxima dos planos de saúde com o próprio Estado e suas consequências é fundamental para a análise dos conflitos que deságuam no Poder Judiciário.

Sendo o plano de saúde um serviço colocado no mercado de consumo, sua esfera contratual não se afasta. E está muito presente nas decisões judiciais. Nesse ponto, serão apresentadas as legislações infraconstitucionais que regem a faceta contratual do setor.

Após traçar esse panorama dos planos de saúde, nos últimos dois capítulos serão analisadas as decisões judiciais.

¹ Não são objetos desta análise, portanto, os planos de saúde de assistência odontológica. Toda vez que a expressão “plano de saúde” for adotada neste trabalho, deve ser entendida como plano de saúde de assistência médica.

Como critério de sistematização do trabalho, optou-se por dividi-lo em duas partes: na primeira serão apresentados os pressupostos de compreensão do setor de planos de saúde e a legislação que o rege, e para a segunda parte reservou-se a análise jurisprudencial.

Por que planos de saúde?

Nas últimas décadas do século XX a prestação de serviços de saúde no Brasil passou por profundas modificações: ao mesmo tempo em que se afirmou o direito universal de acesso à saúde pública, integral e gratuita, o setor privado de saúde, representado pelos planos de saúde de assistência médica, ganhou ainda mais espaço e se expandiu, a ponto de atingir 40,7 milhões de pessoas no Brasil – 21,5% da população (ANS, 2008, p. 28-63).

À parte os pertinentes questionamentos acerca da adequação do modelo híbrido de saúde adotado no Brasil – que, todavia, não são objeto deste estudo –, é fato que hoje convivem o Sistema Único de Saúde (SUS) e os planos de saúde, em uma relação de interdependência. Se, por um lado, ao SUS restam muitos dos atendimentos de alta complexidade – inclusive dos usuários de planos de saúde, em decorrência de exclusões contratuais e de regulamentação –, por outro, não se pode negar que, se os planos deixassem de existir ou entrassem em colapso, o ingresso repentino de um quinto da população no sistema público poderia ter efeitos consideravelmente danosos.

Consciente disso, o presente estudo parte do pressuposto de que o setor de planos de saúde é realidade instalada que pode e deve ser aprimorada, a fim de que os preceitos constitucionais relativos ao direito à saúde sejam respeitados.

Análise jurisprudencial

Como método para estudo do setor de planos de saúde optou-se pela análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros – STF e STJ – sob o enfoque da necessidade de efetivação do direito à saúde.

O Poder Judiciário atua quando há conflitos e as demais formas de solução de controvérsias não surtiram efeito. O tipo das demandas sobre planos de saúde encaminhadas ao Judiciário e o seu volume são um importante indicativo social, expõem as falhas de regulamentação e permitem melhor compreender o impacto da atuação estatal.

Na interpretação da legislação, o Poder Judiciário é o último a se manifestar, desenvolvendo um papel fundamental na definição do direito/valor que prevalecerá não só no caso concreto *sub judice*, como nos demais que virão a ser julgados de acordo com o mesmo padrão – seja por força de súmula vinculante, seja pela tendência das instâncias inferiores de seguirem os tribunais superiores em seus posicionamentos.

Além disso, a jurisprudência, se bem construída, tem o condão de produzir efeitos indiretos também sobre casos que sequer foram judicializados, por desestimular práticas e comportamentos sociais que sabidamente serão rechaçados se submetidos ao Poder Judiciário.

Metodologia de análise jurisprudencial

É alto o número de decisões judiciais proferidas sobre planos de saúde, e existem estudos concluídos ou em andamento que revelam a visão dos Tribunais Estaduais acerca da temática. Sendo assim, com o objetivo de agregar informações aos estudos em andamento, optou-se pela análise de decisões dos Tribunais Superiores. Além disso, e principalmente, considerou-se que das decisões do STJ e do STF se extrairia a posição predominante do Poder Judiciário no tema. Afinal, se as partes optam por esgotarem as vias recursais, os Tribunais Superiores são as últimas instâncias da Justiça a se manifestar, e

seus posicionamentos influenciam – se é que não vinculam, em casos de súmulas vinculantes do STF – as decisões tomadas nas instâncias inferiores².

A pesquisa foi realizada nas páginas dos Tribunais Superiores na rede mundial de computadores³, catalogando-se todas as decisões disponíveis referentes a julgamentos de conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde ocorridos até 3 de junho de 2008. A data terminativa escolhida coincide com o décimo aniversário da regulamentação do setor de planos de saúde, que ocorreu com a promulgação da Lei nº 9.656, em 3 de junho de 1998.

Com o objetivo de abarcar todas as decisões disponíveis empregou-se na busca as expressões-chave mais utilizadas na designação do serviço objeto deste estudo: “plano de saúde”, “seguro-saúde”, “seguro saúde”, “convênio médico”, “convênio saúde”, “convênio-saúde” e “serviço médico”. Foram consideradas decisões tanto pré quanto pós-regulamentação, para que eventuais mudanças de paradigmas judiciais com a regulamentação pudessem ser identificados.

Os Tribunais Superiores tomam contato com as demandas entre usuários e operadoras de planos de saúde através da via recursal. São muitos os recursos admitidos no processo civil brasileiro, vários interpostos contra decisões interlocutórias. Isso significa que, até analisar o recurso derradeiro, os Ministros dos Tribunais Superiores podem debruçar-se sobre mais de um recurso referente à mesma demanda. Todavia, a sua decisão meritória definitiva se dá em sede de Recurso Especial e Recurso Extraordinário – no STJ e no STF, respectivamente. Por esse motivo, optou-se inicialmente pela análise apenas desses recursos, que representam o posicionamento final dos Tribunais.

Consultado o STF, constatou-se que o Tribunal não analisou nenhum conflito entre usuários e operadoras de planos de saúde em seu mérito, não admitindo os Recursos Extraordinários. Mesmo expandida no STF a pesquisa para as demais vias recursais, a resposta continua sendo a mesma. São 18 Agravos de Instrumento em Agravo Regimental, datadas de 18/12/01 a 29/4/08 (Anexo B). A fundamentação adotada tem relevância para a análise do impacto das decisões dos Tribunais Superiores na efetivação do direito à saúde em planos de saúde, decidindo-se, portanto, manter a análise das decisões do STF.

² Lembrando que a competência precípua do Supremo Tribunal Federal diz respeito a matérias constitucionais (art. 102, Constituição Federal).

³ www.stj.gov.br e www.stf.jus.br.

Todavia, restou prejudicada, em relação ao STF, a análise complementar dos posicionamentos de mérito acerca das principais questões sobre planos de saúde que são levadas aos Tribunais Superiores. Nesse ponto, a pesquisa se restringe ao que tem decidido o STJ.

Para análise complementar do posicionamento de mérito do Superior Tribunal de Justiça utilizou-se um questionário com 26 quesitos (Anexo A), sendo as informações extraídas posteriormente tabuladas e transferidas para um banco de dados.

Além de informações sobre os principais conflitos e como o STJ tem se posicionado em relação a eles, foram coletadas outras informações suplementares que podem ajudar a explicá-los e analisá-los, como data de assinatura do contrato (contrato antigo ou novo), modalidade de contratação (individual/familiar ou coletivo), autor da ação (usuário ou operadora de plano de saúde), tipo de ação (ação individual ou coletiva), condição de saúde ou doença citada no acórdão e procedimento negado, entre outros.

Notou-se, na leitura dos acórdãos, que, mesmo quando o STJ não conheceu dos Recursos Especiais, acabou por se manifestar acerca de seu mérito. Por esse motivo, todos os Recursos Especiais submetidos ao STJ em que havia manifestação de mérito foram considerados e analisados, indiferentemente de terem sido conhecidos ou não⁴.

Computaram-se, ao final, 121 Recursos Especiais que envolviam conflito entre usuários e operadoras de planos de saúde. Desses, 26 foram expurgados, por tratarem exclusivamente de matéria processual, restando 95 acórdãos (Anexo C).

⁴ Embora, do ponto de vista lógico do Processo Civil, a análise do mérito recursal deva ocorrer somente depois de conhecido o recurso (análise dos requisitos de admissibilidade), na prática os Tribunais Superiores têm se manifestado pelo não conhecimento do recurso mesmo realizando ilações de caráter meritório. Barbosa Moreira reconhece a prática e a crítica (2006, p. 625-628).

**PARTE I – CONTEXTUALIZAÇÃO DO SETOR DE PLANOS DE
SAÚDE E LEGISLAÇÃO APLICÁVEL**

1 DENOMINAÇÕES E CLASSIFICAÇÕES ADOTADAS

O setor de planos de saúde tem muitas especificidades, desembocando em uma série de situações e terminologias diferenciadas que são de conhecimento apenas daqueles que atuam diuturnamente com questões a ele relacionadas. Por esse motivo, alguns esclarecimentos referentes a denominações e classificações utilizadas são necessários antes de apresentarmos o setor.

1.1 Denominações adotadas

A denominação “plano de saúde” abarca todas as atividades que constituem “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”⁵.

A regulamentação dos planos de saúde através da Lei nº 9.656/98 uniformizou o tratamento dado às diversas formas contratuais de socialização de riscos e custos em saúde. É verdade que permanecem existindo diferenciados prestadores desses serviços, que a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)⁶ dividiu em oito modalidades de acordo com informações recolhidas do setor: administradoras, cooperativas médicas, cooperativas odontológicas, instituições filantrópicas, autogestões (patrocinadas e não patrocinadas), seguradoras especializadas em saúde, medicina de grupo e odontologia de grupo.

⁵ Definição de “plano privado de assistência à saúde”, comumente chamado de plano de saúde, conforme art. 1º, I, da Lei nº 9.656/98.

⁶ A ANS é a agência reguladora do setor de planos de saúde. V. capítulo 2.

Considerando que o presente estudo é focado exclusivamente nos planos de saúde de assistência médica, não haverá aprofundamento no que diz respeito às modalidades de prestação de serviços odontológicos. Segundo a ANS, as modalidades de operadoras de planos de saúde na área de assistência médica são (ANS, 2008, p.8):

- *Autogestão*: entidades que operam serviços de assistência à saúde destinados, exclusivamente, a empregados ativos, aposentados, pensionistas ou ex-empregados, bem como a seus respectivos grupos familiares definidos, limitado ao terceiro grau de parentesco consanguíneo ou afim, de uma ou mais empresas ou, ainda, a participantes e dependentes de associações de pessoas físicas ou jurídicas, fundações, sindicatos, entidades de classes profissionais ou assemelhados.
 - *Cooperativa médica*: sociedades sem fins lucrativos, constituídas conforme o disposto na Lei n.º 5.764, de 16 de dezembro de 1971.
 - *Filantropia*: entidades sem fins lucrativos que operam planos privados de assistência à saúde, certificadas como entidade filantrópica junto ao Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) e declaradas de utilidade pública junto ao Ministério da Justiça ou aos órgãos dos Governos estaduais e municipais.
 - *Administradora*: empresas que administram planos de assistência à saúde financiados por outra operadora, não assumem o risco decorrente da operação desses planos, não possuem rede própria, credenciada ou referenciada de serviços médico-hospitalares ou odontológicos e não possuem beneficiários.
 - *Seguradora especializada em saúde*: sociedades seguradoras autorizadas a operar planos de saúde, desde que estejam constituídas como seguradoras especializadas nesse seguro, devendo seu estatuto social vedar a atuação em quaisquer outros ramos ou modalidades.
- Medicina de grupo*: demais empresas ou entidades que operam planos privados de assistência à saúde.

Diante da lei, todas são consideradas “operadoras de planos de saúde” e estão sujeitas às mesmas obrigações⁷:

⁷ Exceção às autogestões que, em alguns pontos da Lei nº 9.656/98, recebem tratamento diferenciado.

Lei nº 9.656/98, art. 1º:

II – Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo.

Antes da regulamentação do setor podia-se estabelecer diferenças mais nítidas entre as diversas formas contratuais, em especial os seguros-saúde, únicos a ter algum tipo de regulação, através da Superintendência de Seguros Privados (Susep). Além disso, costumava-se distinguir os seguros-saúde das demais formas contratuais por serem os únicos a oferecer a modalidade de reembolso de despesas médicas⁸. Hoje, essa modalidade também é oferecida por outras operadoras, como empresas de medicina de grupo e cooperativas médicas. A lógica do sistema de seguros, aliás, sempre exerceu forte influência em todo o sistema de planos de saúde, conforme já dispunha em 1966 o Decreto-Lei nº 73⁹.

Quanto à população assistida pelos planos de saúde, optou-se por utilizar o termo “usuário”. É a denominação utilizada por gestores, entidades e instâncias de controle social do SUS e tem o condão de não reforçar a distinção entre planos de saúde e sistema público. A ANS opta pela utilização do termo “beneficiário”, definindo-o como “pessoa física, titular ou dependente, que possui direitos definidos em contrato assinado com a operadora de plano privado de assistência à saúde para garantia da assistência médico-hospitalar e/ou odontológica” (ANS, 2008, p. 6).

A utilização do vocábulo “beneficiário” denota a ideia de concessão de benefício, vantagem ou, até mesmo, favor, o que não condiz com a realidade daqueles que têm planos de saúde¹⁰. A origem da utilização do termo está nos convênios firmados entre o Instituto

⁸ O reembolso é uma prática ainda adotada, principalmente por seguradoras, e consiste no ressarcimento total ou parcial de despesas realizadas com prestadores de serviço não pertencentes ao quadro próprio das operadoras de planos de saúde.

⁹ “Art. 135. As entidades organizadas sem objetivo de lucro, por profissionais médicos e paramédicos ou por estabelecimentos hospitalares, visando a institucionalizar suas atividades para a prática da medicina social e para a melhoria das condições técnicas e econômicas dos serviços assistenciais, isoladamente ou em regime de associação, poderão operar sistemas próprios de pré-pagamento de serviços médicos e/ou hospitalares, sujeitas ao que dispuser a Regulamentação desta Lei, às resoluções do CNSP e à fiscalização dos órgãos competentes”. Embora houvesse essa disposição legal, as empresas de medicina de grupo, as cooperativas médicas e as autogestões permaneceram sem qualquer controle fático até a edição da Lei nº 9.656/98 (V. capítulo 2).

¹⁰ Segundo o dicionário Houaiss, beneficiário é aquele “que goza de uma vantagem, favor ou direito atribuídos por lei ou facultados por alguém”.

Nacional de Assistência Médica e Previdência Social (Inamps) e empregadores, em que o indivíduo que recebia assistência médica era beneficiário da previdência (SCHEFFER, 2006, p. 51). Faria sentido, portanto, chamar de “beneficiário” apenas aqueles que têm plano de saúde patrocinado por seu empregador. Mesmo assim há que se questionar o cabimento do conceito de beneficiário de plano de saúde em relações de trabalho. Embora a assistência médica não integre o salário (CLT, art. 458), a concessão de plano de saúde é de interesse do empregador, pois garante diminuição do absenteísmo e faz parte das medidas que são tomadas a fim de que, contente e bem assistido, o trabalhador renda mais em suas atividades.

Por fim, há a utilização do termo “consumidor”. Em que pesem as críticas contrárias a essa prática¹¹, é fato que o Código de Defesa do Consumidor tem entre seus alicerces normas de direitos fundamentais, dada sua natureza principiológica e por funcionar como fonte de igualdade material em uma relação de evidente vulnerabilidade do usuário de plano de saúde, além de ser, em muitos casos, o único recurso deste usuário em sua defesa.

Nesse sentido, a utilização da denominação “consumidor” com o objetivo de reforçar a aplicação do direito do consumidor aos planos de saúde – desde que não se restrinja a relação jurídica apenas a uma “relação de consumo” – tem se mostrado benéfica e reafirmadora de direitos fundamentais – mesmo que em muitos casos não haja menção explícita ao direito à saúde.

Mesmo assim, a denominação “usuário” é mais abrangente e está diretamente relacionada com o direito à saúde, prevalecendo sobre qualquer outra.

¹¹ V., e.g., Scheffer (2006, p. 52): “O conceito de consumidor de plano de saúde, por vez popularizado pelas entidades que atuam na defesa do consumidor (Procons e ONGs) e pelos meios de comunicação de massa, também apresenta limitações. Consumidor é “aquele que adquire mercadorias, riquezas e serviços para uso próprio ou de sua família”. [...] Além disso, um plano não é um produto meramente consumido, mas acionado mediante uma necessidade de saúde geralmente imprevisível.

1.2 Classificações dos planos de saúde de acordo com características contratuais

Nos contratos de planos de saúde hoje existentes há uma série de classificações, de acordo com a modalidade de contratação, sua abrangência ou, ainda, a data de assinatura do contrato.

Modalidade de contratação

No que diz respeito à modalidade de contratação, o plano de saúde pode ser “individual”, “familiar”, ou “coletivo”.

Os planos de saúde individuais ou familiares são contratados diretamente por pessoa física. Conforme a ANS, o contrato individual ou familiar é aquele “assinado entre um indivíduo e uma operadora de planos de saúde para assistência à saúde do titular do plano (plano individual) ou do titular e seus dependentes (plano familiar)” (2008, p. 7).

Os planos individuais ou familiares diferem dos planos coletivos por existir nestes, na contratação, a intermediação de uma pessoa jurídica entre usuário e operadora de plano de saúde, que pode ser a empresa empregadora do usuário, associação ou sindicato. Segundo a ANS, o contrato coletivo é aquele “assinado entre uma pessoa jurídica e uma operadora de planos de saúde para assistência à saúde da massa de empregados/funcionários, ativos/inativos, ou de sindicalizados/associados da pessoa jurídica contratante” (2008, p. 7). Quando a pessoa jurídica intermediária é a empresa empregadora, há ainda aqueles que denominam esse contrato coletivo de “contrato empresarial”.

A depender da participação da pessoa jurídica intermediária no pagamento das mensalidades do plano de saúde, o contrato é ainda classificado como “coletivo com patrocinador” – em que a mensalidade no todo ou em parte é paga pela pessoa jurídica

contratante direta – ou como “coletivo sem patrocinador” – em que a mensalidade é totalmente paga pelo usuário diretamente à operadora. No primeiro grupo geralmente estão os contratos empresariais e, no segundo, os contratos intermediados por sindicatos e associações.

Data de assinatura do contrato

O contrato de plano de saúde é chamado de “contrato novo” se foi assinado a partir de 2 de janeiro de 1999, quando entrou em vigor a Lei nº 9.656/98, que regulamenta o setor de planos de saúde. Se o contrato foi assinado antes dessa data, tem o nome de “contrato antigo”.

A data de contratação do plano pode trazer sérias consequências ao usuário, havendo discussões acerca da legislação aplicável aos contratos antigos.

Cobertura assistencial/segmentação

A Lei nº 9.656/98 permitiu que as operadoras de planos de saúde oferecessem planos segmentados, com coberturas assistenciais diversas. Dentre os planos ofertados, todavia, é obrigatório¹² que conste 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 enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas

¹² Esta obrigatoriedade não se aplica às autogestões e às pessoas jurídicas que operam exclusivamente planos odontológicos (Lei nº 9.656/98, art. 10, §3º).

na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde¹³.

As segmentações de cobertura possíveis na área de assistência médica, de acordo com o art. 12 da Lei nº 9.656/98, são: ambulatorial¹⁴; hospitalar¹⁵ com obstetrícia¹⁶; hospitalar sem obstetrícia; plano referência; hospitalar com obstetrícia e ambulatorial; hospitalar sem obstetrícia e ambulatorial.

¹³ Art. 10, *caput*. De acordo com os incisos do mesmo artigo, excetuam-se das coberturas obrigatórias: tratamento clínico ou cirúrgico experimental; procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; inseminação artificial; tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados; fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar; fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes; casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.

¹⁴ Compreende cobertura de consultas médicas, em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina; e cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente (art. 12, I). Segundo regulamentação (Resolução Consu 13/98), o atendimento de urgências e emergências se dá apenas em ambiente ambulatorial, pelo prazo máximo de 12 (doze) horas.

¹⁵ Segundo a Lei nº 9.656/98 (art. 12, II), a cobertura hospitalar inclui: internações hospitalares, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina, admitindo-se a exclusão dos procedimentos obstétricos; internações hospitalares em centro de terapia intensiva, ou similar, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, a critério do médico assistente; despesas referentes a honorários médicos, serviços gerais de enfermagem e alimentação; exames complementares indispensáveis para o controle da evolução da doença e elucidação diagnóstica, fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões e sessões de quimioterapia e radioterapia, conforme prescrição do médico assistente, realizados ou ministrados durante o período de internação hospitalar; toda e qualquer taxa, incluindo materiais utilizados, assim como da remoção do paciente, comprovadamente necessária, para outro estabelecimento hospitalar, dentro dos limites de abrangência geográfica previstos no contrato, em território brasileiro; e despesas de acompanhante, no caso de pacientes menores de 18 anos. Inclui-se a obrigatoriedade de cobertura de despesas de acompanhante para pacientes idosos – pessoas com 60 anos ou mais – por força de disposição do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03).

¹⁶ Além do parto, a cobertura obstétrica inclui cobertura assistencial ao recém-nascido, filho natural ou adotivo, durante os primeiros trinta dias após o parto; e inscrição assegurada ao recém-nascido, filho natural ou adotivo, como dependente, isento do cumprimento dos períodos de carência, desde que a inscrição ocorra no prazo máximo de 30 dias do nascimento ou da adoção (art. 12, III).

2 HISTÓRICO DE FORMAÇÃO E CONFIGURAÇÃO ATUAL

Nas décadas de 40 e 50 do século XX surgiram as primeiras atividades privadas de prestação de serviços médicos que podem ser consideradas embriões dos atuais planos de saúde. Datam dessa época a criação de caixas assistenciais, no setor público – como a Caixa de Assistência aos Funcionários do Banco do Brasil (Cassi) e a Assistência Patronal para os servidores do Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Industriários (atual Geap) – e, na iniciativa privada, de sistemas assistenciais vinculados principalmente a empresas montadoras estrangeiras (BAHIA, 2001a, p. 329-339).

O funcionamento dessa forma de assistência privada à saúde baseava-se na captação de recursos de empregadores e seus empregados¹⁷ a fim de financiar uma assistência médico-hospitalar adicional à propiciada pelo Estado. Em regra, a prestação de serviços incluía o atendimento em estabelecimentos próprios ou no ambiente de trabalho, além de reembolsos.

Somente na década de 60 assistiu-se ao fenômeno do empresariamento da medicina, com o nascimento dos convênios médicos entre empresas empregadoras e empresas médicas. Surgiram as empresas de medicina de grupo – formadas principalmente por proprietários e acionistas de hospitais – e as cooperativas médicas – Unimed. Esse modelo assistencial abarca a prestação de serviços médicos não só através de estabelecimentos próprios, como também por estabelecimentos credenciados (compra de serviços prestados por terceiros). Também as autogestões passaram a credenciar prestadores de serviços.

As décadas de 60 e 70 foram marcadas pela constituição de redes de serviços particulares contratadas não só pelos grupos privados como também pelo Estado para a prestação de serviços de saúde. Nessa época o Estado autoritário traçou novos delineamentos para a seguridade social, unificando os diversos institutos de aposentadorias e pensões e estimulando a privatização de diversos serviços, dentre eles os de saúde:

¹⁷ Nesse ponto empregam-se as palavras “empregadores” e “empregados” em sua acepção coloquial. Inclui-se, portanto, relações que não se caracterizam, tecnicamente, como empregatícias, como aquelas existentes entre Poder Público e seus servidores.

A Previdência, ao subordinar a produção de atividades assistenciais à lógica da remuneração por produção, impulsiona diversas modalidades de privatização da assistência médica, desde o incentivo ao produtor privado isolado (hospitais, laboratórios) até o surgimento de grupos de médicos que criam empresas para a prestação de serviços a outras empresas. Uma expressão das políticas de privatização na área da saúde é o convênio-empresa, conquista política dos empresários, em uma conjuntura de deslocamento dos trabalhadores do centro de decisão política da Previdência Social. (BAHIA, 2000, p. 30)

Além disso, até 1979 havia a interveniência estatal, através da Previdência Social, na contratação de serviços médicos privados por empresas na forma de convênio-empresa.

Na década de 80, somando-se os beneficiários de empresas de medicina de grupo e de cooperativas, chegava-se ao número de 15 milhões de usuários (BAHIA, 2001a, p. 332). Os planos de saúde eram vistos como alternativa ao sistema público para os trabalhadores especializados, em especial da região Sudeste do Brasil.

Foi no final da década de 80 que os planos de saúde se revelaram um grande negócio. Intensificou-se a entrada de novos usuários, em especial com o incremento da venda de planos individuais, e as seguradoras definitivamente entraram nesse mercado. Também foi nesse momento histórico que os planos de saúde deixaram de ser vistos como um benefício empregatício e ganharam um caráter de assistência médica suplementar.

2.1 A ampliação do mercado de planos de saúde

Investigando as causas que deram ensejo à ampliação do mercado de planos de saúde, a partir da década de 80 – ultrapassando a barreira dos benefícios empregatícios –, Ligia Bahia afirma que o crescimento da cobertura populacional por planos de saúde é explicado tanto pelo declínio de qualidade da assistência médico-hospitalar pública como pela resistência à noção de universalização da saúde, posta pela Constituição de 1988, por parte de empresários e trabalhadores:

Para alguns estudiosos um círculo vicioso é instaurado: a escolha de planos privados por segmentos com maior poder de reivindicação, a par de conferir proteção aos trabalhadores qualificados e segmentos de classe média contra o desfinanciamento do setor público, reitera a ineficiência e outras mazelas da assistência estatal. Vários autores invocam a auto-expulsão de segmentos mais bem aquinhoados como uma das causas da deslegitimação do SUS (Medici, 1991, Mendes, 1993, Fleury Teixeira, 1994, Ribeiro, 1996). Os traços fixos nos esquemas explicativos delineados são a referência à gênese privatista da assistência à saúde na Previdência brasileira, tendo como conseqüências a conformação de um sistema de proteção social de molde meritocrático, obedecendo a uma lógica eminentemente econômica, que se sobrepõe à dimensão de política social, e que inviabiliza a implementação de políticas redistributivas, na medida da concertação de grupos especiais de interesses de trabalhadores com empresários. (2000, p. 38)

Luís Otávio Farias e Clarice Melamed também entendem ser a queda da qualidade na prestação dos serviços públicos um fator determinante para expansão dos planos de saúde, e acrescentam outras motivações para o aumento da demanda por parte de empregadores: contratação de planos de saúde com o objetivo de diminuir o absenteísmo (faltas dos empregados por motivo de doença), para ter maior controle sobre a mão-de-obra e para aumentar o espírito de solidariedade dos empregados para com a empresa, além de atendimento das demandas sindicais:

Imagina-se que a queda da qualidade na prestação dos serviços públicos de saúde durante a década de 80 tenha contribuído de forma importante para o crescimento do potencial de expansão das empresas do setor supletivo, que passaram a estabelecer relações diretas com as empresas contratantes. Faveret e Oliveira (1990), assim como Médici (1991) argumentam que naquele período o processo de expansão da clientela no sistema público de saúde não foi acompanhado de um proporcional aumento dos recursos, fato que teria deteriorado ainda mais o sistema, impondo uma forçosa racionalização dos serviços com reflexos negativos sob sua qualidade e acessibilidade.

Sob o ponto de vista dos empregadores que contratam as empresas do setor supletivo, argumenta-se que o retorno das despesas com a “saúde” de seus funcionários seria dado pela queda do absenteísmo, do maior controle sobre a força de trabalho e do fortalecimento das relações de solidariedade dos trabalhadores para com a empresa. Obviamente, essas empresas contratantes agiam, também, sob pressão exercida pelas entidades sindicais, que passavam a demandar nas suas pautas de reivindicação a oferta de “plano de saúde” pelo empregador. (2003, p. 590)

Note-se que os fenômenos sociais de expansão da saúde privada e de universalização da saúde pública se deram concomitantemente. Foi na Constituição de 1988 que se formalizou a intenção de universalização da saúde pública. Mas restrições fiscais e financeiras atrapalharam a consecução desse objetivo. Carlos Otávio Ocké-Reis afirma que tais fatos, aliados a motivações políticas e ideológicas advindas do regime autoritário, não permitiram que o SUS tivesse forças para barrar a expansão dos planos de saúde entre a população economicamente ativa. O autor, ainda, lembra que o setor público financia a saúde privada, incentivando indiretamente tal atividade:

Vale dizer, uma das peças fundamentais dessa engrenagem foi a renúncia de arrecadação fiscal e previdenciária, cuja subvenção do Estado, a um só tempo, estimulou a ampliação desse mercado e contribuiu para o desfinanciamento do sistema público de saúde – se constituindo em um dos fatores explicativos do fenômeno conhecido como universalização excludente. Comumente, boa parte dos analistas utilizou essa noção para se referir a um aspecto contraditório do SUS, cuja universalização não incorporou de forma plena as famílias dos trabalhadores do núcleo dinâmico da economia.

Mas esse tipo de incentivo governamental produziu também outros efeitos colaterais. De um lado, ao facilitar o pagamento integral ou parcial dos cuidados médicos dos executivos e trabalhadores das grandes firmas empregadoras, o governo federal subtraiu o montante a ser recolhido pela contribuição previdenciária sobre a folha de salários e pelo próprio Fundo de Garantia por Tempo de Serviço-FGTS, já que os planos de saúde funcionam enquanto salário indireto.

De outro, ao incentivar a afiliação dos funcionários da administração direta a esquemas privados de intermediação financeira, o governo vem destinando R\$ 24 para custear parcela do valor dos prêmios pagos pelos seus servidores aos planos de saúde. Optou-se por acompanhar as corporações historicamente assistidas pelas caixas de assistência, pelos planos de autogestão mutualistas ou pelos sistemas patronais de serviços próprios. Desse modo, o Estado escancarou as fragilidades do SUS nas três esferas de governo, ao não discutir alternativas organizacionais e assistenciais para os trabalhadores do setor público, acentuando o caráter complexo de sua relação com os planos de saúde.

[...]

Ademais, no final dos anos 80 e início dos 90, o crescimento da demanda por serviços públicos de saúde não foi correspondido com o aumento da oferta, tampouco com a mudança do modelo assistencial curativo. (2003, p. 1-2)

Os fatores que explicam a expansão dos planos de saúde no país, portanto, invariavelmente passam pelas dificuldades na implantação da universalidade com qualidade da saúde pública, seja por dificuldades orçamentárias, seja pelo desinteresse de alguns setores da sociedade.

A Constituição brasileira de 1988, além de eleger como princípio fundamental da República Federativa a dignidade humana e de elencar em seus artigos 5º e 6º os direitos fundamentais, dedicou espaço para tratar especificamente de alguns desses direitos, dentre eles o direito à saúde. O que temos, então, é uma Constituição Social em um país que cada vez mais se afasta do modelo de Estado Social; a consagração na Constituição de direitos que necessitam de um Estado ativo para serem concretizados *versus* um Estado que pretende cada vez mais se afastar da prestação de serviços públicos, deixando isso a cargo da iniciativa privada.

Vera da Silva Telles bem coloca o cenário atual:

[...] convergência problemática entre uma longa história de desigualdade e exclusões; as novas clivagens e diferenciações produzidas pela reestruturação produtiva e que desafiam a agenda clássica de universalização dos direitos; e os efeitos ainda não inteiramente conhecidos do atual desmantelamento dos (no Brasil) sempre precários serviços públicos, mas que nesses tempos de neoliberalismo vitorioso, ao mesmo tempo em que leva ao agravamento da situação social das maiorias, vem se traduzindo em um estreitamento do horizonte de legitimidade dos direitos e isso em espécie de operação ideológica pela qual a falência dos serviços públicos é mobilizada como prova de verdade de um discurso que opera com oposições simplificadoras, associando Estado, atraso e anacronismo, de um lado, e, de outro, modernidade e mercado. (1998, p. 35)

Existe um forte movimento de minimalização do Estado e de abordagem de questões sociais sob o viés economicista, de distorção e extinção de políticas públicas, com resultados já conhecidos: construção de um Estado omissivo, que busca a sua atuação apenas pelo atendimento à parcela miserável da população, empurrando as classes média e alta para serviços privados (TORRES, 2003, p. 2).

É nesse contexto de expansão do mercado de planos de saúde que os conflitos entre usuários e operadoras começaram a tomar uma proporção maior, tornando cada vez mais evidente a necessidade de intervenção estatal na questão.

2.2 A regulamentação dos planos de saúde

A Constituição Federal de 1988, ao mesmo tempo em que permitiu a prestação de serviços de saúde pela iniciativa privada (art. 199), estabeleceu como de relevância pública todas as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público a sua regulamentação, fiscalização e controle (art. 197).

Ao condicionar a atuação da Administração à edição de lei, a Constituição também impôs o dever de legislar. Todavia, a proposição de legislação específica para o setor de planos de saúde pelo Poder Executivo e sua posterior votação pelo Congresso Nacional tardaram e somente aconteceram depois de muita pressão social. A Lei de Planos de Saúde (Lei nº 9.656/98) só entrou em vigor mais de dez anos depois da Constituição.

Com a ausência de regulamentação criou-se o ambiente propício para que operadoras de planos de saúde cometessem abusos, sendo numerosos os conflitos com usuários. O setor, no que diz respeito aos parâmetros de prestação dos serviços, formou-se segundo suas regras, sem regulação ou regulamentação do Estado¹⁸.

A omissão do Estado, inexistindo regras claras para o funcionamento do mercado e de mecanismos para fiscalizá-lo, contribuiu para tensionar as relações entre usuários e operadoras de planos de saúde. Conflitos concretos tornaram a regulamentação prioridade na agenda setorial, dentre eles: o aumento de reclamações de consumidores em Procons e na Justiça, decorrentes de abusos nos ajustes de preços e negativas de atendimento, burocratização dos procedimentos para segurados e prestadores, além das denúncias sobre atitudes antiéticas e ameaçadoras da vida e saúde dos usuários de serviços vinculados aos planos de seguro-saúde; a denúncia de problemas de solvência (ou falência) de empresas; e

¹⁸ Exceto os seguros-saúde, que seguiam as regras securitárias – relacionadas a questões econômico-financeiras –, mas que também não eram regulamentados quanto aos parâmetros de atendimento ao usuário. O Estado foi omissivo quanto ao estabelecimento de regras que deveriam reger as relações entre usuários e operadoras de planos de saúde, mas não se pode afirmar que o Estado se ausentou do setor de planos de saúde. Ao contrário, a presença estatal sempre existiu, em intensidades e de formas diferentes – seja como patrocinador de autogestões cujos beneficiários eram seus funcionários, seja fomentando os convênios-empresa durante o regime ditatorial ou dando subsídios indiretos através da renúncia fiscal. Todavia, faltava a regulamentação do setor.

questões relacionadas ao subfinanciamento setorial e à necessidade de controle/contenção dos preços da assistência médica (ALMEIDA, 1998, p. 13 e 39-40).

Segundo pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon), sob coordenação de José Reinaldo Lima Lopes, entre os anos de 1992 e 1997 – antes, portanto, de qualquer regulamentação do setor – as queixas mais frequentes contra as 20 operadoras de planos de saúde mais reclamadas no Procon de São Paulo diziam respeito a: aumento de mensalidades e dúvidas quanto a reajustes; questões contratuais especialmente relacionadas a abrangência (exclusão) e prazos de carência; negativas de fornecimento de guias para exames e internações; má qualidade do serviço prestado (1998, p. 139). A pesquisa também revelou que o Poder Judiciário era procurado pelos usuários em casos de exclusão de tratamentos, de necessidade de depósitos para internação ou imposição de carência (p. 140).

No início da década de 90, o Código de Defesa do Consumidor passou a ser um importante instrumento para defesa do usuário de plano de saúde. Mas foi somente em 1998, com o acirramento dos conflitos e a pressão da sociedade para que o setor de planos de saúde fosse regulamentado, que os Poderes Legislativo e Executivo saíram de sua posição inerte, editando a Lei nº 9.656/98, conhecida como “Lei de Planos de Saúde”.

2.2.1 A Lei de Planos de Saúde

O processo de regulamentação do setor de planos de saúde foi difícil e truncado, com forte pressão de associações médicas e de consumidores, de um lado, e muita resistência das operadoras de planos de saúde, de outro.

Com o crescimento do número de usuários de planos de saúde, evidenciaram-se os abusos cometidos pelas operadoras. Os conflitos começaram a ser judicializados e grupos de interesse se mobilizaram para exigir que o Estado atuasse. A insatisfação não se restringiu aos pacientes, abrangendo também médicos e demais prestadores de serviço,

cerceados em sua autonomia profissional e insatisfeitos com a baixa remuneração (SCHEFFER, 2006, p. 18-20).

Entre os grupos sociais que se uniram em favor da regulamentação dos planos de saúde destacam-se as entidades de portadores de patologias – principalmente os grupos de luta contra a Aids –, entidades de defesa do consumidor – como Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec) e Procon de São Paulo – e as entidades médicas – em especial o Conselho Federal de Medicina (CFM)¹⁹.

Iniciativas no âmbito do Poder Legislativo também estavam presentes. O primeiro projeto de lei sobre planos de saúde data de 1990²⁰. Muitos outros projetos de lei foram propostos antes da regulamentação, mas o mais importante foi o Projeto de Lei 93/93, de autoria do Senador Ivam Saraiva (PMDB/GO).

O PL 93/93 versava sobre exclusões contratuais de doenças, proibindo-as. Foi aprovado no Senado mas, quando chegou à Câmara – onde recebeu nova numeração e tornou-se o PL 4.425/94 – passou por um processo longo e confuso de apreciação e votação. Foram apensados outros 12 projetos de lei, entre eles o PL 1.975/96, de iniciativa do Poder Executivo.

Em agosto de 1996 criou-se uma Comissão Especial para apreciação do PL 4.425/94 e apensados. Um ano depois, o relator designado, Deputado Pinheiro Landim (PMDB/CE), apresentou seu relatório com proposta de PL substitutivo, cujo conteúdo em nada coincidia com o texto original do PL 4.425/94. Tal atitude gerou muitos protestos de entidades médicas, de usuários, de defesa do consumidor, e até mesmo de deputados, que acusavam o relator de incorporar ao projeto de lei os pleitos das operadoras de planos de saúde²¹. O substitutivo, entre outros problemas, estabelecia que a regulamentação do setor

¹⁹ Ao mesmo tempo em que ocorria iniciativas legislativas, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução 1.401, que obrigava os planos de saúde a oferecer cobertura para todas as doenças listadas pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

²⁰ De autoria do Deputado José Augusto Curvo (PL/MT), o PL 929/91 determinava que os planos de saúde deveriam obedecer aos princípios da integralidade e da continuidade, vedando exclusões de cobertura de doenças, a exclusão ou a limitação de procedimentos, a venda de planos de saúde apenas ambulatoriais ou hospitalares e a estipulação de prazos de carência.

²¹ Mário Scheffer (2006, p. 26) relata que, em protesto contra o relatório do Deputado Paes Landim, deputados – Arlindo Chinaglia, Eduardo Jorge, Humberto Costa, Jaques Wagner, Sandra Starling, Agnelo Queiroz, Jandira Feghali e Fernando Ribas Carli – entregaram voto em separado à Comissão Especial, no qual defendiam as propostas das entidades médicas, de usuários e de consumidores. Em 2 de setembro foi

de planos de saúde caberia à Superintendência de Seguros Privados (Susep) e ao Ministério da Fazenda, e excluía dos planos de saúde a cobertura obrigatória de doenças e lesões pré-existentes.

De volta ao Senado, casa em que o PL se iniciou, não era mais possível modificar a redação de artigos problemáticos. Em nova mobilização das organizações médicas e de consumidores, e com a colaboração do novo Ministro da Saúde, José Serra, costurou-se acordo político que garantiu a supressão de alguns artigos pelo relator, Senador Sebastião Rocha (PDT/AP), e a promessa de que outros pontos seriam modificados por edição de Medida Provisória (MP) pelo Poder Executivo logo após a sanção da lei.

Estava pronta e promulgada a Lei nº 9.656/98. De uma MP inicialmente prevista chegou-se ao absurdo de 44 Medidas Provisórias, refletindo-se a contradição do Poder Executivo sobre o escopo da regulação. A lei sofreu muitas mudanças:

A falta de capacidade do Poder Executivo de implantar um consenso em torno do desenho da política regulatória tem levado a uma sistemática reedição de Medidas Provisórias desde a promulgação da Lei n.º 9.656, de 1998, sob a guarda da ANS. Entretanto, a sociedade brasileira necessita que a regulação deste setor seja pactuada em bases democráticas, para o quê o Congresso Nacional e a sociedade civil organizada devem se pronunciar sobre a criação de uma Lei que esteja em harmonia com o conceito ampliado de saúde para regular o setor de planos privados de assistência à saúde. (GAMA et al., 2002, p. 12)

Entre a edição de uma e outra MP, Ministérios da Fazenda e da Saúde não chegavam a um acordo sobre o modelo adequado de regulamentação do setor. O primeiro defendia uma regulamentação mais branda, voltada para o mercado; o segundo advogava em favor de uma ação mais efetiva do Estado, que considerasse também os aspectos relacionados à saúde. Prevaleceu a tese do Ministério da Saúde.

A Lei nº 9.656/98 regulamentou uma série de lacunas no setor de planos de saúde, criadoras de iniquidades e desequilíbrio na relação entre usuários e operadoras de planos de

realizado o Dia Nacional de Luta pela Regulamentação dos Planos de Saúde, com manifestações em São Paulo, Rio de Janeiro e outras capitais. No dia seguinte o Conselho Nacional de Saúde organizou caravana em Brasília.

saúde. Estabeleceu regras para criação de reservas financeiras nas empresas, visando evitar “quebras” e descontinuidade de assistência; impediu exclusões em razão de idade, deficiências ou doenças pré-existentes; proibiu limitações temporais ou numéricas de internações; proibiu a imposição de carências adicionais em razão de inadimplência; garantiu o atendimento a recém-nascidos por 30 dias e a sua inclusão sem carências no plano da mãe, desde que realizada durante esses mesmos 30 dias; estabeleceu carências de apenas 24 horas para cobertura de urgências e emergências; proibiu taxativamente a rescisão unilateral de contratos individuais; e dispôs sobre alguma regulamentação de credenciamento de prestadores (hospitais).

Todavia, ficaram de fora alguns pontos importantes, como limitações ao reajuste por mudança de faixa etária; vedação de rescisão unilateral de contratos coletivos; regras claras para credenciamento e credenciamento de outros prestadores de serviço, como clínicas, laboratórios, médicos e demais profissionais de saúde; regras para transição de contratos coletivos para individuais, principalmente os contratos empresariais depois de transcorrido o prazo máximo de 2 anos de permanência de ex-empregado aposentado ou demitido²².

²² Lei nº 9.656/98: Art. 30. Ao consumidor que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, é assegurado o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral.

§ 1º O período de manutenção da condição de beneficiário a que se refere o caput será de um terço do tempo de permanência nos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, com um mínimo assegurado de seis meses e um máximo de vinte e quatro meses.

§ 2º A manutenção de que trata este artigo é extensiva, obrigatoriamente, a todo o grupo familiar inscrito quando da vigência do contrato de trabalho.

§ 3º Em caso de morte do titular, o direito de permanência é assegurado aos dependentes cobertos pelo plano ou seguro privado coletivo de assistência à saúde, nos termos do disposto neste artigo.

§ 4º O direito assegurado neste artigo não exclui vantagens obtidas pelos empregados decorrentes de negociações coletivas de trabalho.

§ 5º A condição prevista no caput deste artigo deixará de existir quando da admissão do consumidor titular em novo emprego.

§ 6º Nos planos coletivos custeados integralmente pela empresa, não é considerada contribuição a co-participação do consumidor, única e exclusivamente, em procedimentos, como fator de moderação, na utilização dos serviços de assistência médica ou hospitalar.

Art. 31. Ao aposentado que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, pelo prazo mínimo de dez anos, é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral.

§ 1º Ao aposentado que contribuir para planos coletivos de assistência à saúde por período inferior ao estabelecido no caput é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, à razão de um ano para cada ano de contribuição, desde que assuma o pagamento integral do mesmo.

Também faltam informações ao público sobre o funcionamento interno das operadoras: não são de conhecimento público, por exemplo, os dados que comprovam custos das operadoras de planos de saúde, os critérios adotados para credenciamento de prestadores de serviço, os procedimentos de liberação ou negativa de autorizações para realização de procedimentos etc. Outros tantos problemas decorrem da resistência das operadoras em cumprir a legislação e a regulamentação.

2.2.2 O órgão regulador: Susep, Consu e ANS

Por se tratar de setor socialmente sensível, dados os direitos fundamentais envolvidos, a necessidade de regulamentação do setor de planos de saúde escapa ao modelo tradicional de agência reguladora, calcado na mera regulação econômico-financeira, sendo necessária uma atuação com o objetivo de garantir o respeito e a efetivação do direito à saúde.

Nas sucessivas Medidas Provisórias editadas logo após a promulgação da Lei nº 9.656, a responsabilidade pela regulamentação do setor de planos de saúde passou pela Superintendência de Seguros Privados (Susep), pelo Conselho Nacional de Saúde Suplementar (Consu) e, finalmente, ficou a cargo da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), com a sua criação através da Lei nº 9.961 em 2000.

As atividades do Consu restringiram-se, na prática, à regulamentação da lei, não havendo uma regulação plena, construtiva de política pública, como o setor demandava. Desde a criação da ANS, embora o Consu permanecesse existindo formalmente, parou de atuar, posto que o único papel que exercia na prática – regulamentação – passou a ser desempenhado pela Agência.

§ 2º Para gozo do direito assegurado neste artigo, observar-se-ão as mesmas condições estabelecidas nos §§ 2º, 3º, 4º, 5º e 6º do art. 30.

§ 3º Para gozo do direito assegurado neste artigo, observar-se-ão as mesmas condições estabelecidas nos §§ 2º e 4º do art. 30.

Mesmo depois de editada uma lei específica para o setor e de criada uma agência reguladora, são fortes as dúvidas quanto à efetividade das atividades estatais desenvolvidas no setor de planos de saúde para resolução de conflitos e garantia do respeito ao direito à saúde. Nesse ponto, é elucidativo o estudo desenvolvido por Mário Scheffer acerca de demandas judiciais que versam sobre cobertura assistencial de planos de saúde julgadas no Tribunal de Justiça de São Paulo entre 1999 e 2004: no período foram 735 decisões judiciais, a grande maioria dando ganho de causa ao consumidor (73,5%) (2006, p. 97).

O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), órgão vinculado ao Ministério da Justiça, em notícia publicada em 25 de junho de 2003 – quatro anos e meio após a entrada em vigor da Lei nº 9.656 – afirmava que “o descredenciamento de médicos, hospitais e clínicas, o reajuste dos planos de saúde de acordo com a faixa etária do cliente, a falta de atendimento em casos de doenças pré-existentes e as dificuldades de acesso dos consumidores a atendimentos de urgência e emergência são as principais queixas levadas por clientes de planos de saúde aos órgãos de defesa do consumidor em todo o país”.

A Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Justiça (Seae/MJ), em estudo de 2004, identificou os problemas existentes na relação entre usuários e operadoras de planos de saúde, que coincidem com os anteriores à regulamentação: “Falhas na cobertura e exclusão de procedimentos, exigências indevidas para admissão de paciente, prazos de carência irregulares, descumprimento de normas de atendimentos de emergência, falta de cobertura para doenças crônicas e degenerativas, erros nas condições de validade e rescisão de contrato, dentre outros” (p. 3).

No mesmo sentido o estudo “Planos de Saúde: nove anos após a Lei 9.656”, elaborado em conjunto pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec) e pelo Conselho Regional de Medicina de São Paulo (Cremesp) em 2007 (p. 4-5):

Desde a promulgação da Lei dos Planos de Saúde (Lei 9.656/98), a expectativa era de que a legislação específica representasse, de fato, um avanço para a parcela da sociedade atendida pelos planos de saúde, pois tratava-se de um segmento que há mais de 30 anos atuava seguindo as “leis” do mercado, sem normas regulamentadoras, controle ou fiscalização por parte do Estado.

A Lei 9.656/98 trouxe inovações positivas, porém insuficientes: a definição de padrões mínimos de cobertura; o estabelecimento de critérios para a entrada, funcionamento e saída de empresas no setor; a transferência para a área governamental da saúde da responsabilidade pela regulação e fiscalização das operadoras, tanto em relação aos aspectos assistenciais como àqueles ligados à atividade econômica.

Ao longo dos anos a regulamentação mostrou-se fragmentada, complexa, incompleta, omissa e restritiva em diversos aspectos, prevalecendo o desequilíbrio e os conflitos permanentes entre operadoras, prestadores de serviços e usuários de planos de saúde.

Carlos Otávio Ocké-Reis é mais explícito quanto ao não atingimento dos resultados esperados na atuação da ANS:

Contudo, segundo as entidades da sociedade civil organizada, os objetivos preconizados pela ANS não vêm sendo cumpridos. Pelo contrário, eles vêm se transformando cada vez mais em uma figura de retórica, com os limites de cobertura, os tetos de utilização, os aumentos abusivos e o descredenciamento dos prestadores. As operadoras, por sua vez, alegam que seus custos não são cobertos pelos reajustes sancionados pelo governo federal, principalmente após a adoção das normas regulatórias. Na mesma linha, acusam o poder Judiciário de legitimar liminares, que as obrigam a arcar com custos de cobertura não incluídos nos planos anteriores à regulamentação. Já os médicos reivindicam às operadoras maiores honorários, assim como os prestadores hospitalares, além de criticar a interferência sobre o processo de trabalho. E, finalmente, os gestores da ANS acreditam estar promovendo, eficientemente, as condições econômico-financeiras e assistenciais para atuação das operadoras no mercado, mas nem por isso conseguiram apagar os sinais da crise latente que se arrasta no setor. (2003, p. 5)

Em 2003, a atuação da Agência foi objeto de uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI). Na justificativa de criação da CPI foram considerados os resultados de pesquisa realizada pelo Idec no final de 2002, em que foi avaliada a conformidade do comportamento das operadoras de planos de saúde à legislação aplicável²³.

²³ Foram analisados planos de saúde de cobertura nacional de 8 operadoras: Amil-Assistência Médica Internacional Ltda.; Assistência Médica São Paulo S.A. (Blue Life – Servital); Bradesco Saúde S.A.; Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda.; Interclínicas Planos de Saúde S.A.; Medial Saúde S.A.; Sul América Aetna Seguro Saúde S.A.; e Unimed Paulistana Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico. Os planos de saúde foram contratados por técnicos do Idec, que simularam diversas situações na contratação e no

A CPI resultou em dois projetos de lei com propostas de mudanças na Lei nº 9.656/98, que ainda tramitam; encaminhamentos ao Ministério Público, pela suspeita de má gestão, desvio de recursos e outros ilícitos; e indiciamento do dono de uma operadora de plano de saúde. Foram ainda realizadas recomendações de caráter técnico-administrativo, a maioria para a ANS, entre elas: edição de regulamentação para adaptação e migração de contratos antigos; acompanhamento, regulação e fiscalização dos contratos antigos com base no Código de Defesa do Consumidor, inclusive aplicando penalidades em casos de constatação de infrações; estabelecimento de uma política mais justa de reajuste para o setor, contratando-se instituição notória que desenvolva um índice setorial com base em custos médico-sanitários, mudando a atual metodologia adotada pela ANS; elaboração de regras mais rígidas de transferência de carteiras; estabelecimento de regras mais eficientes de ressarcimento ao SUS dos gastos que este tem com usuários de planos de saúde; revisão da Resolução 13 do Consu, que restringe atendimentos de urgência e emergência²⁴; tomada de medidas que evitem a falsa coletivização de planos de saúde, artifício que vem sendo utilizado pelas operadoras para fugir da regulamentação mais rígida de contratos individuais²⁵; criação de sistema de reajuste por mudança de faixa etária que considere o tempo de contribuição do usuário com o plano de saúde, diminuindo os reajustes para aqueles que contribuem a mais tempo. Em geral, a ANS não atendeu às recomendações da CPI.

uso do plano. Entre as irregularidades encontradas destacaram-se: inserção de cláusulas abusivas nos contratos de adesão, exigência de regularidade de pagamento como pré-condição para o atendimento, carências como punição para eventuais atrasos, troca constante de profissionais e estabelecimentos credenciados e interferências das empresas em procedimentos médicos (Idec, 2003).

²⁴ Embora a Lei de Planos de Saúde estabeleça que, após 24 horas da contratação, não deve haver imposição de qualquer carência, o Consu, através da Resolução 13, restringiu a cobertura de urgências e emergências ao período de 12 horas, em ambiente ambulatorial. Trata-se de redução do disposto em lei através de regulamentação, passível de questionamento no tocante à legalidade.

²⁵ O Idec constatou que são oferecidos no mercado planos coletivos a partir de 2 pessoas. Com qualquer número de CNPJ (Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica) é possível contratar um plano de saúde coletivo, embora os contratantes tenham todas as características de contratantes individuais ou familiares. Preços iniciais mais baixos são o atrativo, mas a ANS não regula reajuste e rescisão de tais contratos, colocando o usuário em posição de extrema fragilidade. Os custos podem aumentar vultosa e rapidamente, pois há operadoras que diluem o risco somente entre os participantes do minúsculo contrato coletivo. Basta um dos contratantes precisar de um procedimento um pouco mais custoso que o impacto financeiro é sentido no próximo reajuste. A Agência alega que, em contratos coletivos, duas pessoas jurídicas com paridade de forças estão negociando, sendo desnecessária a intervenção estatal. Obviamente um grupo de 2 pessoas – ou até mesmo 10 – não tem condições de negociar em pé de igualdade com a operadora de plano de saúde. No final de 2009 a ANS finalmente colocou em consulta pública uma regulamentação de contratos coletivos que tenta pôr fim a essas distorções, mas não o faz completamente, pois continuam sendo permitidas contratações coletivas com número irrisório de participantes do contrato. A resolução definitiva não foi publicada.

A negativa da ANS em regular o setor de planos de saúde por completo, omitindo-se em diversos pontos referentes a contratos coletivos e antigos, tem sido fonte de muitas das críticas dirigidas à Agência.

No tocante aos contratos antigos, a ANS nega-se a aplicar o Código de Defesa do Consumidor como parâmetro fiscalizatório e punitivo. Apesar da farta jurisprudência interpretativa do Código em questões relacionadas a contratos antigos²⁶ e de ter recebido recomendação até mesmo de CPI para que aplique a lei, a Agência não o faz, sustentando inclusive a legitimidade das exclusões contratuais de cobertura neles contidas²⁷. Ao mesmo tempo em que se diz incompetente para atuar em relação a contratos antigos, por terem sido estes assinados antes da entrada em vigor da Lei de Planos de Saúde, e pelos artigos da lei que a eles se referem estarem suspensos por liminar concedida na Adin 1931²⁸, incoerentemente a ANS os regulamenta em temáticas de interesse das operadoras²⁹.

É dever constitucional do Estado regulamentar, fiscalizar e controlar os serviços de saúde, inclusive os prestados por pessoas jurídicas de direito privado (art. 197). Através da Lei nº 9.961/00 o Estado delegou o exercício dessa função em relação aos planos de saúde para a ANS. Na lei de criação da Agência não há qualquer restrição da sua atuação relacionada ao tipo de contrato ou à sua data de assinatura.

O comportamento da Agência faz com que os contratos antigos permaneçam à margem da regulamentação, sendo necessário ao usuário recorrer ao Poder Judiciário para garantia de direitos. Os dados levantados e analisados na Parte II comprovam essa afirmação.

²⁶ V. Parte II.

²⁷ Em guia sobre cobertura assistencial disponibilizado na área para consumidores de seu website, a ANS afirma que contratos antigos “são aqueles contratados antes da Lei 9.656/98, ou seja, antes de 2/1/1999. Como são anteriores à legislação, a cobertura é exatamente a que consta no contrato e as exclusões estão expressamente relacionadas”. (2005)

²⁸ Por exemplo, o rol de procedimentos de cobertura obrigatória editado pela ANS não é aplicável para contratos antigos (Resolução Normativa 167/08). As novas regras de portabilidade de carências – possibilidade de mudar de plano de saúde sem cumprir novas carências – também não são aplicáveis para contratos antigos (Resolução Normativa 186/09).

²⁹ Em 2004 e 2005 a ANS celebrou acordos com as maiores operadoras de planos de saúde (Bradesco Saúde, Sul América, Itaúseg, Golden Cross e Amil), chamados Termos de Compromisso, através dos quais permite a aplicação de reajustes anuais diferenciados para os contratos antigos dessas operadoras. Os Termos de Compromisso estão em discussão no Poder Judiciário, em ações civis públicas propostas pelo Idec e pelo Ministério Público de São Paulo.

A ANS também não regula os contratos coletivos em dois pontos fundamentais e que impactam diretamente na continuidade da prestação do serviço: rescisão contratual e reajustes anual e por aumento de sinistralidade. Nos contratos coletivos há, portanto, menor incidência de regulação da Agência, em especial naquilo que se refere a preços. Por conta disso, as operadoras estão concentrando suas atividades nesse tipo de contrato, sendo muito forte o crescimento da participação dos contratos coletivos no mercado de planos de saúde³⁰. Muitas operadoras têm deixado de oferecer contratos individuais, em especial as seguradoras³¹. Idec e Cremesp consideram que o comportamento omissivo da ANS está diminuindo a função e o papel regulatório da própria Agência:

Na contramão da realidade do mercado que deve regular, a ANS é omissa em relação a dois pontos essenciais dos contratos coletivos que impactam diretamente na continuidade da prestação do serviço: reajuste e rescisão unilateral de contrato. Com isso, e somando-se à omissão referente aos contratos antigos, tem-se uma Agência que estima-se que custará mais de 150 milhões para os cofres públicos em 2007, concentra suas atividades na regulação de contratos individuais que tendem a desaparecer e deixa que o próprio mercado “regule”, do jeito que bem entende, a maior parte dos planos de saúde. (2007, p. 9)

A ANS, justificando sua omissão em relação ao reajuste dos contratos coletivos, afirma que nestes há a contratação entre duas pessoas jurídicas, que podem negociar em condições de igualdade o percentual a ser aplicado. Ao mesmo tempo, permite que sejam realizadas contratações coletivas a partir de 2 pessoas, ficando evidente que em muitos casos não há qualquer paridade de forças entre a pessoa jurídica contratante e a operadora de plano de saúde contratada.³²

³⁰ V. item 2.4.

³¹ Atualmente, entre outras, Sul América, Bradesco Saúde, Marítima e Porto Seguro não oferecem contratos de planos de saúde individuais ou familiares.

³² O estudo realizado em 2007 pelo Idec e pelo Cremesp (p. 7-14) demonstra a existência de operadoras de planos de saúde que oferecem contratações coletivas a partir de 2 pessoas – caso da Samcil, uma das 10 maiores operadoras do Brasil. São relatados diversos casos em que foram impostos reajustes abusivos em contratos coletivos e ocorreram rescisões unilaterais pela operadora, sem qualquer chance de negociação pelos usuários. Outra denúncia realizada diz respeito à forma de distribuição de risco nos contratos, sobre a qual a ANS não tem regras claras: há contratos coletivos em que o risco é diluído apenas entre os participantes daquele contrato. Se forem poucas pessoas, qualquer procedimento mais caro que uma delas

Com o aumento das contratações na forma coletiva, aumentam as chances de conflitos nesse tipo de contrato e sua judicialização, principalmente nos pontos em que a regulação é omissa. Começam a chegar no Superior Tribunal de Justiça discussões relacionadas a contratos coletivos, em especial sobre rescisão unilateral pela operadora de planos de saúde.³³

Também geram questionamentos à ANS a edição de rol de procedimentos de cobertura obrigatória³⁴ que deixa de fora uma série de procedimentos, como diversos transplantes. Só são de cobertura obrigatória pelos planos de saúde os transplantes de rim, córnea e autólogo de medula óssea³⁵. A Agência também manteve em vigor Resoluções do Consu que diminuem a Lei de Planos de Saúde, como a Resolução Consu 13, que limita os atendimentos de urgência e emergência.

O setor de planos de saúde continua, portanto, bastante conflituoso. Os questionamentos à efetividade da atual regulamentação e à regulação da ANS se refletem no Poder Legislativo, onde ainda tramitam muitos projetos de lei. Entre muitos PLs, destaca-se o PL 4.076/01, que propõe outras tantas modificações na Lei de Planos de Saúde e ao qual estão pensados outros 20 projetos.

A permanência da conflituosidade no setor de planos de saúde também se reflete no Poder Judiciário, conforme será verificado na segunda parte deste trabalho.

2.3 Planos de saúde hoje: dados do setor

Não são muitos os dados acerca da configuração do mercado de planos de saúde anteriores à criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). No início da

venha a precisar impacta fortemente no preço da mensalidade do grupo, inviabilizando economicamente a manutenção do contrato.

³³ Recursos Especiais 602.397/RS e 889.406/RJ.

³⁴ O último rol foi editado em 2008, através da Resolução Normativa 167.

³⁵ A Lei nº 9.656/98 determina que todas as doenças listadas na Classificação Internacional de Doenças (CID) da Organização Mundial da Saúde (OMS) devem ser cobertas pelos planos de saúde (art. 10). Ao editar um rol de procedimentos incompleto, a ANS acaba por excluir da cobertura obrigatória procedimentos necessários para o tratamento de doenças obrigatoriamente cobertas pelos planos de saúde.

década de 80 os usuários de planos de saúde eram cerca de 15 milhões, não contabilizados os clientes de planos próprios (BAHIA, 2001a, p. 332)³⁶. À época, a população brasileira era de aproximadamente 120 milhões de pessoas (IBGE).

A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) de 1998 estimava em 38,7 milhões o número de brasileiros cobertos por pelo menos um plano de saúde (inclusive odontológicos), o que correspondia a 24,5% da população (158,2 milhões de pessoas). Cerca de 60% dos planos de saúde contavam com financiamento integral (13,2%) ou parcial (46,0%) do empregador do titular. Nota-se, desde então, a prevalência do plano de saúde na modalidade de contratação coletiva³⁷, mesmo com a intensificação da oferta de planos individuais ao final da década de 80 e durante a década de 90 (BAHIA, 2001a, p. 302). Na última PNAD, de 2003, o número estimado de usuários de planos de saúde cresceu para 43,2 milhões de pessoas, mantendo-se praticamente estável o percentual populacional atendido (24,6%). A metodologia adotada na PNAD não realizou a separação entre planos de assistência médica e planos exclusivamente odontológicos.

A ANS disponibiliza dados sobre o setor de planos de saúde a partir de março de 2000, ano de sua criação³⁸. Segundo a Agência, em março de 2000 eram 32,5 milhões os usuários de planos de saúde. Desses, 30,2 milhões tinham plano que incluía assistência médica. Em dezembro de 2003 a ANS contabilizou 36,1 milhões de usuários de planos de saúde – sendo 31,6 milhões com cobertura médica –, uma diferença de mais de 7 milhões

³⁶ A autora não informa se os dados se referem somente a planos de assistência médica, ou se também estão incluídos planos odontológicos.

³⁷ O IBGE contabilizou os planos de saúde de acordo com os responsáveis pelo pagamento da mensalidade: 60% tinham participação do empregador no custeio, 30% eram pagos integralmente pelo usuário e 10% eram financiados por outras pessoas. A participação do empregador no custeio caracteriza o plano coletivo. Todavia, também podem ser contabilizados dentre os planos coletivos aqueles que, mesmo havendo custeio integral pelo usuário, são intermediados por sindicato, associação ou pelo empregador que em nada contribui com o custeio.

³⁸ Os dados disponibilizados pela ANS são em regra coletados nas operadoras de planos de saúde e reunidos pela Agência em seus diversos sistemas: Sistema de Informações de Beneficiários (SIB), Sistema de Cadastro de Operadoras (Cadop), Documento de Informações Periódicas das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde (Diops), Formulário de Informações Periódicas (FIP), Sistema de Registro de Produtos (RPS) e Sistema de Informações de Produtos (SIP).

de pessoas em relação à PNAD 2003³⁹. De qualquer maneira, à época o número de atendidos pelos planos de saúde correspondia a mais de 20% da população.

De acordo com a ANS, o mercado de saúde suplementar contava, no seu último levantamento (setembro/2008), com 40,7 milhões de usuários em planos de assistência médica e 10,4 milhões em planos exclusivamente odontológicos – totalizando 51,1 milhões de usuários. Observou-se um crescimento de 32,91% do total de usuários de planos de assistência médica de dezembro de 2000 a setembro de 2008, valor superior ao crescimento da população estimado pelo IBGE para o mesmo período, de 10,5%. Os planos exclusivamente odontológicos, por sua vez, deram um salto gigantesco no mesmo período, com crescimento de 277,31% (ANS, 2008, p. 28-29).

Por outro lado, o número de operadoras de planos de saúde em atividade, mesmo com o aumento de usuários, tem diminuído. Enquanto em 2000 eram 2.639, em setembro de 2008 somavam 1.785 operadoras (ANS, 2008, p. 74). Se contabilizadas apenas as operadoras com beneficiários, em 2000 tínhamos 1.971, enquanto em setembro de 2007 o número diminuiu para 1.567.

A concentração do mercado é preocupante. Na assistência médica, as duas maiores operadoras atendem 9,7% do total de usuários (3,9 milhões de pessoas), e as 7 maiores, 21,5% (8,7 milhões de pessoas). Se consideradas as 23 maiores operadoras, verifica-se a concentração de 40,9% dos usuários (16,6 milhões de pessoas) nas mãos de 2% das operadoras (ANS, 2008, p. 64). Segundo o Idec e o Cremesp, toda a configuração do mercado indica que a concentração pode aumentar, por conta da “quebra” financeira de operadoras de planos de saúde, assim como em decorrência da venda de carteiras e de empresas (2007, p. 49-50)⁴⁰. Também não se pode ignorar o fato de que, com a regulação,

³⁹ Diferença que pode ser resultante das diferentes metodologias adotadas para acesso aos dados. A ANS trabalha com números coletados diretamente das operadoras, enquanto a PNAD, como o seu próprio nome diz, adota a amostragem domiciliar.

⁴⁰ Segundo o mesmo estudo, desde o segundo semestre de 2006 contabiliza-se grandes vendas de carteiras e de empresas: em 24 de outubro de 2006 a ANS autorizou a venda da carteira de contratos individuais da Porto Seguro para a Amil Assistência Médica Internacional (41.000 usuários). Em maio de 2007 a mesma Amil comprou a Blue Life (150.000 usuários), e a Dix Saúde (que também faz parte do Grupo Amil) comprou a Med Card (60.000 usuários).

as exigências impostas às operadoras aumentaram, como a obrigatoriedade de oferecimento de garantias financeiras⁴¹, e nem todas se mostraram preparadas para atendê-las.

As operadoras de planos de saúde de assistência médica com maior participação no mercado são as medicinas de grupo e as cooperativas, somando 71,6% dos usuários (ANS, 2008, p. 70). De 2000 até setembro de 2008, as cooperativas médicas foram as que mais cresceram, com aumento aproximado de 71,6% no número de usuários. As medicinas de grupo tiveram incremento de 29,43%. Autogestões, operadoras filantrópicas e seguradoras permanecem com praticamente o mesmo número de usuários (ANS, 2008, p. 71).

Quanto à modalidade de contratação, os contratos coletivos dominam o mercado: em setembro de 2008, do total de contratos de assistência médica, 73,5% eram coletivos e 20,5% eram individuais ou familiares (ANS, 2008, p. 28)⁴²; em 2000 identificava-se 35,5% dos contratos como coletivos e 17% como individuais⁴³.

A tendência é de que a participação dos contratos coletivos aumente, pois se nota forte preferência das operadoras de planos de saúde pela contratação coletiva, modalidade em que a ANS não regula reajustes anuais e por sinistralidade, além de não intervir em casos de rescisão unilateral de contrato pela operadora.

Em 2000, a grande maioria dos usuários de planos de saúde estava vinculada a contratos antigos (71,4%). Esse percentual foi diminuindo paulatinamente até que, em 2004 o número de usuários com contratos novos ultrapassou o de usuários com contratos antigos. Todavia, em setembro de 2008 ainda restavam 11,15 milhões de pessoas vinculadas a contratos antigos, 27,3% dos usuários.

⁴¹ V. Resolução da Diretoria Colegiada da ANS (RDC) 77/2001.

⁴² 6% dos contratos constam como não identificados.

⁴³ Os dados, todavia, devem ser visto com reserva, posto que à época a ANS contabilizava 47,5% o total de contratos em que não conseguia identificar a modalidade de contratação.

3 O DIREITO HUMANO À SAÚDE

Todos os serviços de saúde, mesmo os prestados pela iniciativa privada, envolvem direitos fundamentais, sendo constitucionalmente considerados como de relevância pública. Não se trata, portanto, de um negócio qualquer – ou serviço, na acepção do Código de Defesa do Consumidor –, livre à iniciativa privada, para que o preste da maneira que melhor lhe aprouver – leia-se “da maneira menos custosa e mais lucrativa possível”. O direito humano à saúde decorre diretamente do direito à vida, sendo dever constitucional do Poder Público atuar para que seja respeitado, prevalecendo a dignidade humana.

No presente capítulo, inicialmente será estudado o processo de afirmação histórica dos direitos humanos e a forma como o reconhecimento do direito humano à saúde nele se insere. Em seguida, será apresentado o direito à saúde e sua consagração na Constituição brasileira, tanto em sua esfera pública quanto privada.

3.1 Da igualdade formal à igualdade material

Não há consenso na doutrina quanto ao termo adequado para denominar o grupo de direitos que no título deste capítulo intitulou-se “direitos humanos”. Além dessa, são utilizadas outras expressões como “direitos fundamentais”, “direitos do homem”, “liberdades fundamentais”, “direitos subjetivos públicos” e “liberdades públicas”, dentre outras. Serão utilizados os termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais” com a distinção que abaixo se apontará, sendo descartados os demais por serem anacrônicos e não refletirem o estágio atual da evolução do reconhecimento dos direitos em questão. (SARLET, 2001, p. 34; AFONSO DA SILVA, 2000, p. 179-183)

Muitos dos modernos doutrinadores⁴⁴ entendem que as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” não são sinônimas, embora muitas vezes possam coincidir no que diz respeito aos direitos tutelados. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet:

⁴⁴ Assim, por exemplo, Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 33 e ss.), J. J. Gomes Canotilho, (2000, p. 528) e José Afonso da Silva (2000, p. 179-183).

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é a de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (2001, p. 35-36)

Direitos humanos, portanto, seriam aqueles reconhecidos internacionalmente através de declarações e tratados, independentemente da incorporação à legislação nacional dos Estados, enquanto que direitos fundamentais englobariam os direitos nacionalmente positivados.

3.1.1 Dimensões de direitos humanos

O reconhecimento histórico dos direitos humanos teve início no século XVIII, com a Constituição norte-americana e a Declaração dos Direitos do Homem (esta resultante da Revolução Francesa). Não se questiona a importância do pensamento filosófico clássico, especialmente o greco-romano, do pensamento cristão e do jusnaturalismo como antecedentes para a construção do atual modelo de proteção dos direitos do ser humano⁴⁵.

Especificamente acerca do jusnaturalismo e da afirmação dos direitos humanos como direitos inerentes à natureza humana (direitos naturais), inegável a sua importância na construção das declarações de direitos. Todavia, mais acertada a posição daqueles que, como Norberto Bobbio, entendem o reconhecimento dos direitos humanos como um processo histórico e relativo, que há muito já se desprende da idéia de direito natural.

⁴⁵ As obras de Ingo Wolfgang Sarlet (2001) e Fábio Konder Comparato (2001) são elucidativas quanto aos precedentes que fundamentaram todo o pensamento de proteção ao ser humano adotado nas revoluções Francesa e Norte-Americana, das quais resultaram os primeiros documentos em que se positivaram os direitos humanos.

Bobbio adotou a classificação geracional de direitos humanos para explicar a evolução histórica no seu reconhecimento. Com razão, tal classificação é criticada por alguns doutrinadores, por entenderem que, ao se aproximar do conceito de gerações, podem levar ao entendimento errado de que uma geração de direitos sucede a outra, suplantando-a.

[...] é uma construção perigosa, porque faz analogia com o conceito de gerações. O referido conceito se refere praticamente a gerações de seres humanos que se sucedem no tempo. Desaparece uma geração, vem outra geração e assim sucessivamente. Na minha concepção, quando surge um novo direito, os direitos anteriores não desaparecem. Há um processo de cumulação e de expansão do *corpus juris* dos direitos humanos. Os direitos se ampliam, e os novos direitos enriquecem os direitos anteriores. (CANÇADO TRINDADE)

Dada a função didática de tal classificação para o entendimento do processo histórico de afirmação de direitos, optou-se por mantê-la, chamando-a, todavia, de classificação dimensional de direitos humanos, afastando qualquer entendimento equivocado no que diz respeito à cumulatividade e inafastabilidade dos direitos reconhecidos pela humanidade.

O primeiro a mencionar tal classificação foi o jurista tcheco Karel Vasak, quando Diretor da Divisão de Direitos do Homem e da Paz da Unesco, em aula inaugural que proferiu em 1979 no Instituto Internacional dos Direitos Humanos, em Estrasburgo (CANÇADO TRINDADE).

Inspirado no lema da Revolução Francesa, o jurista dividiu os direitos humanos em três dimensões: a primeira delas corresponderia aos direitos civis e políticos (*liberté*), a segunda aos direitos econômicos, sociais e culturais, necessários para a construção da igualdade material (*égalité*) e, por fim, a terceira dimensão corresponderia aos direitos de solidariedade, em especial os direitos ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente sadio (*fraternité*).

A classificação passou, então, a ser adotada por outros teóricos dos direitos humanos, em especial por Bobbio, um dos responsáveis pela sua difusão. No Brasil, dentre seus adeptos estão os professores Paulo Bonavides e Fábio Konder Comparato.

Os direitos tidos como de primeira dimensão, nos dizeres de Paulo Bonavides, são “os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente”.

O constitucionalista agrega então o caráter dos direitos fundamentais de primeira dimensão enquanto limitadores da atuação estatal, no sentido de que geralmente se caracterizam pelo dever do Estado de não ingerir na esfera particular dos indivíduos: “Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. (2002, p. 563)

No século XVIII, em um contexto de Estado monarca absolutista e estamental, o reconhecimento revolucionário dos direitos civis e políticos foi uma vitória garantida para si pela classe burguesa que, em ascensão econômica, carecia de poder político. Fábio Konder Comparato delinea claramente a quem serviram as revoluções burguesas:

A democracia moderna, reinventada quase ao mesmo tempo na América do Norte e na França, foi a fórmula política encontrada pela burguesia para extinguir os antigos privilégios dos dois principais estamentos do *ancien régime* – o clero e a nobreza – e tornar o governo responsável perante a classe burguesa. O espírito original da democracia moderna não foi, portanto, a defesa do povo contra a minoria rica, mas sim a defesa dos proprietários ricos contra um regime de privilégios estamentais e de governo irresponsável.

Portanto, a democracia moderna – e a afirmação dos direitos fundamentais de primeira geração – inicialmente foram resposta a anseios da classe burguesa, limitando-se o poder governamental e impedindo-se a sua intervenção a fim de proteger essa classe, e não todo o povo. (2001, p. 39)

Sendo assim, os princípios que dela advieram, dentre eles o da igualdade, objetivavam a proteção da classe burguesa, na medida em que esta fosse necessária. O princípio da igualdade foi colocado como subserviente ao princípio da liberdade, restringindo-se ao igual tratamento diante da lei, sem preocupações quanto às condições fáticas do ser humano para o exercício do referido direito. Nos dizeres de Bobbio (2004, p. 101), ao se referir ao pensamento de Hegel com relação à Revolução Francesa, “com a

Revolução, iniciara-se uma nova época da história, com uma explícita referência à Declaração, cuja finalidade era, a seu ver, a meta inteiramente política de firmar direitos naturais, o principal dos quais é a liberdade, seguido pela igualdade diante da lei, enquanto uma sua ulterior determinação”.

É o que também ressalta José Afonso da Silva:

O direito de igualdade não tem merecido tantos discursos como a liberdade. As discussões, os debates doutrinários e até as lutas em torno desta obnubilaram aquela. É que a igualdade constitui o signo fundamental da democracia. Não permite os privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra. Por isso é que a burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa. (2000, p. 214)

No bojo da Revolução Francesa e da Revolução Norte-Americana não há como afirmar que era interesse da burguesia implantar um direito à igualdade no sentido de materialização dos demais direitos. O que se tinha era somente a igualdade formal perante a lei e, mesmo assim, com restrições.

O reconhecimento da igualdade apenas em seu sentido formal acabou por gerar muitas discrepâncias, sendo até mesmo um instrumento de perpetuação de desigualdades fáticas. Comparato lembra que “as declarações de direitos norte-americanas, juntamente com a Declaração francesa de 1789, representaram a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o clã, o estamento, as organizações religiosas. Mas, em contrapartida, a perda da proteção familiar, estamental ou religiosa tornou o indivíduo muito mais vulnerável às vicissitudes da vida”. (2000, p. 41)

Na evolução histórica ocidental da humanidade, às Revoluções Francesa e Norte-Americana seguiu-se a Revolução Industrial, responsável pela formação de uma massa proletária, submetida a condições indignas de trabalho e de remuneração. De certa maneira, tal situação era legitimada pelos princípios da igualdade e da liberdade tal qual reconhecidos até então: trabalhador e empregador contratavam entre si como iguais perante

a lei, como se houvesse paridade de forças, desconsiderando-se que o primeiro não era proprietário dos meios produtivos e nem era detentor de poder econômico.

A sociedade liberal ofereceu-lhe [indivíduo], em troca, a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei. Mas essa isonomia cedo revelou-se uma pomposa inutilidade para a legião crescente de trabalhadores, compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas. Patrões e operários eram considerados, pela majestade da lei, como contratantes perfeitamente iguais em direitos, com inteira liberdade para estipular o salário e as demais condições de trabalho. (AFONSO DA SILVA, 2000, p. 41)

Assim, no século XIX ocorria uma situação em que a garantia apenas da igualdade formal dentre os indivíduos era o caminho para cristalizar a desigualdade material. “É o caminho da revolta do meio contra o fim. Do feitiço contra o feiticeiro. Da lei contra o Direito.” (FALCÃO, 1998, p. 306)

Dentro da afirmação histórica dos direitos humanos, o reconhecimento de direitos econômicos, sociais e culturais, também chamados de direitos de segunda dimensão, foi uma resposta às revoltas de trabalhadores diante da desigualdade material em relação aos detentores dos meios de produção.

O resultado dessa atomização social, como não poderia deixar de ser, foi a brutal pauperização das massas proletárias, já na metade do século XIX. Ela acabou, afinal, por suscitar a indignação dos espíritos bem formados e a provocar a indispensável organização da classe trabalhadora. A Constituição francesa de 1848, retomando o espírito de certas normas das Constituições de 1791 e 1793, reconheceu algumas exigências econômicas e sociais. Mas a plena afirmação desses novos direitos humanos só veio a ocorrer no século XX, com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. (COMPARATO, 2000, p. 41-42)⁴⁶

⁴⁶ Mesmo passados séculos de história da humanidade, o conceito de igualdade em seu sentido meramente formal, enquanto igualdade perante a lei, ainda permanece como único em muitas Constituições, além de ser defendido por muitos juristas e governantes. São diversas as manifestações contrárias à implementação de medidas que objetivem o alcance da igualdade de fato (material), por entendê-las como concessão de privilégios a determinados grupos. Manuel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 277-278) escreveu, em capítulo intitulado “O retrocesso da igualdade”, que “Deve-se assinalar que atualmente o princípio da igualdade parece em regressão. É inegável a tendência ao desenvolvimento de um direito de classe que, embora para proteger o social e economicamente fraco, lhe concede privilégios em detrimento do princípio de igualdade. Também se

Os direitos humanos de segunda dimensão são, portanto, “direitos abraçados ao princípio da igualdade [em sentido material], do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara”. (BONAVIDES, 2002, p. 564). Exigiu-se, nesse momento, que o Estado abandonasse a sua posição em regra de inércia e passasse a atuar a fim de promover a igualdade fática. Este assumiu um papel ativo, tornando-se ente prestador de serviços públicos e concretizador de direitos. Tal papel se acentuou com o fim da Segunda Guerra Mundial e a bipolarização mundial, quando os Estados capitalistas passaram a assumir a forma de Estado Social, sobretudo na Europa Ocidental, até mesmo como alternativa ao modelo socialista. É o que reconheceu o Supremo Tribunal Federal, conforme voto proferido pelo Ministro Celso de Mello:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade (STF, MS 22.164/SP).

Do ponto de vista jurídico, as Constituições passaram a ter em seu corpo a consagração dos direitos sociais, ou direitos humanos de segunda dimensão, e por isso são chamadas “Constituições Sociais”. Os primeiros exemplos são a Constituição Mexicana, de 1917, e a Constituição de Weimar, de 1919. Todavia, foi a partir da década de 70 do mesmo século que o fenômeno tomou força, podendo-se citar as Constituições portuguesa, de 1976, espanhola, de 1978, e brasileira, de 1988.

Dentre os direitos reconhecidos como de segunda dimensão se encontram não só os direitos sociais como também os direitos econômicos. Nessa esteira, passa-se a exigir do Estado uma atuação positiva para o atingimento da igualdade material, seja através de

pode observar que a intervenção do Estado no domínio econômico se tem feito não raro no arripio desse princípio”.

prestações de serviços aos cidadãos (por exemplo, garantindo o acesso a serviços públicos), seja intervindo na até então intocada esfera particular dos indivíduos. E, se é assim, no campo das atividades econômicas foram não só reconhecidos os direitos trabalhistas como também o Estado assumiu o papel de agente regulador da economia.

Para que se complete o raciocínio acerca das dimensões de direitos humanos cumpre lembrar que a doutrina reconhece uma terceira dimensão, os Direitos de Fraternidade ou de Solidariedade.

O reconhecimento dos direitos de terceira dimensão é fruto das mudanças pelas quais passa a humanidade com o passar dos anos e suas conseqüências, em especial a evolução tecnológica e os constantes conflitos armados. São direitos de titularidade difusa ou coletiva. Há autores, inclusive, que os reconhece como direitos cujo principal destinatário é o próprio gênero humano, “num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”. (BONAVIDES, 2002, p. 569)

Os direitos humanos de terceira dimensão distinguem-se dos demais pela sua titularidade coletiva, muitas vezes indeterminável, como os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento e ao meio ambiente saudável. São direitos que, embora preservem a sua dimensão individual, reclamam novas técnicas de garantia e proteção. No que diz respeito a sua positivação, os direitos de terceira dimensão, embora estejam passando por um processo de reconhecimento através de diversos documentos internacionais, em sede constitucional encontraram pouco reconhecimento. (SARLET, 2001, p. 58-59)

Depois desse breve apanhado acerca da evolução histórica dos direitos humanos conclui-se que estes são direitos cujo reconhecimento coincide com a própria evolução social da humanidade. O direito à saúde, objeto do presente estudo e sobre o qual tratará o próximo tópico, é direito humano que, por ter viés tanto individual quanto social, dialoga tanto com os direitos tidos como de primeira dimensão quanto com os de segunda dimensão. Também restou demonstrado que a atuação do Estado na economia é um fator fundamental para a efetivação de direitos humanos, outro ponto essencial para a compreensão da temática deste trabalho.

3.2 Direito humano à saúde

O direito à saúde, assim como os demais direitos humanos, é direito cujo reconhecimento faz parte de um processo histórico: “É inegável que o homem sempre teve necessidade de abrigo ou de saúde, por exemplo, mas a expressão delas tem variado conforme a consciência individual derivada da organização social historicamente dominante”. (DALLARI, S., 1988, p. 57)

O próprio entendimento do conceito de saúde mudou entre as diversas organizações sociais. Em uma descrição sobre as diferentes visões que a humanidade teve acerca do significado de saúde, Sueli Dallari (1998, p. 58) resgata as lições dos clássicos, demonstrando como a saúde ora foi entendida como consequência da forma de vida adotada pela comunidade e do ambiente – Hipócrates, século IV a.C.; Paracelso, século XVI; e Engels, século XIX – e ora foi entendida como ausência de doenças – Descartes, século XVII, Pasteur e Koch, século XIX.

No início do século XX, a discussão sobre o conceito de saúde e o seu reconhecimento como direito voltou a tomar força, influenciada pelo cenário social decorrente da Revolução Industrial e da urbanização. Conforme já apontado, no processo histórico de reconhecimento de direitos humanos, a massa proletária pressionou para que o Estado saísse de sua inércia e promovesse a melhora da tão sofrida vida dos trabalhadores. No tocante ao direito à saúde, sua garantia era de interesse não só dos trabalhadores, mas também dos empresários – que não desejam absenteísmo, fator redutivo de produtividade, e a convivência com pessoas doentes.

A urbanização, consequência imediata da industrialização no século XIX, foi, juntamente com o próprio desenvolvimento do processo industrial, causa da assunção pelo Estado da responsabilidade pela saúde do povo. De fato, é inestimável o papel da proximidade espacial na organização das reivindicações operárias. Vivendo nas cidades, relativamente próximos, portanto, dos industriais, os operários passam a almejar padrão de vida semelhante. Conscientes de sua força potencial, devida à quantidade deles e sua importância para a produção, organizam-se para reivindicar tal padrão. Entretanto, cedo o empresariado percebeu que precisava manter os operários saudáveis

para que sua linha de montagem não sofresse interrupção. Percebeu, também que, devido à proximidade espacial das habitações operárias, ele poderia ser contaminado pelas doenças de seus empregados. Tais conclusões induziram outra: o Estado deve se responsabilizar pela saúde do povo. É claro que para ele - empresário - o povo era apenas os operários uma vez que os cuidados individuais de saúde eram facilmente financiados pelos industriais. Por outro lado, eles faziam também parte do povo quando exigiam que o Estado garantisse a ausência de doenças contaminantes em seu meio ambiente. E, como o Estado liberal era instrumento do empresariado nessa fase da sociedade industrial, foi relativamente fácil a transferência das reivindicações operárias de melhores cuidados sanitários, dos empresários para o Estado. O processo contínuo de organização do operariado promovido a partir da conscientização de suas condições de trabalho e facilitado pelo desenvolvimento dos meios de comunicação levou-o a reivindicar que o Estado, idealmente acima dos interesses dos industriais, se responsabilizasse pela fiscalização das condições de saúde no trabalho. (DALLARI, S.; FORTES, 1977, p. 189)

É nesse contexto que o direito à saúde dos trabalhadores passa a fazer parte das exigências para uma vida mais digna, e é retomada a discussão sobre o conceito de saúde: estaria a promoção de saúde ligada à melhora das condições de vida e de trabalho, como exigia a massa trabalhadora – moradia adequada, jornada de trabalho menor, ambiente salubre nas fábricas, remuneração suficiente para boa alimentação etc. – ou seria saúde a ausência de doenças?

De um lado, grupos marginais ao processo de produção que viviam em condições de vida miseráveis, enfatizando a compreensão da saúde como diretamente dependente de variáveis relacionadas ao meio ambiente, ao trabalho, à alimentação e à moradia. A incidência da tuberculose, por exemplo, era acentuadamente mais elevada nas camadas sociais com menos renda. Por outro lado a descoberta dos germes causadores de doenças e seu subsequente isolamento, que possibilitou o desenvolvimento de remédios específicos, falava a favor da conceituação de saúde como ausência de doenças. Com efeito, as drogas aperfeiçoadas, adequadamente empregadas, resultaram na cura de várias doenças, salvando muitas vidas. (DALLARI, S., 1988, p. 58)

Foi a eclosão da II Guerra Mundial e suas consequências que puseram fim às discussões. Em resposta aos horrores perpetrados durante o conflito e a fim de impedir que acontecessem novamente, foram criados a Organização das Nações Unidas (ONU) e os

órgãos a ela vinculados, entre eles a Organização Mundial da Saúde (OMS). Em seu bojo elaborou-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948.

No preâmbulo do documento de constituição da Organização Mundial da Saúde, datado de 1946, a saúde é descrita como “completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”. Na definição adotada pela OMS, nota-se a prevalência do conceito de saúde que prestigia a interação do ser humano com o ambiente externo. Reconhece-se que o direito à saúde abarca uma série de condições socioeconômicas, como a alimentação, o saneamento e a habitação.

Houve e ainda há críticas à definição de saúde adotada pela OMS, por conta de sua abrangência e proximidade do próprio conceito de felicidade. Seria o “completo bem-estar” intangível.

Verdade é que a conceituação de saúde é difícil e não se chegou a um consenso até hoje. Todavia, como afirma Sueli Dallari, embora a angústia dos sanitaristas que criticam a definição da OMS possa ser entendida, “qualquer redução na definição desse objeto o deformará irremediavelmente”. Nesse ponto, a autora cita o pesquisador francês Christophe Dejours, que, ao analisar a definição da OMS, conclui que o estado de bem-estar completo não existe, devendo a saúde ser entendida como a sua busca constante (1988, p. 58).

3.2.1 Natureza do direito à saúde

A primeira Constituição a tratar da saúde como direito fundamental foi a Constituição da República italiana, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1948. Nela, a saúde foi concebida como um direito do cidadão.

Na Parte I (Direitos e Deveres do Cidadão), Título II (Relações Ético-Sociais), artigo 32, da Carta Italiana, há a elevação da saúde como direito fundamental do homem:

Art. 32 – A República tutela a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade, e garante tratamentos gratuitos aos indigentes. Ninguém pode ser obrigado a um

determinado tratamento sanitário, salvo disposição de lei. A lei não pode, em hipótese alguma, violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana. (SCHWARTZ, 2000, p. 117)

Em âmbito internacional, em 10 de dezembro do mesmo ano a saúde foi erigida à categoria de direito humano na Declaração Universal de Direitos do Homem, que em seu artigo 25 declara:

Artigo 25-1: “Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade”.

Mas é no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 1966, que o direito humano à saúde é detalhado e se estabelecem deveres aos Estados signatários:

Art. 12-1: Os estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental.

2: As medidas que os estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

- a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças.
- b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente.
- c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças.
- d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

Outros documentos internacionais também reconhecem o direito à saúde, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965 (art. 5º, IV, e); a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, de 1979 (arts. 11, 1, f e 12); e a Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 1989 (art. 24). Assim também os instrumentos regionais, dentre eles o Protocolo Adicional à Convenção Interamericana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988 (art. 10).

O direito humano à saúde foi internacionalmente afirmado, portanto, em um cenário de reconhecimento dos direitos sociais, que têm a sua conceituação muito mais ligada à vida do ser humano em sociedade – e não à sua individualidade. Isso não significa, todavia, que esse segundo viés não está presente no direito à saúde. A saúde enquanto direito é dotada tanto de um viés subjetivo quanto de um viés social.

É direito subjetivo na vivência de cada ser humano, que tem o direito de preservação de sua saúde. Ainda no campo subjetivo, é direito individual de primeira dimensão, pois se transfigura no exercício da liberdade tanto sob o enfoque do paciente – que tem o direito de escolher se deseja se submeter a um tratamento ou a tomar uma medicação – quanto sob o enfoque do profissional de saúde – que tem a liberdade do exercício de sua profissão, podendo escolher entre todas as alternativas de tratamento existentes aquela que julga a mais adequada.

Por outro lado, temos a revelação do outra face do direito à saúde, de caráter eminentemente social, se considerada a compulsoriedade das campanhas de vacinação, da submissão dos estabelecimentos comerciais à vigilância sanitária, da notificação de algumas doenças e até de isolamento de doentes, ou ainda a construção de um sistema público estatal de saúde para atendimento universal e igualitário da população, entre outros. Nesse ponto, o direito à saúde privilegia a igualdade em seu sentido material: “Limitações aos comportamentos humanos são postas exatamente para que todos possam usufruir igualmente as vantagens da vida em sociedade. Assim, para preservar a saúde de todos é necessário que ninguém possa impedir outrem de procurar seu bem-estar ou induzi-lo a adoecer”. (DALLARI, S., 1988, p. 59)

Sobre esse ponto considera Lenir Santos:

Desse modo, os fatores que interferem na saúde do indivíduo e da coletividade não são poucos e, se há um direito à saúde que deve ser garantido pelo Estado, esse direito à saúde não significa apenas, como somos induzidos a pensar, “acesso a serviços assistenciais”, ou seja, oportunidade a todos de cuidar de sua “doença”; direito à saúde começa pelo direito a não ficar doente em decorrência de causas que compete ao Estado regular, mediante intervenção nas suas bases geradoras ou na cadeia causal, como: o meio ambiente, incluído o do trabalho, a instrução, a proibição de propagandas nocivas, o controle de agrotóxicos etc. Se o Estado deve garantir o direito à saúde, em consequência ele pode intervir em fontes causadoras de doenças.

Como a sociedade e o indivíduo também são responsáveis pela sua saúde, devendo evitar o risco da doença mediante a adoção de condutas ao seu alcance, que reduzam o agravo à saúde, entendemos que também é dever do Estado estimular a formação de uma consciência, social e individual, de dever e responsabilidade de cada um pela própria saúde. (1977, p. 245-246)

Outros autores, ao caracterizar essas duas faces do direito à saúde, chamam-no como direito fundamental tanto de defesa (negativo) quanto direito fundamental a prestações (positivo). É a tese defendida por Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 8), inspirado nas lições de Robert Alexy (2007, p. 163 e ss.).

Assim, o direito à saúde pode ser considerado como constituindo simultaneamente direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, bem como – e esta a dimensão mais problemática – impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames da mais variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde.

Em qualquer das classificações que se adote, o papel do Estado fica evidenciado, devendo este assumir a função de concretizador do direito à saúde, seja atuando como provedor de serviços de saúde, seja não interferindo no exercício individual do direito ou impedindo que terceiros o façam. Nesse último ponto, fundamental que o Estado adote medidas não só prestacionais de serviços de saúde, mas também garanta que qualquer particular que venha a atuar na área não o faça lesando o direito à saúde. Esse ponto será

retomado à frente, quando se tratará da assistência à saúde prestada por particulares no Brasil.

3.2.2 O direito fundamental à saúde no Brasil

Embora um signatário da Declaração Universal dos Direitos do Homem, e mesmo tendo editado nova Constituição em 1964, o Brasil somente passou a tratar a saúde como direito na Constituição Federal de 1988. Nas Constituições anteriores não havia previsão da saúde enquanto direito de todo cidadão brasileiro, e sob a égide dessa legislação tinham direito a assistência à saúde somente os trabalhadores inscritos na previdência social.

A atenção à saúde, portanto, não era ramo distinto da seguridade social, mas parte do sistema de previdência social e privilégio de apenas uma parcela da população⁴⁷. O cidadão que não contribuía para a previdência social, não possuía plano de saúde e nem condições financeiras de pagar pela atenção à saúde, ficava sem nenhuma garantia de ter assistência e na dependência de caridade. O acesso universal ocorria somente em ações de saúde coletiva, como campanhas de vacinação, e atendimentos de pronto-socorro.

A assistência à saúde individualizada só era garantida aos trabalhadores contribuintes da previdência social.

A saúde não era um ramo distinto da área social e não constituía um direito; portanto, praticamente o Estado dela se eximia. Era apenas mais um benefício do sistema previdenciário brasileiro. Àqueles que contribuía compulsoriamente através do desconto em seu salário, a previdência social garantia aposentadoria, auxílio e assistência médica e hospitalar individualizada ao trabalhador e aos dependentes.

O cidadão que, embora sendo um trabalhador, não contribuísse para a previdência social, não tinha direito aos serviços de proteção e assistência à saúde. Entrava na categoria de “indigente”.

⁴⁷ Foi no cenário de atenção à saúde ligada às relações de trabalho que os planos de saúde surgiram, em alguns momentos incentivados pelo Estado, conforme tratado no capítulo 2.

Somente ações de saúde coletiva – vacinas, puericultura e os serviços municipais de pronto socorro – eram garantidas a todos os cidadãos indistintamente. (SANTOS, 1994, p. 49)

A década de 80, na área da saúde, foi marcada pelo movimento da Reforma Sanitária, que buscava redirecionar o modelo assistencialista em vigor para um modelo de ação estatal sob a perspectiva universalista e de visão da saúde como direito. Na VIII Conferência Nacional de Saúde o Sistema Único de Saúde (SUS) foi gestado, cumulando no reconhecimento da saúde como direito fundamental na Constituição Federal de 1988.

A força de mobilização social, da qual a realização da VIII Conferência Nacional de Saúde é resultante, conseguiu imprimir no texto da Reforma Constituinte de 1988 os conceitos e princípios definidos naquela conferência. Princípios, dois anos depois, regulamentados pela leis 8.080 e 8.142, e que instituem, formalmente, o Sistema Único de Saúde (SUS). (ACIOLE, 2006, p. 192)

A Constituição de 1988, além de eleger como princípio fundamental da República Federativa a dignidade humana e de elencar em seus artigos 5º e 6º os direitos fundamentais, dedicou espaço para tratar especificamente de alguns direitos sociais, dentre eles o direito à saúde.

Durante a Constituinte de 1988 as responsabilidades do Estado foram repensadas e promover a saúde de todos passou a ser seu dever: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação” (art. 196).

Na Constituição de 1988 a saúde foi erigida à categoria de direito e, mais ainda, de direito fundamental. Ingo Wolfgang Sarlet pondera que o direito à saúde comunga, na ordem jurídico-constitucional, de dupla fundamentalidade formal e material:

A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e, ao menos da Constituição pátria, desdobra-se em três elementos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também a saúde), situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois de norma de superior hierarquia; b) na condição de normas

fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (as assim denominadas “cláusulas pétreas”) da reforma constitucional; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares.

[...]

Já no que diz com a fundamentalidade em sentido material, esta encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, o que – dada a inquestionável importância da saúde para a vida (e vida com dignidade) humana, parece-nos ser ponto que dispensa maiores comentários. (2007)

3.2.2.1 Assistência à saúde prestada por particulares no Brasil

Ao se defender a prevalência do direito à saúde em conflitos que envolvem usuários e operadoras de planos de saúde pode-se deparar com questionamentos referentes à aplicabilidade das normas protetivas de direitos fundamentais a relações entre particulares⁴⁸.

Especificamente sobre a Constituição de 1988, temos já na disposição de seu texto a marca de uma mudança de paradigma constitucional no Brasil. Diferentemente das demais Constituições do País, que primeiramente tratavam da organização do Estado, a atual Carta Magna brasileira começa referindo-se à pessoa humana e aos seus direitos e garantias fundamentais. A respeito, Sueli e Dalmo Dallari comentam que “En la realidad, esa diferencia de tratamiento no es accidental. Se hizo necesario adoptar un cambio de perspectiva ya que en el momento en que se discutió la nueva Constitución, em el Brasil se exigia respetar más a la persona humana”. (1992, p. 3)

⁴⁸ A afirmação histórica de direitos fundamentais inicialmente teve o condão de proteger os indivíduos de violações por parte do Estado. Essa seria a sua função clássica, ligada à noção de liberdades públicas – ou direitos de primeira geração.

Nessa esteira, o constituinte, quanto às ações e aos serviços de saúde, considerou-os expressamente como de relevância pública (art. 197⁴⁹). Ao fazê-lo, não estabeleceu uma hierarquia valorativa dentre os direitos sociais⁵⁰, colocando o direito à saúde no topo, mas destacou que, mesmo que ações e serviços de saúde sejam praticados por particulares, não podem nunca fugir ao interesse público, escapando aos ditames da dignidade humana e da prevalência do direito à vida.

No entendimento do significado da expressão “relevância pública”, são esclarecedoras as lições de Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz e Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin. A noção de relevância pública está intimamente ligada com a de interesse público – um interesse que conta com a aceitação de todos –, assim como ao entendimento de que os serviços de saúde têm natureza de serviços essenciais – necessários à “sobrevivência de um grupo social ou do próprio Estado” (FERRAZ; BENJAMIN, 2004, p. 84)⁵¹.

Considerando a presença do interesse social na prestação dos serviços de saúde com qualidade e de modo suficiente para satisfazer as necessidades da população, mesmo que prestados por particulares, os autores reconhecem na expressão “relevância pública” inserta na Constituição Federal:

- a) a qualidade de “função pública”, como verdadeiro dever-poder, que regra a garantia da saúde pelo Estado;
- b) a natureza jurídica de direito público subjetivo da saúde, criando uma série de interesses na sua realização – públicos, difusos, coletivos e individuais homogêneos;
- c) o limite da indisponibilidade, tanto pelo prisma do Estado, como do próprio indivíduo, do direito à saúde; relevância pública;
- d) a idéia de que, em sede do art. 197, o interesse primário do Estado corresponde à garantia plena do direito à saúde e as suas ações e serviços, sempre secundários só serão legitimadas quando imbuídas de tal espírito;

⁴⁹ “São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.

⁵⁰ Os demais direitos sociais, e até mesmo outros direitos fundamentais pertencentes às demais gerações, podem ser considerados como de relevância pública, especialmente no que concerne à aplicação do artigo 129, II, da Constituição (competências do Ministério Público).

⁵¹ Reconhece-se que todas as três noções são expressões complexas, sem definição legal expressa, que necessitam da atuação da doutrina e da jurisprudência para sua elucidação. As definições apresentadas harmonizam-se com o texto constitucional e com o entendimento da doutrina.

e) o traço de essencialidade que marca ações e serviços de saúde. (ARAÚJO, 2004, p. 95).

Completando o raciocínio sobre o conceito de relevância pública, Ferraz e Benjamin afirmam, acerca da distinção entre um serviço de relevância pública e um que não o seja:

Evidentemente, o traço distintivo não reside na pessoa de quem o presta, de vez que, como vimos, tanto os entes públicos como os privados podem prestá-los. A diferença parece estar no objeto do serviço, que, como no caso da saúde, está diretamente conectado à sobrevivência do homem.

Dessa essencialidade surge para o Estado, como decorrência do próprio interesse da sociedade na garantia do seu direito, um dever-poder de prestar o serviço. E, quando não o faz diretamente, mantém o Estado um poder de intervenção em nível mais elevado que em relação a outros serviços prestados por particulares.

Tanto isso é verdade, que a noção de relevância pública, no art. 197, vem conjugada à idéia de “regulamentação, fiscalização e controle” especiais do serviço público pelo Poder Público. (2004, p. 87)

Em consonância com a elevação das ações e dos serviços de saúde à condição de relevância pública, o mesmo artigo 197 estabelece o dever do estado de regulamentá-los, fiscalizá-los e controlá-los, mesmo que executados por pessoa física ou jurídica de direito privado.

A Constituição trata especificamente sobre saúde privada em seu artigo 199, através do qual autoriza expressamente a atuação do setor privado na assistência à saúde: “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada”.

A Constituição não versa separadamente sobre os serviços de saúde público e privado, dando a eles regimes distintos. Não há a opção do constituinte de criar regimes diferenciados, um público – pautado pelo direito à saúde – e outro privado – regido tão somente pelas normas de direito econômico. Ao contrário, optou-se por inseri-los sob a mesma lógica e na mesma seção, em capítulo dedicado à seguridade social.

Com isso, expurga-se qualquer interpretação constitucional que vise afastar dos serviços privados de assistência à saúde a normatividade mais rigorosa exercida pelo Estado. Indiferentemente do prestador do serviço, permanece a sua ligação indissolúvel

com o direito fundamental à saúde que o legislador constitucional escolher proteger prioritariamente. Nesse sentido preceitua Lenir Santos:

Perquire-se qual o significado de *relevância pública* e se apenas os serviços de saúde seriam de relevância pública. O constituinte, ao referir-se à relevância pública das ações e dos serviços de saúde, pretendeu elevar a saúde à mesma condição do direito à vida e da dignidade da pessoa humana.

Isto não quer dizer que outros serviços públicos também não venham a ser de relevância pública, como, por exemplo, a educação. Ao explicitar que as ações e os serviços de saúde são de relevância pública — tanto os serviços e ações públicos como os privados — quis o legislador destacar que a saúde é decorrente de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos (art. 196 CF) ou, como diz a Lei Orgânica da Saúde (Lei 8080/90, art. 3º), tem a saúde, como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais, ou seja, tudo aquilo que é necessário para que a pessoa humana tenha uma vida digna. Assim, todos os serviços públicos são relevantes, pois têm interferência direta com a dignidade, a vida e, conseqüentemente, com a saúde do indivíduo.

[...]

Também não se pode perder de vista que o conceito de relevância pública contém o aspecto da indisponibilidade. A saúde, assim como a vida, são bens indisponíveis, não estando sujeito ao livre arbítrio do indivíduo, não tendo ele o direito de se desfazer de sua vida, de vender parte de seu corpo, de ser objeto de pesquisas científicas, sendo, por isso, igualmente também responsável pela sua saúde. (1977, p. 258-259)

A mesma autora, em obra em co-autoria com Guido Ivan Carvalho, reforça o entendimento da relevância pública do direito à saúde e sua importância para o gozo dos demais direitos:

Ao qualificar os serviços e ações de saúde como de relevância pública, não pretendeu o legislador constituinte dizer que os demais direitos humanos e sociais não têm relevância; quis o legislador talvez enunciar a saúde como um estado de bem-estar prioritário, fora do qual o indivíduo não tem condições de gozar outras oportunidades proporcionadas pelo Estado, como a educação, antecipando-se, assim, à qualificação de “relevância” que a legislação infraconstitucional deverá outorgar a outros serviços, públicos e privados [...]. (2006, p. 317)

A Lei nº 8.080/90, responsável pela organização dos serviços de saúde no Brasil e conhecida como Lei Orgânica da Saúde (LOS), embora trate preponderantemente do Sistema Único de Saúde (SUS), também estabelece preceitos aplicáveis aos serviços privados. E, regulamentando as disposições constitucionais sobre saúde, interpreta-a de forma sistêmica, tratando os serviços de saúde público e privado como regidos pela mesma lógica. Tanto que, logo em seu artigo 1º, define o seu propósito de regular as “ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado”.

Em título destinado a tratar dos serviços privados de assistência à saúde, a Lei nº 8.080/90 assim os define: “Os serviços privados de assistência à saúde caracterizam-se pela atuação, por iniciativa própria, de profissionais liberais, legalmente habilitados, e de pessoas jurídicas de direito privado na promoção, proteção e recuperação da saúde” (art. 20). Depois de, assim como na Constituição, afirmar a liberdade do setor privado de prestar serviços de saúde, em seu artigo 22 a lei assevera a obrigação de que na prestação dos serviços de saúde privados sejam observados “os princípios éticos e as normas expedidas pelo órgão de direção do Sistema Único de Saúde-SUS quanto às condições para seu funcionamento”.

Guido Ivan de Carvalho e Lenir Santos afastam interpretações equivocadas da última parte do artigo 22, lembrando mais uma vez a relevância pública dos serviços de saúde:

Poderia ser alegado que a normatividade do poder público só alcançaria as condições para o funcionamento dos serviços privados, tentando dar à expressão “condições para o funcionamento” o significado restrito de requisitos para a edificação, instalação e abertura de um serviço de saúde (clínica, hospital, laboratório de análise, laboratório farmacêutico etc.); assim, uma vez que o particular atenda às limitações administrativas de natureza sanitária e às exigências técnico-funcionais impostas pela autoridade do SUS, estaria encerrado o exercício pela União, pelo estado, e pelo município do seu poder de regulamentação, controle e fiscalização dos serviços privados de assistência à saúde. O estado de direito, o *jus imperii* imanente no poder público e os princípios informadores da ordem econômica e da ordem social, ambas fundadas na preservação do bem comum (artigos 170 e 193 da Constituição), e o poder-dever de controle que o Estado exerce sobre os serviços de interesse social e de relevância pública exigem do Estado atuação regulatória e

fiscalizadora sobre as ações e os serviços de saúde sejam públicos ou privados no exato limite do bem jurídico protegido, ou seja, a vida humana.

O bem comum não pode ficar à mercê de interesses individuais, por mais legítimos que sejam. Ele se sobrepõe ao particular, para melhor proteger o coletivo. E, na medida em que protege o interesse superior da coletividade, a ação do poder público estará amparando, direta ou reflexamente, o interesse do indivíduo. (2006, p. 21-22)

Portanto, respeitadas as diferenças e peculiaridades de cada um dos serviços, pode-se afirmar que tanto a Constituição quanto a Lei Orgânica da Saúde determinam que os serviços de saúde, sejam públicos ou privados, devem ser regidos pelos mesmos princípios e pelas mesmas diretrizes, preservando seu caráter de relevância pública e o direito humano fundamental a eles relacionados – o direito à saúde que, por sua vez, é corolário do direito à vida⁵².

⁵² Corroboram esse entendimento as afirmações de Andrea Lazzarini Salazar, Karina Grou e Vidal Serrano Nunes Jr.: “É claro que suas diferenças e peculiaridades devem ser respeitadas, mas sempre tendo em vista que o interesse da coletividade, o bem comum que se pretende buscar com o fornecimento de serviços de saúde adequados, se sobrepõe aos interesses particulares, quaisquer que sejam eles; e, paralelamente, que o interesse social está acima do econômico. Não fosse essa a vontade do legislador constituinte, teriam sido criados dois regimes para garantir, por um deles, a proteção à saúde, considerando-se a natureza e relevância desse direito individual e social; e, pelo outro regime, a prevalência do lucro - como bem maior defendido. Mas, como é notório, a Constituição optou por uma única política para a condução da saúde no país”. (2003, p. 338)

4 ASPECTOS CONTRATUAIS DOS PLANOS DE SAÚDE: A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Abordados os fundamentos constitucionais de proteção do direito à saúde do usuário de plano de saúde, neste capítulo será apresentado o tratamento dado à matéria pela legislação infraconstitucional, que rege as relações entabuladas entre usuários e operadoras como relações contratuais de consumo.

O enfoque escolhido para esse trabalho é o direito à saúde. Todavia, como a legislação contratual é citada reiteradamente nas decisões estudadas, decidiu-se apresentá-la neste capítulo em linhas gerais, abordando alguns aspectos considerados mais relevantes.

A relação entre usuário e operadora de plano de saúde é relação de consumo, tutelada pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), norma de ordem pública e de interesse social⁵³, promulgada segundo os ditames da Constituição Federal⁵⁴.

Além disso, o setor de planos de saúde possui legislação específica, a Lei nº 9.656/98 – Lei de Planos de Saúde.

Importante neste momento conhecer a natureza do contrato de planos de saúde, as principais características das legislações aplicáveis e como se complementam.

4.1 A natureza do contrato de planos de saúde

A contratação de um plano de saúde está intrinsecamente ligada à busca de valores que hoje são tão caros à sociedade: segurança, previsibilidade e proteção contra riscos futuros. Na incerteza ou na descrença de que o Estado atuará na preservação desses valores, os cidadãos têm recorrido à iniciativa privada. É o que ensina Claudia Lima Marques:

⁵³ Art. 1º, Código de Defesa do Consumidor.

⁵⁴ Art. 5º, XXXII, art. 170, V e art. 48, Disposições Transitórias.

Três valores são cada vez mais raros e, por isso, valiosos no mundo atual: segurança, previsibilidade e proteção contra riscos futuros. Estes três valores são oferecidos no mercado através dos planos e seguros privados de saúde, os quais possibilitam a transferência legal de riscos futuros envolvendo a saúde do consumidor e de seus dependentes a serem suportados por empresas de assistência médica, cooperativas ou seguradoras, prometendo ao seu turno segurança e previsibilidade, face ao pagamento constante e reiterado das mensalidades ou prêmios. A relação entre paciente e médico sempre foi caracterizada como uma relação de confiança. No mundo de hoje, parte da confiança (*fides*) vai ser transferida para o organizador destes planos e seguros, intermediados ou conveniados, na previsibilidade do financiamento legal dos eventos futuros relacionados com a saúde. (1996, p. 71)

Ao aderir a um plano de saúde o usuário visa garantir assistência médica, quando e se necessário, pagando para isso mensalmente valor estipulado entre as partes. O contrato de plano de saúde em muito se assemelha aos contratos de seguros – assumindo essa forma em alguns casos – e seu objetivo é a garantia de indenização contra evento futuro e incerto, danoso à saúde do beneficiário/contratante. Complementando as afirmações anteriores, Claudia Lima Marques reforça a natureza do contrato de planos de saúde:

O objeto principal destes contratos é a transferência (onerosa e contratual) de riscos referentes a futura necessidade de assistência médica ou hospitalar. A efetiva cobertura (reembolso, no caso dos seguros de reembolso) dos riscos futuros à sua saúde e de seus dependentes, a adequada prestação direta ou indireta dos serviços de assistência médica (no caso dos seguros de pré-pagamento ou de planos de saúde semelhantes) é o que objetivam os consumidores que contratam com estas empresas. Para atingir este objetivo os consumidores manterão relações de convivência e dependência com os fornecedores desses serviços de saúde por anos, pagando mensalmente suas contribuições, seguindo as instruções (por vezes, exigentes e burocráticas) regulamentadoras dos fornecedores, usufruindo ou não dos serviços, a depender da ocorrência ou não do evento danoso à saúde do consumidor e seus dependentes (consumidores-equiparados). (1999, p. 192)

Na contratação de um plano de saúde uma pessoa física adquire, mediante remuneração, direta ou indiretamente, um serviço prestado por uma pessoa jurídica. Entre os contratantes existe uma relação desigual, sendo clara a vulnerabilidade do adquirente. Trata-se de típico contrato de consumo, enquadrando-se nas definições do Código de Defesa do Consumidor e por ele regidas.

Ao tratar da Política Nacional das Relações de Consumo, o Código de Defesa do Consumidor impõe o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, valorizando a boa-fé e o equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores, além de proibir os abusos.

A cláusula geral de boa-fé objetiva impõe que a relação contratual seja pautada pela lealdade entre as partes, atendendo-se os direitos e as obrigações explícitos e implícitos nos contratos, que sejam legítimos, e convirjam para a execução do fim contratual. A inserção de tais preceitos no Código mostra o comprometimento do legislador infraconstitucional com a dignidade humana e a promoção da igualdade em sentido material, valores fundantes da Constituição.

Antes de tudo, é preciso salientar que existe uma íntima relação entre as razões que levaram o legislador do código de Defesa do Consumidor (CDC) a prestigiar a boa-fé objetiva e os valores fundamentais do texto constitucional. Não há como negar, inclusive, que a aplicação das ‘cláusulas legais contidas na legislação ordinária (diligência, boa-fé, e tantas outras)’ está condicionada à existência de valores que estejam em conformidade com os valores fundamentais insertos na Carta Magna. Assim sendo, é igualmente incontroverso que a presença da cláusula geral da tutela da dignidade da pessoa humana – princípio constitucional fundamental – através do qual restou evidenciada a imposição da prevalência dos valores existenciais sobre as situações patrimoniais, consistiu em fator decisivo para a nova postura metodológica adotada pelo legislador infraconstitucional. Nessa linha, é possível dizer que foi, atendendo às diretrizes ditadas pelo constituinte de 1988, que o legislador do Código de Defesa do Consumidor [...], em momento de extrema felicidade, no tocante à observância dos princípios constitucionais fundamentais – da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade substancial, integrantes do Estado social de Direito, optou por prestigiar incisivamente os princípios da boa-fé e do equilíbrio das prestações, que, inequivocamente, restringem a importância antes conferida à vontade individual. (SLAWINSKI, 2000, p. 85)

Ainda sobre o princípio da boa-fé nas relações de consumo, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior sustenta que o Código de Defesa do Consumidor visa harmonizar os interesses envolvidos no negócio jurídico, guiando a intervenção estatal na economia contratual pela busca da boa-fé entre as partes:

A aproximação dos termos ordem econômica-boa-fé serve para realçar que esta não é apenas um conceito ético, mas também econômico, ligado à funcionalidade econômica do contrato e a serviço da finalidade econômico-social que o contrato persegue. São dois os lados, ambos iluminados pela boa-fé: externamente, o contrato assume uma função social e é visto como um dos fenômenos integrantes da ordem econômica, nesse contexto visualizado como um fator submetido aos princípios constitucionais de justiça social, solidariedade, livre concorrência, liberdade de iniciativa, etc., que fornecem os fundamentos para uma intervenção no âmbito da autonomia contratual; internamente, o contrato aparece como o vínculo funcional que estabelece uma planificação econômica entre as partes, às quais incumbe comportar-se de modo a garantir a realização dos seus fins e a plena satisfação das expectativas dos participantes do negócio”. (1995, p. 22)

Outra característica do contrato de plano de saúde, muito presente em outros contratos de consumo, diz respeito à forma de participação do usuário/consumidor na avença: a ele não é facultado transigir sobre as condições de contratação. Ou concorda com o que é oferecido, ou não pode fazer parte do negócio jurídico. É o chamado contrato de adesão, definido por Orlando Gomes como um contrato em que “uma das partes tem de aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo a uma situação contratual que encontra definida em todos os seus termos. O consentimento manifesta-se como simples adesão a conteúdo preestabelecido da relação jurídica”. (2001, p. 109)

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 54, conceitua o contrato de adesão como “aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

Claudia Lima Marques ressalta o fato de que é o parceiro contratual economicamente mais forte quem estabelece as condições contratuais e especifica como o contrato de adesão é ofertado no mercado de consumo: “O contrato de adesão é oferecido ao público em um modelo uniforme, geralmente impresso, faltando apenas preencher os dados referentes à identificação do consumidor-contratante, do objeto e do preço”. (1999, p. 53-54)

E é o que acontece nos planos de saúde. O modelo contratual é único, havendo um aditivo contratual em que se preenche os dados do contratante e, para fins de imposição de

carência por doença ou lesão pré-existente, a declaração acerca das suas condições de saúde.

Os contratos de planos de saúde também se caracterizam como contratos cativos de longa duração, em que o usuário dos serviços de saúde coloca-se em situação de dependência em relação à operadora, havendo a legítima expectativa de manutenção do vínculo contratual por tempo indeterminado. A esse tipo de contratação dá-se o nome de “contratos de trato sucessivo”:

[...] Trata-se de uma série de novos contratos ou relações contratuais que utilizam métodos de contratação de massa (através de contratos de adesão ou de condições gerais dos contratos), para fornecer serviços especiais no mercado, criando relações jurídicas complexas de longa duração, envolvendo uma cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma característica determinante: a posição de ‘catividade’ ou ‘dependência’ dos clientes, consumidores.

Esta posição de dependência ou, como aqui estamos denominando, de ‘catividade’, só pode ser entendida no exame do contexto das relações atuais, onde determinados serviços prestados no mercado asseguram (ou prometem) ao consumidor e sua família ‘status’, ‘segurança’, [...] ‘moradia assegurada’ ou mesmo ‘saúde’ no futuro.

[...]

Os exemplos principais destes contratos cativos de longa duração são as novas relações bancocliente, os contratos de seguro-saúde e de assistência médico-hospitalar, [...]. (1999, p. 57)

O Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido em suas decisões todas essas características dos contratos de planos de saúde, sendo constante a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Consolidou-se principalmente no Tribunal o entendimento de que se trata de contrato de trato sucessivo, sendo este um importante aspecto para garantia de aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados antes de sua entrada em vigor.⁵⁵

⁵⁵ V. item 6.2.1.

4.2 Lei aplicável ao contrato de plano de saúde: relação de complementaridade entre Código de Defesa do Consumidor e Lei de Planos de Saúde

O Código de Defesa do Consumidor é norma de ordem pública e de interesse social, de caráter principiológico e cuja edição tem fundamentação constitucional.

Ao buscar equilibrar uma relação tão díspare como a existente entre consumidor e fornecedor, o Código de Defesa do Consumidor é instrumento de promoção de justiça e de igualdade material. E o faz compatibilizando-os com outros direitos igualmente reconhecidos pela Constituição, como a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico. Fica evidente, portanto, o papel do Código de transposição para as relações de consumo dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, mesmo que de diferentes ordens. Ao comentar o Código de Defesa do Consumidor, José Geraldo Brito Filomeno, um dos autores do anteprojeto que resultou no código, evidencia essa vocação da legislação:

Assim, embora se fale das necessidades dos consumidores e do respeito à sua dignidade, saúde e segurança, proteção de seus interesses econômicos, melhoria da sua qualidade de vida, já que sem dúvida são eles a parte vulnerável no mercado de consumo, justificando-se dessarte um tratamento desigual para as partes manifestamente desiguais, por outro lado se cuida de compatibilizar a mencionada tutela com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, viabilizando-se os princípios da ordem econômica de que trata o art. 170 da Constituição Federal, e educação-informação de fornecedores e consumidores quanto aos seus direitos e obrigações. (2007, p. 17)

E é esse o papel de equilibrante das relações de consumo que o Poder Judiciário tem atribuído ao Código de Defesa do Consumidor na solução de conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde. O Superior Tribunal de Justiça aplica reiteradamente o CDC em planos de saúde, principalmente suas disposições acerca de cláusulas e práticas abusivas, conforme será abordado nos capítulos que seguem.

O Código, todavia, não exaure – e nem teria como fazê-lo – todas as especificidades das relações de consumo, ainda mais se considerarmos que estas se ramificam em uma série de possibilidades de contratações e outras interações jurídicas. Mais uma vez recorre-se a José Geraldo Brito Filomeno:

A matéria “proteção e defesa do consumidor” é por si só vasta e complexa, donde ser na prática impossível a previsão de tudo que diga respeito aos direitos e deveres dos consumidores e fornecedores.

Por isso mesmo é que o novo Código vale muito mais pela perspectiva e diretrizes que fixa para a efetiva defesa ou proteção do consumidor, bem como pelo devido equacionamento da harmonia buscada, do que pela exaustão das normas que tendem a esses objetivos...” (2007, p. 18-19)

Surge, assim, a necessidade de editar legislações esparsas referentes a determinados pontos sensíveis à sociedade e que precisam de detalhamentos específicos, como é o caso da Lei de Planos de Saúde.

A Lei de Planos de Saúde mantém com o Código de Defesa do Consumidor uma relação de complementaridade, descendo a minúcias do setor que não precisam e não devem estar no Código, que se propõe uma lei que traça “perspectiva e diretrizes”. Não existe conflito de leis no tempo. Lei nº 9.656/98 e CDC são aplicados concomitantemente aos planos de saúde. E havendo silêncio da lei específica, ou sendo esta inaplicável, aplica-se somente o Código, que trata indistintamente de todas as relações de consumo.

Essa relação de complementaridade e harmonia entre legislações é tratada por Claudia Lima Marques, Antonio Herman V. Benjamin⁵⁶ e Bruno Miragem (2003, p. 24 e ss.)⁵⁷. Ao comentar a suposta existência de “conflitos de leis no tempo” referentes ao Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, propõem uma forma de abordagem moderna da questão, transponível à discussão acerca do “conflito” entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Planos de Saúde.

Citando Erik Jaime, os autores demonstram que a sociedade pós-moderna é caracterizada pelo pluralismo jurídico, ressurgindo a necessidade de coordenação e harmonização entre as leis no mesmo ordenamento. A solução convencional para uma situação de “conflitos de leis no tempo” seria a simples aplicação da regra de que lei posterior revoga lei anterior. Colocam os autores, todavia, que a doutrina atualizada responde à questão de outra maneira, procurando a harmonização e a coordenação das

⁵⁶ Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

⁵⁷ Apresenta-se, nesse ponto, novas visões propostas para discussão de conflitos entre leis, apenas complementando o raciocínio referente à complementaridade de aplicação da Lei nº 9.656/98 e do Código de Defesa do Consumidor. A questão de conflitos de leis no tempo, todavia, não é objeto do presente estudo, motivo pelo qual não aprofundaremos o tema.

normas do ordenamento jurídico. Ao invés da retirada simples de determinada norma do ordenamento jurídico, esta convive com a norma superveniente, criando um diálogo entre ambas. (2003, p. 23)

A Lei nº 9.656/98 respondeu, em alguns aspectos, às demandas sociais por regulamentação: estabeleceu que a regulação do setor deve estar vinculada à área governamental de saúde, adotou como padrão de cobertura de doenças a Classificação Internacional de Doenças (CID) da Organização Mundial da Saúde (OMS) e delimitou critérios de entrada, funcionamento e saída de operadoras do mercado⁵⁸.

Todavia, permaneceram na lei lacunas regulatórias, seja porque não dispõe sobre determinados assuntos importantes para o setor de planos de saúde⁵⁹, seja porque a ANS a aplica de forma restritiva. Há ainda situações em que a lei pode não ser aplicável⁶⁰. Nesses casos, a existência do Código de Defesa do Consumidor e a sua aplicação garantem o equilíbrio contratual entre usuário (consumidor) e operadora de plano de saúde.

⁵⁸ A regulamentação dada à Lei 9.656 pela ANS é criticada pelo Idec, que considera que resoluções da agência e do Consu restringiram-na, sendo passíveis até mesmo de questionamento quanto à sua legalidade. Assim a Resolução Normativa 167/08 da ANS, que restringe os procedimentos de cobertura obrigatória pelos planos de saúde, excluindo tratamentos como transplantes, sem os quais algumas doenças não podem ser tratadas. Também a Resolução 13 do Consu: enquanto a Lei nº 9.656/98 (art.12, V, c) determina que, após 24 horas da contratação, urgências e emergências devem ser cobertas, a resolução restringe tais coberturas a atendimento ambulatorial – excetuando internações – pelo prazo máximo de 12 horas. (Idec, 2007, p. 27 e 29).

⁵⁹ No que diz respeito à omissão da Lei de Planos de Saúde, um ponto importante se relaciona à rescisão unilateral de contratos coletivos. O número de contratos coletivos cresceu muito nos últimos anos, sendo a grande maioria. Permitir a rescisão unilateral pela operadora de plano de saúde significa permitir que esta cancele sua relação com o usuário no momento que lhe convém, deixando-o sem cobertura de plano de saúde repentinamente. A Lei nº 9.656/98 proíbe que tal prática seja adotada em contratos individuais, mas nada dispõe sobre a outra forma de contratação (art. 13, parágrafo único). Isso significaria que a rescisão unilateral seria permitida em contratos coletivos, não houvesse outra lei igualmente aplicável – o CDC – que a proíbe (art. 51, XI).

⁶⁰ Nesse ponto, há dois posicionamentos distintos: o primeiro, com base no art. 5º, XXXVI, defende que a Lei de Planos de Saúde não se aplica a contratos antigos, considerados atos jurídicos perfeitos. Outros consideram que o contrato de plano de saúde aperfeiçoa-se no tempo (contrato de trato sucessivo), sendo a Lei nº 9.656/98 aplicável aos fatos ocorridos posteriormente à sua entrada em vigor, indiferentemente da data de assinatura do contrato. Alguns dispositivos da lei aplicavam-na a contratos coletivos (art. 35-E), e estão suspensos por força de liminar concedida na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1931, proposta pela Confederação Nacional de Saúde – Hospitais, Estabelecimentos e Serviços (CNS).

**PARTE II – POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NA
ANÁLISE DOS CONFLITOS ENTRE USUÁRIOS E OPERADORAS
DE PLANOS DE SAÚDE**

5 PLANOS DE SAÚDE NA JUSTIÇA: O DIREITO À SAÚDE ESTÁ SENDO EFETIVADO?

Neste capítulo serão explicitados os posicionamentos dos Tribunais Superiores do Brasil – Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ) – na análise de conflitos entre usuários de planos de saúde e operadoras.

Não se espera do Poder Judiciário o exercício de um papel de mera subsunção dos fatos à letra da norma, conforme defendido pelos positivistas⁶¹. Em conflitos como os colocados nessa pesquisa, que em sua grande maioria envolvem negativa de continuidade da assistência médica, ou negativa de cobertura, ou ainda a sua limitação, tem-se claramente a contraposição de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados – direito à saúde e autonomia de vontade. Nesse ponto, a escolha do julgador estabelecerá qual dos direitos fundamentais prevalecerá, e o deve fazer não conforme suas convicções, mas conforme os valores mais caros à sociedade, constitucionalmente elencados.

O Poder Judiciário atua quando há conflitos e as demais formas de solução de controvérsias não surtiram efeito. O tipo de demandas sobre planos de saúde encaminhadas ao Judiciário e o seu volume são um importante indicativo social, expõem as falhas de regulamentação e permitem melhor compreender o impacto da atuação estatal.

Na interpretação da legislação, o Poder Judiciário é o último a se manifestar, desenvolvendo um papel fundamental na definição do direito/valor que prevalecerá não só no caso concreto julgado, como nos demais que virão a ser julgados de acordo com o mesmo padrão, seja por força de súmula vinculante, seja pela tendência das instâncias inferiores de seguirem os tribunais superiores em seus posicionamentos. Além disso, a jurisprudência, se bem construída, tem o condão de produzir efeitos indiretos também sobre casos que sequer foram judicializados, por desestimular práticas e comportamentos sociais que sabidamente serão rechaçados se submetidos ao Poder Judiciário.

Ao se manifestar reiteradamente da mesma forma na resolução de conflitos em casos concretos, o Poder Judiciário assenta jurisprudência e participa da construção do discurso valorativo da sociedade, dando a palavra final acerca da interpretação que se deve

⁶¹ V., e.g., Hans Kelsen (1984).

dar às normas que regem a organização social. Mais do que dar fim ao conflito, a justificativa que se utiliza para tanto (des)constrói valor social.

São muitos os autores que têm se dedicado ao estudo do papel social assumido pelo Poder Judiciário, dentre eles Chaïm Perelman (2000, p. 556), que evidencia o poder de decisão dado ao juiz e o quanto cada vez mais o julgador necessita justificar suas decisões para torná-las socialmente legítimas: não basta mais que as decisões judiciais sejam legais, é necessário que também sejam aceitáveis, “porque não se opõem categoricamente a valores sociais reconhecidos” (p. 557).

Mas, ao mesmo tempo, cresce o papel da argumentação e da retórica na aplicação e na evolução do direito. E essa observação diz menos respeito ao advogado do que ao juiz, forçado, cada vez mais, a uma motivação das sentenças que já não se contenta em mostrar a correção formal, mas se esforça em torná-las convincentes. A exposição de motivos será diferente quando couber convencer a opinião pública do caráter razoável da decisão e quando bastar indicar à Corte de Cassação que a sentença não violou a lei. Ao positivismo jurídico sucede, assim, uma visão menos formalista do direito, que insiste na aceitação das decisões judiciárias no meio social ao qual é aplicável o sistema de direito.

O Poder Judiciário constrói com a sociedade, portanto, uma relação dialética: ao mesmo tempo em que os anseios sociais pressionam os juízes e influenciam suas decisões, os posicionamentos tomados pelos julgados influenciam os comportamentos sociais, pois se define, quando há mais de um parâmetro interpretativo de uma norma e quando mais de um valor está em jogo, qual prevalecerá.

Os próprios Ministros do STJ reconhecem essa influência das decisões judiciais sobre o comportamento social. Nancy Andrighi, ao discorrer sobre o Poder Judiciário como instituição democrática, ressaltou o seu “papel estratégico na resolução de conflitos sociais” e na construção de justiça:

Tem-se o Judiciário como um olhar vigilante das exigências do direito justo, revelando-se a instituição em sua possibilidade democrática, apta a conferir definições jurídicas inovadoras, em perfeita harmonia com as transformações sociais, assumindo, assim, em perspectiva democrática

emancipatória, dimensões de subjetividade jurídica inéditas. Esta é a minha visão do Judiciário almejado pela sociedade brasileira. Esta, entendo, é a minha tarefa a ser cumprida todos os dias ao proferir um voto no Superior Tribunal de Justiça. (2003, p. 1-2)

No mesmo sentido o Ministro Humberto Eustáquio Soares Martins, reconhecendo o impacto social das decisões do Poder Judiciário – “é argumento irrefutável que toda e qualquer decisão gera uma consequência enorme na vida da pessoa, ou mesmo de um grupo social, ou ainda do próprio Estado” (p. 1) – e a necessidade de coesão social nas suas decisões:

[...] em meio a tudo isso, está a atuação do Poder Judiciário, que recebe vazões de toda a sociedade para decidir sobre questões que podem impulsionar, diante da interpretação da lei, fatores de transformações sociais.

Diante disso, é importante ter em mente que não se pode transformar o Judiciário em um mero “clube jacobino”, alheio aos interesses das mais vastas gamas sociais e ciente apenas dos interesses dos abastados grupos econômicos ou políticos.

Do contrário, estaríamos, a todo o momento, legitimando as mesmas respostas “rococós” a perguntas e anseios modernos, que sempre batem às portas do Judiciário pelas mãos dos combativos advogados. Daí, como exemplo, pode-se tirar as pretensões de casais homossexuais para o direito de adoção, ou ainda, reconhecimento de entidade familiar diante da união homoafetiva. (2007, p. 3)

Nessa esteira, da análise das decisões judiciais levantadas extraiu-se que os Tribunais Superiores no Brasil contribuem para a consolidação do viés contratual das relações entre usuários e operadoras de planos de saúde. Tais demandas não são enfrentadas, em sua maioria, sob o viés dos direitos fundamentais, sendo poucas as vezes em que Ministros ao menos citaram o direito à saúde.

Na leitura dos acórdãos do STF constata-se que o Tribunal não se pronuncia quanto ao mérito desses conflitos. Portanto, em sede do Poder Judiciário, o STJ é a última instância a se manifestar, quanto ao mérito, nas demandas que envolvem conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde.

Disponibilizadas na página eletrônica do Supremo Tribunal Federal foram identificadas 18 decisões sobre o tema, a primeira datando de 18/12/01. Os recursos não são

conhecidos, sendo em regra considerado que há apenas ofensa reflexa à Constituição e citadas em conjunto ou separadamente as Súmulas 279 e 454⁶².

Súmula 279 – Para simples reexame de prova não cabe Recurso Extraordinário.

Súmula 454 – Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a Recurso Extraordinário.

Esse é o posicionamento que se extrai dos acórdãos prolatados pelos Ministros do mais alto Tribunal do Brasil, encarregados de zelar pelo cumprimento da Constituição brasileira. Exemplificativamente citamos três deles, a começar por acórdão relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREQUESTIONAMENTO. OFENSA REFLEXA. MATÉRIA FÁTICA E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SÚMULAS 279 E 454 DO STF. PLANO DE SAÚDE. DIREITO À INFORMAÇÃO. RELAÇÃO CONSUMERISTA. I - Decisão monocrática que negou seguimento ao agravo de instrumento em razão da ausência de prequestionamento, da configuração de ofensa reflexa à Constituição e da necessidade de reexame de matéria fática e de interpretação de cláusulas contratuais. II - Inexistência de novos argumentos capazes de afastar as razões expendidas na decisão ora atacada, que deve ser mantida. III - Agravo regimental improvido. (AI-AgR 560316/RJ, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, j. 05/09/2006) (grifos nossos)

Assim também acórdãos relatados pelos Ministros Carlos Britto, também da Primeira Turma, e Néri da Silveira, da Segunda Turma:

EMENTA: PRETENSÃO RECURSAL QUE DEMANDARIA O EXAME DE CLÁUSULAS DO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE.

Caso em que ofensa à Carta da República, se existente, dar-se-ia de forma reflexa ou indireta, não ensejando a abertura da via extraordinária. Incidência, no caso, das Súmulas 454 e 636 desta

⁶² Na análise das decisões do STJ foram considerados os recursos não conhecidos. Isso porque, na justificativa do não conhecimento, os Ministros acabaram por manifestar o pensamento do Tribunal quanto ao mérito da questão. Não é o que acontece com o STF: os Recursos Extraordinários não são conhecidos e as justificativas dadas são de ordem processual, não adentrando o mérito da questão.

colenda Corte. Agravo desprovido. (AI-AgR 533565/SP, Relator Ministro Carlos Britto, Primeira Turma, j. 21/02/2006) (grifos nossos)

EMENTA: 1. Recurso extraordinário inadmitido. 2. Não cabe ver ofensa, por via reflexa, a normas constitucionais, aos fins do recurso extraordinário. 3. Se, para dar pela vulneração de regra constitucional, mister se faz, por primeiro, verificar da negativa de vigência de norma infraconstitucional, esta última é o que conta, para os efeitos do art. 102, III, a, da Lei Maior. 4. Falta de prequestionamento dos dispositivos constitucionais tidos como violados. 5. Agravo regimental desprovido. (AI-AgR 347225/SP, Relator Ministro Néri da Silveira, Segunda Turma, j. 05/03/2002) (grifos nossos)

Pode parecer compreensível que no Supremo Tribunal Federal, composto apenas por 11 Ministros e extremamente demandado, utilize-se mecanismos processuais que vedam a apreciação pela Corte de muitos dos inúmeros recursos que são interpostos diariamente no Poder Judiciário.

Por outro lado, os direitos fundamentais são consagrados constitucionalmente e cabe ao STF a análise de recursos quando a decisão recorrida contraria dispositivo da Carta Magna (art. 102, III, a, Constituição Federal). Considerada essa norma de competência material, não se pode negar que o silêncio do STF nas demandas que envolvem planos de saúde, no que diz respeito à análise de mérito, em nada contribui para a afirmação do direito à saúde como direito fundamental presente e preponderante nas relações que ocorrem em sede dos planos de saúde, mesmo sendo estas relações entre particulares. O recurso à súmula 454 ressalta a face contratual da relação entre usuários e operadoras de planos de saúde, assim como a consideração de que a questão constitucional que se coloca é apenas reflexa ou indireta.

A análise do mérito dos conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde fica a cargo, portanto, exclusivamente do STJ. Mas as fundamentações utilizadas nas decisões provocam a mesma inquietação sentida na verificação do posicionamento adotado pelo STF: embora ao usuário de plano de saúde seja concedida tutela favorável em 82,1% dos casos, não se extrai dos 95 Recursos Especiais levantados e analisados, salvo algumas poucas exceções, sequer menções na fundamentação a direitos fundamentais e à necessidade de que prevaleçam, ou ao menos sejam considerados, nas relações entre

usuário e operadora de plano de saúde. Mais uma vez prevalece a face contratual da relação.

É verdade que o STJ não é o órgão incumbido da análise dos recursos que lhe são encaminhados sob o enfoque constitucional. Isso não impede, todavia, que incidentalmente se reafirme a existência e a prevalência do direito fundamental à saúde, principalmente porque cabe ao STJ fixar qual a interpretação de lei federal que deve prevalecer (art. 105, III, c, Constituição Federal). Ora, para que a interpretação de lei federal seja condizente com o sistema normativo vigente e a hierarquia das normas, é necessário que tenha como parâmetro norteador a Constituição Federal.

A seguir serão analisados os principais pontos abordados nas decisões do STJ, que diferentemente das decisões do STF adentram no mérito das questões que lhe foram postas. Começaremos pelas poucas vezes em que o direito fundamental à saúde foi considerado na análise das demandas. Os demais pontos serão abordados no próximo capítulo.

5.1 Direito à saúde nos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça

De acordo com o já relatado, das 95 decisões analisadas, em 78 dá-se ganho de causa ao usuário (82,1%). Mas apenas 6 (6,31% do total de decisões) mencionam textualmente o direito fundamental à saúde na fundamentação da tutela conferida.

Uma primeira argumentação paradigmática na defesa da aplicabilidade do direito fundamental à saúde identificada foi proferida pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar em voto-vencido no RESP 242.550/SP, julgamento em 2/3/00, relator Ministro Aldir Passarinho, em que se discutia demanda em que usuário se insurgiu contra limitação de tempo de internação em Unidade de Terapia Intensiva (UTI).

A limitação do número de dias de internação não prevalece quando o doente tiver a necessidade, reconhecida pelo médico que ordenou a sua baixa em estabelecimento hospitalar, de ali permanecer por mais tempo do que o inicialmente previsto no contrato de seguro saúde. A natureza desse contrato e a especificidade do direito a que visa proteger estão a exigir sua compreensão à luz do

direito do contratante que vem a necessitar do seguro para o pagamento das despesas a que não pode se furtar, como exigência do tratamento da sua saúde. Já está referida nos autos a lição do eminente Prof. Galeno Lacerda: “O contrato de seguro saúde cria um direito absoluto. Estamos em presença, assim, de uma categoria nova de direitos sobre direitos. Numa espécie prevalece a natureza mais importante. Ou como esclarece Ferrara, *il diritto dominato assume la natura del diritto dominante* (ob.cit. p. 414). Por isso, se, no caso concreto, a seguradora, sem razão, negar cobertura à segurada, estará orientando contra direitos absolutos à saúde e à vida do paciente” (cf. Seguro de Saúde *in* RT 717/117)”. Não é razoável que as seguradoras operadoras nesse ramo de atividade tenham como perspectiva possível a desinternação do segurado, embora ainda doente e necessitando desses serviços com risco de vida, apenas porque terminou o prazo inicialmente previsto para a cobertura.

O Ministro Ruy Rosado manteve o mesmo posicionamento na análise de outras demandas que versavam sobre o mesmo tema⁶³, dessa vez com resultado diverso, por serem posteriores ao julgamento do RESP 251.024/SP abaixo citado, em que a jurisprudência do STJ sobre limitação temporal de internação em UTI foi uniformizada.

A argumentação mais completa acerca da prevalência do direito fundamental à saúde encontra-se, todavia, em voto-vencido da Ministra Nancy Andrighi no RESP 319.707/SP, julgamento em 7/11/02, relator para o acórdão Ministro Castro Filho. Trata-se de caso de negativa de cobertura de transplante de fígado, em que por 3 votos a 2 não se conheceu do recurso, prevalecendo a tese, conforme ementa, de que “ainda que se deva, em princípio, dar interpretação favorável ao adquirente de plano de saúde, não há como impor-se responsabilidade por cobertura que, por cláusula expressa e de fácil verificação, tenha sido excluída do contrato”.

Em seu voto, a Ministra Nancy Andrighi sustenta que a cláusula contratual que exclui a cobertura é inválida no caso concreto, pois frustra os efeitos típicos do negócio jurídico (artigo 115 do Código Civil). Citando Claudia Lima Marques, ressalta que o objetivo do contrato de plano de saúde é “garantir a saúde do segurado contra evento futuro incerto, através da assunção, pela seguradora, do dever de prestar serviços médicos necessários à cura”, e que a exclusão de cobertura, *a priori*, de determinada cobertura fere a finalidade básica do contrato “se, no caso concreto, este for justamente o essencial para

⁶³ RESP 254.467/SP, julgamento em 19/10/00; RESP 249.423/SP, julgamento em 19/10/00; e RESP 214.237/RJ, julgamento em 2/10/01.

garantir a saúde e, algumas vezes, a vida do segurado”. Considera também que a cláusula contratual excludente de cobertura impõe desvantagem excessiva ao usuário – cláusula abusiva, segundo art. 51, inciso IV, e § 1º, II, do Código de Defesa do Consumidor.

A Ministra, todavia, não deixa de considerar que o Código Civil (art. 1.460) permite que o segurador não responda pelos riscos que não assumiu, sendo lícita a limitação de cobertura, sob pena de ruptura do equilíbrio contratual.

No caso concreto identifica a contraposição de direitos subjetivos: de um lado, o direito à saúde do usuário; de outro, o direito ao lucro através da manutenção do equilíbrio econômico do contrato. E a solução ao caso concreto é dada da seguinte maneira:

A saúde é direito constitucionalmente assegurado. Está entre aqueles de maior importância para o ser humano, individualmente, e para a sociedade. Desse modo é que a Carta Magna dispõe ser dever do Estado a prestação dos serviços necessários à garantia da saúde. A assistência à saúde é permitida à iniciativa privada, que pode explorá-la com objetivo de lucro, porém, oferecendo-se, em contra-partida, serviço adequado de qualidade, que assegure a saúde daquele que contrata o serviço, mantendo-se o respeito ao direito, nos moldes constitucionais.

Portanto, vê-se que a saúde é de relevância social e individual, segundo a Constituição, superior a qualquer direito de natureza patrimonial ou econômica, sendo que o direito ao lucro é resguardado na medida em que auferido com a prestação de serviço adequado, garantido constitucionalmente.

E o que se entende por serviço adequado é aquele que possibilita a garantia da saúde por inteiro, através da viabilização do tratamento médico necessário e de qualidade, seja pelo Estado ou pela iniciativa privada.

[...]

De fato, a garantia à saúde requer atendimento a qualquer mal que a prejudique, independe, é claro, se será obtida a cura, mas conferindo-se àquele que realiza um contrato para assegurar-se de riscos contra a saúde, o acesso a todo tratamento necessário para tanto.

Por todo o exposto, assinalada a relevância constitucional do direito à saúde, garantida através do acesso ao serviço adequado, o direito ao lucro, que assiste à Empresa exploradora de atividade de assistência à saúde, entre elas as seguradoras não se deve sobrepor ou contradizer a necessidade de oferecimento do mencionado serviço adequado, mas a esse se adaptar.

Outro acórdão que trata textualmente do direito fundamental à saúde foi proferido nos RESP 820.379/DF, julgamento em 28/6/07. Em seu relatório, a Ministra Nancy

Andrighi, ao analisar a possibilidade do disposto no art. 4º da Lei nº 9.961/00 (Lei de Criação da ANS) ter revogado o art. 30 da Lei nº 9.656/98 (Lei de Planos de Saúde), reafirma que tais diplomas legais têm por finalidade dar máxima eficácia ao direito fundamental à saúde: “As duas leis, por consequência, tratam de questões semelhantes, mas não idênticas, nem incompatíveis; pelo contrário, são convergentes para dar máxima eficácia ao “direito fundamental à saúde”, assegurado no art. 196 da Constituição Federal”.

O Ministro Aldir Passarinho Junior também recorreu aos direitos à saúde e à vida para fundamentar sua decisão no julgamento do RESP 466.667/SP, ocorrido em 27/11/07, em demanda que envolvia negativa de atendimento em situação de emergência decorrente de tumor neurológico, sob a justificativa de não cumprimento de prazo de carência, mesmo passados três anos da contratação:

Lídima a cláusula de carência estabelecida em contrato voluntariamente aceito por aquele que ingressa em plano de saúde, merecendo temperamento, todavia, a sua aplicação quando se revela circunstância excepcional, constituída por necessidade de tratamento de urgência decorrente de doença grave que, se não combatida a tempo, tornará inócuo o fim maior do pacto celebrado, qual seja, o de assegurar eficiente amparo à saúde e à vida.

[...]

Entendo que a cláusula que fixa a carência para certos tratamentos, em si, não é abusiva, porquanto não se afigura desarrazoada a exigência de um período mínimo de contribuição e permanência no plano de saúde para que o contratante possa fruir de determinados benefícios. [...]

Todavia, a jurisprudência do STJ tem temperado a regra quando surjam casos de urgência de tratamento de doença grave, em que o valor da vida humana se sobrepuja ao relevo comercial, além do que, em tais situações, a suposição é a de que quando foi aceita a submissão à carência, a parte não imaginava que poderia padecer de um mal súbito.

[...]

Do que se viu, claramente a autora foi cometida de doença surpreendente e grave, e, aliás, já quase ao final do período de carência, já vinha contribuindo há quase três anos, para uma carência de trinta e seis meses.

Também merece destaque acórdão proferido pela 2ª Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça em uniformização de jurisprudência sobre vedação de limite temporal

de internação em UTI no RESP 251.024/SP, julgamento 27/9/00, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: apesar da divergência, prevaleceu a tese de abusividade da limitação temporal, havendo referência *en passant* a direitos fundamentais. Esse parâmetro decisório foi invocado em outras 3 decisões sobre o mesmo tema⁶⁴.

Tem-se por abusiva a cláusula, no caso, notadamente em face da impossibilidade de previsão do tempo da cura, da irrazoabilidade da suspensão do tratamento indispensável, da vedação de restringir-se em contrato direitos fundamentais e da regra de sobredireito, contida no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual, na aplicação da lei, o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Por fim, pelo recurso à Constituição Federal, no que diz respeito à sua proteção aos idosos usuários de planos de saúde, merece destaque o acórdão proferido mais uma vez pela Ministra Nancy Andrighi no julgamento do RESP 809.329/RJ, julgamento em 25/3/08. No acórdão é analisada a aplicação do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) a contratos assinados antes da sua entrada em vigor, para fim de proibição de reajuste por mudança de faixa etária para maiores de 60 anos⁶⁵.

Sob tal encadeamento lógico, o consumidor que atingiu a idade de 60 anos, quer seja antes da vigência do Estatuto do Idoso, quer seja a partir de sua vigência (1º de janeiro de 2004), está sempre amparado contra a abusividade de reajustes das mensalidades com base exclusivamente no alçar da idade de 60 anos, pela própria proteção oferecida pela Lei de Planos de Saúde e, ainda, por efeito reflexo da Constituição Federal que estabelece norma de defesa do idoso no art. 230.

No cômputo final, tem-se 12 de 95 decisões em que houve menção a direitos fundamentais ou à dignidade humana, contabilizando-se 12,63% do total de decisões (15,58% das decisões favoráveis aos usuários).

⁶⁴ RESP 345.848/RJ, julgamento em 4/11/04, relator Ministro Barros Monteiro; RESP 601.287/RS, julgamento em 7/12/04, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito; e RESP 469.911/SP, julgamento em 12/2/08, relator Ministro Aldir Passarinho Junior.

⁶⁵ Mais detalhes sobre essa questão no item 6.2.11.

Em outros 4 acórdãos, Ministros recorrem à Constituição Federal e ao direito à saúde não para reafirmar a sua prevalência nos planos de saúde, mas, sim, para considerar que saúde integral é dever do Estado.

Começemos pela decisão proferida pelo Ministro Aldir Passarinho Junior em sede do RESP 242.550/SP, julgamento em 2/3/00. Note-se que do mesmo recurso foi extraído o voto-vencido do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, acima apontado como um dos votos paradigmáticos na defesa da prevalência do direito fundamental à saúde nas demandas que envolvem usuários e operadoras de planos de saúde.

CIVIL. SEGURIDADE PRIVADA. PLANO DE SAÚDE. CONTRATO. CLÁUSULAS RESTRITIVAS. INEXISTÊNCIA, À ÉPOCA, DE NORMAS LEGAIS IMPEDITIVAS DE LIMITAÇÕES EM INTERNAÇÃO HOSPITALAR. VALIDADE. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO.

I. Constitui dever do Estado proporcionar amplo e eficaz atendimento à população na área da saúde, nos termos e na forma estabelecida na legislação em vigor, custeada por intermédio de impostos e contribuições fiscais.

II. De outra parte, a seguridade privada, proporcionada mediante participação voluntária em planos de saúde oferecidos pela rede particular, há que se conformar às regras do contrato, porquanto tais serviços são resultado de uma contraprestação financeira necessária ao equilíbrio econômico da avenca, viabilizadora da própria higidez e continuidade da assistência em comento.

III. Destarte, salvo as hipóteses expressamente vedadas em lei ou regulamentos baixados para o setor, à época da contratação inexistentes a respeito, válidas são as limitações impostas nos contratos aos limites de internação, se a opção espontânea do contratante se fez por plano de menor custeio, em comparação com outros, da mesma ou de outras entidades, mais abrangentes.

IV. Recurso Especial conhecido pela divergência e provido.

No tema, prevalecia à época na Quarta Turma do STJ, da qual o Ministro Aldir Passarinho Junior é integrante, o entendimento acima mencionado. A Terceira Turma, por outro lado, estava decidindo em sentido contrário. Por conta disso o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, ao relatar o RESP 251.024/SP – também já relacionado entre as decisões que mencionam direitos fundamentais – entendeu conveniente submeter o tema à

2ª Seção do STJ para uniformização de jurisprudência. Nessa votação consolidou-se o entendimento do STJ contrário à limitação temporal de internação em UTI, sendo o único voto discordante o do Ministro Aldir Passarinho Junior, que manteve o posicionamento exarado no julgamento do RESP 242.550/SP. Esse entendimento converteu-se, posteriormente, na Súmula 302, que se alicerça no Código de Defesa do Consumidor para impedir a limitação temporal de internação em UTI: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”.

Em um terceiro acórdão o Ministro Aldir Passarinho Junior retoma sua convicção no sentido de que saúde integral é dever tão-somente do Estado. Trata-se de caso em que se discute imposição de prazo de carência em situação emergencial e imprevista, examinado no RESP 222.339/PB, julgamento em 28/6/01, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

Diferentemente da saúde pública, que é obrigação do Estado, os planos de saúde dependem, precipuamente, do equilíbrio econômico-financeiro, sob pena de literalmente “quebrarem”, deixando à míngua inúmeros filiados, que, evidentemente, não terão como se satisfazer meramente buscando, em uma liquidação, recuperar-se dos pagamentos feitos. Independentemente disso, ficarão, até lá, ou em definitivo, sem o amparo médico-clínico. Existe, portanto, essa equação, que não pode ser ignorada. Se um plano se extingue, o prejuízo é de todos.

No caso em tela o Ministro Aldir Passarinho Junior, apesar de suas considerações, deu razão ao usuário de plano de saúde, por considerar que o evento emergencial e inesperado caracterizou excepcionalidade, não se enquadrando na restrição da carência, “por refugir ao espírito com que foi criada”.

O último dos acórdãos identificados também é da Quarta Turma e foi proferido no julgamento do RESP 889.406/RJ, ocorrido no dia 10/11/07, e cujo relator foi o Ministro Massami Uyeda. A decisão em questão, diferente das demais, que estavam circunscritas a casos de negativa ou limitação de cobertura – geralmente presentes em contratos antigos –, refere-se a tema novo e atual de plano de saúde que está em processo de judicialização: contratos coletivos e suas limitações.

O caso é de rescisão unilateral de contrato coletivo, tendo o relator mencionado o equilíbrio econômico-financeiro da operadora de plano de saúde escorado no já citado voto do Ministro Aldir Passarinho Junior no RESP 242.550/SP⁶⁶:

Deve ser ressaltado, também, não se afigurar escoreito que o contrato de Assistência Médica e Hospitalar coletivo, por prazo indeterminado, estabelecido entre a recorrente, empresa de administração e corretagem de seguros, tendo como segurados seus empregados e respectivos dependentes, ainda que de adesão, eternize-se, impedindo a denúncia, prevista contratualmente e não vedada em lei, quando não mais remanesça o interesse econômico em dar-lhe continuidade.

Entendimento contrário propiciaria o comprometimento financeiro de toda entidade privada do segmento de prestação de serviço à saúde, incorrendo em inequívoco desestímulo à atividade, obrigando-lhes a suportar prejuízos decorrentes do desequilíbrio econômico.

A identificação da retomada de argumentos de caráter eminentemente econômico-financeiros, por Ministro recentemente nomeado, e para decisão de novas questões que se colocam em planos de saúde, pode significar um recrudescimento do STJ no que diz respeito à efetivação do direito à saúde nas relações entre usuários e operadoras de planos de saúde. Como as questões mais atuais referentes a planos de saúde começam agora a chegar no STJ, não há como identificar qual o cenário que prevalecerá.

⁶⁶ Nota-se que os Recursos Especiais 889.406/RJ e RESP 820.379/DF, anteriormente citados, tratam de temas correlatos – manutenção de contrato coletivo cuja continuidade é negada pela operadora, seja por rescisão unilateral no primeiro caso, seja por aposentadoria do usuário no segundo caso – e apresentam soluções diametralmente opostas por conta do peso que é dado pelo julgador ao componente saúde.

6 JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM PLANOS DE SAÚDE

Dada a ausência de análise material pelo Supremo Tribunal Federal dos conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde, este capítulo será dedicado somente aos julgados do Superior Tribunal de Justiça. Serão apresentados o perfil das demandas analisadas pelo Tribunal e a jurisprudência nos principais conflitos julgados.

6.1 Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: perfil dos casos julgados

No decorrer da pesquisa foram estudados os julgados referentes a Recursos Especiais (RESPs) STJ no seu sítio na rede mundial de computadores. São 95 acórdãos, tendo o julgamento do primeiro ocorrido em 20/2/90 (RESP 1.589/MG). A data final da pesquisa coincide com o aniversário de dez anos de promulgação da Lei de Planos de Saúde (Lei nº 9.656/98): 3 de junho de 2008.

6.1.1 Natureza dos conflitos

Dos 95 acórdãos estudados, 85 (89,47%) dizem respeito à negativa ou limitação de cobertura ou assistência médica⁶⁷. Os demais casos são referentes, entre outros, a reajustes (4,21%), responsabilidade da operadora por erro médico de profissional credenciado

⁶⁷ Casos classificados, no questionário aplicado aos Recursos Especiais analisados, nas seguintes categorias (v. anexo A): procedimento/insumo excluído do contrato; doença excluída do contrato; imposição de carência ilegal; limite temporal de internação; e alegação de omissão pelo usuário da existência de doença pré-existente. Em todas essas situações a consequência para o usuário é a negativa de continuidade da assistência médica, a negativa de cobertura ou ainda a sua limitação.

(3,15%) e questões específicas de contratos coletivos (4,2%), que começam a chegar ao STJ⁶⁸. No gráfico abaixo é possível visualizar a distribuição das demandas:

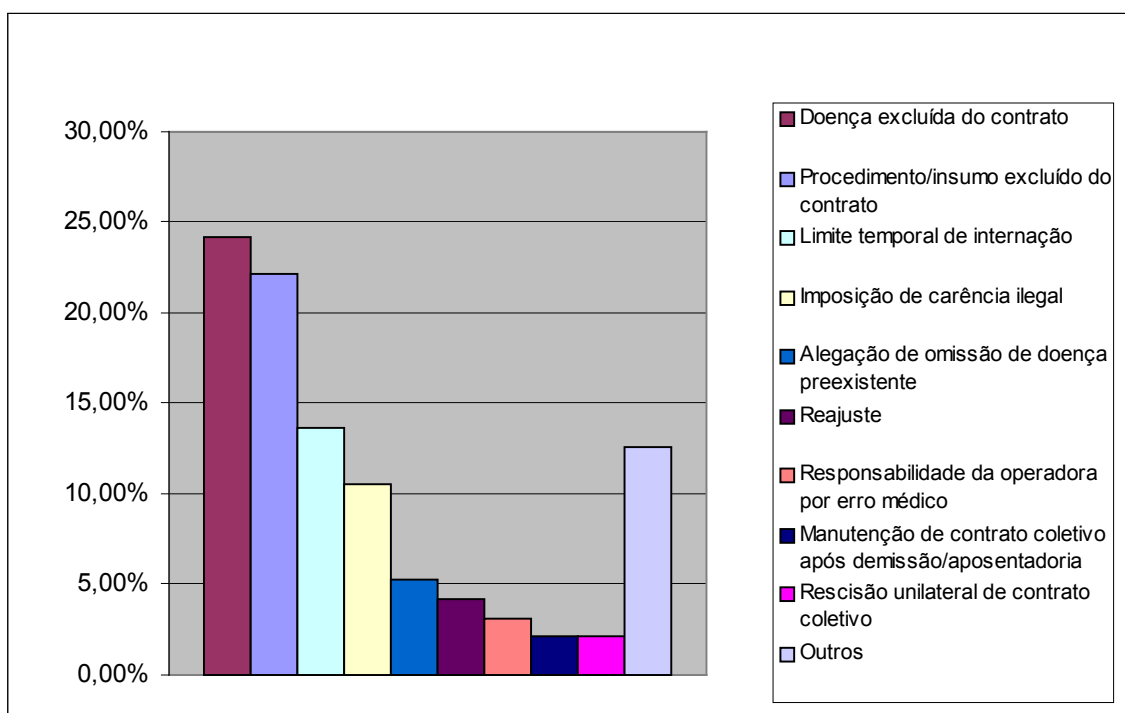


Gráfico 1: Principais demandas no STJ (%) – Conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde – 1990-jun/2008 – Brasil

6.1.2 Autoria das ações judiciais

O usuário de plano de saúde é, em todos os casos, autor direto ou indireto da ação judicial. Figura como autor direto em 91 dos 95 acórdãos estudados. Dos 4 casos restantes, em 2 o usuário está representado pelo intermediário no contrato coletivo e em outros 2 por entidades de defesa do consumidor⁶⁹.

⁶⁸ Rescisão unilateral de contrato coletivo pela operadora de plano de saúde e solicitação de ordem judicial para manutenção do contrato coletivo empresarial após o desligamento da empresa intermediária por aposentadoria ou demissão.

⁶⁹ Idec (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor) e Cidoc (Centro de Informação, Defesa e Orientação ao Consumidor – Santos). Ambos os casos são referentes a reajustes.

6.1.3 Conflitos no espaço

No levantamento dos casos sobre planos de saúde que são analisados pelo STJ pela via do Recurso Especial fica evidenciada a concentração das demandas na Região Sudeste do país, especialmente no Estado de São Paulo. De um total de 95 Recursos Especiais analisados, 52 são provenientes de São Paulo e outros 22 do Rio de Janeiro.

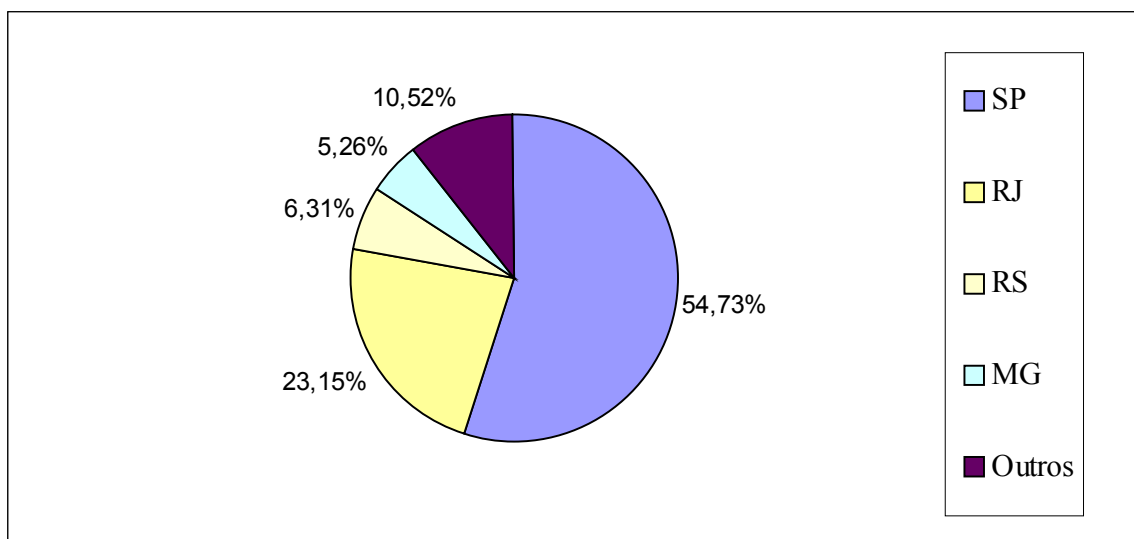


Gráfico 2: Demandas Judiciais por Estado da Federação no STJ (%) – Conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde – 1990-jun/2008 – Brasil

A distribuição exata por Estados é a seguinte:

Estado	Número de Recursos Especiais
São Paulo	52
Rio de Janeiro	22
Minas Gerais	5
Rio Grande do Sul	6
Paraná	1
Distrito Federal	2
Maranhão	2
Rio Grande do Norte	2
Paraíba	1
Sergipe	1
Roraima	1

Tabela 1: Número de Recursos Especiais por Estado da Federação – Conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde – 1990-jun/2008 – Brasil

Regionalmente, tem-se 79 recursos (83,15%) provenientes do Sudeste, 7 (7,36%) do Sul e 9 (9,47%) das demais regiões.

A verificação da origem geográfica dos Recursos Especiais reafirma o perfil de usuários por Estado e região apresentado pela ANS. Segundo a Agência (2008, p. 34), 66,93% dos usuários de planos de saúde estão na Região Sudeste do país, sendo 41,82% somente no Estado de São Paulo e 12,65% no Estado do Rio de Janeiro. Na Região Sul encontram-se 13,3% dos usuários, restando 19,74% para as demais regiões (12,08% Região Nordeste, 3,03% Região Norte e 2,18% Região Centro-Oeste) e para usuários não identificados por região (2,45%).

6.1.4 Operadoras demandadas

As maiores e mais conhecidas operadoras de planos de saúde são também algumas das mais demandadas no STJ.

Destaque para a Bradesco Saúde que, com 19 ações judiciais, responde por 20% de todas as demandas levantadas na pesquisa. Em segundo lugar está a Golden Cross, com 8 demandas (8,42%); seguida por Sul América, com 7 demandas (7,36%); Omint, Trasmontano e Amil com 5 demandas cada (5,26%); Blue Life e Marítima com 4 demandas cada (4,21%); Cassi, Itaú Seguros, Unimed Rio, Unimed Belo Horizonte e Unimed de São Paulo com 3 demandas cada (3,15%); e São Cristóvão, Unimed Porto Alegre e Unimed Natal com 2 demandas cada (2,10%)⁷⁰. As demais 17 operadoras rés⁷¹, acionadas uma única vez cada, respondem juntas por 17,89% das ações.

Percentualmente, as operadoras de planos de saúde estão assim distribuídas:

⁷⁰ As razões sociais das operadoras citadas são: Bradesco Saúde S/A e Bradesco Seguros S/A; Golden Cross Assistência Internacional de Saúde e Golden Cross Seguradora S/A; Sul América Companhia Nacional de Seguros, Sul América Seguros de Vida e Previdência S/A, Sul América Aetna Seguros e Previdência S/A e Sul América Seguro Saúde S/A; Omint Assistencial Serviços de Saúde S/C Ltda.; Centro Trasmontano de São Paulo; Amil Assistência Médica Internacional Ltda.; Assistência Médica São Paulo S/A – Blue Life e Associação de Médicos São Paulo – Blue Life; Marítima Saúde Seguros S/A; Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil – Cassi; Itaú Seguros S/A; Unimed-Rio Cooperativa de Trabalho Médico do Rio de Janeiro Ltda.; Unimed-BH Cooperativa de Trabalho Médico Ltda.; Unimed de São Paulo Cooperativa de Trabalho Médico; Sociedade de Beneficência e Filantropia São Cristóvão; Unimed Porto Alegre Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. e Unimed Natal Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico. Note-se que Bradesco Saúde, Sul América, Golden Cross e Blue Life possuem mais de uma razão social. As empresas, todavia, são parte de um mesmo grupo econômico e atuam no mercado usando o mesmo nome comercial, sendo consideradas, portanto, como uma só para cômputo de demandas judiciais que sofreram.

⁷¹ As operadoras são: Amico Assistência Médica a Indústria e Comércio Ltda.; Check Saúde Assistência Nacional de Saúde S/C; Hospital Ana Costa S/A; Interclínicas Planos de Saúde S/C Ltda.; Notre Dame Seguradora S/A; Operadora Unieste de Planos de Saúde Ltda.; Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais; Atende – Atendimento Médico de Empresas Ltda.; Saúde Unicor Assistência Médica Ltda.; Semic-Serviços Médicos à Indústria e ao Comércio Ltda.; Sistema Ipiranga de Assistência Médica S/C Ltda.; Unimed de Boa Vista Coperativa de Trabalho Médico; Unimed de Pindamonhangaba Cooperativa de Trabalho Médico; Unimed João Pessoa Cooperativa de Trabalho Médico; Unimed Nordeste RS – Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos Ltda.; Unimed Ribeirão Preto – Cooperativa de Trabalho Médico; e Fundação Antônio e Helena Zerrenner (antiga Fundação Brahma).

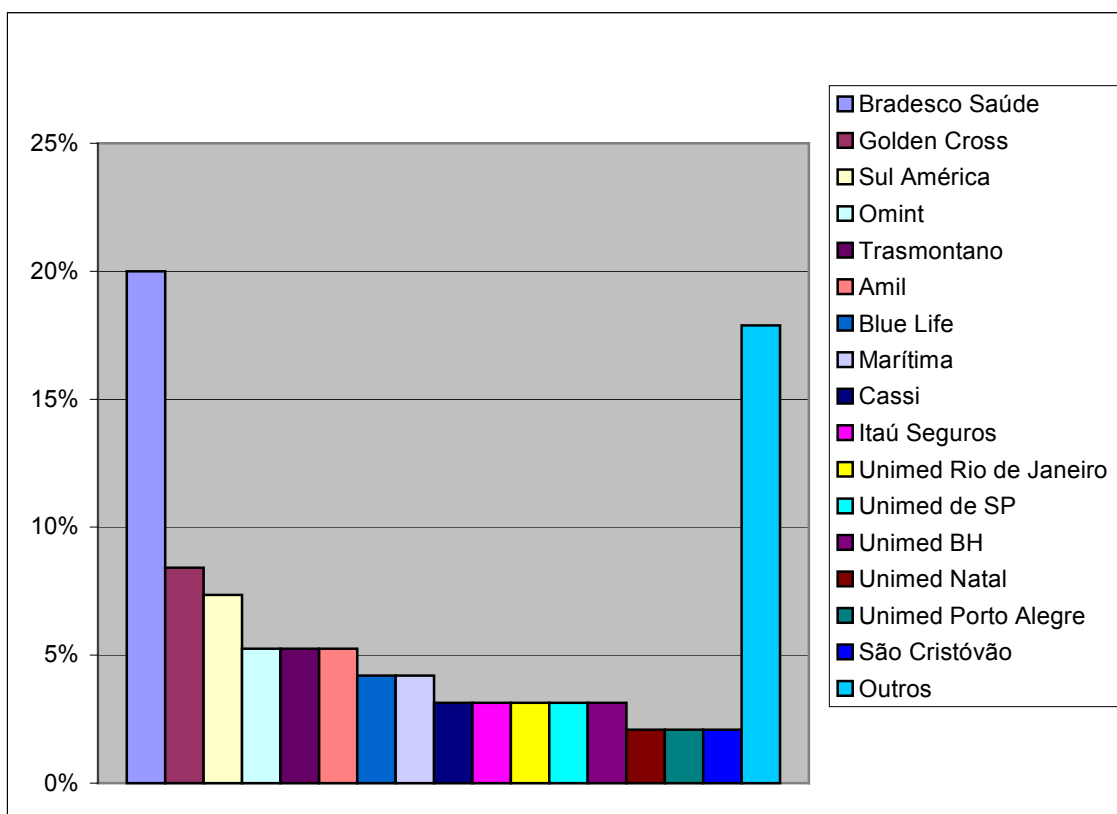


Gráfico 3: Operadoras de planos de saúde demandadas no STJ (%) – Conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde – 1990-jun/2008 – Brasil

6.1.5 Contratos segundo forma de contratação do plano de saúde

Dos relatórios de julgamento dos Recursos Especiais não foi possível extrair informações precisas sobre a forma de contratação do plano de saúde – se individual ou coletivo. Das 95 decisões, 7 puderam ser identificadas como referentes a contratos individuais, e outras 11 referentes a contratos coletivos. Restaram 77 sem informações suficientes sobre a natureza da contratação do plano de saúde.

A contratação de plano de saúde em diferentes formas (individual ou coletiva) pode gerar impacto para o usuário de plano de saúde principalmente em questões referentes a reajustes (anual ou por aumento de sinistralidade) ou a rescisão unilateral de contrato pela

operadora de plano de saúde – dois pontos não regulados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Conforme verificado no item referente à natureza das demandas que chegam ao STJ, não são essas as principais questões julgadas pelo órgão no período objeto desta pesquisa, mas sim as referentes a negativas ou limitações de cobertura ou de assistência médica. Natural, então, que a forma de contratação não tenha sido mencionada na maioria dos acórdãos.

As questões pertinentes especificamente a contratos coletivos começaram a chegar ao STJ somente nos últimos anos⁷². Considerando a morosidade judicial⁷³ e o fato da coletivização dos planos de saúde ter se intensificado nos últimos anos, não surpreende o silêncio dos julgadores até agora. Possivelmente esse cenário mudará, como indiciam os acórdãos acima citados.

6.1.6 Contratos segundo data de contratação do plano de saúde

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

Segundo a ANS (2008), os contratos novos passaram a ser a maioria apenas em 2004. Demandas judiciais envolvendo tais contratos, portanto, são relativamente recentes no Poder Judiciário e, dada a sua morosidade, se existem provavelmente ainda não chegaram em sua maioria ao STJ, especialmente em sede de Recurso Especial.

Há que se considerar, também, que ainda são muitos os contratos antigos vigendo (27,3% dos usuários) e que a ANS se omite quanto à sua regulamentação, mesmo sendo

⁷² Cf. RESP 602.397/RS, julgado em 21/6/05; RESP 790.050/RS, julgado em 9/3/06; RESP 820.379/DF, julgado em 28/6/07; e RESP 889.406/RJ, julgado em 20/11/07.

⁷³ Não foi possível extrair dos acórdãos estudados muitas informações sobre a data de ocorrência do fato que deu ensejo à ação judicial. Há, todavia, alguns indícios que corroboram as informações referentes à demora do julgamento de Recursos Especiais, com o julgamento pelo STJ somente em 27/11/07 do Recurso Especial 466.667/SP, referente a negativa de cobertura que ocorreu antes mesmo de janeiro de 1999, quando entrou em vigor a Lei de Planos de Saúde (Lei nº 9.656/98). Sobre o tema, por exemplo, Sadek (2004, p. 84 e ss.)

aplicável o Código de Defesa do Consumidor e havendo em contratos antigos cláusulas evidentemente abusivas. Permanece, nesses casos, a lacuna de regulamentação, fato intensificador de conflitos que acabam por desembocar no Poder Judiciário.

6.1.7 Principais condições de saúde citadas

Cláusulas contratuais que excluem textualmente a cobertura de doenças específicas em planos de saúde são comuns em contratos antigos. De acordo com a Lei nº 9.656/98 (art. 12), todas as doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, devem ter cobertura assistencial. Portanto, em tese, a exclusão de cobertura de tratamentos para determinadas doenças não é um problema de contratos novos⁷⁴.

Dos acórdãos estudados, 33 se referiam a negativas de tratamento de doenças específicas. Muitos dos contratos antigos possuem cláusulas de exclusão de cobertura de doenças crônicas ou infectocontagiosas, explicando-se o perfil das demandas: em 21 delas, as exclusões eram referentes a doenças infectocontagiosas – aids (17), hepatite (3) e 1 caso sem especificação da doença; 6 casos de câncer; 2 de hipertensão; 1 de cardiopatia. Há ainda 1 caso de lesão no joelho (com alegação de pré-existência por ter o paciente sofrido lesão similar 6 anos antes) e de negativa de atendimento a criança prematura.

⁷⁴ Retomemos a questão do rol incompleto de procedimentos de cobertura obrigatória. São excluídos do rol, por exemplo, a grande maioria dos transplantes (exceto rim, córnea e transplante autólogo de medula óssea). Tais exclusões podem ter, a depender do quadro clínico do paciente, o efeito de exclusão do tratamento da própria doença, caso seja excluído o tratamento indicado pelo médico.

Doença	Número de casos de negativas
AIDS	17
Câncer	6
Hepatite	3
Hipertensão	2
Outros/doença não identificada	5

Tabela 2: Negativas de cobertura por doença – Demandas no STJ – Conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde – 1990-jun/2008 – Brasil

Em 30 das 33 demandas foi dada razão ao usuário, inclusive em todas que se referiam a aids e outras doenças infectocontagiosas. Não foi concedida tutela ao usuário em casos referentes a cardiopatia, hipertensão e câncer que envolvia a realização de transplante.

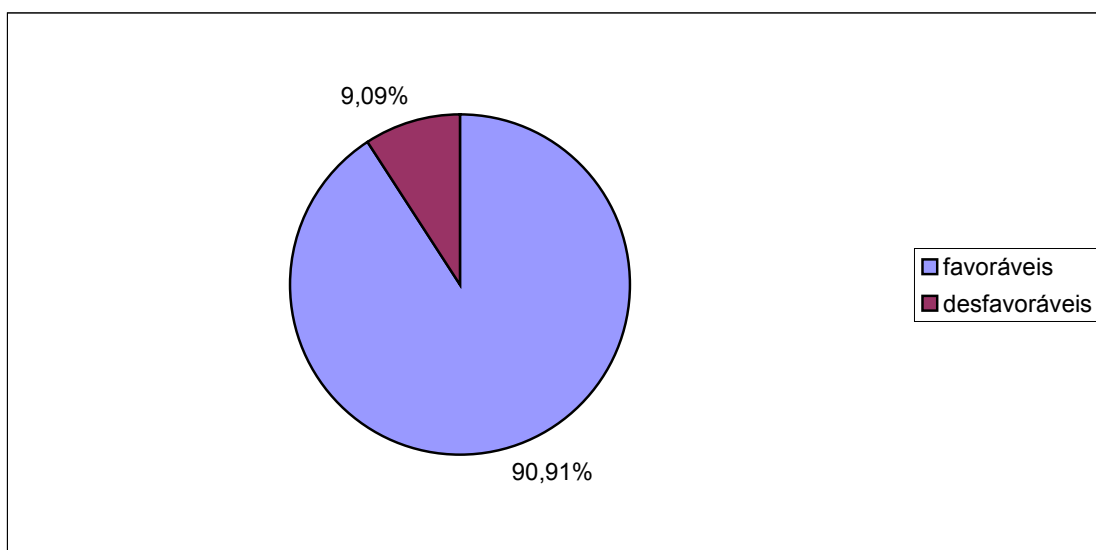


Gráfico 4: Casos de negativa de cobertura de doenças – Tutelas concedidas a usuários de planos de saúde pelo STJ (%) – Conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde – 1990-jun/2008 – Brasil

6.1.8 Principais procedimentos e insumos negados

Os casos mais presentes nas demandas julgadas pelo STJ que envolvem de procedimentos ou insumos são referentes a negativa ou limitação de internação, especialmente em Unidade de Terapia Intensiva (UTI). Dos 35 casos em que se identificou negativa de procedimento ou de insumo, 13 tinham esse perfil. A reiteração dos casos levou à elaboração pelo Tribunal da Súmula 302: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”.

Também chamam a atenção os casos de negativa de cobertura de transplantes. São 5: 1 transplante de fígado, 2 transplantes de medula, 1 transplante de rim e 1 caso em que não se identifica o tipo de transplante, mas somente que se trata de procedimento relacionado ao tratamento de câncer. Não há coesão nos julgamentos do STJ em relação a transplantes: em 3 casos manteve-se decisão favorável ao usuário (RESP 264.562/SE, julgamento em 12/6/01; RESP 435.241/SP, julgamento em 1/4/03; RESP 311.509/SP, julgamento em 3/5/01), em outros 2 a decisão foi contrária (RESP 319.707/SP, julgamento em 7/11/02⁷⁵; RESP 635.975/SP, julgamento em 13/12/05).

Outra demanda reiterada diz respeito à negativa de fornecimento de stent⁷⁶. Foram 7 casos, todos com julgamento favorável ao usuário.

Há ainda uma série de outros procedimentos, como parto cesariana, quimioterapia, hemodiálise e fisioterapia.

⁷⁵ Nesse caso o julgamento não foi unânime. Divergiu a Ministra Nancy Andriighi, que defendeu a obrigatoriedade de cobertura do transplante.

⁷⁶ O stent é utilizado em angioplastia, procedimento que visa tratar de entupimentos de vasos sanguíneos do coração. Segundo o FDA (Food and Drug Administration), o stent é um pequeno tubo de metal, em forma de grade, que é inserido permanentemente em uma artéria para mantê-la aberta e permitir que o sangue flua. Informação disponível em <http://www.fda.gov/hearthealth/treatments/medicaldevices/stent.html>. Acesso em: 4.1.09.

Procedimento/insumo	Número de casos de negativas
Internações	13
Transplantes	5
Stents	7
Outros	10

Tabela 3: Procedimentos ou insumos negados por operadoras de planos de saúde – Conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde – 1990-jun/2008 – Brasil

Em regra, foi dada razão ao usuário de plano de saúde e concedido o tratamento: 28 decisões favoráveis e 2 parcialmente favoráveis⁷⁷.

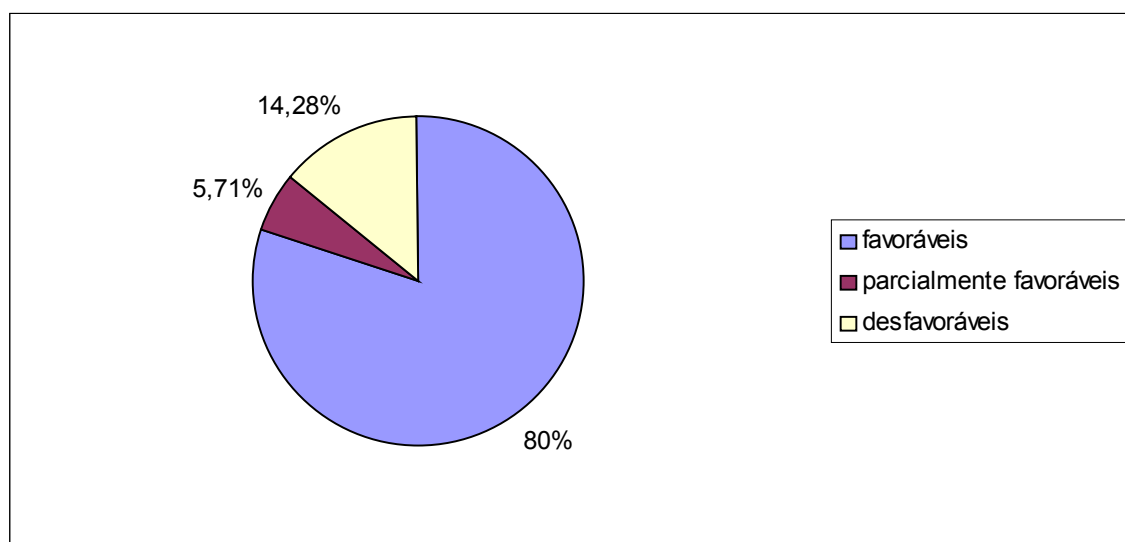


Gráfico 5: Negativas de acesso a procedimentos ou insumos – Tutelas concedidas pelo STJ a usuários de planos de saúde (%) – Conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde – 1990-jun/2008 – Brasil

⁷⁷ Em um caso (RESP 439.410/SP, julgamento em 10/12/02) concedeu a tutela – sessões fisioterápicas –, mas não no que se refere a tratamentos futuros não identificados. Em outro, de limitação de internação em UTI (RESP 402.727/SP, julgamento em 9/12/03), deu razão ao usuário, mas não naquilo a que se referia à internação em hospital não pertencente à rede credenciada.

6.1.9 Julgamentos

No julgamento da demanda pelo STJ é dada razão ao usuário na grande maioria dos casos: em 78 acórdãos reconheceu-se a procedência da tutela requerida ou manteve-se decisão favorável ao usuário em 2ª instância, contabilizando-se 82,1% do total. Em outros 4 casos foi dada parcial procedência ao pleito.

Para classificar uma decisão como favorável ao usuário não foram consideradas as manifestações dos Ministros de ordem meramente processual. Também não foram consideradas minorações do montante concedido a título de indenização ou a negativa da indenização por dano moral⁷⁸ – desde que o dano material tenha sido reconhecido. Nesse ponto, buscou-se conhecer o posicionamento do Tribunal referente à conduta das operadoras de planos de saúde, e não como este entende que o usuário deve ser reparado.

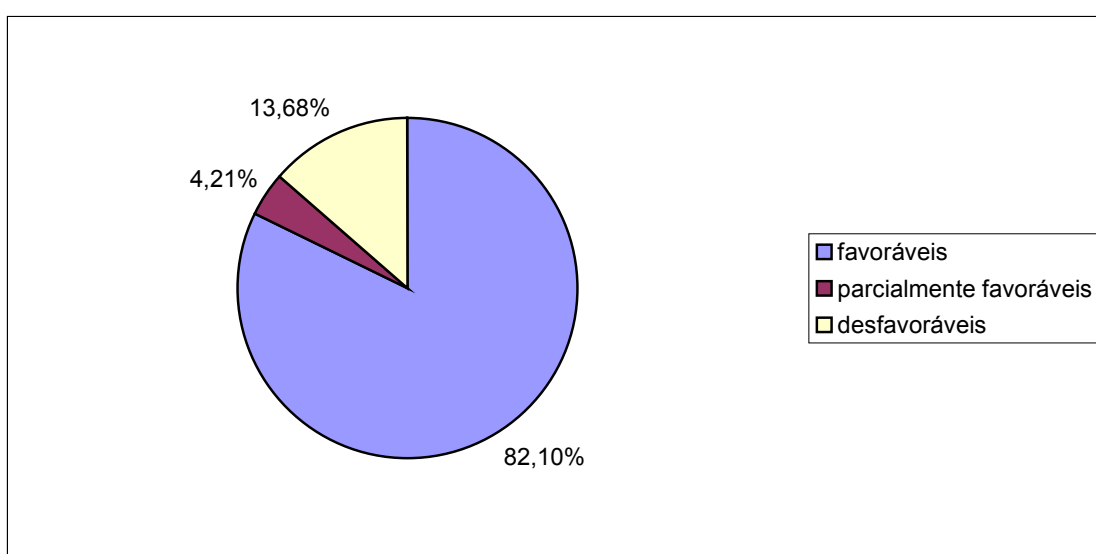


Gráfico 6: Julgamentos no STJ de demandas referentes a planos de saúde (%) – Conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde – 1990-jun/2008 – Brasil

⁷⁸ Conforme será relatado no item 6.2.3, anteriormente o STJ entendia que, embora ocorrendo o dano material ao consumidor, devia-se seguir a jurisprudência do Tribunal, segundo a qual descumprimento contratual não enseja reparação por dano moral. Ou seja, dava-se razão ao usuário e concedia-se a reparação por danos materiais, mas não a indenização por danos morais.

Nota-se que o STJ tende a julgar favoravelmente aos usuários mais do que os Tribunais Estaduais (2ª instância): enquanto estes deram ganho de causa em 51 casos, o STJ considerou que ao usuário assistia total razão em 78. Se consideradas as decisões reformadas, tem-se que das 34 decisões de 2ª instância que o STJ reformou, em 30 delas o fez em benefício do usuário e em outras 3 julgou desfavoravelmente de forma apenas parcial⁷⁹.

6.1.10 Reparação de danos morais

Dos 95 Recursos Especiais estudados, em 28 havia registro de pedido de indenização por danos morais. Esta foi concedida em 19 casos, variando os valores entre R\$ 5.000,00 e R\$ 50.000,00⁸⁰.

6.1.11 Fundamentação das decisões judiciais: legislação citada

Nesse ponto da pesquisa buscou-se verificar o quanto as principais legislações que regem o setor de planos de saúde são lembradas pelos julgadores⁸¹.

Conforme já explorado no capítulo anterior, no julgamento de conflitos que envolvem usuários e operadoras de planos de saúde são poucas as vezes em o STJ se remete à Constituição Federal, afirmando a primazia do direito à saúde – 6 decisões. Se

⁷⁹ Em todos os relatórios dos Ministros relatores dos Recursos Especiais constavam informações sobre o posicionamento dos julgadores em segunda instância. O mesmo não aconteceu com os dados referentes a julgamentos em 1ª instância. Em 15 das 95 decisões estudadas não havia informações sobre o julgamento em 1ª instância. Das 80 restantes, 48 são decisões favoráveis, 27 são desfavoráveis e 5 são parcialmente favoráveis aos usuários.

⁸⁰ Valores não corrigidos. Para cálculo dos valores, em reais, das indenizações concedidas em salários mínimos, foi considerado o valor do salário mínimo na data do julgamento.

⁸¹ A análise diz respeito à fundamentação material da decisão, não sendo consideradas menções de caráter processual.

considerado o recurso, na fundamentação, a direitos fundamentais – não só o direito à saúde – esse número sobe para 12.

Da legislação infraconstitucional, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) é, indubitavelmente, a legislação que tem norteador as decisões do Tribunal. Foi mencionada com destaque em 60 acórdãos. A Lei de Planos de Saúde (Lei nº 9.656/98) tem sido pouco prestigiada, embasando a decisão em apenas 6 casos. Outras 5 vezes recorreu-se ao Código Civil. Em outras 23 decisões o julgador não indicou qual a legislação em que se baseava para proferi-las.

Legislação	Número de acórdãos em que foi citada
Constituição Federal	12
Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90)	60
Lei de Planos de Saúde (Lei nº 9.656/98)	6
Código Civil (Lei nº 10.406/02)	5

Tabela 4: Legislações citadas nos julgamentos do STJ Conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde – 1990-jun/2008 – Brasil

6.2 Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: principais posicionamentos

Nos itens que seguem será apresentada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em algumas das principais questões que lhe foram submetidas nos últimos anos.

6.2.1 Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor foi um divisor de águas na defesa do usuário de planos de saúde diante das práticas restritivas de direito das operadoras de planos de saúde. Em vigor a nova lei, começou o debate acerca da sua aplicabilidade aos contratos anteriores a ela.

Contratos anteriores à vigência do Código de Defesa do Consumidor

O Superior Tribunal de Justiça entende que o contrato de plano de saúde é contrato de trato sucessivo, caracterizado pela prestação continuada no tempo, sendo o Código de Defesa do Consumidor aplicável aos fatos que ocorreram após a sua entrada em vigor.

A questão fundamental a ser dirimida é sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, considerando que o contrato é anterior. Mas, na minha compreensão, esta Terceira Turma já decidiu que nos contratos de execução continuada incide o Código de Defesa do Consumidor (Resp nº 331.860/RJ, DJ de 5/8/02), não sendo os fatos narrados anteriores à sua vigência (Resp 439.410/SP, julgamento em 10/12/02).

Quanto ao Código de Defesa do Consumidor, o acórdão recorrido entendeu que o mesmo não estava incidente porque a apólice é de 04/03/91, quando não em vigor a regra especial de proteção. Todavia, não creio que essa interpretação mereça prestígio. Nos contratos de seguro há prestação continuada, renovando-se a cada pagamento, aplicando-se a legislação de regência em cada período. Assim, nos contratos de seguro incide, sim, o Código de Defesa do Consumidor naqueles fatos ocorridos já no período em que estava em vigor. No caso, a internação ocorreu em 30 de maio de 1996, com o que não há razão para afastar a incidência do Código. (RESP 255.065/RS, julgamento em 5/4/01, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito)

É que o contrato em questão, embora celebrado inicialmente em 1985, vem sendo renovado automaticamente, pelo prazo de 24 meses nos termos pactuado, desde a sua celebração.

Assim, o pacto inicial foi renovado automaticamente em 1987, 1989 e 1991.

Todavia, em 1993, já na vigência do Código de Defesa do Consumidor, sem qualquer motivo justificado, a prestadora de serviços rescindiu unilateralmente o contrato.

Ora, não há como, nessa hipótese, afastar as disposições consumeristas, em face da natureza jurídica do contrato de prestação de serviços médico-hospitalares, caracterizados como contratos de trato sucessivo, e principalmente porque vem sendo renovado sucessivamente no tempo, motivo pelo qual, com acerto, concluiu o Tribunal local pela aplicabilidade do CDC.

Na verdade, não houve incidência do CDC ao contrato anterior à sua vigência, mas, outrossim, a aplicabilidade das normas protetivas do consumidor ao contrato renovado sob a sua égide.

Há de se ressaltar, de outro turno, que os efeitos jurídicos dos contratos dessa natureza perpetuam-se no tempo, havendo continuidade. Tal característica se deve ao princípio da conservação dos contratos de consumo de longo prazo, ou, na terminologia apresentada por Claudia Lima Marques, “contratos cativos de consumo”. (RESP 193.584, julgamento em 29/5/05, relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro)⁸²

No mesmo sentido ainda os Recursos Especiais 244.847/SP, julgamento em 19/5/05, relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro; 735.168/RJ e 986.947/RN, ambos julgados em 11/3/08 e relatados pela Ministra Nancy Andrichi.

Associações e autogestões: está caracterizada a relação de consumo

Outro ponto acerca da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, objeto de diversos julgamentos, diz respeito à caracterização como fornecedores de associações e autogestões – duas formas jurídicas comuns adotadas por operadoras de planos de saúde. O STJ considera que as associações e autogestões que atuam na área de planos de saúde prestam serviços de saúde mediante remuneração, enquadrando-se na definição de fornecedor. Independentemente da forma jurídica adotada pela operadora de plano de saúde, está caracterizada a relação de consumo, com a consequente aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

⁸² No mesmo sentido ainda o RESP 244.847/SP, julgamento em 19/5/05, relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Para o fim de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, o reconhecimento de uma pessoa física ou jurídica ou de um ente despersonalizado como fornecedor de serviços atende aos critérios puramente objetivos, sendo irrelevantes a sua natureza jurídica, a espécie dos serviços que prestam e até mesmo o fato de se tratar de uma sociedade civil, sem fins lucrativos, de caráter beneficente e filantrópico, bastando que desempenhem determinada atividade no mercado de consumo mediante remuneração” (RESP 519.310/SP, julgamento em 20/4/04, Ministra relatora Nancy Andrighi).

O fato de se tratar de uma associação, com estatutos aprovados em assembléia-geral, não desonera a ré da obrigação de prestar serviços a seus associados, e nessa prestação deve ela atender ao mínimo que se exige de que atua na área. A forma assumida pela empresa que se dispõe a oferecer plano de saúde a seus clientes, sejam estes chamados de contribuintes, associados, beneficiários, ou que outro nome tenham, não a dispensa da exigência de oferecer em contraprestação ao pagamento das mensalidades o mínimo de segurança que a própria lei hoje prevê (RESP 254.467/SP, julgamento em 19/10/00, relatora Ministra Nancy Andrighi)

O Centro é uma empresa que presta serviços de saúde, definida como operadora de serviço de assistência à saúde, e o seu associado é um consumidor desses serviços, pelos quais paga uma taxa mensal e o que vier a ser cobrado, na forma do contrato. (RESP 267.530/SP, julgamento em 14/12/00, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar)

Não colhe, *data venia*, o raciocínio esposado nas razões de recurso. Com efeito, doutrina e jurisprudência, de modo uniforme, proclamam que “as operadoras de plano de assistência à saúde (e também seguradoras que exploram o segmento) são fornecedoras, oferecendo produtos (§1º) e prestando serviços (§2º). Estão, portanto, num dos pólos da relação. No outro estão os consumidores-usuários típicos, destinatários finais...” in Revista do Direito do Consumidor – nº 49 – Ed. Revista dos Tribunais – pág. 127 – RIZZATO NUNES.

No âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vários julgados, sem controvérsia, proclamam a submissão dos planos de assistência à saúde às disposições do Código de Defesa do Consumidor, dentre eles destaco o AgRg no AG 505.019/RS, onde figura como agravada a CASSI-Rel. o Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA.

6.2.2 Responsabilidade da operadora de plano de saúde por atos e omissões de corretores e prestadores de serviço da rede credenciada/referenciada

O STJ é unânime no entendimento de que a operadora de plano de saúde responde por danos causados aos usuários por corretores de planos de saúde, médicos e demais prestadores de serviços de saúde que lhe prestam serviços.

Em um primeiro caso, o usuário informou no momento da contratação do plano de saúde ser portador de doença cardíaca, mas essa informação foi sonegada pelo corretor no preenchimento da declaração de saúde. O mesmo também não esclareceu ao contratante a necessidade de cumprimento de carências em razão da doença pré-existente. O STJ entendeu que não cabia à operadora impor a carência e, em consequência, negar atendimento: “É solidária a responsabilidade pelo cumprimento do seguro-saúde se o corretor omite informações sobre o verdadeiro estado de saúde da segurada e a seguradora não realiza exames prévios” (RESP 534.675/SP, julgamento em 20/4/04, relator Ministro Humberto Gomes de Barros).

A operadora de plano de saúde também é solidariamente responsável pela reparação de danos advindos de atos ou omissões de profissionais ou estabelecimentos pertencentes à sua rede credenciada.

Entendo, é claro, que a ação pode ou poderia ser igualmente direcionada contra o hospital e o(s) médico(s) que inicialmente diagnosticaram, medicaram e orientaram o paciente, para apuração da sua responsabilidade – se esta, é claro, for apurada no curso da ação. E, parece-me que também a denúncia à lide daqueles, pela recorrida, é uma medida eventualmente possível à primeira vista, caso ocorrentes as hipóteses legais que a autorizam. Mas isso não afasta a responsabilidade concorrente da empresa prestadora do serviço de saúde, o que impõe ser de logo reconhecido, no âmbito do recurso especial. (RESP 164.084/SP, julgamento em 17/2/00, relator Ministro Aldir Passarinho Jr.)

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS. Quem se compromete a prestar assistência médica por meio de profissionais que indica é responsável pelos serviços que estes prestam. Recurso especial não conhecido”. (RESP 138.059/MG, julgamento em 13/3/01, relator Ministro Ari Pargendler)

No mesmo sentido o julgamento do RESP 309.760/RJ, no qual o Ministro Aldir Passarinho Jr. ressalta que, no plano de saúde, o paciente não exerce plenamente o direito de escolha do profissional que o assistirá, ficando adstrito aos profissionais e estabelecimentos que compõem a rede credenciada.

De efeito, a cooperativa ré tem por objeto a assistência médica, e para tanto realiza contrato com associados, regulamentando, de forma padronizada, a prestação de seus serviços, o que o faz por intermédio de médicos a ela filiados, casas de saúde e laboratórios. A escolha do profissional não é exatamente livre pelo paciente.

Ele a tem, porém, dentre aqueles profissionais cooperados.

[...]

Ora, se é a Unimed quem oferece o plano de assistência médica remunerado, em que estabelece e faz a cobrança de acordo com tabelas próprias, traça as condições do atendimento e de cobertura, e dá ao associado um leque determinado de profissionais cooperativados ao qual pode recorrer em caso de doença, não é possível possa eximir-se de qualquer vinculação com a qualidade do serviço, como se fosse um alienígena. É ela a fornecedora dos serviços, à luz do CDC, e o causador do dano é cooperado seu. O atendimento médico deu-se por vinculação direta da Unimed com a associada e o profissional cooperado. (RESP 309.760/RJ, julgamento em 6/11/01, relator Ministro Aldir Passarinho Jr.)

6.2.3 Reparação por dano moral

No tocante ao cabimento de reparação ao usuário pelos danos morais decorrentes de inadimplemento contratual pela operadora de plano de saúde, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça mudou completamente nos últimos anos.

De início, prevalecia o entendimento geral do Tribunal, segundo o qual o mero inadimplemento contratual não gera dano moral. O primeiro acórdão nesse sentido foi proferido no RESP 439.410/SP, julgado em 10/12/02, de relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Embora tenha sido concedida a tutela pleiteada pelo usuário e reconhecido o inadimplemento contratual, entendeu-se não caber reparação pelos danos

morais sofridos: “De igual forma, não há fundamento para o pagamento de indenização por danos morais. Os fatos apresentados não justificam a condenação. Trata-se de questão relativa ao cumprimento do contrato, o que afasta o dano moral”.

Em 2004 ainda permaneciam alguns julgamentos no mesmo sentido. É o que entendeu o Ministro Cesar Asfor Rocha no julgamento dos Recursos Especiais 480.728/RJ e 443.672/SP, ocorridos sucessivamente em 8/6/04 e 29/6/04. Transcreve-se abaixo um trecho do primeiro deles:

Assim entendo porque a recusa da seguradora em autorizar a cirurgia do filho do recorrido caracteriza inadimplemento contratual, o qual, como cediço, “... por si só, pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos, mas, em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. Embora a inobservância das cláusulas contratuais por uma das partes possa trazer desconforto ao outro contratante – e normalmente o traz – trata-se, em princípio, do desconforto a que todos podem estar sujeitos, pela própria vida em sociedade” (RESP 202.564/RJ, relatado pelo eminente Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ de 01/10/2001)

Mas no mesmo ano o posicionamento do STJ começou a mudar. Os Ministros passaram a considerar que, como a recusa de atendimento ao usuário se dá em momento de extrema angústia em razão da doença, resta caracterizado o dano moral. As mudanças foram relatadas pela Ministra Nancy Andrighi no julgamento do RESP 735.168/RJ:

Porém, tal posição seria revista em 17.02.2004, também em acórdão relatado pelo i. Min. Menezes Direito, quando o STJ passou a dar contornos próprios à situação aqui versada, descolando-a da regra geral acima citada. A partir desse precedente, passou-se a adotar tese segundo a qual o dano moral pela indevida recusa em fornecer o serviço de seguro esperado pelo consumidor, em momento de extrema angústia como a que se analisa nos presentes autos, decorre diretamente desse próprio fato. A ementa do precedente é bastante elucidativa:

“Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Seguro saúde. Recusa em custear o tratamento de segurado regularmente contratado. Suspeita de câncer. Dano moral.

1. A recusa em arcar com os encargos do tratamento da agravada, com suspeita de câncer, já definida nas instâncias ordinárias como indenizável por danos morais, constitui fato relevante, principalmente por ocorrer no momento em que a segurada necessitava do devido respaldo econômico e de tranquilidade para realização de cirurgia e posterior recuperação. A conduta do agravante obrigou a recorrida a procurar outra seguradora, o que atrasou seu tratamento em

aproximadamente 06 (seis) meses. Somente o fato de recusar indevidamente a cobertura pleiteada, em momento tão difícil para a segurada, já justifica o valor arbitrado, presentes a aflição e o sofrimento psicológico.

2. Agravo regimental desprovido” (AgRg no Ag nº 520.390/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Menezes Direito, DJ de 05.04.2004 – sem grifos no original).

Tem sido esse o entendimento majoritário do STJ desde então, conferindo indenização pelos danos morais sofridos pelo usuário ou seus familiares em decorrência de negativas de atendimento de operadoras de planos de saúde.

Dentre os muitos acórdãos que tratam do tema, destaca-se alguns que elucidam o novo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, a começar pelo RESP 601.287/RS: “Não é possível deixar de considerá-lo [o dano moral] quando em situação de abalo nos cuidados com a mãe internada [o autor] sofre constrangimento para encerrar a internação, no curso de patologia severa” (julgamento em 7/12/04, relator Ministro Menezes Direito).

Assim também o RESP 259.263/SP: “Recusado atendimento pela seguradora de saúde em decorrência de cláusulas abusivas, quando o segurado encontrava-se em situação de urgência e extrema necessidade de cuidados médicos, é nítida a caracterização do dano moral” (julgamento em 2/8/05, relator Ministro Castro Filho). E o RESP 618.290/DF: “A negativa de cobertura de internação de emergência gera a obrigação de indenizar o dano moral daí resultante, considerando a severa repercussão na esfera íntima do paciente, já frágil pela patologia aguda que o acometeu”. (julgamento em 25/10/05, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito).

No RESP 657.717/RJ, a Ministra Nancy Andrighi reafirma o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento não seja causa para ocorrência de danos morais, tratando-se particularmente de contrato de seguro-saúde sempre haverá a possibilidade de consequências danosas para o segurado, pois este, após a contratação, costuma procurar o serviço já em evidente situação desfavorável de saúde, tanto a física como a psicológica. Por isso, a recusa indevida à cobertura pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, já que agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, pois este, ao pedir a autorização à seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada” (julgamento em 23/11/05).

O já citado RESP 735.168/RJ também merece ser transcrito, não só pela argumentação trazida pela Ministra Nancy Andrichi como também pelos precedentes levantados:

Conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento não seja causa para ocorrência de danos morais, é certo que a jurisprudência desta Corte vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura securitária, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada. Confirmam-se os seguintes precedentes: REsp 657.717/RJ, Terceira Turma, minha relatoria, DJ 12.12.2005; REsp 341.528/MA, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 09.05.2005; REsp 880035/PR, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ 18.12.2006; AgRg no Ag 846077/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 18.06.2007 AgRg no Ag 520.390/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Menezes Direito, DJ 05.04.2004, estando este último assim ementado: “*Somente o fato de recusar indevidamente a cobertura pleiteada, em momento tão difícil para a segurada, já justifica o valor arbitrado, presentes a aflição e o sofrimento psicológico.*” (AgRg no Ag n.º 520.390/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 05.04.2004).

Destaco, nesse sentido, que embora tenha havido a cobertura securitária, o recorrente teve condições financeiras de pessoalmente suportar o custo dos “stents”, valendo-se de suas economias pessoais. Seu abalo moral não resulta, portanto, do fato de não ter podido extrair os melhores resultados do tratamento, mas da aflição resultante da injusta negativa da recorrida em período de convalescença. (RESP 735.168/RJ, julgamento em 11/3/2008, relatora Ministra Nancy Andrichi).

Também são precedentes no mesmo sentido os acórdãos nos Recursos Especiais 786.283/RJ (julgamento em 9/10/07, relator Ministro Ari Pargendler), 955.716/RJ (julgamento em 11/3/08, relator Ministro Sidnei Beneti) e 918.392/RN (julgamento em 11/3/08, relatora Ministra Nancy Andrichi).

Destoa da linha adotada pelo STJ a posição mais restritiva adotada pelo Ministro Cesar Asfor Rocha, segundo a qual “o reconhecimento, pelas instâncias ordinárias, de circunstâncias que excedem o mero descumprimento contratual torna devida a reparação moral” (RESP 714.947/RS, julgamento em 28/3/06).

6.2.4 Limite temporal de internação hospitalar

A proibição da limitação temporal de internação hospitalar foi sumulada pelo STJ no julgamento do Recurso Especial 714.947/RS, em 28/3/06. De acordo com a Súmula 302, “é abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”.

Precedeu à Súmula a uniformização de jurisprudência da 2ª Seção, no julgamento do RESP 251.024/SP, ocorrido em 27/9/00, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Também são precedentes os julgamentos dos Recursos Especiais 158.728/RJ (julgamento em 16/3/99, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito), 249.423/SP (julgamento em 19/10/00, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar), 434.699/RS (julgamento em 10/9/02, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar) e 345.848/RJ (julgamento em 4/11/04, relator Ministro Barros Monteiro).

6.2.5 Negativa de cobertura sob a alegação de existência de doença ou lesão pré-existente

É antiga a jurisprudência do STJ em que se sustenta que não cabe à operadora de plano de saúde alegar que a doença para a qual se busca tratamento é pré-existente e negar atendimento ao usuário de plano de saúde se não realizou exames no usuário antes da contratação.

São muitos os contratos antigos de plano de saúde que excluem a cobertura de tratamentos para doenças pré-existentes à contratação. Embora o artigo 11 da Lei de Planos de Saúde (Lei nº 9.656/98) tenha proibido a exclusão de cobertura às doenças e lesões pré-existentes, ainda permite que sejam impostas carências de até 24 meses para acessar procedimentos e leitos de alta complexidade relacionados a elas. A jurisprudência do STJ sobre pré-existência permanece, portanto, de grande importância, indiferentemente da data de contratação do plano de saúde.

O primeiro Recurso Especial identificado que trata do tema é o de número 86.095/SP, julgado em 22/4/96:

A empresa que explora planos de saúde e admite associado sem prévio exame de suas condições de saúde, e passa a receber as suas contribuições, não pode, ao ser chamado ao pagamento de sua contraprestação, recusar a assistência devida sob a alegação de que o segurado deixara de prestar informações sobre o seu estado de saúde.

O segurado é um leigo, que quase sempre desconhece o real significado dos termos, cláusulas e condições constantes dos formulários que lhe são apresentados. Para reconhecer a sua malícia, seria indispensável a prova de que, (1) realmente, fora ele informado e esclarecido de todo o conteúdo do contrato de adesão, e, ainda, (2) estivesse ciente das características de sua eventual doença, classificação e efeitos.

A exigência de um comportamento de acordo com a boa-fé recai também sobre a empresa que presta assistência, pois ela tem, mais do que ninguém, condições de conhecer as peculiaridades, as características, a álea do campo de sua atividade empresarial, destinada ao lucro, para o que corre um risco que deve ser calculado antes de se lançar no empreendimento.

O que não se lhe pode admitir é que atue indiscriminadamente, quando se trata de receber as prestações, e depois passe a exigir estrito cumprimento do contrato para afastar a sua obrigação de dar cobertura às despesas. (relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar)

Entre os julgados que reafirmam esse entendimento do Superior Tribunal de Justiça, são muitos os referentes à negativa de cobertura de tratamento de aids sob a alegação de que se tratava de doença pré-existente. Nessa esteira, o RESP 234.219/SP:

SEGURO-SAÚDE. Doença preexistente. AIDS.

Omissa a seguradora tocante à sua obrigação de efetuar o prévio exame de admissão do segurado, cabe-lhe responder pela integralidade das despesas médico-hospitalares havidas com a internação do paciente, sendo inoperante a cláusula restritiva inserta no contrato de seguro-saúde. (julgamento em 15/5/01, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar)

É o que também sustenta o Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito no julgamento do RESP 617.239/MG, ocorrido em 14/9/04:

Seguro saúde. Má-fé. Exclusão da cobertura de AIDS. Precedentes da Corte.

1. Não é possível presumir-se a má-fé da segurada sobre a preexistência da doença sem respaldo em prova técnica e, ainda, neste caso, sem que sequer tenha sido alegada e demonstrada pela seguradora.
2. São muitos os precedentes da Corte que acolhem a nulidade, por abusiva, da cláusula que exclui a cobertura da AIDS.
3. Recurso especial conhecido e provido.

6.2.6 Negativa de insumos necessários para realização de procedimento

Para situações em que a operadora de plano de saúde se nega a fornecer material necessário para a realização de procedimento, o STJ assentou jurisprudência favorável ao paciente.

Sustenta-se que, se o procedimento é coberto pelo plano de saúde, não cabe à operadora negar-se a fornecer os materiais necessários para a sua realização, sob pena de subtração da finalidade do negócio jurídico.

O Recurso Especial 735.168/RJ, julgado em 11/3/08, é, entre os acórdãos pesquisados, um dos mais recentes a tratar da questão:

O direito subjetivo assegurado em contrato não pode ser exercido de forma a subtrair do negócio sua finalidade precípua. Assim, se determinado procedimento cirúrgico está incluído na cobertura securitária, não é legítimo exigir que o segurado se submeta a ele, mas não instale as próteses necessárias para a plena recuperação de sua saúde.

É abusiva a cláusula contratual que exclui de cobertura a colocação de “stent”, quando este é necessário ao bom êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo plano de saúde.

Inspira a decisão acima outra jurisprudência, reiterada por diversas vezes⁸³ pelo Tribunal e apresentada pela primeira vez no julgamento do Recurso Especial 519.940/SP, em 17/6/03. Nesta, a obrigatoriedade do fornecimento de insumo para realização de cirurgia tem como fundamento a cobertura pelo plano de saúde da doença que está sendo tratada, não a cobertura do procedimento cirúrgico.

⁸³ V., e.g., RESP 896.247/RJ, julgamento em 21/11/06, e RESP 668.216/SP, julgamento em 15/3/07.

Cobrando o plano de saúde o ato cirúrgico, isto é, cobrando a prostatectomia radical, não é razoável que deixe de cobrir a correção das complicações dela oriundas. Seria, a meu sentir, um contra-senso, admitir que a cobertura do plano, que tem por finalidade a cura do segurado, fosse interrompida por cláusula limitativa, que, em patologia coberta pelo plano, impedisse o total restabelecimento do paciente. O mesmo se poderia dizer, por exemplo, da necessidade em uma cirurgia para corrigir aneurisma da aorta abdominal coberta pelo plano, vedar-se contratualmente a aposição de válvula artificial; ou, da mesma forma, em caso de aneurisma cerebral, já agora, em muitos casos, sem a necessidade de abertura da calota craniana. Assim, no caso, a incontidência [urinária] está vinculada ao ato cirúrgico de remoção total da próstata, e, portanto, sendo ela uma patologia de conseqüência, não há como se aplicar a limitação.

[...]

Tenho que a posição mais acertada não é a indiscriminada declaração de abusividade de cláusulas limitativas, mas sim o estudo do caso concreto, levando em conta suas nuances, as peculiaridades identificadas. Na minha compreensão, em casos como o presente o julgador deve observar sempre a ligação do que pretende o segurado com a patologia coberta pelo Plano; se a cobertura desejada está vinculada a um ato ou procedimento coberto, sendo patologia de conseqüência, não se pode considerar como incidente a cláusula proibitiva, sob pena de seccionarmos o tratamento que está previsto no contrato.

6.2.7 Negativa ou limitação de cobertura de doenças e procedimentos

Além das negativas ou limitações de atendimento ao usuário pela operadora de plano de saúde sob a alegação de pré-existência de doença ou lesão, ou sob a alegação de carência, o STJ também julgou muitos casos em que a negativa ou a limitação da cobertura se dava por exclusão contratual da doença ou do procedimento solicitado.

Doenças

Exemplificativamente, citamos alguns casos, a começar pelos referentes à negativa de cobertura de aids e outras doenças infectocontagiosas, excluídas em muitos contratos antigos.

Após alguma controvérsia, pacificou-se no STJ o entendimento de que a inserção de cláusula restritiva à cobertura da AIDS se revela nula, por abusividade, além do que teria de ter sido redigida com destaque, de modo a deixar absolutamente expressa a vedação e devidamente esclarecido o consumidor a respeito, nos termos do art. 54, parágrafo 4º do CDC, o que na espécie não foi observado, como assinala o acórdão estadual às fls. 341. (RESP 258.007/SP, julgamento em 17/9/02, relator Ministro Aldir Passarinho)

Plano de saúde. Cláusula de exclusão. AIDS.

I – A cláusula do contrato de seguro-saúde excludente de tratamento de doenças infectocontagiosas, caso da AIDS, é nula porque abusiva.

II – Nos contratos de trato sucessivo aplicam-se as disposições do CDC, ainda mais quando a adesão do consumidor ocorreu já em sua vigência.

III – Recurso especial conhecido e provido.

(RESP 244.847/SP, julgamento em 19/5/05, relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro)

É inválida a cláusula que exclui da cobertura do seguro-saúde o tratamento de AIDS, tendo em vista tratar-se de contrato de adesão, em que inserido dispositivo exageradamente desfavorável ao segurado, parte mais fraca da relação jurídica, e que esta cláusula fere a natureza mesma do seguro-saúde.

(RESP 304.326/SP, julgamento em 24/9/02, relatora Ministra Nancy Andrighi)

O mérito, porém, procede a irrisignação; não porque inadmissível, em linha de princípio, imposição de cláusula excludente de cobertura, mas sim, pela indisfarçável abusividade da cláusula que se cuida, porquanto reputada desconforme com o sistema de proteção do consumidor, uma vez inserida em contrato de adesão.

A reprovação genérica às cláusulas excludentes, em contratos de planos de saúde, ou de seguro-saúde, não ostenta tal fastígio, a ponto de merecerem elas, invariavelmente, a pecha de abusivas, toda vez que assim disponham, porque, afinal, a própria legislação atual, reguladora de tais modalidades de assistência privada à saúde, contempla exclusões admitidas (art. 10, da Lei nº 9.656/98).

Na espécie, porém, destaca-se a circunstância de a contratação ter sido feita por pessoa jurídica à qual a recorrente está vinculada, não deixando esse aspecto de figurar no corpo da sentença de

primeiro grau, o que acentua o caráter de hipossuficiência do particular, claramente detectável em tais avenças.

Com efeito, neste panorama, a cláusula argüida, que exclui, dentre outras, a cobertura securitária de doenças infectocontagiosas de notificação compulsória, tal como a AIDS, sonega ao leigo, decerto, o conhecimento suficiente, a propósito do alcance da exclusão, máxime quando o beneficiário não contratou diretamente com a prestadora do serviço, não tendo qualquer condição de intervir na estipulação do ajuste.

(RESP 550.501/SP, julgamento em 24/4/07, relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa)

Na análise dos julgados referentes à cobertura de aids e outras doenças infectocontagiosas verifica-se a tendência do STJ de considerar abusiva a cláusula contratual que exclui a cobertura de determinada doença. Todavia, destoa dessa linha a decisão proferida em sede de julgamento do RESP 1.011.331/RJ:

Vê-se, portanto, que, na análise soberana de fatos, provas e cláusulas contratuais, o Tribunal de origem reconheceu não estar o câncer entre as doenças cobertas pela apólice contratada pelo recorrente. Dessa forma e diferentemente do que ocorreu no paradigma mencionado, não se trata aqui de assegurar os meios terapêuticos para doença já coberta, mas, ao contrário, de incluir nova doença securitária.

Ocorre que nenhuma das normas consumeristas em que se sustenta o Especial permitem impor à administradora do plano de saúde a cobertura de uma doença específica, para a qual não se previa, inicialmente, qualquer garantia.

O contrato de seguro de saúde, como a maior parte dos contratos aleatórios, se assenta sobre a seleção de riscos. É inviável que o contratante pretenda segurar-se contra todo e qualquer risco e, por outro lado, é inútil proteger-se contra nenhum risco.

No processo de seleção de riscos se revela o entrelaçamento de interesses que, em última instância, leva à celebração do contrato. O segurador busca maximizar as receitas que auferirá para administrar o fundo comum que irá cobrir riscos bem delimitados, enquanto o segurado quer se proteger contra o maior número de riscos pelo menor custo possível.

Deve-se admitir, portanto, que a vontade livremente expressa pelas partes na escolha dos riscos cobertos pela apólice revela o ponto ótimo de equilíbrio contratual, abrindo-se exceções para a revisão judicial de tais negócios apenas naquelas circunstâncias específicas em que a autonomia da vontade viu-se maculada, quando há cláusulas defeituosas, práticas comerciais abusivas e eventual má-fé de uma das partes contratantes.

No entanto, nenhuma dessas hipóteses fático-contratuais, autorizadas da revisão contratual, com redistribuição e re-equilíbrio das prestações, foi apontada pelo Tribunal de origem, razão pela qual

não há que se falar em injusta recusa na cobertura securitária. Assim, a manutenção da decisão hostilizada é medida que se impõe. (julgamento em 17/4/08, relatora Ministra Nancy Andrighi)

Note-se, no caso em tela, que o contrato discutido datava de 1968 e que o usuário confessou na petição inicial que, quando da entrada em vigor da Lei nº 9.656/98, foi procurado pela operadora de plano de saúde para adaptação de seu contrato à lei e consequente inclusão de cobertura de câncer, à qual se negou.

Procedimentos

Nas decisões analisadas do STJ foram identificados casos referentes à negativa dos procedimentos de angioplastia (RESP 399.585/MG, julgamento em 23/4/02, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar), parto cesariana (RESP 341.528/MA, julgamento em 3/3/05, relator Ministro Barros Monteiro), quimioterapia (RESP 668.216/SP, julgamento em 15/3/07, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito), hemodiálise (RESP 541.339/SP, julgamento em 4/1/03, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito) e fisioterapia (RESP 439.410/SP, julgamento em 10/12/02, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito). Em todas essas demandas, a tutela requerida pelo usuário foi conferida, garantindo-se a cobertura do procedimento.

O procedimento mais demandado no Tribunal, todavia, é o transplante. Não há coesão nos julgamentos do STJ em relação a transplantes: em três casos manteve-se decisão favorável ao usuário (RESP 264.562/SE, julgado em 12/6/01; RESP 435.241/SP, julgado em 1/4/03; RESP 311.509/SP, julgado em 3/5/01), e em outros dois, a decisão foi contrária (RESP 319.707/SP, julgado em 7/11/02; RESP 635.975/SP, julgado em 13/12/05).

O acórdão proferido no julgamento do RESP 319.707/SP é o exemplo mais claro da divergência do Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito à cobertura de transplantes. A votação, cujo resultado não foi unânime, teve como resultado improcedência da demanda, mantendo-se a negativa de cobertura de transplante de fígado.

No voto vencedor, o Ministro Castro Filho sustenta que não há indícios nos autos de que a cláusula excludente de cobertura fosse abusiva:

É sabido que o princípio *pacta sunt servanda* vem sendo mitigado pelo dirigismo contratual, com a intervenção judicial na autonomia de vontades, a fim de buscar o verdadeiro equilíbrio nas avenças. Mas não se pode perder de vista que o artigo 115 do Código Civil prevê que são lícitas, em geral, todas as condições que a lei não proibir expressamente, vedando-se aquelas que privarem de todo efeito o ato ou se sujeitarem ao arbítrio de uma só das partes.

Os contratos de adesão são permitidos pela lei, prevendo o § 4.º do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor, tão-somente, que "*as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão*".

Como se trata de agravo de instrumento convertido em recurso especial, não há nos autos cópia da apólice de seguro em que estão previstas as limitações à cobertura contratual. No entanto, sua expressa e destacada previsão nunca foi impugnada, atacando-se apenas sua validade.

A sentença de fls. 86 a 96 reconheceu a cláusula de exclusão, assim como o seu conhecimento pela segurada, e negou fosse ela leonina ou abusiva.

[...]

Assim, levando em consideração que a cláusula excludente de transplantes estava expressamente prevista e destacada no contrato, tendo dela pleno conhecimento a segurada, e garantindo o contrato de seguro, conceitualmente, indenização de prejuízos resultantes de riscos previstos, que podem ser limitados e particularizados (CC, art. 1.460), não vislumbro, no acórdão recorrido, qualquer afronta à lei.

Acompanharam o voto do Ministro Castro Filho os Ministros Carlos Alberto Menezes Direito e Ari Pargendler.

A Ministra Nancy Andrighi, acompanhada pelo Ministro Antônio Pádua Ribeiro, reconheceu a possibilidade de exclusão contratual de riscos de cobertura pela operadora de plano de saúde, mas entendeu que no caso prevalecia o direito à saúde, de relevância constitucional.

O contrato é aleatório porque o cumprimento da obrigação do segurador depende de se e quando ocorra aquele evento danoso. Todavia, o segurador estará obrigado a indenizar o segurado pelos custos com tratamento médico adequado desde que sobrevenha a doença, sendo esta a finalidade do seguro-saúde.

Assim sendo, a exclusão da cobertura, a priori, de determinado procedimento médico ferirá a finalidade básica do contrato se, no caso concreto, este for justamente o essencial para garantir a saúde e, algumas vezes, a vida do segurado.

Por esses motivos, é de se concluir que a cláusula excludente, in casu, de cobertura de transplante de fígado, procedimento médico que se tornou, pela natureza da doença sofrida pela segurada, o único capaz de curá-la, e, até, de garantir sua vida, atenta contra o objeto do contrato, em si, frustra seu fim, restringindo os efeitos típicos do negócio jurídico, tornando-a inválida pelo disposto no art. 115 do Código Civil.

Note-se, ainda, que, além de malferir o fim primordial deste seguro, a cláusula restritiva de cobertura, ora em comento, acarreta desvantagem excessiva ao segurado, pois este celebra o contrato justamente por ser imprevisível a doença que poderá acometê-lo, por recear não ter acesso ao procedimento médico necessário para curar-se, com o intuito, então, de se assegurar contra estes riscos.

[...]

Assim, apesar de não invocada a proteção legal do CDC, deve-se mencionar, apenas para contribuir com o exame do seguro-saúde, que a cláusula em comento também pode ser considerada inválida consoante os art. 51, § 1º, inciso II, do CDC, porque restringe direitos ou obrigações inerentes à natureza do contrato, ao afrontar seu próprio objeto, e por aplicação do art 51, inciso IV, do CDC, pois coloca o segurado em desvantagem exagerada em relação à seguradora.

Por outro lado, não se pode deixar de levar em conta a regra de que o segurador não responde pelos riscos que não assumiu, sendo-lhe lícito limitar a cobertura (art. 1.460 do Código Civil), pois, de fato, determinando-se que sejam aumentados os riscos cobertos, poder-se-ia dizer que haverá ruptura do equilíbrio contratual.

Existem, portanto, direitos subjetivos, de parte a parte: de um lado o direito à saúde, garantida pela assunção dos riscos pela seguradora, e, de outro, o direito ao lucro através da manutenção do equilíbrio econômico do contrato. Ambos devem ser sopesados, para que se lhes possa garantir efetividade, observada a relevância de cada um para o ordenamento jurídico e para a sociedade.

A saúde é direito constitucionalmente assegurado. Está entre aqueles de maior importância para o ser humano, individualmente, e para a sociedade. Desse modo é que a Carta Magna dispõe ser dever do Estado a prestação dos serviços necessários à garantia da saúde. A assistência à saúde é permitida à iniciativa privada, que pode explorá-la com objetivo de lucro, porém, oferecendo-se, em contra-partida, serviço adequado, de qualidade, que assegure a saúde daquele que contrata o serviço, mantendo-se o respeito ao direito, nos moldes constitucionais.

Portanto, vê-se que a saúde é de relevância social e individual, segundo a Constituição, superior a qualquer direito de natureza patrimonial ou econômica, sendo que o direito ao lucro é resguardado na medida em que auferido com a prestação de serviço adequado, garantido constitucionalmente.

E o que se entende por serviço adequado é aquele que possibilita a garantia da saúde por inteiro, através da viabilização do tratamento médico necessário e de qualidade, seja pelo Estado ou pela iniciativa privada.

[...]

De fato, a garantia à saúde requer atendimento a qualquer mal que a prejudique, independente, é claro, se será obtida a cura, mas conferindo-se àquele que realiza um contrato para assegurar-se de riscos contra a saúde, o acesso a todo tratamento necessário a tanto.

Por todo o exposto, assinalada a relevância constitucional do direito à saúde, garantida através do acesso ao serviço adequado, o direito ao lucro, que assiste à Empresa exploradora de atividade de assistência à saúde, entre elas as seguradoras, não se deve sobrepor ou contradizer a necessidade de oferecimento do mencionado serviço adequado, mas, sim, a este se adaptar.

[...]

Desse modo, tendo em vista o respeito à natureza ou fim primordial do contrato ora examinado e a necessidade de se garantir maior efetividade ao direito à cobertura dos riscos à saúde - através do acesso ao tratamento médico necessário - que ao direito ao lucro - pela manutenção do equilíbrio econômico do contrato -, é necessário concluir-se pela invalidade da cláusula que excluía da cobertura do seguro os gastos com eventual transplante, sendo o único procedimento recomendado para tentar curar a segurada.

A discussão sobre a possibilidade de exclusão de cobertura de transplante ganha relevo se considerarmos que mesmo os contratos novos possuem esse tipo de exclusão. Segundo a Resolução Normativa 167/08 da ANS, que lista os procedimentos de cobertura obrigatória pelos planos de saúde, são necessariamente cobertos os transplantes de rim, córnea e autólogo de medula óssea. Os demais, dentre eles o de coração, fígado e heterólogo de medula óssea, permanecem de fora do rol de coberturas obrigatórias.

6.2.8 Imposição de carência para casos de urgência ou emergência

De acordo com a teoria econômica, a imposição de períodos de carência para utilização do serviço tem o objetivo de impedir que o usuário de plano de saúde contrate-o quando estiver doente apenas e tão-somente para realização do tratamento. É mecanismo adotado pelas operadoras de planos de saúde e legitimado pela Lei nº 9.656/98 (artigos 11 e 12) que objetiva corrigir o que, em linguagem econômica, é chamado de seleção adversa (*adverse selection*) e é tido como uma falha de mercado decorrente da assimetria de informação entre operadora de plano de saúde e usuário (SEAE, 2004, p. 4 e ss).

Sem entrar no mérito da legitimidade da imposição de carência, fato é que a imprevisibilidade da ocorrência de urgência ou emergência impede que um usuário contrate um plano de saúde apenas para realização de tratamento de doença. Restam, nesses casos, descaracterizados os pressupostos econômicos que alicerçam a imposição de prazos de carência.

Todavia, as operadoras de planos de saúde tentam impor carências mesmo em urgências e emergências. O STJ afasta a argumentação das operadoras, como nos 2 exemplos abaixo:

PLANO DE SAÚDE. Prazo de carência. Internação de urgência.

O prazo de carência não prevalece quando se trata de internação de urgência, provocada por fato imprevisível causado por acidente de trânsito. Recurso conhecido e provido. (RESP 222.339/PB, julgamento em 28/6/01, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar)

Lídima a cláusula de carência estabelecida em contrato voluntariamente aceito por aquele que ingressa em plano de saúde, merecendo temperamento, todavia, a sua aplicação quando se revela circunstância excepcional, constituída por necessidade de tratamento de urgência decorrente de doença grave que, se não combatida a tempo, tornará inócuo o fim maior do pacto celebrado, qual seja, o de assegurar eficiente amparo à saúde e à vida. (RESP 466.667/SP, julgamento em 27/11/07, relator Ministro Aldir Passarinho Jr.)

6.2.9 Exigência de que usuário recorra à rede credenciada

O Superior Tribunal de Justiça considera legítimo que a operadora de plano de saúde exija que o usuário recorra a sua rede credenciada. Exceção às situações de urgência ou emergência, previstas no artigo 12 da Lei nº 9.656/98, quando não for possível acessar a rede credenciada ou referenciada:

VI - reembolso, em todos os tipos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nos limites das obrigações contratuais, das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde, em casos de urgência ou emergência, quando não for possível a utilização dos serviços

próprios, contratados, credenciados ou referenciados pelas operadoras, de acordo com a relação de preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo produto, pagáveis no prazo máximo de trinta dias após a entrega da documentação adequada;

Por duas vezes o STJ se manifestou sobre a questão:

Por outro lado, não se pode dizer abusiva a cláusula contratual tão-somente porque vincula os consumidores à utilização de hospitais e médicos credenciados. Esse procedimento é de essência dos planos de saúde, que estabelecem contratos com médicos e hospitais, para viabilizar a prestação de serviços a seus usuários. A menor ou maior quantidade de renomados médicos e hospitais conveniados constitui um diferencial dos planos e seguros de saúde. A contraprestação paga pelo consumidor é proporcional ao tipo de atendimento que escolha.

Ao comentar a Lei nº 9.656/98, que institui profundas mudanças nas regras para a saúde suplementar em nosso país, observa ARNALDO RIZZARDO que os planos de saúde, diversamente do que ocorre nos contratos de seguro, não objetivam a cobertura de eventos ou riscos ligados à saúde. Em verdade, prestam atendimento médico, hospitalar, ambulatorial e odontológico àqueles que aderem ao contrato, através de quadro próprio ou de uma rede credenciada, que é remunerada pelos serviços prestados. (RESP 402.727/SP, julgamento em 9/12/03, relator Ministro Castro Filho)

Processo Civil. Recurso especial. Ação de cobrança e obrigação de fazer. Plano de saúde. Despesas com tratamento e internação hospitalar. Reembolso negado. Hipóteses autorizadoras não configuradas em 1º e 2º graus de jurisdição. Reexame de provas. Interpretação de cláusulas contratuais.

- O reembolso das despesas efetuadas com tratamento médico e internação em hospital, ambos não abrangidos pelo contrato de plano de saúde estabelecido entre a empresa cooperativa de trabalho médico e o consumidor, pode ser admitido tão-somente em hipóteses especiais (inexistência de estabelecimento credenciado no local, recusa do hospital conveniado de receber o paciente, urgência da internação etc.). Precedentes.

- Mesmo sendo o câncer uma enfermidade que traz em seus próprios contornos a evidente característica de gravidade e urgência nos procedimentos de controle da evolução da doença, somado ao fato de ser o tratamento a que foi submetido o paciente somente oferecido no hospital em que foi prestado o atendimento, o referido caráter de urgência e emergência não foi reconhecido, nem em 1º, nem em 2º graus de jurisdição.

- Se o beneficiário do plano de saúde não formulou pedido de autorização do tratamento indicado de forma prévia ao estabelecimento com o qual mantém o contrato, não pode ele depois valer-se do Judiciário para ter reembolso das despesas por ele adiantadas.

- Imperam, ademais, os implacáveis óbices que proíbem, esta via recursal, o revolvimento do quadro fático-probatório do processo e a interpretação de cláusulas contratuais.

(RESP 685.109/MG, julgamento em 25/9/06, relatora Ministra Nancy Andriahi)

6.2.10 Contratos coletivos: rescisão unilateral

Por enquanto, a rescisão unilateral de contrato coletivo por operadora de plano de saúde foi objeto de duas demandas julgadas no Tribunal, com julgamentos diametralmente opostos.

Na análise do RESP 602.397/RS, em 21/6/05, que versa sobre a rescisão contratual em razão de ocorrência dos sinistros, o Ministro Castro Filho fez as seguintes considerações:

O seguro de saúde, como, de resto, todos dessa espécie de contrato, tem como característica básica a álea, ou seja, o segurado paga o prêmio no intuito de se resguardar de eventuais infortúnios. Reveste-se, contudo, de uma maior seriedade do que os seguros de coisa, porquanto protege um dos mais preciosos bens do ser humano. Outra característica que merece ser ressaltada é a de que nessa espécie, normalmente, o segurado, para entrar no gozo de todas as coberturas contratuais, é submetido a períodos de carência.

Em suma, se há a rescisão de um plano de saúde, mesmo que se contrate outro em seguida, não terá ele, de imediato, a mesma cobertura anterior.

Outrossim, é desarrazoado o argumento de inviabilidade de manutenção do contrato. Primeiro, no cálculo do prêmio são levados em consideração os riscos cobertos e, segundo, em tese, se ocorreram sinistros a mais do que o esperado pela seguradora, não é o segurado que deve responder por isso, uma vez que o contrato por ele celebrado visava justamente protegê-lo desses riscos. Não é admissível considerar como causa de ruptura de um contrato de seguro justamente a ocorrência dos sinistros por ele protegidos. Foge à razoabilidade considerar justo motivo de rompimento do plano de saúde, pela empresa, a ocorrência de doenças nos segurados.

Em razão dessas peculiaridades, para manter a confiança dos consumidores de planos de saúde e resguardá-los de abusos, o legislador, em norma expressa, proibiu as empresas seguradoras de

rescindirem unilateralmente os contratos, salvo os casos de fraude ou não pagamento da mensalidade por período superior a 60 (sessenta) dias por ano de contrato.

Essa é a dicção da Lei nº 9.656/98, em seu artigo 13, anterior ao presente contrato, norma de ordem pública, cuja afronta acarreta nulidade da cláusula.

[...]

Ainda que não existissem esses dispositivos, é de se observar que a cláusula em comento traz vantagem exagerada à seguradora, em detrimento do segurado. Também vai contra o objetivo dessa espécie contratual e de seu princípio fundamental, qual seja, a proteção contra eventuais moléstias. É claramente nula, portanto, por ofender o disposto no artigo 51, inciso IV, e § 1º, incisos I e II, do Código de Defesa do Consumidor.

Considerou o Ministro, no julgamento da questão, a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, afastando a cláusula que permite a rescisão unilateral por ser abusiva.

A mesma posição não se verificou no julgamento do RESP 889.406/RJ, em 20/11/07. Considerou o relator, Ministro Massami Uyeda, que a vedação de rescisão unilateral de contrato de plano de saúde prevista no artigo 13 da Lei nº 9.656/98 não se aplica a contratos coletivos. O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, não teria sido lesado, pois a abusividade da cláusula somente seria caracterizada se o direito de rescisão não tivesse sido dado à outra parte contratante.

Bem de ver, na espécie, que o Tribunal de origem houve por bem afastar a incidência do artigo 13 da Lei nº 9.656 de 1998, que veda a suspensão do contrato e a denúncia unilateral, salvo por fraude ou não pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, a cada ano de vigência do contrato, sob o fundamento de que o contrato de plano de saúde celebrado entre as partes é anterior à vigência desta Lei. A Corte estadual entendeu, ainda, não existir violação do artigo 51, XI, do Código de Defesa do Consumidor, porquanto o direito à rescisão unilateral, prevista no contrato em tela, foi concedido tanto ao fornecedor como ao consumidor, o que não se consubstanciaria em potestividade e abusividade.

Da análise acurada dos autos, e, conforme exposto na própria decisão objurgada (fls. 344/348), verifica-se que o contrato de assistência médico-hospitalar em tela, com prazo indeterminado, fora celebrado entre as partes em 1º de janeiro de 1996 (fls. 23/38), data, portanto, anterior à entrada em vigor da Lei nº 9.656 de 1998, o que, em princípio, afastaria sua incidência à espécie.

Consigna-se, por oportuno, não se olvidar o entendimento já esposado pela egrégia Terceira Turma desta augusta Corte no sentido de que, no contrato de plano de saúde por tempo indeterminado, de longa duração e de execução continuada, por se renovar a cada pagamento efetuado, incide a

legislação produzida neste lapso temporal (RESP nº 244.847/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 20.6.2005). Contudo, ainda que se adotasse referido entendimento, constata-se que a própria Lei nº 9.656 de 1998 não abona a pretensão da ora recorrente.

Veja-se que a referida legislação especial, em seu artigo 13, parágrafo único, II, "b", atendo-se, unicamente, aos planos ou seguros de assistência médica individuais ou familiares, aponta a nulidade da denúncia unilateral (excepcionando os casos de fraude ou inadimplemento da mensalidade por período superior a sessenta dias, a cada ano de vigência do contrato).

Sobreleva anotar, contudo, que o pacto sob exame refere-se exclusivamente a plano ou seguro de assistência à saúde de contratação coletiva, devidamente definido no artigo 4º da Resolução nº 14 do Conselho de Saúde Suplementar, como sendo aquele em que, embora oferecido por pessoa jurídica para massa delimitada de beneficiários, tem adesão apenas espontânea e opcional de funcionários, associados ou sindicalizados, com ou sem a opção de inclusão do grupo familiar ou dependente.

Acrescenta-se, aliás, que a referida resolução, especificamente em seu artigo 6º, ao regulamentar o artigo 13 da Lei nº 9656/98, preceitua a possibilidade também de denúncia unilateral no plano ou seguro coletivo, empresarial ou por adesão, por motivos de inelegibilidade ou perda dos direitos de titularidade, denotando-se, assim, a cristalina intenção do legislador em vedar a renúncia unilateral, apenas, nos planos ou seguros de assistência médica individuais ou familiares.

Não subsiste, ainda, a argumentação subsidiária da recorrente no sentido de que a rescisão unilateral do contrato afrontaria o sistema de proteção ao consumidor, a despeito da não aplicação da legislação específica.

Na realidade, o Código de Defesa do Consumidor considera abusiva e, portanto, nula de pleno direito, a cláusula contratual que autoriza o fornecedor a rescindir o contrato unilateralmente, se o mesmo direito não for concedido ao consumidor, o que, na espécie, incontrovertidamente, não se verificou.

Deve ser ressaltado, também, não se afigurar escorreito que o contrato de Assistência Médica e Hospitalar coletivo, por prazo indeterminado, estabelecido entre a recorrente, empresa de administração e corretagem de seguros, tendo como segurados seus empregados e respectivos dependentes, ainda que de adesão, eternize-se, impedindo a denúncia, prevista contratualmente e não vedada em lei, quando não mais remanesça o interesse econômico em dar-lhe continuidade.

Entendimento contrário propiciaria o comprometimento financeiro de toda entidade privada do seguimento de prestação de serviço à saúde, incorrendo em inequívoco desestímulo à atividade, obrigando-lhes a suportar prejuízos decorrentes do desequilíbrio econômico.

O entendimento do STJ acerca da rescisão unilateral de contratos coletivos, portanto, não foi pacificado. Trata-se de nova questão no setor de planos de saúde, originária de um momento pós-regulação. Somente o tempo dirá o quanto o Tribunal será

demandado a resolver a questão. O crescimento da contratação na forma coletiva e a injustificada omissão da ANS nesse ponto, todavia, são fortes indícios de que caberá ao Poder Judiciário, mais uma vez, pacificar o setor de planos de saúde.

6.2.11 Reajustes por mudança de faixa etária e o Estatuto do Idoso

Em 1º de janeiro de 2004 entrou em vigor a Lei nº 10.741/03, conhecida como Estatuto do Idoso. Dentre as suas medidas protetivas está a vedação de práticas discriminatórias a idosos nos planos de saúde (artigo 15, § 3º): “É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”.

Desde a data em que o Estatuto do Idoso entrou em vigor estabeleceu-se uma controvérsia quanto a sua aplicabilidade aos contratos assinados antes dela, assim como ocorreu com o Código de Defesa do Consumidor.

A ANS, ao adaptar sua regulamentação de reajustes por mudança de faixa etária, optou pela interpretação mais restritiva da lei, sustentando que o Estatuto se aplica apenas aos contratos firmados a partir de sua entrada em vigor. Para os contratos firmados anteriormente ao Estatuto permaneceriam as regras de reajuste válidas à época da contratação.

O entendimento adotado pela ANS não foi unânime. O Idec sustenta que, sendo o contrato de plano de saúde de trato sucessivo, e a Lei nº 10.741/03 de interesse social e regulamentadora de proteção ao idoso prevista na Constituição Federal, sua aplicabilidade é imediata, incluindo todos os fatos ocorridos em planos de saúde a partir de sua entrada em vigor, independentemente da data de assinatura do contrato.

A legislação, por sua vez, assim como a sociedade, tende a evoluir, e não faz sentido “prender” o consumidor à legislação do momento da assinatura de um contrato desse tipo, se surge uma legislação posterior, de interesse social. Assim, quando são editadas leis como o Estatuto do Idoso, que são de interesse social, sua aplicação deve ser imediata, incidindo sobre todas as relações que, na execução do contrato de trato sucessivo, acontecerem a partir da edição dessa nova lei.

Não é qualquer lei que tem esse efeito de aplicação imediata, mas somente aquelas que são consideradas de ordem pública ou de interesse social, e não é qualquer contrato que é afetado, mas apenas aqueles que, por suas peculiaridades – expressas acima –, são classificados como contratos de trato sucessivo (IDEC, 2008).

Judicializada a questão, o STJ manifestou-se em julgamento de 25/3/08, esposando a tese de que o Estatuto do Idoso se aplica aos contratos celebrados antes de sua entrada em vigor, para fatos ocorridos durante a sua vigência. Afastou-se, então, a cobrança de reajuste por mudança de faixa etária.

Direito civil e processual civil. Recurso especial. Ação revisional de contrato de plano de saúde. Reajuste em decorrência de mudança de faixa etária. Estatuto do idoso. Vedada a discriminação em razão da idade.

- O Estatuto do Idoso veda a discriminação da pessoa idosa com a cobrança de valores diferenciados em razão da idade (art. 15, § 3º).

- Se o implemento da idade, que confere à pessoa a condição jurídica de idosa, realizou-se sob a égide do Estatuto do Idoso, não estará o consumidor usuário do plano de saúde sujeito ao reajuste estipulado no contrato, por mudança de faixa etária.

- A previsão de reajuste contida na cláusula depende de um elemento básico prescrito na lei e o contrato só poderá operar seus efeitos no tocante à majoração das mensalidades do plano de saúde, quando satisfeita a condição contratual e legal, qual seja, o implemento da idade de 60 anos.

- Enquanto o contratante não atinge o patamar etário preestabelecido, os efeitos da cláusula permanecem condicionados a evento futuro e incerto, não se caracterizando o ato jurídico perfeito, tampouco se configurando o direito adquirido da empresa seguradora, qual seja, de receber os valores de acordo com o reajuste predefinido.

- Apenas como reforço argumentativo, porquanto não prequestionada a matéria jurídica, ressalte-se que o art. 15 da Lei n.º 9.656/98 faculta a variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de planos de saúde em razão da idade do consumidor, desde que estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS. No entanto, o próprio parágrafo único do aludido dispositivo legal veda tal variação para consumidores com idade superior a 60 anos.

- E mesmo para os contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei n.º 9.656/98, qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de 60 anos de idade está sujeita à autorização prévia da ANS (art. 35-E da Lei n.º 9.656/98)⁸⁴.
- Sob tal encadeamento lógico, o consumidor que atingiu a idade de 60 anos, quer seja antes da vigência do Estatuto do Idoso, quer seja a partir de sua vigência (1º de janeiro de 2004), está sempre amparado contra a abusividade de reajustes das mensalidades com base exclusivamente no alçar da idade de 60 anos, pela própria proteção oferecida pela Lei dos Planos de Saúde e, ainda, por efeito reflexo da Constituição Federal que estabelece norma de defesa do idoso no art. 230.
- A abusividade na variação das contraprestações pecuniárias deverá ser aferida em cada caso concreto, diante dos elementos que o Tribunal de origem dispuser.
- Por fim, destaque-se que não se está aqui alçando o idoso a condição que o coloque à margem do sistema privado de planos de assistência à saúde, porquanto estará ele sujeito a todo o regramento emanado em lei e decorrente das estipulações em contratos que entabular, ressalvada a constatação de abusividade que, como em qualquer contrato de consumo que busca primordialmente o equilíbrio entre as partes, restará afastada por norma de ordem pública. Recurso especial não conhecido.” (Recurso Especial nº 809.329/RJ, relatora Ministra Nancy Andrighi)

A decisão não foi unânime, e o Tribunal provavelmente será chamado em outras ocasiões para se manifestar sobre o mesmo tema, não sendo possível afirmar que já está pacificada posição do STJ sobre a aplicabilidade do Estatuto do Idoso aos planos de saúde.

⁸⁴ Nesse ponto, vale lembrar que o artigo citado na ementa em questão encontra-se suspenso em razão de liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da ADIn 1931. Tal fato não invalida, todavia, as demais argumentações exaradas na decisão em questão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

“A simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a Recurso Extraordinário”. A Súmula 454 resume o cerne da resposta dada pelo Supremo Tribunal Federal às demandas que lhe são apresentadas referentes a conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde. As discussões dizem respeito, em grande parte, a negativas ou limitações de cobertura ou assistência médica, situações em que a possibilidade de haver ofensa ao direito constitucional à saúde é evidente, mas o Tribunal opta por analisá-las como relações contratuais de consumo. O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça não difere do adotado pelo Supremo Tribunal Federal. A legislação mais aplicada é o Código de Defesa do Consumidor, e a Constituição dificilmente é citada.

A visão consumerista da relação entre usuário e plano de saúde tem, na maioria dos casos estudados, garantido ao demandante a concessão da tutela requerida. Do ponto de vista prático, a decisão favorável tem o efeito de preservação do direito à saúde do indivíduo em seu aspecto subjetivo: concede-se o procedimento ou a prótese, limitações de internação são rechaçadas etc.. Mas as justificativas utilizadas pelo STJ para concessão da tutela requerida – e pelo STF para não apreciação da demanda – não afirmam o direito à saúde como um direito fundamental que deve ser preservado nas relações entre usuários e operadoras de planos de saúde.

Em sua face social, o direito à saúde é garantido quando, para preservá-lo, são impostos limites aos comportamentos humanos. As decisões judiciais até colocam limite no comportamento das operadoras de planos de saúde, condenando-as, mas o fazem por outro motivo: para preservação do equilíbrio contratual na relação de consumo.

É verdade que o Código de Defesa do Consumidor é uma lei de caráter principiológico, que visa promover a igualdade material entre as partes na relação de consumo. Ao afastar cláusulas e práticas abusivas, é instrumento de promoção de justiça nessas relações de consumo. O recurso exclusivo ao Código no julgamento das demandas sobre planos de saúde, todavia, não garante a efetivação do direito à saúde em todos os seus aspectos, prevalecendo uma visão individualista das relações entre usuário e operadora. Ao

sequer mencionar o direito à saúde, o julgador coloca em segundo plano a relevância pública do serviço de saúde analisado.

No tocante ao perfil dos conflitos julgados pelo STJ, nota-se a preponderância de demandas referentes a negativa ou limitação de cobertura ou assistência médica. Todas as ações estudadas foram propostas por usuários, aos quais na maioria dos casos foi dada razão.

Também se observa a reiteração de demandas que versam sobre os mesmos temas, como exclusões de cobertura de AIDS ou limitações temporais de internação em Unidade de Terapia Intensiva. Há indícios de resistência das operadoras em cumprir a legislação, apesar das condenações judiciais. Fatores como o desconhecimento de direitos por muitos usuários, burocracia e morosidade judicial podem ser encorajadores desse tipo de conduta. Por outro lado, tem potencialidade para causar efeito reverso a mudança de paradigma do STJ acerca da reparação por danos morais.

A forte presença de discussões sobre limitações em contratos antigos chama a atenção para a necessidade de que haja uma regulação efetiva desse tipo de plano de saúde. Enquanto a ANS não incorporar à sua regulamentação aquilo que já está pacificado na Justiça e aplicar a Constituição e o Código de Defesa do Consumidor na interpretação da Lei de Planos de Saúde e no suprimento de suas lacunas, inclusive no exercício da atividade fiscalizatória e punitiva, não se atinge uma estabilidade mínima setorial, e os conflitos continuarão sendo resolvidos, caso a caso, no Poder Judiciário.

As lacunas na Lei de Planos de Saúde são outro fator de potencial conflituosidade nos planos de saúde. Para que eventuais aperfeiçoamentos da Lei 9.656/98 sejam frutuosos na estabilização das relações no setor, precisam abordar pontos que são sensíveis à sociedade, como a necessidade de discussão de limitações ao reajuste por mudança de faixa etária, o estabelecimento de regras claras para credenciamento e descredenciamento de prestadores de serviço – não se restringindo apenas a hospitais –, a criação de regras para transição de contratos coletivos para individuais, e a vedação de rescisão unilateral de contratos coletivos. Nesse último ponto, demandas começam a chegar no Superior Tribunal de Justiça. Dada a concentração cada vez maior das contratações de planos de saúde na forma coletiva, há fortes indícios de que estarão cada vez mais presentes.

O estudo realizado sobre o posicionamento dos Tribunais Superiores na análise dos conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde forneceu alguns elementos importantes para a compreensão do setor, como a predominância de visão contratualista no julgamento das demandas. Suficiente para solução do conflito que deu ensejo à ação judicial, tais escolhas não parecem contribuir para a construção de uma política pública una de saúde, que reforce a necessidade do Estado garantir o exercício do direito à saúde pelo cidadão, seja prestando diretamente os serviços, seja regulamentando-os, fiscalizando-os e controlando-os em um setor no qual um quinto da população está inserido.

BIBLIOGRAFIA

ACIOLE, Giovanni Gurgel. **A saúde no Brasil – cartografias do público e do privado**. Campinas – São Paulo: Hucitec, 2006.

AGUIAR JR., Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 14, abr./jun. 1995, p. 20-27.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ALMEIDA, Célia. **O mercado privado de serviços de saúde no Brasil: panorama atual e tendências de assistência médica suplementar**. Brasília: Ipea, 1998.

ANDRIGHI, Nancy. **O papel do Poder Judiciário em uma democracia representativa**. Brasília: BDJur, 2003. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/11473/1/Papel_Poder_Judici%C3%A1rio_Democracia_Representativa.pdf>. Acesso em: 19.01.09.

ANS. **Caderno de Informação da Saúde Suplementar – beneficiários, operadoras e planos**. Rio de Janeiro: dez./2008. Disponível em: <www.ans.gov.br>. Acesso em: 18.01.09.

_____. **Evolução do Registro de Operadoras: Brasil, 1999-2007**. Disponível em: <www.ans.gov.br>. Acesso em: 20.01.08.

_____. **Série Planos de Saúde: conheça seus direitos**. Rio de Janeiro: ANS, 2005. Disponível em: <www.ans.gov.br>. Acesso em: 23.01.08.

ARAUJO, Luiz Alberto David. O conceito de “Relevância Pública” na Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v.5, n.2, jul. 2004, p. 90-97.

_____; NUNES JR., Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BAHIA, Ligia. **Mudanças e padrões das relações público-privado: seguros e planos de saúde no Brasil**. 2000. Tese (Doutorado em Saúde Pública). Faculdade de Medicina, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2000.

_____ et al. **Os planos de saúde empresariais: tensões entre a concepção de benefício social e a regulação do mercado de assistência médica suplementar**. Rio de Janeiro: ANS, 2001a.

_____. Planos privados de saúde: luzes e sombras no debate setorial dos anos 90. **Revista Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 6, nº 2, 2001b, p. 329-339.

_____. **Risco, seguro e assistência suplementar**. Rio de Janeiro: ANS, 2001c.

_____. Segmentação da demanda dos planos e seguros privados de saúde: uma análise das informações da PNAD/98. **Revista Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 7, nº 4, 2002, p. 671-686.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. **Relatório final da CPI de planos de saúde**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Seminário Direitos Humanos das Mulheres: A proteção internacional**. Disponível em: <http://dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm>. Acesso em: 05.08.07.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. **Sistema Único de Saúde: Comentários à Lei Orgânica da Saúde**. 3. ed. Campinas: Unicamp, 2001.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos. In: ASSOCIAÇÃO JUÍZES PARA A DEMOCRACIA. **Direitos Humanos, Visão Contemporânea**. São Paulo: Método, 2001.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. **Aporte de recursos públicos para planos privados de saúde: subsídios para apresentação do tema.** Brasília: CNS, 2005.

_____. **Regulamentação dos planos de saúde – notas preliminares.** In **Simpósio Regulamentação de Planos de Saúde.** Brasília: Câmara dos Deputados, 2001.

DALLARI, Dalmo; DALLARI, Sueli Gandolfi. **El derecho a la salud en la nueva constitución brasileña.** Washington: OPAS, 1992.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito à saúde. **Revista de Saúde Pública,** São Paulo, v. 22, nº 1, 1988, p. 57-63.

_____. Direito Sanitário. In: ARANHA, Márcio Iorio (Org.). **Direito Sanitário e Saúde Pública.** Brasília, v. 1, 2003, p. 39-61.

_____. **O conceito constitucional de relevância pública.** Brasília: OPAS, 1992.

DPDC. **DPDC aponta principais queixas dos consumidores sobre planos de saúde.** Brasília: DPDC, 2003. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/dpdc/main.asp?View=%7B08DEBD27%2D66DA%2D4035%2DBE88%2D27126C102E22%7D&Team=¶ms=itemID=%7BA24F9DA1%2DF8B3%2D449D%2D8276%2DA1FDCAF78DE7%7D%3B&UIPartUID=%7B2218FAF9%2D5230%2D431C%2DA9E3%2DE780D3E67DFE%7D>>. Acesso em: 27.01.09.

_____; FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. In: FLEURY, Sônia. **Saúde e Democracia: a luta do Cebes.** São Paulo: Lemos Editorial, 1997, p. 187-204.

FALCÃO, Joaquim de Arruda. Direito da mulher: igualdade formal e igualdade material. In: AMARAL, Alberto do; MOISÉS, Claudia Perrone (Orgs.). **O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: Edusp, 1998.

FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FARIAS, Luis Otávio; MELAMED, Clarice. **Segmentação do mercado e assistência à saúde**. *Revista Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 8, nº 2, 2003, p. 585-598.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. O conceito de “Relevância Pública” na Constituição Federal. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 5, nº 2, jul. 2004, p. 77-89.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

FILOMENO, José Geraldo Brito. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GAMA, Anete Maria et al. O espaço da regulamentação dos planos e seguros de saúde no Brasil: notas sobre a ação de instituições governamentais e da sociedade civil. **Saúde em Debate**, Rio de Janeiro, v. 26, nº 60, 2002, p. 71-81.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

IBGE. **Dados históricos dos Censos.** Disponível em: <www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censohistorico/1940_1996.shtm>. Acesso em: 20.01.08.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. O conceito de “Relevância Pública” na Constituição de 1988. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 5, nº 2, jul. 2004, p. 68-76.

IDEC. **Lei de Planos de Saúde: nove anos após a Lei 9.656.** São Paulo: Idec, 2007.

_____. **Estudo sobre a aplicação do Estatuto do Idoso aos planos de saúde: a questão dos reajustes por mudança de faixa etária.** São Paulo: Idec, 2008. Disponível em: <http://www.idec.org.br/arquivos/Pesquisa_Aplicao%20do%20Estatuto%20do%20Idoso%20aos.pdf> Acesso em: 07.01.09.

_____. **Relatório do teste de planos de saúde.** São Paulo: Idec, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos subjetivos e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça.** São Paulo: Malheiros, 2002.

LOPES, Jose Reinaldo de Lima (Coord.). Planos de saúde e consumidor: relatório de pesquisa Brasilcon. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 28, out./dez. 1998, p. 137-156.

MARQUES, Claudia Lima. A abusividade nos contratos de assistência à saúde e de assistência médica no Brasil. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, nº 64, jul. 1995, p. 34-77.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

_____. Expectativas legítimas dos consumidores nos planos e seguros privados de saúde e os atuais projetos de lei. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 20, out./dez. 1996, p.71-87.

_____. Planos privados de assistência à saúde: desnecessidade de opção do consumidor pelo novo sistema; opção a depender da conveniência do consumidor; abusividade de cláusula contratual que permite a resolução do contrato coletivo por escolha do fornecedor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 31, jul./set. 1999, p. 129-169.

_____; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e; MIRAGEM, Bruno. **Código de Defesa do Consumidor Comentado**. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

MARTINS, Humberto Eustáquio Soares. **A influência do poder judiciário como instrumento de transformação social**. Brasília: BDJur, 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br2dspace/handle/2011/10291>>. Acesso em: 19.01.09.

MINHOTO, Laurindo. Relevância pública do direito à saúde? **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v.5, nº 2, jul. 2004, p.64-67.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. Os novos paradigmas da teoria contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas do direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000.

OCKÉ-REIS, Carlos Otávio. A reforma institucional do mercado de planos de saúde: uma proposta para a criação de benchmarks. In: PIOLA, Sérgio Francisco; JORGE, Elias Antonio (Orgs.). **Economia da Saúde: 1º Prêmio Nacional – 2004**. Brasília: Ipea, 2005, p. 289-324.

_____. **A regulação dos planos de saúde no Brasil: uma gestão sem política?** Rio de Janeiro: Ipea, 2003.

_____. **Novos modelos de gestão na saúde privada**. Rio de Janeiro: Ipea, 2006.

_____; ANDREAZZI, Maria de Fátima S.; SILVEIRA, Fernando G. **O mercado de planos de saúde no Brasil: uma criação do Estado?** Rio de Janeiro: Ipea, 2005.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Regulamentação dos planos de saúde e proteção da pessoa humana. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 13, nº 51, jul./set. 2004, p. 101-111.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PÓ, Marcos Vinícius. **A accountability no modelo regulatório brasileiro: gênese e indefinições (os casos da ANATEL e da ANS)**. 2004. Dissertação (Mestrado em Administração Pública). Escola de Administração de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, 2004.

SADEK, Maria Tereza. **Judiciário: mudanças e reformas**. *Revista de Estudos Avançados*, São Paulo, v. 18, nº 51, mai./ago. 2004, p. 79-101. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a05v1851.pdf>>. Acesso em: 19.01.09.

SALAZAR, Andréa Lazzarini; GROU, Karina Bozola; SERRANO NUNES JR., Vidal. Assistência privada à saúde: regulamentação, posição Idec e reflexos no sistema público. In: ARANHA, Márcio Iorio (Org.). **Direito Sanitário e Saúde Pública**, Brasília, v. 1, 2003, p. 333-62.

_____; _____. **O SUS pode ser o seu melhor plano de saúde**. São Paulo: Idec, 2003.

_____. **Seu plano de saúde – Conheça os abusos e armadilhas**. São Paulo: Idec, 2007.

SANTOS, Lenir. O direito à saúde na ordem jurídica. In: **Estudos e Pareceres Jurídicos**, São Paulo, nº 5, jan./dez. 1994, p. 48-53.

_____. O poder regulamentador do Estado sobre as ações e serviços de saúde. In: FLEURY, Sônia. **Saúde e Democracia: a luta do Cebes**. São Paulo: Lemos Editorial, 1977, p. 241-279.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde pela Constituição Federal de 1988. In: **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado**, Salvador, nº 11, set./nov. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-INGO%20SARLET.pdf>. Acesso em: 25.01.09.

SCHEFFER, Mário. **Os planos de saúde nos Tribunais: uma análise das ações judiciais movidas por clientes de planos de saúde, relacionadas a negativas de coberturas assistenciais no Estado de São Paulo**. 2006. Dissertação (Mestrado em Ciências). Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, 2006.

SCHWARTZ, Germano André D. A efetivação do direito à saúde. **Revista Direito**, Santa Cruz do Sul, nº 13, jan./jun. 2000, p. 115-128.

SEAE. **O mercado de saúde suplementar no Brasil**. Brasília: Seae, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SLAWINSKI, Cláudia Barbosa Abreu. Breves reflexões sobre a eficácia atual da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo, **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000.

TELLES, Vera da Silva. Direitos sociais: afinal, do que se trata? **Revista da USP**, São Paulo, nº 37, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANEXO A – QUESTIONÁRIO APLICADO NA ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS

I. Número da decisão	
II. Estado	
III. Data do acórdão	
IV. Operadora	
V. STJ - Turma	<input type="checkbox"/> 1. Terceira Turma <input type="checkbox"/> 2. Quarta Turma
VI. Ministro Relator	
VII. Recorrente no STJ	<input type="checkbox"/> 1. usuário ou seu representante <input type="checkbox"/> 2. operadora <input type="checkbox"/> 3. ambos
VIII. Julgamento no STJ – recurso não conhecido	<input type="checkbox"/> 1. mantida decisão favorável ao usuário <input type="checkbox"/> 2. mantida decisão desfavorável ao usuário
IX. Julgamento no STJ – recurso conhecido	<input type="checkbox"/> 1. favorável ao usuário <input type="checkbox"/> 2. desfavorável ao usuário <input type="checkbox"/> 3. parcialmente favorável
X. Julgamento no STJ	<input type="checkbox"/> 1. unânime <input type="checkbox"/> 2. não unânime
XI. Julgamento em 2ª instância	<input type="checkbox"/> 1. favorável ao usuário <input type="checkbox"/> 2. desfavorável ao usuário <input type="checkbox"/> 3. parcialmente favorável
XII. Julgamento em 1ª instância	<input type="checkbox"/> 1. favorável ao usuário <input type="checkbox"/> 2. desfavorável ao usuário <input type="checkbox"/> 3. parcialmente favorável <input type="checkbox"/> 4. não informado
XIII. Autor	<input type="checkbox"/> 1. ação individual – usuário <input type="checkbox"/> 2. ação individual – operadora <input type="checkbox"/> 3. ação coletiva – ONG <input type="checkbox"/> 4. ação coletiva – outro
XIV. Data do fato	<input type="checkbox"/> 1. antes 02/01/99 <input type="checkbox"/> 2. a partir 02/01/99 <input type="checkbox"/> 3. não informado
XV. Forma de contratação do plano de saúde	<input type="checkbox"/> 1. Individual <input type="checkbox"/> 2. Coletivo <input type="checkbox"/> 3. não informado
XVI. Tipo de plano conforme data de contratação	<input type="checkbox"/> 1. antigo <input type="checkbox"/> 2. novo/adaptado <input type="checkbox"/> 3. não informado
XVII. Demanda citada no acórdão	<input type="checkbox"/> 1. procedimento/insumo excluído do contrato <input type="checkbox"/> 2. doença excluída do contrato

	<input type="checkbox"/> 3. imposição de carência ilegal <input type="checkbox"/> 4. limite temporal de internação <input type="checkbox"/> 5. reajuste <input type="checkbox"/> 6. responsabilidade operadora erro médico <input type="checkbox"/> 7. alegação de omissão doença pré-existente <input type="checkbox"/> 8. outro
XVIII. Principal legislação citada	<input type="checkbox"/> 1. CF <input type="checkbox"/> 2. CDC <input type="checkbox"/> 3. Lei nº 9.656/98 <input type="checkbox"/> 4. CC <input type="checkbox"/> 5. outra <input type="checkbox"/> 6. não informado
XIX. Argumentação da decisão favorável ao usuário	<input type="checkbox"/> 1. CF - direito à vida e/ou à saúde e/ou proteção a outro direito fundamental <input type="checkbox"/> 2. cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor <input type="checkbox"/> 3. cláusula limitativa de direito não foi redigida em destaque <input type="checkbox"/> 4. cláusula abusiva <input type="checkbox"/> 5. prática abusiva <input type="checkbox"/> 6. responsabilidade objetiva da operadora <input type="checkbox"/> 7. consumidor não se submeteu a exame pré-admissional/má-fé no preenchimento da declaração de saúde não comprovada <input type="checkbox"/> 8. contrato de trato sucessivo <input type="checkbox"/> 9. não informado <input type="checkbox"/> 10. não há argumento favorável <input type="checkbox"/> 11. se o contrato cobre doença não pode excluir procedimento <input type="checkbox"/> 12. súmula 5 e/ou 7 <input type="checkbox"/> 13. outro
XX. Argumentação da decisão desfavorável ao usuário	<input type="checkbox"/> 1. CF - saúde integral é dever do Estado <input type="checkbox"/> 2. restrições informadas - direito à informação foi respeitado <input type="checkbox"/> 3. Lei nº 9.656/98 – lei permite exclusão do tratamento (estético, experimental etc. – art.10) <input type="checkbox"/> 4. contrato permite prática <input type="checkbox"/> 5. outro <input type="checkbox"/> 6. não informado <input type="checkbox"/> 7. não há argumento desfavorável
XXI. Argumentação da operadora	<input type="checkbox"/> 1. CF - saúde integral é dever do Estado

	<input type="checkbox"/> 2. não é relação de consumo <input type="checkbox"/> 3. restrições informadas – direito à informação foi respeitado <input type="checkbox"/> 4. Lei nº 9.656/98 – lei permite exclusão do tratamento (estético, experimental etc. – art.10) <input type="checkbox"/> 5. aids é epidemia <input type="checkbox"/> 6. carência <input type="checkbox"/> 7. descumprimento contratual não gera dano moral <input type="checkbox"/> 8. doença pré-existente <input type="checkbox"/> 9. contrato permite prática <input type="checkbox"/> 10. inadimplência <input type="checkbox"/> 11. outro <input type="checkbox"/> 12. não informado
XXII. Condição de saúde ou doença citada no acórdão (para situações de recusa de atendimento de doença)	<input type="checkbox"/> 1. câncer <input type="checkbox"/> 2. aids <input type="checkbox"/> 3. outra: <input type="checkbox"/> 4. não informado <input type="checkbox"/> 5. não aplicável
XXIII. Procedimento/insumo negado	<input type="checkbox"/> 1. _____ <input type="checkbox"/> 2. não informado <input type="checkbox"/> 3. não aplicável
XXIV. O questionamento se refere ao reajuste:	<input type="checkbox"/> 1. anual <input type="checkbox"/> 2. por mudança de faixa etária <input type="checkbox"/> 3. por sinistralidade <input type="checkbox"/> 4. outro <input type="checkbox"/> 5. não informado <input type="checkbox"/> 6. não aplicável
XXV. Indenização por danos morais	<input type="checkbox"/> 1. concedida ou mantida <input type="checkbox"/> 2. não concedida ou afastada <input type="checkbox"/> 3. não solicitada ou não informado Valor:
XXVI. Foi destacado trecho a ser citado?	<input type="checkbox"/> 1. sim <input type="checkbox"/> 2. não

ANEXO B – ACÓRDÃOS DO STF

Agravo de Instrumento no Agravo Regimental 658513/MA
Relatora Ministra Cármen Lúcia
Julgamento: 29/4/08

Agravo de Instrumento no Agravo Regimental 610930/MS
Relatora Ministra Cármen Lúcia
Julgamento: 29/4/08

Agravo de Instrumento no Agravo Regimental 681515/RS
Relatora Ministra Cármen Lúcia
Julgamento: 29/4/08

Agravo de Instrumento no Agravo Regimental 644049/RJ
Relatora Ministra Cármen Lúcia
Julgamento: 29/4/08

Agravo de Instrumento no Agravo Regimental 498374/SP
Relator Ministro Gilmar Mendes
Julgamento: 19/2/08

Agravo de Instrumento no Agravo Regimental 528895/SP
Relator Ministro Joaquim Barbosa
Julgamento: 12/6/07

Agravo de Instrumento no Agravo Regimental 635897/BA
Relatora Ministra Ellen Gracie
Julgamento: 04/6/07

Agravo de Instrumento no Agravo Regimental 601713/CE
Relator Ministro Cezar Peluso
Julgamento: 22/5/07

Agravo de Instrumento no Agravo Regimental 560316/RJ
Relator Ministro Ricardo Lewandowski
Julgamento: 5/9/06

Agravo de Instrumento no Agravo Regimental 551003/RJ
Relator Ministro Joaquim Barbosa
Julgamento: 28/3/06

Agravo de Instrumento no Agravo Regimental 563422/DF
Relator Ministro Gilmar Mendes
Julgamento: 14/3/06

Agravo de Instrumento no Agravo Regimental 533565/SP
Relator Ministro Carlos Britto
Julgamento: 21/2/06

Agravo de Instrumento no Agravo Regimental 528896/SP
Relator Ministro Eros Grau
Julgamento: 22/6/05

Agravo de Instrumento no Agravo Regimental 480166/SP
Relatora Ministra Ellen Gracie
Julgamento: 24/5/05

Agravo de Instrumento no Agravo Regimental 470558/MG
Relator Ministro Nelson Jobim
Julgamento: 16/12/03

Agravo de Instrumento no Agravo Regimental 374465/SP
Relator Ministro Ilmar Galvão
Julgamento: 28/6/02

Agravo de Instrumento no Agravo Regimental 347225/SP
Relator Ministro Néri da Silveira
Julgamento: 5/3/02

Agravo de Instrumento no Agravo Regimental 338139/SP
Relator Ministro Carlos Velloso
Julgamento: 18/12/01

ANEXO C – ACÓRDÃOS DO STJ

Recurso Especial 1.589/MG
Relator Ministro Waldemar Zveiter
Julgamento: 20/2/90

Recurso Especial 6.572/SP
Relator Ministro Athos Carneiro
Julgamento: 5/3/91

Recurso Especial 49.731/RJ
Relator Ministro Nilson Naves
Julgamento: 8/11/94

Recurso Especial 74.498/SP
Relator Ministro Ruy Rosado
Julgamento: 27/11/95

Recurso Especial 86.095/SP
Relator Ministro Ruy Rosado
Julgamento: 22/4/96

Recurso Especial 89.412/SP
Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Julgamento: 9/6/97

Recurso Especial 126.407/RJ
Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Julgamento: 28/4/98

Recurso Especial 84.937/SP
Relator Ministro Nilson Naves
Julgamento: 3/11/98

Recurso Especial 160.307/SP
Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Julgamento: 16/3/99

Recurso Especial 158.728/RJ
Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Julgamento: 16/3/99

Recurso Especial 12.677/RJ
Relator Ministro Aldir Passarinho Jr.
Julgamento: 7/10/99

Recurso Especial 229.078/SP

Relator Ministro Ruy Rosado

Julgamento: 9/11/99

Recurso Especial 164.084/SP

Relator Ministro Aldir Passarinho Jr.

Julgamento: 17/2/00

Recurso Especial 242.550/SP

Relator Ministro Aldir Passarinho Jr.

Julgamento: 2/3/00

Recurso Especial 244.841/SP

Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

Julgamento: 3/8/00

Recurso Especial 240.097/SP

Relator Ministro Waldemar Zveiter

Julgamento: 8/8/00

Recurso Especial 123.066/SP

Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

Julgamento: 15/9/00

Recurso Especial 251.024/SP

Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira

Julgamento: 27/9/00

Recurso Especial 254.467/SP

Relator Ministro Ruy Rosado

Julgamento: 19/10/00

Recurso Especial 249.423/SP

Relator Ministro Ruy Rosado

Julgamento: 19/10/00

Recurso Especial 242.180/SP

Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

Julgamento: 26/10/00

Recurso Especial 267.530/SP

Relator Ministro Ruy Rosado

Julgamento: 14/12/00

Recurso Especial 138.059/MG

Relator Ministro Ari Pargendler

Julgamento: 13/3/01

Recurso Especial 293.722/SP
Relatora Ministra Nancy Andrighi
Julgamento: 26/3/01

Recurso Especial 255.064/SP
Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Julgamento: 5/4/01

Recurso Especial 255.065/RS
Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Julgamento: 5/4/01

Recurso Especial 311.509/SP
Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira
Julgamento: 3/5/01

Recurso Especial 234.219/SP
Relator Ministro Ruy Rosado
Julgamento: 15/5/01

Recurso Especial 264.562/SE
Relator Ministro Ari Pargendler
Julgamento: 12/6/01

Recurso Especial 222.339/PB
Relator Ministro Ruy Rosado
Julgamento: 28/6/01

Recurso Especial 214.237/RJ
Relator Ministro Ruy Rosado
Julgamento: 2/8/01

Recurso Especial 300.138/SP
Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Julgamento: 25/9/01

Recurso Especial 309.760/RJ
Relator Ministro Aldir Passarinho Jr.
Julgamento: 6/11/01

Recurso Especial 332.691/SP
Relatora Ministra Nancy Andrighi
Julgamento: 27/11/01

Recurso Especial 305.684/RJ
Relator Ministro Ruy Rosado

Julgamento: 4/12/01

Recurso Especial 399.585/MG

Relator Ministro Ruy Rosado

Julgamento: 23/4/02

Recurso Especial 348.105/SP

Relator Ministro Ruy Rosado

Julgamento: 25/6/02

Recurso Especial 434.699

Relator Ministro Ruy Rosado

Julgamento: 10/9/02

Recurso Especial 258.007/SP

Relator Ministro Aldir Passarinho Jr.

Julgamento: 17/9/02

Recurso Especial 304.326/SP

Relator Ministro Nancy Andrichi

Julgamento: 24/9/02

Recurso Especial 319.707/SP

Relator Ministro Castro Filho

Julgamento: 7/11/02

Recurso Especial 343.698/SP

Relator Ministro Ari Pargendler

Julgamento: 5/12/02

Recurso Especial 459.915/SP

Relator Ministro Ari Pargendler

Julgamento: 6/12/02

Recurso Especial 439.410/SP

Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

Julgamento: 10/12/02

Recurso Especial 435.241/SP

Relator Ministro César Asfor Rocha

Julgamento: 1/4/03

Recurso Especial 222.148/SP

Relator Ministro César Asfor Rocha

Julgamento: 1/4/03

Recurso Especial 334.258/RJ
Relator Ministro Ari Pargendler
Julgamento: 13/5/03

Recurso Especial 519.940/SP
Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Julgamento: 17/6/03

Recurso Especial 541.339/SP
Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Julgamento: 4/12/03

Recurso Especial 402.727/SP
Relator Ministro Castro Filho
Julgamento: 9/12/03

Recurso Especial 598.920/RR
Relator Ministro César Asfor Rocha
Julgamento: 17/2/04

Recurso Especial 534.675/SP
Relator Ministro Humberto Gomes de Barros
Julgamento: 20/4/04

Recurso Especial 519.310/SP
Relatora Ministra Nancy Andrighi
Julgamento: 20/4/04

Recurso Especial 263.564/SP
Relator Ministro Humberto Gomes de Barros
Julgamento: 27/4/04

Recurso Especial 588.536/RJ
Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Julgamento: 3/6/04

Recurso Especial 636.002/RJ
Relator Ministro César Asfor Rocha
Julgamento: 8/6/04

Recurso Especial 356.026/MA
Relator Ministro Fernando Gonçalves
Julgamento: 15/6/04

Recurso Especial 443.672/SP
Relator Ministro César Asfor Rocha
Julgamento: 29/6/04

Recurso Especial 647.712/SP
Relator Ministro Castro Filho
Julgamento: 29/6/04

Recurso Especial 531.281/SP
Relatora Ministra Nancy Andrichi
Julgamento: 10/8/04

Recurso Especial 617.239/MG
Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Julgamento: 14/9/04

Recurso Especial 345.848/RJ
Relator Ministro Barros Monteiro
Julgamento: 4/11/04

Recurso Especial 601.287/RS
Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Julgamento: 7/12/04

Recurso Especial 341.528/MA
Relator Ministro Barros Monteiro
Julgamento: 3/3/05

Recurso Especial 244.847/SP
Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro
Julgamento: 19/5/05

Recurso Especial 193.584/RJ
Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro
Julgamento: 29/5/05

Recurso Especial 601.017/SP
Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Julgamento: 7/6/05

Recurso Especial 602.397/RS
Relator Ministro Castro Filho
Julgamento: 21/6/05

Recurso Especial 259.263/SP
Relator Ministro Castro Filho
Julgamento: 2/8/05

Recurso Especial 357.404/RJ
Relator Ministro Fernando Gonçalves
Julgamento: 4/10/05

Recurso Especial 657.717/RJ
Relatora Ministra Nancy Andrichi
Julgamento: 23/11/05

Recurso Especial 635.975/SP
Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Julgamento: 13/12/05

Recurso Especial 714.947/RS
Relator Ministro César Asfor Rocha
Julgamento: 28/3/06

Recurso Especial 242.084/SP
Relator Ministro Aldir Passarinho Jr.
Julgamento: 25/4/06

Recurso Especial 685.109/MG
Relatora Ministra Nancy Andrichi
Julgamento: 25/9/06

Recurso Especial 880.035/MG
Relator Ministro Jorge Scartezzini
Julgamento: 21/11/06

Recurso Especial 896.247/RJ
Relator Ministro Humberto Gomes de Barros
Julgamento: 21/11/06

Recurso Especial 668.216/SP
Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Julgamento: 15/3/07

Recurso Especial 550.501/SP
Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa
Julgamento: 24/4/07

Recurso Especial 729.891/SP
Relator Ministro Humberto Gomes de Barros
Julgamento: 24/4/07

Recurso Especial 820.379/DF
Relatora Ministra Nancy Andrichi
Julgamento: 28/6/07

Recurso Especial 786.283/RJ
Relator Ministro Ari Pargendler

Julgamento: 9/10/07

Recurso Especial 889.406/RJ
Relator Ministro Massumi Uyeda
Julgamento: 20/11/07

Recurso Especial 466.667/SP
Relator Ministro Aldir Passarinho Jr.
Julgamento: 27/11/07

Recurso Especial 993.876/DF
Relatora Ministra Nancy Andrighi
Julgamento: 6/12/07

Recurso Especial 469.911/SP
Relator Ministro Aldir Passarinho Jr.
Julgamento: 12/2/08

Recurso Especial 986.947/RN
Relatora Ministra Nancy Andrighi
Julgamento: 11/3/08

Recurso Especial 735.168/RJ
Relatora Ministra Nancy Andrighi
Julgamento: 11/3/08

Recurso Especial 964.999/RJ
Relator Ministro Sidnei Beneti
Julgamento: 11/3/08

Recurso Especial 955.716/RJ
Relator Ministro Sidnei Beneti
Julgamento: 11/3/08

Recurso Especial 918.392/RJ
Relatora Ministra Nancy Andrighi
Julgamento: 11/3/08

Recurso Especial 952.144/SP
Relator Ministro Humberto Gomes de Barros
Julgamento: 17/3/08

Recurso Especial 809.329/RJ
Relatora Ministra Nancy Andrighi
Julgamento: 25/3/08

Recurso Especial 1.011.331/RJ

Relatora Ministra Nancy Andrichi
Julgamento: 17/4/08