

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL  
FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI**

**JAIR LUCAS DE SOUZA PROCÓPIO**

**DA RECUSA INDEVIDA DOS PLANOS DE SAÚDE PARA A  
COBERTURA DE CIRURGIA BARIÁTRICA E OS EFEITOS  
NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

**GUARAPARI - ES  
2019**

**JAIR LUCAS DE SOUZA PROCÓPIO**  
**FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI**

**DA RECUSA INDEVIDA DOS PLANOS DE SAÚDE PARA A  
COBERTURA DE CIRURGIA BARIÁTRICA E OS EFEITOS  
NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

**Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Curso de DIREITO das  
Faculdades Doctum de Guarapari,  
como requisito parcial à obtenção do  
título de Bacharel em Direito.**

**Orientador: Prof. Esp. Wanessa Fortes**

## **FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI**

### **FOLHA DE APROVAÇÃO**

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: DA RECUSA INDEVIDA DOS PLANOS DE SAÚDE PARA A COBERTURA DE CIRURGIA BARIÁTRICA E OS EFEITOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, elaborado pelo aluno JAIR LUCAS DE SOUZA PROCÓPIO, foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de DIREITO das Faculdades Doctum de Guarapari, como requisito parcial da obtenção do título de

### **BACHAREL EM DIREITO.**

**Guarapari, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2019.**

---

Prof. Esp. Wanessa Fortes  
Faculdades Doctum de Guarapari  
Orientador

---

Prof. M.e Gildázio Klippel  
Faculdades Doctum de Guarapari

---

Prof. Esp. Rubens Filho  
Faculdades Doctum de Guarapari

Suba o primeiro degrau com fé. Não é necessário que você veja toda a escada, apenas dê o primeiro passo. (**Martin Luther King**)

# DA RECUSA INDEVIDA DOS PLANOS DE SAÚDE PARA A COBERTURA DE CIRURGIA BARIÁTRICA E OS EFEITOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Jair Lucas de Souza Procópio<sup>1</sup>

Esp. Wanessa Fortes<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo tem como objetivo principal averiguar as cláusulas abusivas que se encontram nos contratos de adesão dos planos de saúde, em relação à cirurgia bariátrica após 01 de janeiro de 1999. Além de doutrinas e legislação, algumas jurisprudências serão anexadas para melhor compreensão do estudo, tendo como foco a demonstração dos requisitos necessários para a realização da cirurgia em consonância com a legislação, levando em conta o disposto na Agência Nacional da Saúde (ANS), os direitos previstos na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor. No que se refere às técnicas de pesquisa, o trabalho foi construído com base na documentação indireta, em especial pesquisa bibliográfica de vários campos distintos do direito. Por fim, conclui-se que o problema da obesidade não é meramente estético, vai muito além, e considerado pelo Conselho Federal de Medicina como doença, e se não tratada causará vários outros problemas de saúde.

**Palavras-chave:** Cirurgia Bariátrica. Plano de Saúde. Cláusula Abusiva. Direito do Consumidor.

## 1 INTRODUÇÃO

Neste artigo vamos tratar das polêmicas recusas dos planos de saúde para a realização da cirurgia bariátrica ou gastroplastia, verificando a necessidade do procedimento e a obrigatoriedade da cobertura por parte dos planos de saúde, tendo em vista o risco à saúde dos pacientes, demonstrando de forma fundamentada que não se refere apenas a procedimento estético, uma vez que trata-se de uma cirurgia em prol da saúde, como será apresentado no decorrer dos estudos.

No Brasil, mais da metade da população sofre com o sobrepeso. De acordo com a pesquisa realizada pelo Ministério da Saúde em 2018, mostra que 18,9% da

---

<sup>1</sup> Graduando em direito. E-mail: jairlucas.direito@gmail.com

<sup>2</sup> Especialista em Direito Privado. E-mail: wanessa.fortes@doctum.edu.br

população acima de 18 anos são obesas. Muitas das tentativas para redução de peso em casos de pacientes com obesidade mórbida se tornam ineficientes, necessitando de intervenção cirúrgica, neste caso, a cirurgia bariátrica.

Além disso, será indagada sobre a relação de consumo presentes nos contratos de adesão firmados entre a concessionária e o consumidor, demonstrando assim, a presença do Direito do Consumidor em tais situações e a sua aplicabilidade, bem como a do Direito Constitucional, no que tange os direitos e garantias fundamentais, nas quais devem ser respeitadas.

Por fim, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) tem o dever de regulamentar os planos de saúde e fiscalizar no mercado, enquanto a nossa Constituição Federal tem a sua base como garantia fundamental e da dignidade da pessoa humana para não ferir os direitos dos cidadãos, desta forma, criou o Código de Defesa do Consumidor para resguardar os direitos do consumidor e impedir práticas e cláusulas abusivas. Lembrando que o consumidor é parte vulnerável nas relações de consumo, e por esse motivo deve-se aplicar regras específicas com o intuito de evitar tais práticas.

## **2 CONCEITO DE CIRURGIA BARIÁTRICA**

De acordo com a Sociedade Brasileira de Cirurgia Bariátrica ou Metabólica – SBCBM, a cirurgia bariátrica e metabólica, também conhecida como cirurgia da obesidade, ou, popularmente, redução de estômago, reúne técnicas com respaldo científico, destinadas ao tratamento da obesidade mórbida e ou obesidade grave e das doenças associadas ao excesso de gordura corporal ou agravadas por ele.

Neste mesmo entendimento, conceitua Botolini, (2013) “Também conhecida como gastroplastia ou cirurgia de redução de estômago, a cirurgia bariátrica é realizada em pacientes com nível de obesidade avançado, onde as atividades físicas já não fazer mais efeito para a redução de peso, é um procedimento a ser utilizado quando já se esgotaram todas as alternativas de tratamento, sendo este, o último recurso para a perda de peso. A obesidade pode gerar grandes alterações no estado de saúde dos pacientes, tais como, hipertensão, diabetes e disfunções respiratórias”.

## 2.1 Da Necessidade da Cirurgia Bariátrica

O Ministério da Saúde estabelece alguns requisitos para a realização da cirurgia bariátrica conforme o art. 3º, § 3º da portaria 424/2013, *in verbis*:

Art. 3º Para os fins desta Portaria, as atribuições gerais dos pontos de atenção à saúde do SUS para prevenção e tratamento do sobrepeso e obesidade serão definidos a partir da classificação do estado nutricional do indivíduo segundo o Índice de Massa Corporal (IMC) para adultos.

§ 3º No caso de indivíduos adultos, considera-se com sobrepeso aqueles que apresentem  $IMC \geq 25 \text{ kg/m}^2$  e  $< 30 \text{ kg/m}^2$  e com obesidade aqueles com  $IMC \geq 30 \text{ kg/m}^2$ , sendo a obesidade classificada em:

**I - Grau I: indivíduos que apresentem  $IMC \geq 30 \text{ kg/m}^2$  e  $< 35 \text{ kg/m}^2$ ;**

**II - Grau II: indivíduos que apresentem  $IMC \geq 35 \text{ kg/m}^2$  e  $< 40 \text{ kg/m}^2$ ; e**

**III - Grau III: indivíduos que apresentem  $IMC \geq 40 \text{ kg/m}^2$ . (GRIFO NOSSO)**

Devem ser observados:

- I. Indivíduos que não responderam ao tratamento clínico longitudinal, que inclui orientação e apoio para mudança de hábitos, realização de dieta, atenção psicológica, prescrição de atividade física e, se necessário, farmacoterapia, realizado na Atenção Básica e/ ou Atenção Ambulatorial Especializada por no mínimo dois anos e que tenham seguido protocolos clínicos;
- II. Respeitar os limites clínicos de acordo a idade. Nos jovens entre 16 e 18 anos, poderá ser indicado o tratamento cirúrgico naqueles que apresentarem o score-z maior que +4 na análise do IMC por idade, porém o tratamento cirúrgico não deve ser realizado antes da consolidação das epífises de crescimento. Portanto, a avaliação clínica do jovem necessita constar em prontuário e deve incluir: a análise da idade óssea e avaliação criteriosa do risco-benefício, realizada por equipe multiprofissional com participação de dois profissionais médicos especialistas na área. Nos adultos com idade acima de 65 anos, deve ser realizada avaliação individual por equipe multiprofissional, considerando a avaliação criteriosa do risco-benefício, risco cirúrgico, presença de comorbidades, expectativa de vida e benefícios do emagrecimento;

- III. O indivíduo e seus responsáveis devem compreender todos os aspectos do tratamento e assumirem o compromisso com o segmento pós-operatório, que deve ser mantido por tempo a ser determinado pela equipe;
- IV. Compromisso consciente do paciente em participar de todas as etapas da programação, com avaliação pré-operatória rigorosa (psicológica, nutricional, clínica, cardiológica, endocrinológica, pulmonar, gastroenterológica, anestésica).

Insta destacar a necessidade da cirurgia reparadora após a realização da cirurgia bariátrica devido ao excesso de pele decorrente a rápida perda de peso, o que pode ensejar a várias complicações como limitação da atividade profissional e impossibilidade de movimentação pelo excesso de pele.

A título de fundamentação muitos julgados reconheceram a necessidade da realização da cirurgia reparadora da bariátrica, como se pode notar:

**Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. PLANO DE SAÚDE. CIRURGIA PLÁSTICA. ABDÔMEM DE AVENTAL. NEGATIVA DE COBERTURA. PACIENTE PÓS-BARIÁTRICA. NECESSIDADE DE COBERTURA. CIRURGIA REPARADORA E NÃO ESTÉTICA. DANO MORAL CARACTERIZADO. majoração do quantum indenizatório. RECURSO CONHECIDO MAS NÃO PROVIDO. I - Preliminar - nulidade - incompetência - há muito deixou a 10ª Vara Cível de Vitória de tratar-se exclusivamente de questões relativas às relações de consumo, possuindo aliás, todas as Varas Cíveis da Capital, competência para causas desta natureza. Ademais, é evidente a relação de consumo no caso em tela, estando o tema mais do que batido no Direito pátrio, não merecendo sequer maiores digressões, eis que já superada. Precedentes. II - **O próprio Superior Tribunal de Justiça já se viu instado a se manifestar, firmando entendimento de que em casos como tais, a cirurgia para retirada do "abdômen de avental", é essencial à saúde do paciente "pós-bariátrica", em nada se caracterizando como mera cirurgia estética.** Precedentes: REsp Nº 1.172.348 - PE, Rel. Min. Luis Felipe Salomão; REsp 1136475/RS, Rel. Min. Massami Uyeda e AI nº 978.939 - RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi. III - "A seguradora não está habilitada, tampouco autorizada a limitar as alternativas possíveis para o restabelecimento da saúde do segurado, sob pena de colocar em risco a vida do consumidor. (...) Assegura-se o lucro, desde que assumidos os riscos inerentes à tutela da saúde, tais como expostos na Constituição Federal, que não podem ficar somente a cargo do consumidor-segurado; fatar a doença, ademais, não é o modo mais correto para obtenção de lucro." (REsp 1053810/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 15/03/2010) IV - **"É evidente o dano moral sofrido por aquele que, em momento delicado de necessidade, vê negada a cobertura médica esperada.** Precedentes do STJ. Recurso especial provido." (Resp 1054856/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 5/11/2009, DJe 18/11/2009). V - O valor arbitrado pelo Juízo de piso (R\$ 3.000,00) merece ser majorado, principalmente em função do caráter disciplinador, inerente à quantificação de tais danos, dada a certeza e obviedade do direito da Segurada em ver coberta a cirurgia. **Ademais, os**



**transtornos e frustrações criados e impostos na pacientes pelo seu Plano, fogem ao mero descumprimento contratual, vão além do mero dissabor comum de nosso cotidiano, atingindo mesmo questões, pessoais, psicológicas, estéticas, que formam um conjunto de fatores tormentosos para qualquer cidadão comum, o que impõe a majoração do dano** fixado.VI - A indenização por dano moral deve representar, para a vítima, algo capaz de amenizar o sofrimento que lhe foi causado, e, ao causador do evento danoso, um alerta preventivo para que a situação não se repita, sem que haja, obviamente, um enriquecimento indevido do destinatário do quantum indenizatório. (APELAÇÃO CÍVEL N.º 24010021673).VII - Indenização fixada em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) VIII - Apelo interposto por PASA - Plano de Assistência à Saúde do Aposentado da CVRD - mas não provido, e Apelo de Sheila Maria Ferreira Cassa e Eduardo Antônio Moreira Cassa, provido. (TJES, Classe: Apelação Cível, 24070622345, Relator : MAURÍLIO ALMEIDA DE ABREU, Órgão julgador: QUARTA CÂMARA CÍVEL , Data de Julgamento: 05/03/2012, Data da Publicação no Diário: 26/03/2012). (TJ-ES - AC: 24070622345 ES 24070622345, Relator: MAURÍLIO ALMEIDA DE ABREU, Data de Julgamento: 05/03/2012, QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 26/03/2012)

**EMENTA:** AGRAVO DE INSTRUMENTO. Realização de cirurgia reparadora pós-bariátrica. Preenchimento dos requisitos e critérios médicos necessários. Demora injustificável do estado em sua realização. **Cirurgia reparadora que constitui etapa inerente ao procedimento operatório bariátrico.** Promoção da saúde. Dever afeito aos poderes públicos, consoante a sistemática estabelecida pelo Sistema Único de Saúde. Pleito deduzido pela parte agravante que pede seja deferido e prestigiado, assim como o direito à vida e à saúde, ambos de índole constitucional, situados em plano que se encontra acima de eventuais questões de índole orçamentária, burocrática, procedimental e administrativa. Provas suficientes, o bastante, a demonstrar a necessidade do autor à realização da cirurgia que almeja, em continuidade procedimento cirúrgico bariátrico realizado na rede pública de saúde. Pretensão dotada de contundente lastro fático e jurídico. Recurso provido. (TJ-SP - AI: 21155242620148260000 SP 2115524-26.2014.8.26.0000, Relator: Ronaldo Andrade, Data de Julgamento: 07/10/2014, 3ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 13/10/2014) **(GRIFO NOSSO)**

Desta forma, é visível o direito pleiteado pelo paciente em relação à cirurgia reparadora. Assim, restando evidente a necessidade do procedimento cirúrgico pós-bariátrica, uma vez que esse é indispensável para o bom resultado, trazendo melhor qualidade de vida ao paciente e, além disso, evitando graves complicações por conta da não realização do procedimento.

### **3 PLANOS DE SAÚDE E O REFLEXO NO DIREITO DO CONSUMIDOR**

Plano de saúde é um serviço prestado por operadoras de empresas privadas com o intuito de prestar assistência médica e hospitalar, buscando administrar os meios necessários para o custeio da assistência à saúde ao consumidor.

Isso se trata que todas as relações de consumos, os planos de saúde tem obrigação de fornecer o serviço, que se vinculam a obrigação de fazer se tratando da natureza jurídica de direito privado, embora o compromisso do direito e obrigações pelas normas reguladoras do contrato de adesão, nela não podendo o consumidor discutir, nem modificar conforme o artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor que se trata sobre o contrato de adesão:

Art. 54. Contrato de adesão é 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.

Desta forma, é importante destacar que, o fornecedor não deve abusar de sua condição no contrato de adesão, não podendo indicar normas e cláusulas abusivas ao consumidor, a fim de que este tenha que gastar demasiadamente sobre os planos de saúde, ou até mesmo passe por situações constrangedoras.

Importante destacar que o plano de saúde deverá arcar todos os custos do tratamento médico dos procedimentos de cirurgia bariátrica, que não são estéticos e sim evitando os problemas de saúde futura, portanto os procedimentos são cuja cobertura obrigatória aos planos de saúde, que é meramente exemplificativo pela indicação médica específica desta realização.

### **3.1 Da Responsabilidade civil nas Relações de Consumo**

Dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXII, que diz: “O Estado promoverá, na forma da lei, a Defesa do Consumidor”, é que surge em 11 de setembro de 1990 a Lei 8.078, intitulada de “Código de Defesa do Consumidor”. Tal dispositivo provocou grande mudança na responsabilidade civil, criando um novo ramo desta disciplina, que é a responsabilidade civil nas relações de consumo.

Trata-se de reparação objetiva pelo dano causado ao consumidor por um produto ou serviço que o fornecedor lança no mercado. Com base na teoria do risco do empreendimento, o fornecedor é responsável pelos produtos e serviços disponibilizados aos consumidores, e, em caso de dano, responde o fornecedor objetivamente por este.

### **3.2 Responsabilidade Civil nos Planos De Saúde**

A relação estabelecida entre o consumidor e a operadora, e uma relação de consumo, onde a operadora do plano tem o dever de prestar a devida assistência consumo conforme o plano contratado pelo consumidor. Desta forma, o consumidor paga pela prestação de serviço ofertado pela operadora.

No entanto, tal prestação é futura e incerta, uma vez que não se sabe se o consumidor fará uso ou não da cobertura oferecida. O que se tem é que quando necessário o plano deverá dar a devida assistência, nos moldes do contrato, para a recuperação da saúde do consumidor.

O que Ocorre, e que, às operadoras dos planos de saúde, abusam do seu poder de administração das coberturas e não prestam devidamente o serviço ao consumidor, negando cobertura em face de carência, limitando o tempo da cobertura, praticando vários atos ilegais e abusivos frente ao nosso ordenamento jurídico.

O Código de Defesa do Consumidor é taxativo ao informar que devem ser banidas as cláusulas que tornem o contrato excessivamente oneroso a uma das partes, neste caso os beneficiários do plano. É dessa forma que se inicia a responsabilidade por parte da operadora do plano de saúde, não somente de uma responsabilidade, e sim de várias situações fáticas que ensejam dano ao beneficiário e em consequência deve ser reparado pela operadora.

Uma vez celebrado o contrato de prestação de serviços entre o consumidor e a operadora do plano, pode-se dizer que já estabelece a obrigação contratual, ou seja, a operadora deverá prestar a devida assistência nos moldes do contrato.

Dessa forma tem-se então a responsabilidade objetiva da operadora em prestar o serviço de assistência à saúde sem necessitar saber se o consumidor deu causa ou não à ocorrência do serviço, é dever implícito no contrato.

Dentre as variáveis que emergem dessa relação jurídica, o presente trabalho se atem as principais, ou melhor, as mais cotidianas, as que exaustivamente são debatidas nos Tribunais pátrios. Vejamos:

“AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS - PLANO DE SAÚDE - RECUSA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO COBERTO PELO CONTRATO - DANOS CONSUBSTANCIADOS - OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR RECONHECIDA - QUANTUM - REDUÇÃO - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - NÃO-OCORRÊNCIA. A negativa indevida do plano de saúde em prestar um serviço coberto pelo contrato celebrado entre as partes constitui violação ao patrimônio ideal da pessoa, colocando-a, num momento extremamente delicado, em uma situação constrangedora,

devendo, pois, ser indenizada. O dano simplesmente moral, sem repercussão no patrimônio, não há como ser provado. Ele existe tão-somente pela ofensa e dela é presumido, sendo o bastante para justificar a indenização. (...)”.(TAMG - Ap. 370946-8 - Rel. Juiz Mariné da Cunha - 5ª C. Civil. - J. 07.11.2002)

### 3.3 Das práticas e cláusulas abusivas

No que se refere às cláusulas abusivas, ressalta-se que o Código de Defesa do Consumidor (CDC), estabelece de forma expressa o rol de cláusulas abusivas presentes nas relações de consumo. Entretanto, entendem-se como prática abusiva, alguns fatores comportamentais na esfera contratual, mais especificamente no contrato de adesão, no qual é encontrada a relação de consumo entre a operadora de serviço à saúde e o consumidor, que possuem como condição a abusividade, demonstrando práticas ofensivas ao consumidor, parte vulnerável dessa relação, abusando de sua boa-fé, para poder preservar determinadas situações que representem desvantagem ao consumidor.

#### 3.3.1 Das Práticas Abusiva.

Cabe ressaltar que toda incidência de práticas abusivas ofendem o ordenamento jurídico, haja vista que se confronta com a boa-fé presumida, que, via de regra, deve constar-se presente em todo tipo de contratação, sendo indispensável a presença de bons costumes e o respeito à ordem pública, como demonstra o inciso II, do artigo 39 do CDC, que veda taxativamente as práticas abusivas cometidas pelo fornecedor de bens ou serviços (NETO, 2002).

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

**II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes (grifo nosso).**

Tais práticas, ocorridas dentro das relações de consumo, podem gerar grande transtorno aos consumidores, uma vez que em algumas situações as práticas abusivas acontecem, com o fim de pôr o consumidor em grande desvantagem nas

relações de consumo, situação que será estudada mais detalhadamente, quando serão tratadas sobre as práticas abusivas.

### 3.3.2 Das Cláusulas Abusivas

No que se refere às cláusulas abusivas, ressalta-se que o Código de Defesa do Consumidor (CDC), estabelece de forma expressa o rol de cláusulas abusivas presentes nas relações de consumo.

O art. 51, do CDC traz um rol forma exemplificativo sobre cláusula abusiva, *in verbis*

:

**Art. 51.** São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

**I** - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

**II** - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

**III** - transfiram responsabilidades a terceiros;

**IV** - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

**V** - (Vetado);

**VI** - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

**VII** - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

**VIII** - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

**IX** - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

**X** - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

**XI** - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

**XII** - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

**XIII** - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

**XIV** - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

**XV** - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

**XVI** - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

**§ 1º** Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

**I** - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

**II** - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

**III** - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

§ 3º (Vetado).

§ 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

Destarte, parte da doutrina considera a natureza de cláusula abusiva como abuso de direito, prevista no artigo 187 do Código Civil (CC),

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes

Lamentavelmente, alguns fornecedores de planos de saúde não respeitam os direitos dos consumidores em suas relações contratuais, incluindo cláusulas abusivas em seus contratos, o que fere o Código de Defesa do Consumidor. Portanto, conclui-se com o entendimento dos Tribunais:

PLANO DE SAÚDE - LIMITE TEMPORAL DA INTERNAÇÃO - CLÁUSULA ABUSIVA - É abusiva a cláusula que limita no tempo a internação do segurado, o qual prorroga a sua presença em unidade de tratamento intensivo ou é novamente internado em decorrência do mesmo fato médico, fruto de complicações da doença, coberto pelo plano de saúde. O consumidor não é senhor do prazo de sua recuperação, que, como é curial, depende de muitos fatores, que nem mesmo os médicos são capazes de controlar. Se a enfermidade está coberta pelo seguro, não é possível, sob pena de grave abuso, impor ao segurado que se retire da unidade de tratamento intensivo, com o risco severo de morte, porque está fora do limite temporal estabelecido em uma determinada cláusula. Não pode a estipulação contratual ofender o princípio da razoabilidade, e se o faz, comete abusividade vedada pelo art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Anote-se que a regra protetiva, expressamente, refere-se a uma desvantagem exagerada do consumidor e, ainda, a obrigações incompatíveis com a boa-fé e a equidade. 3. Recurso especial conhecido e provido." (STJ - Resp 158728 - RJ - 3ª t. - Rel. Carlos Alberto Menezes Direito - publ. DJU 17.05.99 - pág. 197).

### 3.4 Agência nacional de saúde suplementar – ANS

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) é uma **agência reguladora**, vinculada ao Ministério da Saúde, responsável pelo setor de **planos de saúde** no Brasil.

O papel da Agência Nacional de Saúde Suplementar é regulamentar os planos de saúde, as quais fiscalizam os mercados explorados pela empresa para assegurar o interesse público.

Promove a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regula as **operadoras** setoriais, inclusive quanto às suas relações com **prestadores** e **consumidores** e contribui para o desenvolvimento das ações de saúde no país.

#### **4 DA RECUSA INDEVIDA DOS PLANOS DE SAÚDE PARA A COBERTURA DE CIRURGIA BARIÁTRICA**

O ponto principal deste trabalho é discutir a aplicabilidade do direito do consumidor ao direito à saúde, neste caso, em relação à cobertura de cirurgia bariátrica. Desta forma, é essencial destacar a sumula 608 do Supremo Tribunal de Justiça, *in verbis*:

Súmula 608 STJ.

"Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor **aos contratos de plano de saúde**, salvo os administrados por entidades de autogestão."

Tal súmula foi publicada em 17 de abril de 2018, cancelando a sumula 469 que dispunha: "*Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.*", editada e aplicada desde o ano de 2010. Ainda persiste com tranquilidade a visão de que a relação do usuário com o plano de saúde comum é de natureza consumerista, atraindo a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor.

A exceção passa a ser no caso dos planos de autogestão, por não serem abertos ao mercado e não possuírem características comerciais, sendo financiados e beneficiando apenas o grupo que o institui e controla comumente sindicatos, associações ou cooperativas. Com isso, afasta-se deles, no entender do STJ, a relação de consumo e aplicam-se a esses casos as normas gerais de Direito Civil.

Para a Organização Mundial da Saúde (OMS) a obesidade é um dos maiores problemas de saúde pública global da atualidade: de acordo com as projeções da entidade, em 2025, deverão ser cerca de 2,3 bilhões de adultos com sobrepeso,

mais de 700 milhões de obesos e 75 milhões de crianças com sobrepeso e obesidade em todo o planeta. No Brasil, especificamente, a situação não é diferente, com mais de 50% da população adulta e 15% da infantil acima do peso, segundo dados do IBGE.

Para ter direito ao procedimento, e importantíssimo que antes de contratar o plano verifique-se se a operadora está realmente registrada na Agência Nacional de Saúde (ANS). Se o plano de saúde foi **contratado após 01/01/1999**, este sim preenche todos os requisitos estabelecidos pela ANS, então o plano de saúde é obrigado a cobrir o procedimento para a realização da cirurgia.

Logo após e preciso verificar se o usuário preenche os requisitos legais dispostos na resolução normativa – **RN nº 428, de 2017**, que estabelece a obrigatoriedade de cobertura para:

Pacientes com idade entre 18 e 65 anos;  
Falha no tratamento clínico realizado por, pelo menos 2 anos e obesidade mórbida instalada a 5 anos;  
Índice de Massa Corpórea (IMC) entre 35kg/m<sup>2</sup> e 39,9 kg/m<sup>2</sup> 39,2 com doenças associadas que possam ameaçar a vida (diabetes, doenças cardíacas, apneia do sono, hipertensão artéria, entre outras) OU pacientes que apresentem IMC igual ou maior que 40 kg/m<sup>2</sup>, independente de morbididades;  
A obrigatoriedade não vale para pacientes psiquiátricos descompensados, ou que tenham demências graves ou moderadas, tampouco para pacientes que fazem utilização de álcool ou drogas ilícitas.

Estas são as exigências mínimas para tornar obrigatória a cobertura do Plano de Saúde para o procedimento cirúrgico, mas nada impede que o mesmo possa vir negar.

Os motivos aduzidos mais comuns das negativas proferidas são: **alegação de Doença Pré-existente, Falta de preenchimento dos requisitos da Agência Nacional de Saúde (ANS) (requisitos citados acima), emissão de terceira opinião proferida por médico do próprio Plano de Saúde e carências a cumprir.**

Se o paciente teve seu pedido negado, porém seu caso clínico exige urgência ou emergência, tais como; **pressão alta, diabetes, distúrbios do sono, depressão, problemas cardiovasculares, entre outras** –, a liberação pode ser alcançada liminarmente, através de determinação judicial. Presentes os requisitos acima mencionados (urgência ou emergência), as chances de êxito tornam-se bastante altas.



Importante salientar que nesses casos a negativa proferida pelos Planos de Saúde é considerada abusiva e fere o Código de Defesa do Consumidor, o que em grande parte dos casos gera indenizações por Danos Morais.

Com base no entendimento dos tribunais, STJ e dos tribunais estaduais (inclusive o TJDFT) é no sentido de que a escolha dos procedimentos, dos meios e dos recursos necessários para o tratamento do paciente cabe **unicamente ao médico responsável pelo acompanhamento do indivíduo**, e não ao plano de saúde, constituindo **ato ilícito a recusa da operadora** quando em desconformidade com a indicação médica especializada.

Em outras palavras, compete ao médico que acompanha o paciente segurado indicar o tratamento que melhor se amolda às suas necessidades e que alcançará o resultado necessário para a cura da doença, não podendo a administradora do plano de saúde recusar o tratamento em oposição ao que o médico responsável determinou.

É também importante registrar que o plano de saúde não pode negar a realização de cirurgia bariátrica ao paciente por não preenchimento do requisito de estabilidade do peso por mais de cinco anos, se há relatório médico atestando a necessidade desse tratamento específico, subsiste intangível a obrigação da operadora de custear o tratamento prescrito a esse paciente, sob pena de violação aos princípios consolidados na Constituição Federal de 1988, sobretudo o artigo 6º, o artigo 170, inciso V, e o artigo 196, que tratam do direito à saúde, e ao sistema de proteção ao consumidor estabelecido no Código de Defesa do Consumido (CDC).

O usuário tem direito à cobertura integral, independentemente da data da contratação do plano, desde que prevista no contrato a cobertura hospitalar. A cobertura mínima exclui medicamentos importados não nacionalizados, próteses, órteses, procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos; inseminação artificial; medicamentos para tratamento domiciliar; e tratamentos ilícitos ou antiéticos.

Neste mesmo sentido, verifica-se na prática conforme jurisprudência:

RECURSO ESPECIAL. SAÚDE SUPLEMENTAR. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. CIRURGIA BARIÁTRICA. OBESIDADE GRAVE E COMORBIDADES. SITUAÇÃO DE RISCO CONCRETO ATESTADO PELO MÉDICO QUE ACOMPANHA A PACIENTE. AFERIÇÃO DO DANO

MORAL PELA NEGATIVA DE COBERTURA. NECESSIDADE. 1. Ação ajuizada em 08/03/16. Recurso especial interposto em 20/03/16 e concluso ao gabinete em 15/06/18. Julgamento: CPC/73. 2. O propósito recursal consiste em definir se os contornos da negativa de cobertura para realização de cirurgia bariátrica da beneficiária de plano de saúde produziram dano moral compensável ou se consistiram em meros aborrecimentos. 3. Em relação aos litígios no campo da saúde suplementar, a conduta ilícita da operadora de plano de saúde, consubstanciada na negativa de cobertura de procedimentos previstos contratualmente, pode produzir danos morais ao beneficiário quando houver agravamento de sua condição de dor, de abalo psicológico e com prejuízos à saúde já debilitada. 4. A agutização de teses extremas - seja pelo afastamento genérico, seja pelo reconhecimento automático do dano moral - não encontra espaço dentro da noção de um processo judicial de resultados justos, cujo objetivo sempre renovado é encontrar a sensível e adequada pacificação do conflito de direito material trazido ao Poder Judiciário. 5. A adoção irrefletida de qualquer dos pontos, sem a devida articulação com as particularidades que individualizam as demandas judiciais, produz resultados inaceitavelmente injustos, quer por confiscar o direito legítimo à compensação das vítimas de verdadeira situação de abalo moral, quer por acolher dissimulações que em verdade quando muito se exaurem na esfera patrimonial sem ao menos triscar na sensibilidade do beneficiário de plano de saúde. 6. **Na hipótese concreta, deve ser reconhecido o direito à compensação por danos morais, pois a negativa de cobertura de cirurgia bariátrica agravou o quadro clínico da beneficiária do plano de saúde, conforme reconhecido concretamente pela origem.** 7. **Recurso especial conhecido e parcialmente provido.** (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: nº 1746789RS 2018/0139758-0. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Diário de Justiça: 14 de ago. 2018. Jus Brasil, 2018.<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/614474570/recurso-especial-resp-1746789-rs-2018-0139758-0>> Acesso em: 21 de abril de 2019) (GRIFO NOSSO)

Entendimento em relação à cirurgia reparadora após a cirurgia bariátrica:

“OBESIDADE MÓRBIDA – PROTEÇÃO DA SAÚDE FÍSICA E PSÍQUICA DA SEGURADA – RELEVÂNCIA DA DEMANDA – CIRURGIA PLÁSTICA REPARADORA – CARÁTER COMPLEMENTAR E CORRETIVO – RECURSO IMPROVIDO – DECISÃO UNÂNIME – Paciente submetido à gastroplastia, inevitavelmente, terá como consequência um acentuado volume residual de pele e de flacidez mamária e abdominal. Por consequência, necessitará de cirurgia complementar e reparadora, a evidenciar o caráter não estético do procedimento cirúrgico pleiteado. Não incidência das hipóteses excludentes da Lei n. 9656/98. – Cobertura securitária que se impõe. Preservação da saúde física e psíquica, da recorrida. Decisão de primeiro grau confirmada. – Agravo de Instrumento improvido à unanimidade de votos.” (TJPE – AI 90412-7 – Rel. Des. Jovaldo Nunes Gomes – DJPE 13.09.2005).

Por fim, como já mencionado, há sólido entendimento jurisprudencial no sentido de que a negativa do pedido para a realização de cirurgia bariátrica necessária para a manutenção da saúde do segurado é ato ilícito passível de indenização por danos morais.

## 5 CONCLUSÃO

Após a realização dos estudos ora apresentado, compreendemos que a obesidade é uma doença crônica que atinge mais da metade da população brasileira, e que a necessidade da cirurgia bariátrica não é meramente estético, e sim necessário, pois através da obesidade outros problemas de saúde surgiram.

Novas técnicas estão surgindo, mas ainda é um procedimento considerado de alta complexidade, que requer preenchimento de requisitos e plena consciência do paciente e da família dele, dos riscos e das mudanças de hábitos que terão que ser implantados. A preocupação com a realização do procedimento necessitou de normatização pelo Conselho Federal de Medicina, assim como pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. A normatização existe e precisa ser respeitada para a proteção da saúde e melhor qualidade de vida do paciente.

Para a contratação para ter direito ao procedimento, e importantíssimo que antes de contratar o plano verifique-se se a operadora está realmente registrada na Agência Nacional de Saúde (ANS). Se o plano de saúde foi **contratado após 01/01/1999**, este sim preenche todos os requisitos estabelecidos pela ANS, então o plano de saúde é obrigado a cobrir o procedimento para a realização da cirurgia.

### OF THE UNAUTHORIZED REFUSAL OF HEALTH PLANS FOR THE COVERAGE OF BARIATRIC SURGERY AND THE EFFECTS CONSUMER DEFENSE CODE

Jair Lucas de Souza Procopio

Esp. Wanessa Fortes

### ABSTRACT

The main objective of this herein article is to investigate the unfair terms which are found in the health plans adhesion contracts, in regard to bariatric surgery after January 1, 1999. In addition to doctrines and legislation, some precedents will be attached for a better understanding of the study, focusing on the demonstration of the necessary requirements to carry out the surgery in accordance with the legislation, taking into account the provisions of the National Health Agency (ANS), the rights secured in the federal constitution and the consumer

protection code. In regard to research techniques, the work was constructed based on indirect documentation, particularly bibliographic research of several distinct fields of law. Finally, it is concluded that the problem of obesity is not merely aesthetic, goes much further, and considered by the Federal Council of Medicine as an illness, and if left untreated will cause several other health problems.

**Keywords:** Bariatric Surgery. Health Plan. Abusive Clause. Consumer Rights.

## REFERÊNCIAS

Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS. **Quem somos**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos>>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

BORGES, Gustavo Silva. Responsabilidade Civil nos planos de saúde. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8674/](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8674/)>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

BORTOLINI, Denise Bertel. **Requisitos para a realização da gastroplastia** (cirurgia bariátrica), 2013. Disponível em: <<http://phmp.com.br/artigos/requisitos-para-a-realizacao-da-gastroplastiacyirurgia-bariatrica/>>. Acesso em 11 de março de 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. BRASÍLIA, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, jul 1990.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, jan. 2002.

BRASIL. Resolução Normativa-RN n. 428 de 7 de novembro de 2017. Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999; fixa as diretrizes de atenção à saúde; e revoga as Resoluções Normativas – RN nº 387, de 28 de outubro de 2015, e RN nº 407, de 3 de junho de 2016. Diretor Leandro Fonseca da Silva. 02 jan de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 608. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão. Súmulas. Segunda Seção. 23 abr 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 158728RJ 1997/0090585-3. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Diário de JUSTIÇA: 05 de mar. 1999. Jus Brasil, 1999. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/430281/recurso-especial-resp-158728-rj-1997-0090585-3?ref=amp> > Acesso em: 20 de maio de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: nº 1746789RS 2018/0139758-0. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Diário de Justiça: 14 de ago. 2018. Jus Brasil, 2018.<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/614474570/recurso-especial-resp-1746789-rs-2018-0139758-0>> Acesso em: 21 de abril de 2019.

ESPIRITO SANTO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível: nº 24070622345 ES 24070622345. Relator: Maurílio Almeida de Abreu. Diário de Justiça: 05 de mar. 2012 Jus Brasil, 2012. Disponível em: <<https://tjes.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21428915/apelacao-civel-ac-24070622345-es-24070622345-tjes?ref=juris-tabs> > Acesso em: 21 de abril de 2019.

MENGUE, Julio. Das Práticas abusivas na relação de consumo. **JusBrasil**. 05 nov. 2013. Disponível em: < <https://jjuridicocps.jusbrasil.com.br/artigos/112072252/das-praticas-abusivas-na-relacao-de-consumo>>. Acesso em: 23 de maio de 2019.

Ministério da Saúde. Portaria nº 424, de 19 de março de 2013: **Redefine as diretrizes para a organização da prevenção e do tratamento do sobrepeso e obesidade como linha de cuidado prioritária da Rede de Atenção à Saúde das Pessoas com Doenças Crônicas**. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt0424\\_19\\_03\\_2013.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt0424_19_03_2013.html)>. Acesso em: 11 de abril de 2019.

NETO, Antonio Joaquim Fernandes. **Plano de Saúde e Direito do Consumidor. Belo Horizonte**: Del Rey, 2002.

STOLARKI, Odenir Luiz. PLANO DE SAÚDE – Recusa de autorização para cirurgia bariátrica, com prescrição médica. **Diário do Sudoeste da Bahia**. 12 ago 2017. Disponível em: <<http://www.dsvc.com.br/2017/08/plano-de-saude-recusa-de-autorizacao-para-cirurgia-bariatrica-com-prescricao-medica/>>. Acesso em: 22 de maio de 2019.