



FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA

ADRIANA LACERDA SOARES

**A SAÚDE SUPLEMENTAR E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: AS
CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE**

BACHARELADO
EM
DIREITO

CARATINGA – MG
2019

ADRIANA LACERDA SOARES

**A SAÚDE SUPLEMENTAR E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: AS
CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE**

CARATINGA - MG

2019

Projeto de Monografia apresentado à banca examinadora do Curso de Direito da Faculdade Doctum de Caratinga, como exigência na disciplina Monografia Jurídica II, requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.
Professor Orientador: Me. Rafael Soares Firmino

AGRADECIMENTOS

Foi um caminho árduo, mas finalmente consegui chegar ao final. Mas sei que nada disso seria possível sem algumas pessoas muito especiais.

Agradeço aos meus pais pelo legado deixado e por me proporcionar, mesmo depois de desencarnados, a oportunidade de estudar.

À Maria (Ia), minha babá, minha referência de força, luta e humildade.

À Roberta por estar sempre ao meu lado para que eu enfrente o cotidiano e obtenha em que eu me propuser realizar.

Agradeço ao meu “grules querido”, meus amigos de trabalhos e irmãos de amizade, que fizeram parte na minha formação e vão continuar presentes na minha vida com certeza.

Aos meus amigos, deixo aqui minha gratidão, pois foram eles que fizeram com que eu seguisse sempre de cabeça erguida.

Aos professores e meu orientador eu deixo uma palavra de agradecimento pela oportunidade, paciência e confiança que depositaram em mim.

A todos, muito obrigada!

DEDICATÓRIA

Dedico a Deus, pelo privilégio e oportunidade de estar realizando o curso de Direito e por me conceder o bem da vida. Pela dádiva da saúde e pela benção do pensamento.

Dedico também este trabalho a todos que acreditaram em mim e estiveram comigo nessa caminhada. Principalmente para aqueles que me julgaram incapaz e não acreditam em mim, para esses, dedico mais ainda.

Só eu sei os desertos que atravessei.

Só eu sei.

Esquinas, Djavan

RESUMO

A presente pesquisa tem como escopo a saúde suplementar e o direito fundamental à saúde, com uma análise sobre cláusulas abusivas, com enfoque na limitação de cobertura e atendimento na internação hospitalar. Isso porque, decorridos mais de vinte anos de vigência da Lei nº 9.656/98, que trata dos planos de saúde no Brasil, nota-se que houve um divisor de águas no mercado de saúde suplementar. Tem-se um novo cenário jurídico estabelecido, próprio e específico, que exige das empresas privadas, cooperativas, seguradoras, medicina de grupo e autogestões, adequação à nova legislação com mudança significativa de atitude perante os consumidores. Neste aspecto, considerando que a função social do contrato de plano de saúde envolve a garantia do tratamento de saúde ao consumidor, principalmente quando este se encontra em situação de urgência ou emergência, questionou-se se a prestadora do serviço de saúde suplementar pode limitar o tempo de internação hospitalar. Para responder a tal questionamento foram realizadas pesquisas conceituais sobre o tema, além de pesquisas jurisprudenciais, a fim de se fundamentar que os planos de saúde não podem limitar no tempo a internação hospitalar do segurado, sendo essa postura adotada pelos planos de saúde, considerada cláusula contratual abusiva, de acordo com a Súmula 302 do STJ. O trabalho foi estruturado em três capítulos. O primeiro abordando detalhadamente a saúde suplementar no Brasil, trazendo sua evolução, regulação por meio da Lei 9.656/98 e, ainda, traçando um paralelo entre a realidade dos setores público e privado em relação à prestação de saúde. O segundo capítulo traz um pouco da relação de consumo no contrato de plano de saúde, sendo feita análise dos contratos de planos privados de assistência à saúde, conceituando e apresentando suas principais características. E o terceiro capítulo trata da limitação no tempo de internação hospitalar pelo plano de saúde, trazendo uma análise de julgados sobre o tema.

Palavras-chave: Contrato de plano de saúde. Código de Defesa do Consumidor. Regulamentação do plano de saúde.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	11
CAPITULO I – DA SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL	15
1.1. EVOLUÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL	15
1.2. A REGULAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR – LEI 9.656/98.....	18
1.3. REALIDADE DOS SETORES PÚBLICO E PRIVADO EM RELAÇÃO À PRESTAÇÃO DE SAÚDE.....	20
CAPÍTULO II – A RELAÇÃO DE CONSUMO NO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE	23
2.1. OS CONTRATOS DE PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE	23
2.2. FORMAS DE CONTRATAÇÃO: PLANOS INDIVIDUAIS, FAMILIARES E COLETIVOS.....	30
2.3. PLANO DE SAÚDE: PRODUTO OU SERVIÇO.....	32
CAPÍTULO III – LIMITAÇÃO DE COBERTURA DE EMERGÊNCIA DE PLANO DE SAÚDE	36
3.1. INTERNAÇÃO EMERGENCIAL EM PRAZO DE CARÊNCIA.....	36
3.2. LIMITAÇÃO DE 12 HORAS PARA TRATAMENTO EMERGENCIAL.....	38
3.3. A JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE SUPLEMENTAR	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	49

INTRODUÇÃO

O início da saúde suplementar no Brasil se deu por volta do fim dos anos 1950, ofertada, à época, por meio do seguro-saúde ou departamentos de saúde das grandes empresas e entidades de classe, tratadas, hoje, como autogestões. Inicialmente a saúde suplementar era ofertada a poucas categorias profissionais, enquanto o Estado preocupava-se apenas com políticas públicas como as epidemias.

A modalidade de plano de saúde surgiu, logo em seguida, por meio da medicina de grupo e das cooperativas médicas, sendo intensificada pelos sindicatos a luta para conseguir que o empregador arcasse com o custo da assistência à saúde para os empregados, entre as décadas de 1970 e 1980.

Atualmente, o plano de saúde é considerado uma necessidade pelas famílias brasileiras de todas as classes sociais, mesmo aquelas excluídas desse mercado. Contudo, o acesso a essa prestação de serviço encontra-se aquém do almejado pelo mercado de saúde suplementar, em virtude dos problemas sociais e econômicos que assolam nossa população.

No mesmo sentido, tem-se percebido que as prestadoras de serviço de saúde suplementar, muitas vezes tem usado sua posição contratual superior, já que na maioria dos casos são celebrados contratos de plano de saúde por adesão, para impor cláusulas que são consideradas abusivas ao segurado.

Logo, a presente pesquisa tem como intuito a análise do direito fundamental à saúde e o contrato de plano de saúde sob a ótica da compatibilização dos interesses na relação de consumo. Tratando de forma específica da limitação de tempo na internação hospitalar.

Desta forma, levanta-se o questionamento: considerando que a função social do contrato de plano de saúde envolve a garantia do tratamento de saúde ao consumidor, a prestadora do serviço de saúde suplementar pode limitar o tempo de internação hospitalar?

A partir do problema demonstrado, o presente trabalho objetiva tratar sobre cada conceito profundamente, a fim de se demonstrar que o plano de saúde não pode limitar o tempo de internação hospitalar, devendo tomar todas as providências possíveis para a realização dos tratamentos e procedimentos cobertos. Ainda que

exista no contrato alguma cláusula que limite o tempo de internação, ela deverá ser tida como nula por ser abusiva, de acordo com a Súmula 302 do STJ.

Por outro lado, com a confecção deste trabalho de conclusão de curso passam a existir ganhos de natureza jurídica, social e acadêmica.

O principal ganho jurídico consiste na observância do direito civil em consonância com o direito do consumidor, bem como o direito constitucional e a legislação extravagante, permitindo uma melhor compreensão sobre a prestação de serviço de assistência à saúde pelos planos de saúde.

O principal ganho social seria a demonstração da verdadeira justiça, trazendo, principalmente, proteção aos consumidores, visando uma adequação em relação aos contratos negociados.

Finalmente, o ganho acadêmico destaca-se no sentido de conferir à pesquisadora maior aprofundamento na matéria pertinente, contribuindo, por conseguinte, com mais conhecimentos e crescimento profissional.

Nesse sentido, a metodologia do trabalho terá cunho teórico-dogmático, abordando a interdisciplinaridade entre os ramos do Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Constitucional e Legislação Civil extravagante.

Para desenvolvimento da pesquisa, será adotada como marco teórico a Súmula 302 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “é abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.”

A monografia será dividida em três capítulos. O primeiro abordando detalhadamente a saúde suplementar no Brasil, trazendo sua evolução, sua regulação por meio da Lei 9.656/98 e, ainda, traçando um paralelo entre a realidade dos setores público e privado em relação à prestação de saúde.

O segundo capítulo traz um pouco da relação de consumo no contrato de plano de saúde, sendo feita análise dos contratos de planos privados de assistência à saúde, conceituando e apresentando suas principais características. Abordou-se também as formas de contratação por meio de planos individuais, familiares e coletivos. Finalmente buscou-se uma definição sobre ser o plano de saúde um produto ou serviço.

Desse modo, todas as abordagens dos capítulos um e dois foram feitas com o objetivo de se realizar uma pesquisa acerca de uma das abusividades praticadas

pelas prestadoras de serviços de saúde nos contratos de planos de saúde. O terceiro capítulo, portanto, trata da limitação no tempo de internação hospitalar pelo plano de saúde. O capítulo abordou a internação emergencial no prazo de carência, além da limitação de doze horas para tratamento emergencial. Encerrando o capítulo e comprovando a hipótese de que os planos de saúde não podem limitar o tempo de internação hospitalar, foi realizada uma pesquisa jurisprudencial em Tribunais de vários Estados e no STJ para corroborar a hipótese sustentada, trazendo, portanto, a judicialização das relações contratuais de prestação de serviços de saúde suplementar.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Inicialmente, para melhor compreensão do assunto, faz-se necessário esclarecer alguns conceitos pertinentes ao tema. Para tanto, parte-se da premissa de se analisar os contratos de plano de saúde.

Desse modo, o contrato é um instrumento jurídico de grande relevância no mundo contemporâneo, vez que possibilita o intercâmbio de riquezas e a acomodação de diversos interesses.

De maneira geral, ele é a melhor representação dos negócios jurídicos, fazendo surgir para os contratantes as mais diversas obrigações, desde que observem para tanto os requisitos exigidos para a sua constituição válida.

Nas palavras de Flávio Tartuce:

Em suma, e em uma visão clássica ou moderna, o contrato pode ser conceituado como sendo um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa à criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial.¹

São os contratos, portanto, instrumentos jurídicos de constituição, transmissão e extinção de direitos na área econômica. Em sentido amplo todas as figuras jurídicas que nascem do acordo de vontade podem ser chamadas de contrato.

Sobre o contrato de plano de saúde, Geraldo Evangelista Lopes esclarece:

Podemos conceituar Contrato de Saúde como sendo a formalização da prestação de serviços médicos e de saúde que se realizam com o pagamento pelo contratante de determinado valor ao contratado, para que este por si ou seus colaboradores forneçam ao primeiro atendimento médico e demais serviços relacionados, conforme estabelecido em prévio acordo.²

Lado outro, no Brasil, a saúde suplementar existe desde o final dos anos 1950, e naquela época era por meio do seguro-saúde ou pelos departamentos de saúde das grandes empresas e entidades de classe, que hoje são denominadas de

¹ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Vol. Único. 7 Ed. São Paulo: Método, 2017. p. 398.

² LOPES, Geraldo Evangelista. **Planos de saúde: contratos de prestação de serviço**. Âmbito Jurídico. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19890&revista_caderno=10> Acesso 10 maio 2019.

autogestões. No entanto, só parte da população brasileira tinha acesso à saúde suplementar, já que era restrito a certas categorias profissionais.

Atualmente, o plano de saúde é um serviço oferecido por operadoras, empresas privadas, com o objetivo de prestar assistência médica e hospitalar.

O artigo 1º, inciso I da Lei nº 9.656/98 conceitua o plano da saúde da seguinte maneira:

[...] 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.³

Desta feita, o meio pelo qual se adquire um plano de saúde é o contrato. Para a devida confirmação da relação de consumo, deve-se identificar a existência de um produto ou serviço. As operadoras, para atuarem nessa atividade econômica, são obrigadas a obterem perante a Agência Nacional de Saúde Suplementar, além de seu registro de operadora, os registros dos produtos que pretendem comercializar, conforme se verifica na Resolução Normativa nº 85, de 07 de dezembro de 2004.⁴

Noutro giro, de acordo com o artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, produto “é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”.⁵ Na prática, a operadora presta um serviço, definido pelo Código de Defesa do Consumidor como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração”⁶, todavia, encontra-se vinculado ao registro do produto obtido perante o órgão regulador.

Atualmente, o plano de saúde é considerado uma necessidade pelas famílias brasileiras de todas as classes sociais, mesmo aquelas excluídas desse mercado.

³ BRASIL. **Lei 9.656, de 03 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm> Acesso 01 maio 2019.

⁴ BRASIL. **Resolução Normativa - RN Nº 85, DE 7 DE DEZEMBRO DE 2004**. Dispõe sobre a concessão de Autorização de Funcionamento das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde, e dá outras providências. Disponível em < <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=ODgx>> Acesso 01 maio 2019.

⁵ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> Acesso 01 maio 2019.

⁶ Idem.

Contudo, o acesso a essa prestação de serviço encontra-se aquém do almejado pelo mercado de saúde suplementar, em virtude dos problemas sociais e econômicos que assolam nossa população.

Com o advento da Lei nº 9.656/98, que disciplina os planos de saúde, verifica-se que houve um divisor de águas no mercado de saúde suplementar, sendo exigida das operadoras a adequação à nova legislação, com mudança significativa de atitude perante os consumidores.

Nesse sentido, a regulamentação provoca sempre discussões, gerando polêmicas jurídicas que acabam confluindo para o Poder Judiciário, que tem obrigação de dirimir os conflitos desta relação de consumo. Em relação às consequências das decisões judiciais, adverte Rodolpho Barreto Sampaio Júnior:

Não obstante, e mesmo que não perfilhe a corrente do *law and economics*, compete ao magistrado analisar o reflexo econômico de suas decisões e o impacto que elas poderão ter. Não que ele necessariamente vá se deixar levar por considerações meramente econômicas – pois o foco do Direito é a justiça, como já advertia Ronald Dworkin –, mas é imperioso que ele tenha plena noção de que o seu julgamento poderá causar reflexos em determinado setor, e esses reflexos têm que ser pormenorizadamente analisados e o resultado conscientemente assumido.⁷

De outra banda, considerando não ser viável vedar-se a comercialização de plano de saúde, resta a necessidade de uma harmonização de entendimento entre os Poderes Estatais, para que o mercado possa prosperar com a concorrência, e não ficar reduzido a poucas operadoras, mediante fusões e incorporações inevitáveis. As pequenas e médias operadoras, a curto e médio prazo, não suportarão economicamente as multas e as decisões judiciais.

Lado outro, tendo em vista o volume de demandas que invadem o Judiciário sobre o tema assistência à saúde, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou, no dia 30 de março de 2010, a Recomendação nº 31, solicitando aos Tribunais “adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”.⁸

⁷ SAMPAIO JUNIOR, Rodolpho Barreto. **A defesa do consumidor e o paternalismo jurídico**. In: CONGRESSO NACIONAL CONPEDI, XVI. 2007, Belo Horizonte. Anais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 4.830.

⁸ BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Atos Normativos. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=877>> Acesso 01 maio 2019.

Por conseguinte, as divergências jurídicas que giram em torno da saúde suplementar fazem com que haja insegurança na relação de consumo que envolve o contrato de plano de saúde, podendo acarretar, em um curto prazo, uma instabilidade dessa atividade econômica. O maior prejudicado dessa situação será o consumidor, que voltará ou permanecerá com a prestação de saúde fornecida pelo Estado de maneira precária.

CAPÍTULO I – DA SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL

1.1. EVOLUÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL

No Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, a saúde foi legitimada como um direito de cidadania, assumindo o *status* de bem público, com base nos princípios do acesso, da universalidade, integralidade, hierarquização, descentralização e excelência na qualidade dos serviços ofertados a todos os cidadãos; os quais, entretanto, dependem de políticas públicas que costumam ir de encontro a interesses de organizações e instituições fortemente comprometidas com a sua mercantilização. Conseqüentemente, muitas das ações políticas, nacionais e internacionais, acabam formuladas sob pressão de interesses corporativos, contradizendo, política e ideologicamente, o paradigma de um sistema único de atenção à saúde.

A percepção sobre as oportunidades de exploração econômica da assistência à saúde começou na década de 1930, fortalecendo-se ao final dos anos 1950, quando o país começou a se industrializar e as instituições privadas consolidaram-se como as principais prestadoras de serviços hospitalares a uma nascente classe média.

O Estado, por sua vez, iniciou programas voltados à centralização das ações de saúde, na busca de uma assistência indiferenciada à população, visando minimizar os deletérios efeitos sociais de uma estratificação econômica no campo da assistência à saúde. Desde então, a par do desenvolvimento econômico, o segmento privado de assistência à saúde tem integrado médicos, ambulatórios, hospitais, serviços diagnóstico terapêuticos, laboratórios e fornecedores de insumos. Esse processo consolidou prestígio, posição econômica e um alto padrão de serviços especializados, caracterizando-se, porém, pela contradição de apresentar altos custos com baixo impacto na saúde coletiva e de ficar concentrado nos grandes centros urbanos das regiões Sul e Sudeste, detentoras da maior parcela da renda nacional, afora outras regiões historicamente fortes na determinação política.⁹

⁹ MARINHO, A.; MORENO, A.; CAVALINI, L. **Avaliação descritiva da rede hospitalar do Sistema Único de Saúde - SUS**. Rio de Janeiro: Ipea, 2001. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4098> Acesso 23 set. 2019.

Por outro lado, José Mendes Ribeiro, pesquisador da Escola Nacional de Saúde Pública – ENSP destaca que "por mais estável que seja a economia de um país, os custos assistenciais são sempre impulsionados por forças expansionistas", oriundas de inúmeros fatores como "a transição demográfica, a acumulação epidemiológica, a medicação societal, urbanização, a incorporação tecnológica, o crescimento da força de trabalho e o corporativismo empresarial e profissional", cujos efeitos, no Brasil, ensejaram uma forte intervenção do Estado, visando a uma assistência à saúde mais abrangente, pelo investimento na ampliação da rede de hospitais públicos.¹⁰ Isso resultou num novo perfil do mercado de serviços médicos, ao reparti-lo entre o Estado e as organizações privadas, representando um forte golpe na classe médica liberal, o que quase levou à extinção de uma atividade que se mantinha no país, de modo individualizado e modesto desde o século XVI, ao reduzir o poder político dos médicos.

Nesse aspecto, a partir da década de 1970, a luta envolvendo o poder médico, tanto no Brasil como nos EUA, com o surgimento das organizações burocráticas privadas, prestadoras de serviços de saúde, representou uma forte ameaça à classe dos profissionais de saúde. Essa ameaça decorre do fato de que as organizações empregadoras de médicos passaram a competir diretamente com os profissionais independentes, ao proporcionarem instalações e seguros próprios e submetê-los a condições desfavoráveis, com a redução de sua autonomia na fixação dos honorários e na tomada de decisões.¹¹

De outra feita, o confronto de interesses entre o Estado, a classe médica e os grupos privados de assistência à saúde nunca foi pacífico, e a alternância dos pólos de poder não tem sido neutra. À ascensão de alguns grupos, dá-se a queda de outros. No Brasil, o acirramento da concorrência no mercado de saúde suplementar e a prevalência das vantagens competitivas evidenciaram a vulnerabilidade dos consumidores, e, em vários casos, dos próprios profissionais de saúde, os efetivos prestadores dos serviços.

¹⁰ MESQUITA, M. A. **A regulação da assistência suplementar à saúde**: legislação e contexto institucional. In: Regulação e Saúde - estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar. Rio de Janeiro: ANS/Ministério da Saúde, 2002.

¹¹ MISOCZKY, M. C. **Campo de poder e ação em Bourdieu**: implicações de seu uso em estudos organizacionais. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPAD, 25., Campinas, 2001. Anais... Campinas: Anpad, 2001. Disponível em < <http://www.scielo.br/pdf/rac/v7nspe/v7nespa02.pdf>> Acesso 23 set. 2019.

Nesse aspecto, embora a teoria econômica neoclássica assuma o postulado da informação perfeita entre compradores e vendedores, no caso da saúde, o sistema lida com informações assimétricas, especialmente, na relação entre médicos e pacientes. Ou seja, os cuidados com a saúde não se acomodam à auto-regulação do mercado, que se afasta dos pacientes de alto custo, repassando-os à esfera do sistema de atendimento governamental.¹²

A incompatibilidade de informações no sistema de saúde representa um fator de desequilíbrio de poder, conforme avaliado por Costa, com base em dados do Banco Mundial, de 1995, cujos relatórios ressaltam sérias falhas no grau de informação e percepção do consumidor quanto aos seus direitos e à conduta devida às operadoras de planos de saúde, que, com frequência, se voltam apenas para a clientela de baixo risco.¹³ Por outro lado, para Bahia e Viana, esse processo de seleção adversa induz as operadoras no Brasil a deixarem sem cobertura, ou dependente do Estado, a população de risco elevado, que sofre de enfermidades crônicas, como as mentais, as cancerígenas e os soropositivos do HIV, dentre outras.¹⁴

A necessidade de um contrapeso entre a eficiência econômica e a solidariedade social suscitou ações públicas de intervenção no setor, levando ao estabelecimento de normas que visam impedir que a competição encoraje seguradoras e operadoras de serviços de assistência à saúde a rejeitarem doentes fora do interesse econômico, como os de alto custo, os idosos e os pobres. Entretanto, existem avaliações indicando que o espectro da intervenção governamental vai da doutrina do estatismo absoluto à total liberalização das forças de mercado, e que o Estado regulador situa-se no flange central desse espectro.¹⁵ Isso permite várias opções quanto à ação regulatória e às formas de controle, refletindo o matiz ideológico que as fundamenta e o estágio de desenvolvimento do mercado que se pretende regular. Em ambientes maduros, a intervenção

¹² VIANA, A. et al. **Estado e regulação da saúde**. In: Regulação e Saúde - estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar. Rio de Janeiro: ANS/Ministério da Saúde, 2002.

¹³ COSTA, N. et al. **As agências de regulação independentes**. In: Regulação e saúde - estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar. Rio de Janeiro: ANS/Ministério da Saúde, 2002.

¹⁴ BAHIA, L.; VIANA, A. L. **Regulação e saúde** - estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar. Rio de Janeiro: ANS/Ministério da Saúde, 2002.

¹⁵ CAMPOS, Anna Maria; ÁVILA, Jorge Paula Costa; SILVA JR, Dércio Santiago da. **Avaliação de agências reguladoras**: uma agenda de desafios para a sociedade brasileira. Revista de Administração Pública - RAP, Rio de Janeiro, v.34 n.35, set./out. 2000. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6304>> Acesso 28 set. 2019.

governamental tenderá a ser mais liberal, mantendo as condições de competição. Porém, no extremo oposto, o Estado proverá ativamente a oferta dos bens ou serviços escassos; tornando-se, no limite, o seu próprio produtor, caracterizando uma ação regulatória mais estruturante, como é o caso da assistência à saúde privada no Brasil.

Por outro lado, a ação do Estado no campo da saúde deve, forçosamente, levar em conta a existência de fatores subjetivos com elevada carga simbólica, identificados nos valores e sistema de crenças, a par do nível cultural. Da mesma forma, deve considerar as pressões advindas do contexto histórico de incertezas políticas e de injustiça social, no qual o conceito básico de cidadania começa a se fazer presente no vocabulário das pessoas simples, que crescentemente procuram os tribunais de justiça, na defesa de seus direitos. É nesse contexto que foi criada a ANS, nascida no bojo do processo de privatização dos monopólios naturais, como uma prestadora de serviços de utilidade pública intervindo num ambiente econômico bastante pulverizado e com baixa competitividade, fatores de ameaça a direitos e à qualidade dos serviços prestados.

Logo, a saúde suplementar no Brasil reflete um ambiente de relações complexas, no qual um objetivo social relevante, como a saúde, depende fundamentalmente da resultante de um sistema de forças heterogêneas, antagônicas e não necessariamente comprometidas com a saúde das pessoas, e cujo controle, por parte do Estado, afigura-se instável.

1.2. REALIDADE DOS SETORES PÚBLICO E PRIVADO EM RELAÇÃO À PRESTAÇÃO À SAÚDE

Pode-se dizer que o mercado de serviços privados de assistência à saúde no Brasil tem sua origem e desenvolvimento interrelacionado com a definição das políticas públicas de saúde, principalmente no que tange ao financiamento direto ou indireto.

A Constituição Federal de 1988 incluiu em seu artigo 194 o conceito de seguridade social como “[...] um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à

saúde, à previdência e à assistência social”.¹⁶ Pretendeu o legislador originário que estas áreas estivessem perfeitamente integradas, pois oferecendo assistência à saúde de forma integral haveria um menor número de doentes e conseqüentemente, menor pessoas necessitadas de assistência previdenciária e social.¹⁷

Conforme se retira do referido artigo, a saúde está incluída em uma das formas de assistência e, assim sendo, ao se tratar do sistema público de saúde não se pode deixar de citar sua criação, na época considerada como o marco da previdência social, após a edição da Lei Eloy Chaves, em 24 de janeiro de 1923, que trouxeram a baila diversos benefícios aos trabalhadores. Somente muitos anos após a edição da referida lei, no ano de 1977, foi instituído o SINPAS (Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social), que contava, dentre seus diversos órgãos, com o INAMPS (Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social), autarquia responsável pela saúde.¹⁸

Já em 1986, a 8ª Conferência Nacional de Saúde foi o marco da reforma sanitária, com abordagem à saúde com direitos, a reformulação do sistema nacional de saúde e o financiamento setorial¹⁹, de forma que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 196²⁰ assegurou a todos o direito à saúde e determinou ao Estado a sua garantia. Neste sentido, foi regulamentado, no ano de 1990, o SUS (Sistema Único de Saúde), com edição da Lei 8.080/90, vinculado ao Ministério da Saúde, que passou a integrar uma rede regionalizada e hierarquizada de assistência à saúde, organizada de forma descentralizada, conforme se retira do artigo 197 da Constituição Federal.²¹

Os serviços de saúde são considerados de relevância pública, cabendo ao poder público dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por terceiros e também por pessoas físicas e

¹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 26 set. 2019.

¹⁷ KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. Ed. Juspodivm, 2015. p. 26.

¹⁸ Idem. p. 42-46.

¹⁹ **SUS: a saúde do Brasil**. Disponível em: <http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sus_saude_brasil_3ed.pdf>. Acesso em 26 set. 2019.

²⁰ Art. 196- “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 26 set. 2019.

²¹ Vade Mecum compacto de direito. Ed. Rideel, 2017. p. 77-78.

jurídicas de direito privado.²²

Sendo assim, previu a iniciativa como forma de participação complementar nesta esfera da assistência, que anteriormente era prestada pelos planos de assistência médica e pelos seguros saúde. Entretanto, já sob a luz da nova ordem constitucional de 1988 e buscando resguardar os interesses coletivos é que surge em 1990 o Código de Defesa do Consumidor, para tentar assegurar o equilíbrio dos contratos, diminuir as desigualdades e, principalmente, desestimular os abusos praticados pela falta de legislação específica no âmbito das relações contratuais, em se tratando de assistência privada à saúde.

Para atender aos anseios de toda a população, fez-se necessário também a edição de legislação específica para regulamentar o setor, sendo editada a lei 9.656/98, que “dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde”, que passou a ser regulada, a partir do ano 2000, pela ANS (Agência Nacional de Saúde), autarquia federal, que tem como objetivo primordial realizar um “conjunto de medidas e ações do Governo que envolvem a criação de normas, o controle e a fiscalização de segmentos de mercado explorados por empresas para assegurar o interesse público.”²³

1.3. A REGULAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR – LEI 9.656/98

A Lei 9.656 foi promulgada em 03 de junho de 1998, após sete anos de discussão no Congresso Nacional e dispõe sobre os Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde, sendo certo que antes da sua regulamentação, ocorreram algumas tentativas no sentido de disciplinar o mencionado setor, sendo que inclusive leis estaduais foram editadas, bem como Resoluções do Conselho Federal e Regionais de Medicina, porém todos estes diplomas normativos tiveram os seus efeitos cassados pela Justiça, por se tratarem de normas de juridicidade altamente discutível, principalmente, no que tange a incompetência das autoridades que as editaram.

Sobre o assunto José Luiz Toro da Silva destaca que:

²² KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. Salvador/BA: Ed. Juspodivm, 2015. p. 27.

²³ ANS – Agência Nacional de Saúde. **O que é regulação**. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos>>. Acesso em 26 set. 2019.

É importante esclarecer que, não obstante ter sido aprovada a Lei 9.656/98, houve um “acordo de cavalheiros”, entre a base governamentista da época e o relator do projeto no Senado Federal, senador Sebastião Rocha, a fim de se evitar eventual apresentação de emendas alterando o projeto oriundo da Câmara Federal, o que resultaria na reapreciação do projeto pela Câmara Baixa, em decorrência do princípio bicameral.²⁴

Lado outro, no dia seguinte a promulgação da Lei 9.656/98, foi editada a Medida Provisória nº. 1665, alterando dispositivos da lei, sendo que a essa Medida, sucederam-se 43 outras. Finalmente, com a reedição da MP 2.177-44 de 24/08/2001, o texto da mesma foi recepcionado como lei e a Lei 9.656/98, encontra-se alterada por essa Medida Provisória.

Essa legislação especial dispõe sobre as seguintes situações: a) forma de obtenção e requisitos de autorização de funcionamento; b) institui as coberturas assistenciais mínimas; c) disciplina carência e Cobertura Parcial Temporária para os casos de lesões e doenças preexistentes; d) impõe os tipos de coberturas para as segmentações contratadas: por ex: ambulatorial, hospitalar ou obstétrica; e) fixa períodos de carência; f) concede garantias ao idosos, recém-nascidos, menores de dezoito anos, gestantes; g) proíbe a cobrança de taxas na renovação automática do contrato e recontagem de carências; h) proíbe discriminação ao plano em razão de idade ou portadores de deficiência; i) estipula reajuste por faixa etária e por ano contratual; j) fixa as cláusulas contratuais setoriais e não setoriais, que devem constar dos instrumentos jurídicos; k) fiscaliza a rede credenciada ou contratada, principalmente a rede hospitalar, exigindo substituição ou redimensionamento da mesma em caso de redução; l) impõe cláusulas contratuais que devem constar obrigatoriamente nos contratos com os prestadores de serviços; m) exige mensal ou trimestralmente que as operadoras enviem todas as informações e estatísticas relativas as suas atividades, incluídas as de natureza cadastral (SIB); n) dispõe de agentes fiscalizadores; o) proíbe as operadoras de realizar operações financeiras com seus diretores ou membros, cônjuges ou parentes; p) exige que as demonstrações financeiras sejam submetidas à auditoria independente; q) impõe regime de liquidação extrajudicial às operadoras, que não podem requerer concordata e não estão sujeitas a falência; r) tem poderes para determinar regime de direção fiscal às operadoras que encontrarem-se irregulares e ou com insuficiência das garantias do equilíbrio financeiro; s) tem poder sancionador de impor

²⁴ SILVA, José Luiz Toro da. **Manual de direito da saúde suplementar**: a iniciativa privada e os planos de saúde. São Paulo: M.A Pontes Editora, 2005. p. 44.

advertência, multa pecuniária, suspensão do exercício do cargo; inabilitação temporária ou permanente para cargo; cancelamento da autorização de funcionamento e alienação da carteira da operadora; t) tem poder de abrir processo administrativo, apurar infrações e denúncias; u) assegura direitos aos demitidos ou aposentados; v) impõe ressarcimento ao SUS por parte das operadoras, quando este presta serviços aos consumidores de planos de saúde; w) dispõe sobre coberturas em casos de urgência e emergência; x) dispõe sobre os contratos anteriores a essa lei; y) dispõe sobre a aplicação subsidiária da Lei 8.078/90 aos contratos que tratam dessa lei.

Diante de uma legislação específica, houve a necessidade de um órgão fiscalizador de seu cumprimento e foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar.

CAPÍTULO II – A RELAÇÃO DE CONSUMO NO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE

Este capítulo tratará da relação de consumo existente no contrato de plano de saúde de forma mais aprofundada, trazendo os conceitos e natureza jurídica dos contratos de planos privados de saúde. Cuidará também das formas de contratação dos planos, quais sejam: os individuais, familiares e coletivos.

Lado outro, o capítulo será finalizado com uma abordagem sobre o direito fundamental à saúde relacionando-o aos contratos de planos de saúde, conceituando o tema e trazendo seus aspectos legais.

O capítulo tem por objetivo analisar o contrato de plano privado de assistência à saúde sob as normas de proteção do consumidor. Sendo feita, portanto, uma análise a partir da relação das normas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei dos Planos de Saúde.

Desse modo, antes de adentrar no tema especificamente, cabe trazer alguns conceitos gerais sobre o contrato de plano de saúde.

2.1. OS CONTRATOS DE PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

A iniciativa privada presta o serviço médico-assistencial que possui extrema relevância social, considerando que, para que se concretize o princípio da dignidade humana, previsto no artigo 1.º, III, da Constituição Federal, faz-se necessário estabelecer garantias mínimas de saúde ao indivíduo.

De acordo com dados levantados por Diego Eidelvein do Canto, apenas entre o período de 2003 a 2011, em torno de 15 milhões de pessoas aderiram a contratos de planos privados de assistência à saúde. Tal crescimento se deve ao fato de que existe uma ineficácia da prestação do serviço público ligado à saúde, além de que, sequer chega a todos os membros da sociedade.

Por outro lado, de acordo com o artigo 1.º, I, da Lei n.º 9.656/1998, o conceito de plano privado de assistência à saúde é:

(...) 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.²⁵

Destaque-se que, a partir dos serviços e produtos contidos no contrato médico- assistencial é que o plano de saúde a ser oferecido é concebido, de acordo com Antônio Joaquim Fernandes Neto.²⁶ Nesse sentido, segundo Cláudia Lima Marques, conforme dispõe o inciso I do artigo 1º da Lei 9.656/98, que faz uma conceituação sucinta e genérica do serviço de assistência à saúde, definindo a garantia de cobertura financeira de riscos de assistência à saúde, o legislador também pautou vários elementos característicos para distinguir a atividade exclusivamente financeira, que envolvem, por exemplo, o custeio de despesas, oferecimento de rede credenciada ou referenciada e o reembolso de despesas.²⁷

O autor Antônio Joaquim Fernandes Neto ressalta que as características desse tipo de contrato, o torna um pacto de adesão, sinalagmático, oneroso, formal, aleatório e cativo de longa duração.²⁸

Desse modo, ele será de adesão, vez que não há a possibilidade de discussão das cláusulas contratuais ou modificações relevantes pelo consumidor, que foi estabelecida de forma unilateral pela prestadora de serviços de saúde. Lado outro, considerando a reciprocidade de obrigações entre o beneficiário e a operadora do plano, em que se busca a segurança da cobertura de eventos futuros relacionados à saúde por meio do pagamento de prestação pecuniária, o contrato também será sinalagmático e oneroso. E será, ainda, formal, vez que somente se cumpre se obedecidas a sua forma especial.²⁹

No que diz respeito à prestação devida, o contrato de plano de saúde é aleatório, pois a contraprestação por parte do fornecedor/operador do plano privado ocorrerá apenas se ocorrer evento futuro e incerto, isto é, sinistro relacionado à

²⁵ BRASIL. **LEI Nº 9.656, DE 3 DE JUNHO DE 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm> Acesso set. 2019.

²⁶ FERNANDES NETO, Antônio Joaquim. **Plano de Saúde e Direito do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 130.

²⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 510.

²⁸ FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. **Plano de Saúde e Direito do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 128.

²⁹ Idem.

saúde do consumidor. A incerteza refere-se à sua necessidade de prestação, mas não quanto à natureza ou à qualidade do serviço prestado, conforme Claudia Lima Marques.³⁰

A autora destaca também que, quando necessária, a prestação deste serviço “deve ser fornecida com a devida qualidade, com a devida adequação, de forma que o contrato, que o serviço objeto do contrato unindo fornecedor e consumidor, possa atingir os fins que razoavelmente dele se esperam (...).”³¹ Por isso a relação contratual do plano privado de assistência à saúde constitui uma obrigação de resultado, posto que:

(...) o que se espera do segurador ou prestador é um “fato”, um “ato” preciso, prestar serviços médicos, um reembolsar quantias, um fornecer exames, alimentação, medicamentos, um resultado independente dos “esforços” (diligentes ou não) para obtenção dos atos e fatos contratualmente esperados.³²

É de ressaltar ainda, que o contrato de plano privado de assistência à saúde caracteriza-se por ser um contrato de longa duração, considerando que a relação contratual se perpetua no tempo, vez que o interesse do consumidor é de que a relação havida entre as partes seja contínua e duradoura, permitindo que esteja coberto de riscos futuros com assistência à saúde. O contrato dessa natureza renova-se anualmente e automaticamente, devendo ser firmado com a finalidade de atender a regulação atinente a cada novo período.

A natureza jurídica securitária do plano privado assistencial vinculado à saúde precisa ser analisada sob duas figuras jurídicas distintas, presentes na definição do artigo 1.º, I, da Lei n.º 9.656/98, quais sejam, o plano de saúde e o seguro-saúde. Sendo que o primeiro presta diretamente ou indiretamente (através de redes credenciadas) serviços especificados e o segundo o reembolso de despesas médicas.³³

De acordo com o entendimento do autor Luiz Antonio Rizzato Nunes, com a edição da Medida Provisória n.º 2.177-44/2001 não há mais distinção entre plano de

³⁰ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 518.

³¹ Idem.

³² Id., ib., p. 518.

³³ PASQUALOTTO, Adalberto. **A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde**: uma interpretação construtiva. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.); LOPES, Jose Reinaldo de Lima (coord.); PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). Saúde e responsabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 36-64. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.13), p. 43.

saúde e seguro-saúde para a LPS, sendo ambos considerados como plano de assistência à saúde, diante da supressão do termo seguro-saúde da redação dos artigos 1.º e 10.º da Lei n.º 9.656/98.³⁴

No entanto, para Arnaldo Rizzardo o seguro-saúde corresponde ao serviço prestado por uma empresa seguradora, organizada sob a forma de sociedade anônima, em que é assegurado o reembolso de despesas médicas e hospitalares ao segurado, até o limite previsto no contrato, mediante livre escolha deste, do médico e o do serviço hospitalar.³⁵

Lado outro, Bruno Lemos Rodrigues destaca que o seguro-saúde é tipicamente um contrato de seguro, onde os elementos constitutivos de tal ficam evidentes, sendo: o segurador, que é o operador do plano de assistência à saúde, o segurado, que é o contratante/consumidor, o prêmio que, no caso, trata-se da mensalidade, a indenização securitária, que é o reembolso das despesas com assistência médico hospitalares e ainda, os riscos futuros cobertos, que são a lesão ou enfermidade que acomete o segurado.³⁶

De outra banda, tem-se que o contrato de plano de saúde é definido por ser um serviço prestado por uma cooperativa ou associação médica, tendo a finalidade de assegurar assistência médica, hospitalar e ambulatorial por rede própria ou credenciada, por de pagamento de mensalidade.

Os planos de saúde também apresentam natureza securitária, sendo seu conceito mantido nos três pilares estruturantes do seguro - risco, prêmio e evento indenizável - vez que a operadora do plano é responsável pela obrigação de ressarcir as despesas médico-hospitalares e ambulatoriais, além de medicamentos, caso ocorra um evento futuro e previsto contratualmente, por meio do pagamento de uma contraprestação pelo segurado o qual é calculado conforme taxa de sinistralidade.

Ademais, o contrato de plano privado de assistência à saúde é um típico contrato de seguro, tendo em vista que possui como finalidade assegurar a

³⁴ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Comentários à lei de plano privado de assistência à saúde**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 13.

³⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 893.

³⁶ RODRIGUES, Bruno Lemos. **Aspectos legais dos contratos de seguro-saúde**. 1ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 22-23.

cobertura de riscos relativos à saúde, no entendimento de Arnaldo Rizzardo³⁷, mediante o pagamento de uma contraprestação do segurado.

Corroborando este entendimento, Claudia Lima Marques afirma que:

Note-se que a ideia dos seguros, e hoje dos planos de saúde, está intimamente ligada ao anseio humano de controle dos riscos e de socialização dos riscos atuais e futuros entre todos na sociedade. Se inicialmente os seguros, assim como ainda descritos em nosso Código Civil de 1916 (e também no CC/2002), envolviam apenas o “indenizar”, o “responder” monetariamente, é esta uma visão superada, pois os serviços de seguro evoluíram para incluir também a performance bond, isto é, o contrato de seguro envolvendo a “execução” de uma obrigação, um verdadeiro “prestar”, em fazer futuro muito mais complexo que a simples entrega de uma quantia monetária.³⁸

Por outro lado, o plano privado de assistência à saúde é também um negócio jurídico, em que seu objetivo é a garantia de cobertura financeira de riscos ligados à assistência à saúde, diferenciado da atividade exclusivamente financeira. Nesse aspecto, sabe-se que, em se tratando de um contrato que visa à manutenção e recuperação da saúde e, conseqüentemente, da vida do consumidor, o acordo firmado entre as partes possui papel muito relevante para que seja possível a concretização do princípio da dignidade humana.

Se o contrato de prestação de assistência à saúde é um negócio jurídico de alta relevância social, as partes não podem dispor livremente sobre todas as cláusulas referentes neste. Dessa forma, o legislador infraconstitucional instituiu que os planos privados de assistência à saúde dependem de forma especial, fixando inclusive cláusulas e condições que obrigatoriamente devem constar no referido pacto, conforme se pode observar, exemplificativamente, nos artigos 10 e 16 da Lei n.º 9.656/1998.³⁹

Nesse sentido, percebe-se que a Agência Nacional de Saúde Suplementar desempenha um papel importante no desenvolvimento deste setor, principalmente no que diz respeito e regulamentação e normatização deste, buscando que as partes contratantes tenham segurança jurídica na relação de consumo entabulada. Sobre este aspecto, destaque-se a Resolução Normativa n.º 211/2010 da referida autarquia, que dispõe sobre o Rol de Procedimento e Eventos em Saúde, o qual

³⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 892.

³⁸ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 517.

³⁹ FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. **Plano de Saúde e Direito do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 142-143.

constitui na referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde.

Por conseguinte, em decorrência do requisito da forma especial do pacto médico-assistencial, e sua regulamentação e normatização pelo legislador infraconstitucional na LPS e pela ANS, é imperioso ponderar sobre a classificação deste pacto, de sorte a identificar os direitos e deveres inseridos no referido instrumento. O pacto vinculado à saúde suplementar pode ser classificado quanto à cobertura assistencial oferecida, ao tipo de contratação e à abrangência geográfica.

O contrato nasce da realidade social de um povo, tendo por base as práticas da coletividade, morais e o modelo econômico da época. Seu valor consiste no instrumento que possibilita e regulamenta a transmissão de riquezas dentro da sociedade⁶³.

Lado outro, com o advento da expansão mundial da Revolução Industrial e do conseqüente desenvolvimento do capitalismo no final do século XIX e início do século XX, houve a massificação de produção de bens e da prestação de serviços, não sendo mais suficiente, para esta sociedade industrializada, de consumo e estandarizada, a concepção tradicional do contrato, diante do predomínio dos contratos de adesão, em que há a uniformização das cláusulas e condições e, conseqüentemente a despersonalização das partes contratantes.⁴⁰

De acordo com Adalberto Pasqualotto, o legislador constituinte na Carta brasileira de 1988, em observância das preocupações jurídicas e sociais do mundo contemporâneo, institui como um dever do Estado à proteção do consumidor.⁴¹

De tal modo, em face da massificação das relações de consumo, somadas a despersonalização dos pactos, em decorrência dos contratos de adesão, a concepção do contrato de plano privado de assistência à saúde como um contrato de consumo possui extrema relevância social, como forma de equilibrar a relação jurídica entre partes desiguais, harmonizando os interesses dos participantes da relação contratual.

De outra feita, o contrato de assistência à saúde se tratando de um negócio jurídico que visa assegurar à saúde, os consumidores que ingressam neste

⁴⁰ PASQUALOTTO, Adalberto. **Defesa do consumidor**. In: MARQUES, Claudia Lima (org.); MIRAGEM, Bruno (org.). *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor*, v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, (Doutrinas Essenciais; 1), p. 29.

⁴¹ Idem.

objetivam a segurança de que no momento em que necessitarem estarão amparados contratualmente pelo sistema privado.

Como um serviço fornecido pelo setor privado, dois valores adversos são indispensavelmente sopesados, quais sejam, a operação econômica, no qual o equilíbrio atuarial do plano deve ser observado para que o contrato atinja o fim dele esperado, e o interesse do consumidor de que sua saúde seja preservada.⁴²

Diante deste contexto, em muitas ocasiões surge no campo contratual o conflito de interesses entre o fornecedor desta espécie de serviço e o consumidor, os quais devem ser solvidos com a observância da vulnerabilidade deste em relação àquele, conforme prescreve o Código de Defesa do Consumidor.

Arnaldo Rizzardo leciona que, há relação de consumo entre operadora do plano privado de assistência à saúde (fornecedor) e o usuário deste (destinatário final), diante do serviço oferecido, qual seja, assistência ou cobertura de um evento futuro e incerto relacionado à saúde previsto contratualmente, mediante o pagamento do valor ajustado na mensalidade.⁴³

Os operadores do contrato assistencial-médico são típicos fornecedores, uma vez que prestam, de forma continuada, os serviços ou cobertura de custos assistenciais no mercado de consumo, mediante remuneração, conforme dispõe o artigo 1.º, inciso I, da Lei n.º 9.656/98. Releva ponderar que as empresas do ramo privado de saúde atuam como gestoras dos recursos recebidos, reunidos em um fundo, para que quando da ocorrência de um sinistro prestem assistência financeira ou assistencial. Do outro polo desta relação jurídica, se encontra o beneficiário e seus dependentes ou agregados que se utilizam deste serviço como destinatários finais, caracterizando-se como consumidores nos termos do artigo 2.º, “caput”, da Lei n.º 8.078/90.

O Código de Defesa do Consumidor aplica-se ao pacto médico-assistencial por expressa previsão da Lei dos Planos de Saúde, nos termos do artigo 35-G da referida lei, que assim dispõe: “aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre

⁴² PASQUALOTTO, Adalberto. **A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde: uma interpretação construtiva.** In: MARQUES, Claudia Lima (coord.); LOPES, Jose Reinaldo de Lima (coord.); PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). Saúde e responsabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 36-64. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.13), p. 47-48.

⁴³ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 906.

usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o §1º do art. 1º desta Lei as disposições da Lei 8.078, de 1990".⁴⁴

Imperioso por em relevo que, em se tratando em um contrato de natureza securitária, aplica-se ao contrato ora em comento o Código de Defesa do Consumidor, nos termos do artigo 3.º, §2.º, da Lei n.º 8.078/90, conforme transcrito a seguir:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (...)

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.⁴⁵

Por fim, ressalte-se que se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos privados de assistência à saúde firmados anteriormente à sua vigência, uma vez que o referido o microssistema constitui em norma de ordem pública, devendo ter sua aplicação imediata, bem como diante da proteção constitucional imprimida ao consumidor (art. 5.º, XXXII, e 170, ambos da Constituição Federal).

2.2. FORMAS DE CONTRATAÇÃO: PLANOS INDIVIDUAIS, FAMILIARES E COLETIVOS

Inicialmente tem-se que, os planos de saúde, ao se submeterem ao mercado de consumo, podem apresentar duas formas distintas de contratação: os planos individuais/familiares e coletivos. Regula a matéria a Resolução Normativa nº 195 da ANS de 2009.

⁴⁴ BRASIL. **LEI Nº 9.656, DE 3 DE JUNHO DE 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm> Acesso set. 2019.

⁴⁵ BRASIL. **LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm> Acesso set. 2019.

Por outro lado, segundo Maria S. Gregori, os planos individuais ou familiares são aqueles em que o consumidor, pessoa física, contrata diretamente o plano com a operadora, com a possibilidade e inclusão do grupo familiar ou dependentes.⁴⁶

Lado outro, prevê o artigo 13, parágrafo único, inciso II da Lei 9.656/98, a vedação da rescisão unilateral do contrato por parte da operadora, salvo nas hipóteses de constatação de fraude, ou atraso no pagamento das mensalidades por período superior a sessenta dias, nos últimos doze meses de vigência do contrato, devendo ser devidamente notificado o consumidor.

De outra feita, os planos coletivos são aqueles realizados entre uma operadora e uma pessoa jurídica, que destinará os serviços à uma população determinada a ela vinculada de acordo com a ANS.⁴⁷

Quanto aos reajustes, informa o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) que geralmente são maiores que os impostos aos contratos individuais e não são regulados pela ANS.⁴⁸ Quanto à rescisão contratual, afirma que a ANS impõe uma única restrição no que diz respeito a data da mesma, que deverá ocorrer somente na oportunidade do aniversário do contrato, no qual dispõe expressamente o artigo 19 da Resolução Normativa nº 195 de 2009 da ANS.

Importante ressaltar que, de acordo com o artigo 16 da Resolução Normativa nº 195 de 2009 da ANS, para o vínculo dos beneficiários aos planos de saúde empresariais, não deverão ser feitas exigências diversas se não as necessárias para ingresso na pessoa jurídica contratante.⁴⁹

De acordo com Maria S. Gregori, os planos coletivos poderão ser por meio de contratação coletiva empresarial ou por adesão.⁵⁰

Ainda de acordo com a autora, os contratos de contratação coletiva empresarial estão vinculados a determinada pessoa jurídica, cujo vínculo pode ser empregatício, associativo ou sindical. A adesão ocorre do momento da contratação

⁴⁶ GREGORI, Maria S. **Planos de saúde**: a ótica da proteção do consumidor. 4 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

⁴⁷ ANS. **Resolução Normativa nº 195 de 2009 da ANS**. Disponível em < <https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ1OA==>> Acesso out. 2019.

⁴⁸ Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC). **Planos de saúde no topo dos atendimentos do Idec em 2014**. Disponível em < <https://idec.org.br/em-acao/em-foco/planos-de-saude-no-topo-das-reclamacoes-recebidas-pelo-idec-em-2014>> Acesso out. 2019.

⁴⁹ ANS. **Resolução Normativa nº 195 de 2009 da ANS**. Disponível em < <https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ1OA==>> Acesso out. 2019.

⁵⁰ GREGORI, Maria S. **Planos de saúde**: a ótica da proteção do consumidor. 4 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

do plano ou no ato da vinculação do empregado ao empregador, ou seja, é automática. Há a possibilidade de inclusão de dependentes ou familiares.

Por outro lado, a “contratação coletiva por adesão é aquela que oferece cobertura para uma massa delimitada de consumidores, mas a adesão é espontânea e opcional do funcionário, associado ou sindicalizado”.⁵¹

O art. 23 da Resolução Normativa nº 195 de 2009 da ANS, ainda dispõe sobre as formas de contratação, tanto dos planos coletivos empresariais, quanto dos coletivos por adesão. De acordo com Maria S. Gregori podem ser com ou sem patrocinador.

No contrato coletivo com patrocinador, a pessoa jurídica paga, de forma parcial ou total, os valores do plano à operadora. Já no contrato coletivo sem patrocinador, o consumidor paga a integralidade dos valores diretamente à operadora, sem intermédio da pessoa jurídica.

2.3. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E O CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE

Desde os primórdios da humanidade a busca pela saúde é uma realidade presente. Em um primeiro momento a saúde era compreendida como forma de preservação da espécie, a busca pela cura estava intimamente ligada a fenômenos mágicos (curandeiros, feiticeiros, etc.).⁵²

O conhecimento desenvolvido na Grécia antiga rompe com a ideia de magia e traz o primeiro conceito de saúde “Mens Sana In Corpore Sano”, conforme destaca Germano Schwartz:

A Grécia antiga foi a grande fissura na concepção de o que é uma doença. O conhecimento dos gregos eliminou o ranço “mágico” e religioso, mesmo que cultuasse deuses da saúde. Hygieia era a deusa da cura. O primeiro conceito de saúde pode ser atribuído aos gregos da cidade-estado de Esparta. O brocardo “Mens Sana In Corpore Sano” é, em realidade, o marco primeiro da definição de o que é ter saúde.⁵³

⁵¹ Idem. p. 145.

⁵² SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.28.

⁵³ Idem. p. 28.

Na Idade Média, ocorreu um retrocesso, em que a saúde era compreendida como castigo divino e a cura somente ocorreria se o indivíduo merecesse.

O conceito de saúde grega retorna com a sociedade industrial, no Estado de Direito Liberal, com o simples objetivo de que o trabalhador não pode ficar doente, porque rompe com o sistema de produção capitalista, conforme relata citado autor:

A sociedade industrial do séc. XIX passa, portanto, a aliar ao conceito de saúde como ausência de doenças um novo componente: o trabalhador não pode adoecer porque prejudica o processo de acumulação capitalista pelo simples fato de não poder produzir. Com a industrialização da sociedade, a força de trabalho deveria ser a máxima possível, e a doença passou a ser considerada um transtorno ao funcionamento das indústrias. A saúde, basicamente, tinha uma concepção liberal: a de repor o indivíduo ao trabalho.⁵⁴

Entretanto, logo após a Segunda Guerra Mundial, em razão das consequências dela advindas, a saúde passou a ser entendida como um “bem-estar físico, mental ou social”, conceito desenvolvido pela Constituição da Organização Mundial da Saúde – OMS, em 26 de julho de 1946, constituindo-se em um marco teórico-referencial no tocante ao direito à saúde, conforme preceitua Germano Schwartz:

O preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), órgão da ONU, refere que a saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças. Tal conceito é o primeiro princípio básico para a felicidade, as relações harmoniosas e a segurança de todos os povos. A OMS, portanto, em seu conceito, alargou o conceito de saúde, que anteriormente estava resignado aos aspectos “curativos” e “preventivos”. Adentra na chamada “promoção” da saúde ao propor que a saúde não é apenas a ausência de doenças, mas também um completo bem-estar físico, mental ou social.⁵⁵.

O direito à saúde foi reconhecido internacionalmente em 1948, como direito social, quando da aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Organização das Nações Unidas (ONU), conforme prevê expressamente o seu artigo XXII:

Todo homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos

⁵⁴ Id., lb.

⁵⁵ SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.35.

econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.⁵⁶

Segundo o entendimento de Rene Ariel Dotti, a seguridade social, prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos, “compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e a assistência social”.⁵⁷

O direito à saúde inicialmente foi incorporado apenas como “direito” à assistência em saúde dos trabalhadores no Brasil, com vínculo formal no mercado de trabalho. Nesse contexto, a saúde não era considerada um direito subjetivo de todos, mas tão-somente um benefício da previdência social.⁵⁸

Por outro lado, a consagração do direito à saúde se deu de forma expressa na Constituição Federal de 1988, ou seja, 40 anos após a Declaração Universal dos Direitos do Homem, juntamente com um amplo rol de direitos sociais, consagrados no seu artigo 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.⁵⁹

Por conseguinte, a “saúde” passou então a ser considerada como um dos “direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, religião, credo, crença política, condição social ou econômica”, tal direito classifica-se como direito fundamental social e o seu conteúdo e forma de prestação estão previstos nos artigos 196 a 220 do mesmo texto constitucional.

Nesse sentido, Ingo Sarlet define que o direito fundamental social à saúde possui uma dupla dimensão: negativa e positiva. Em sua dimensão negativa, a saúde revela-se como um direito de defesa, passível de ser oposto ao Estado ou aos particulares. Eis que se trata de bem jurídico fundamental, e, guardando esta característica, encontra-se protegida contra agressões que possam ser provocadas

⁵⁶ DOTTI, René Ariel. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Curitiba: Lex editora: 2006, p. 56.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Caminhos do Direito à Saúde no Brasil**. Brasília, 2007. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/caminhos_direito_saude_brasil.pdf> Acesso em out. 2019.

⁵⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 26 set. 2019.

pelo Estado ou por terceiros. A estes, impõe-se o dever de não afetar a saúde das pessoas, sob pena de se configurar como inconstitucional.⁶⁰

Daniel Sarmento leciona que, a dimensão defensiva do direito à saúde liga-se à obrigação de não adoção de qualquer comportamento que possa lesar ou ameaçar a saúde do seu titular.⁶¹ Nesse aspecto, por outro lado, Ingo Sarlet defende o princípio da proibição de retrocesso: não pode ser revogada legislação infraconstitucional que concretiza o direito à saúde.⁶²

Em relação à dimensão positiva ou prestacional do direito à saúde corresponde a deveres comissivos atribuídos ao polo passivo da relação fundamental. O direito ao fornecimento gratuito de medicamentos para o miserável, por exemplo, é uma manifestação da dimensão prestacional do direito à saúde.

Com efeito, há consenso na doutrina e jurisprudência brasileiras com relação à aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais sociais negativos. Entretanto, ainda não há consonância sobre a vinculação dos direitos fundamentais sociais com dimensão prestacional, como o direito à saúde, em sua dimensão positiva. Ressalta-se que ainda se discute se existe eficácia direta desses direitos sociais prestacionais com relação ao Estado.

Por fim, o contrato de plano de saúde por ter como objeto a prestação à saúde do usuário, o que pressupõe a proteção do direito fundamental à saúde na sua dimensão positiva ou prestacional, gera as maiores discussões doutrinárias e jurisprudenciais, a respeito da forma de eficácia de dito direito fundamental na relação privada de plano de saúde.

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível em <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/rere-11-setembro-2007-ingo_sarlet_1.pdf> . Acesso em: 19 de Setembro de 2019, p.10.

⁶¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 292.

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. p. 10. Disponível em <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/rere-11-setembro-2007-ingo_sarlet_1.pdf> Acesso em: 19 de Setembro de 2019.

CAPÍTULO III – LIMITAÇÃO NO TEMPO DE INTERNAÇÃO HOSPITALAR PELO PLANO DE SAÚDE

O capítulo trata das cláusulas abusivas que limitam no tempo a internação hospitalar do segurado nos contratos de planos de saúde, abordando a internação emergencial durante o prazo de carência, bem como a limitação de 12 horas para tratamento emergencial.

O capítulo será finalizado com uma análise de jurisprudências em relação à judiciliação das relações contratuais de prestação de serviços de saúde suplementar.

O objetivo deste capítulo é tratar de forma direta o tema proposto neste trabalho fazendo uma análise do assunto nos Tribunais.

3.1. INTERNAÇÃO EMERGENCIAL EM PRAZO DE CARÊNCIA

Na contratação de um plano de saúde a operadora pode exigir do consumidor o cumprimento de prazos de carência. E de acordo com a legislação vigente esses prazos poderão chegar a 300 dias. No entanto, há casos em que o paciente precisa ser internado em situação de emergência ou urgência mesmo no período de carência e nessas situações podem ocorrer negativas do atendimento devido, implicando em abusividade.

Por conseguinte, o consumidor deve ter o conhecimento de que apesar da contratação do plano de saúde ele não terá acesso imediato a todas as funcionalidades do serviço. A carência do plano de saúde tem que ser esperada para que todos os serviços ofertados sejam efetivados. Esses prazos são variáveis de acordo com a empresa que oferece o serviço, porém todos eles possuem alguns pré-requisitos expostos por lei.

De acordo com Márcio André Lopes Cavalcante, a carência nos contratos de plano de saúde é:

[...] o tempo que a pessoa terá que esperar para poder gozar dos serviços oferecidos pelo plano de saúde. Esse prazo normalmente varia de acordo

com o procedimento médico ou hospitalar. [...] Os prazos de carência devem estar previstos no contrato.⁶³

A Lei 9.656/98 determina os prazos máximos de carência que podem ser praticados:

Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:

[...]

V - quando fixar períodos de carência:

- a) prazo máximo de trezentos dias para partos a termo;
- b) prazo máximo de cento e oitenta dias para os demais casos;
- c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência.⁶⁴

Por outro lado, o artigo 35-C da Lei 9656/98, define situações de emergência como aquelas que impliquem risco imediato de vida ou lesões irreparáveis ao paciente, caracterizadas em declarações do médico assistente; enquanto que situações de urgência são resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional.⁶⁵

O que se observa é que a lei define uma diferença marcante entre os conceitos de urgência e emergência, apesar de existirem diversas decisões que os confundam.

Destaque-se ainda, o conceito de acidente pessoal segundo definição da Agência Nacional de Saúde – ANS:

Acidentes pessoais são eventos ocorridos em data específica, provocados por agentes externos ao corpo humano, súbitos e involuntários e causadores de lesões físicas não decorrentes de problemas de saúde, como por exemplo, acidente de carro, queda e inalação de gases.⁶⁶

⁶³ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Súmulas do STF e STJ**: anotadas e organizadas por assunto. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

⁶⁴ BRASIL. **LEI Nº 9.656, DE 3 DE JUNHO DE 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm > Acesso set. 2019.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ Agência Nacional de Saúde. **Carência, doenças e lesões preexistentes, urgência e emergência**: prazos de carência, cheque-caução, preenchimento da declaração de saúde. 3. ed., Rio de Janeiro: ANS, 2005. p. 22.

Em qualquer dos casos, teoricamente, o tratamento legal é o mesmo, ou seja, mesmo que o consumidor esteja em período de carência, a cobertura deverá ser total e ilimitada até que cesse o estado de urgência ou emergência.

No entanto, em relação, principalmente, às situações de emergência, as operadoras estão oferecendo resistência a eventual internação ou mesmo cirurgia. Assim, o que vem ocorrendo é que estando o consumidor em período de carência, surgindo uma situação de emergência, os planos de saúde vêm adotando duas posturas, segundo Renata Palheiros Mendes de Almeida: uma é a negativa de cobertura, por discordar da declaração do médico assistente de que se trata de caso de emergência ou por entender ser a doença preexistente à contratação; outra é a limitação da cobertura em 12 horas.⁶⁷

Em qualquer das hipóteses essa negativa ou limitação são consideradas ilegais. Nenhum paciente vai procurar internação de emergência se, de fato, não estiver precisando. A pessoa está passando por uma situação crítica, de desespero, e isso não pode ser desconsiderado sob pena de se perder uma vida.

3.2. LIMITAÇÃO DE 12 HORAS PARA TRATAMENTO EMERGENCIAL

Em planos de saúde com cobertura hospitalar existe uma limitação de internação em 12 horas em caso de emergência amparada pela Resolução do Conselho de Saúde Suplementar (CONSU) nº 13/1998, conforme se observa nos artigos 2º e 3º, §1º:

Art. 2º O plano ambulatorial deverá garantir cobertura de urgência e emergência, limitada até as primeiras 12 (doze) horas do atendimento.

Parágrafo único. Quando necessária, para a continuidade do atendimento de urgência e emergência, a realização de procedimentos exclusivos da cobertura hospitalar, ainda que na mesma unidade prestadora de serviços e em tempo menor que 12 (doze) horas, a cobertura cessará, sendo que a responsabilidade financeira, a partir da necessidade de internação, passará a ser do contratante, não cabendo ônus à operadora.

Art. 3º Os contratos de plano hospitalar devem oferecer cobertura aos atendimentos de urgência e emergência que evoluírem para internação, desde a admissão do paciente até a sua alta ou que sejam necessários à preservação da vida, órgãos e funções.

§1º. No plano ou seguro do segmento hospitalar, quando o atendimento de emergência for efetuado no decorrer dos períodos de carência, este deverá

⁶⁷ ALMEIDA, Renata Palheiros Mendes de. **A cláusula de carência em contratos de planos de saúde como fundamento para limitação de cobertura dos casos de emergência.** Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/8/judicializaodasaudell_110.pdf> Acesso 06 out. 2019.

abranger cobertura igualmente àquela fixada para o plano ou seguro do segmento ambulatorial, não garantindo, portanto, cobertura para internação.⁶⁸

Os dois artigos quando analisados conjuntamente, dão a ideia de que o atendimento de emergência quando ocorrido no período de carência em planos com cobertura hospitalar estará limitado as primeiras 12 horas de atendimento.

O que se observa é que o §1º do artigo 3º não menciona as situações de urgência e, com base na própria Resolução, fica claro que a cobertura nesses casos será ilimitada, não causando problemas, portanto, na prática.

O que se nota, portanto, é que o problema se encontra quando há a necessidade de internação hospitalar nos casos de emergência.

Por outro lado, pode a operadora de planos de saúde exigir do consumidor o cumprimento de prazos de carência ao iniciar uma nova contratação. No entanto, tratando-se de um atendimento de urgência ou emergência, o prazo para a carência será de apenas 24 horas após a assinatura do contrato, conforme já mencionado.

Nos casos de urgência e emergência faz-se necessário que no pedido médico seja relatado que se trata de uma das situações, descrevendo os riscos a que o paciente estará exposto se não for atendido.

Na prática, porém, o que tem ocorrido é que, apesar de ter, o consumidor, o direito ao atendimento de urgência ou emergência em apenas 24 horas após a contratação do plano de saúde, as operadoras limitam a cobertura às primeiras 12 horas de atendimento.

O que deve ser considerado então é se a Resolução nº 13/1998 que traz a possibilidade de tal limitação possui validade ou não.

Ora, o artigo 5º da Constituição Federal dispõe, em seu inciso II que, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”⁶⁹

Baseando-se nesse princípio de legalidade trazido na Constituição Federal fica evidente que as normas infralegais, que são apenas regulamentares, não

⁶⁸ ANS. **Resolução do Conselho de Saúde Suplementar – CONSU nº 13 de 3 de novembro de 1998**. Dispõe sobre a cobertura do atendimento nos casos de urgência e emergência. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzAw>> Acesso 06 out. 2019.

⁶⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 26 set. 2019.

podem acrescentar ao ordenamento jurídico regra que gere direito ou obrigação novos e, menos ainda, contrariar a lei ou ditar restrições a ela, ainda que tenha por objetivo trazer esclarecimento.

Nesse sentido, ao limitar o atendimento em 12 horas durante o período de carência, a Resolução nº 13/1998, restringe de forma escancarada o disposto no artigo 35-C, I da Lei 9.656/98, que prevê a cobertura total, sem qualquer limitação temporal, sempre que o médico atestar que o caso é de emergência.

Notadamente, pela legislação, basta apenas que o médico declare que o paciente sofre risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para que a cobertura integral seja devida. Isso torna, portanto, ilegal a limitação do atendimento em 12 horas e, por consequência, inválida a Resolução neste aspecto.

Renata Palheiros Mendes de Almeida destaca também a impossibilidade de se argumentar que essas 12 horas seriam suficientes para retirar o paciente da situação de emergência, pois sabe-se que isso dependerá do caso concreto, mesmo porque existem situações em que o caso do paciente pode se agravar após as primeiras 12 horas, havendo maior necessidade de continuidade do atendimento.⁷⁰

Diante dessa prática por parte das operadoras, o Poder Judiciário, que vem recebendo inúmeras ações nesse sentido, tem entendimento amplamente majoritário de que é abusiva a limitação do atendimento de urgência ou emergência às primeiras 12 horas.

Resumidamente, o entendimento é de que a Lei que regulamenta os planos de saúde não estipulou essa limitação e não pode uma norma administrativa da Agência Nacional de Saúde - ANS, hierarquicamente muito inferior a uma Lei, limitar o alcance de uma Lei Ordinária.

⁷⁰ ALMEIDA, Renata Palheiros Mendes de. **A cláusula de carência em contratos de planos de saúde como fundamento para limitação de cobertura dos casos de emergência**. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/8/judicializaodasau dell_110.pdf> Acesso 06 out. 2019.

3.3. A JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE SUPLEMENTAR

A Constituição Federal consagra em seu artigo 5º, XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.⁷¹ Sustentado por este preceito constitucional, é importante ressaltar a corriqueira presença de demandas envolvendo a saúde, o que consagra, cada vez mais, a ideia de judicialização desse setor. Nesse contexto, é impossível descartar a incidência de conflitos envolvendo os planos de saúde privados.

Destarte, a constante intervenção do Poder Judiciário é sinal de que o setor apresenta falhas e que a atuação dos órgãos administrativos fiscalizadores não tem sido suficientes para coibir a incidência de práticas abusivas e em desacordo com as normas.

De acordo com Daniela B. Trettel, a identificação dos tipos de demandas sobre planos de saúde que são direcionadas ao judiciário, bem como seu volume é um indicativo social importante que expõe as falhas de regulamentação e proporciona uma melhor compreensão do impacto da atuação estatal.⁷²

De outra feita, Carlini e Sarlet destacam que os tribunais tem decidido reiteradamente a respeito do direito à saúde com fundamento na dignidade da pessoa humana, no sentido de que a proteção à saúde é um direito subjetivo do cidadão. Seria um direito passível de proteção e vinculativo do Estado, sem excluir desse contexto o direito à vida. Além disso, em determinados casos, há inclusive a aplicação de indenização por danos morais.⁷³

Daniela B. Trettel também ressalta que a maior parte dos conflitos envolvem negativa de cobertura, bem como sua limitação. Havendo, nesse aspecto, uma clara contraposição de direitos fundamentais, cabendo ao julgador sopesá-los, tendo como base não só a própria convicção, mas os valores preponderantes à sociedade.

⁷¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 26 set. 2019.

⁷² TRETTEL, Daniela B. **Planos de saúde na visão do STJ e do STF**. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 75.

⁷³ CARLINE, A.; SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e contratos de saúde privada no Brasil**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 110, mar.-abr. 2017. Biblioteca virtual. Disponível em <<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fperiodical%2F92900151%2Fv20170110>> 1 &titleStage=F&titleAcct=i0adc41910000015c3c18053143628a37#sl=e&eid=c5f022a4b3711b251cd2465d7bda697c&eat=DTR_2017_781&pg=&psl=&nvgS=false>. Acesso 24 out. 2019.

O aumento de ações judiciais relacionadas com a negativa de cobertura, bem como sua limitação em casos de internação hospitalar pelos planos de saúde são corroborados pelos vários julgados encontrados em diferentes Tribunais, tendo sido alguns deles destacados neste trabalho:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PLANO DE SAÚDE - NEGATIVA DE COBERTURA - PRAZO DE CARÊNCIA - URGÊNCIA - LIMITE DE VINTE E QUATRO HORAS - VIOLAÇÃO DO DEVER CONTRATUAL DE COBERTURA - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA - DIREITO À INTEGRIDADE MORAL DO PACIENTE - VIOLAÇÃO - DANO MORAL IN RE IPSA - MENSURAÇÃO DA INDENIZAÇÃO - EXTENSÃO DO DANO

- Se o paciente é acometido de quadro de saúde emergencial, com necessidade de internação e intervenção cirúrgica, o prazo máximo de carência aplicável relativamente a contrato de plano de saúde é o de 24 (vinte e quatro) horas previsto na alínea c do artigo 12, V, da Lei 9.656/98.
- Negada por operadora de plano de saúde a cobertura médico-hospitalar, ao argumento de pendência de prazo de carência, é certa a ocorrência de inadimplemento contratual assimilável à hipótese de defeito de segurança prevista no artigo 14 do CDC.
- A ilícita negativa de cobertura da internação emergencial ultrapassa o plano dos aborrecimentos cotidianos, insuscetíveis de gerar dano moral indenizável, importando violação in re ipsa do direito da personalidade que tem por objeto a integridade moral.
- O valor da indenização por dano moral no direito brasileiro mede-se pela dimensão do dano, devendo ser compatível com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e com as peculiaridades do caso concreto. (TJMG - Apelação Cível 1.0702.15.026226-0/003, Relator(a): Des.(a) Fernando Lins , 18ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 25/06/2019, publicação da súmula em 27/06/2019).⁷⁴

Sobre a negativa de cobertura de internação emergencial por pendência de prazo de carência, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem o entendimento de que é ilícita, vez que o paciente estava exposto a risco de lesões irreparáveis, circunstância que tornava obrigatória a cobertura do atendimento, nos termos do artigo 35-C da Lei 9.656/98.

Nesse sentido tem decidido o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Apelação cível. Obrigação de fazer. Custeio de cobertura médica de emergência. Plano de saúde. Período de carência. Risco de vida. Internação necessária. Art. 12, V, c, c/c art. 35-c, I, ambos da Lei nº 9.656/98. Tratamento isonômico para situações de urgência e emergência.

⁷⁴ Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG. **Apelação Cível 1.0702.15.026226-0/003**, Relator(a): Des.(a) Fernando Lins , 18ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 25/06/2019, publicação da súmula em 27/06/2019. Disponível em <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=18&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=limita%E7%E3o%20doze%20horas%20interna%E7%E3o%20hospitalar&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>> Acesso 16 nov. 2019.

Resolução que extrapola os limites da lei. Quantum indenizatório razoavelmente fixado. Acerto da sentença. Recurso manifestamente improcedente e contrário à jurisprudência deste Tribunal, a que se nega seguimento na forma do art. 557, caput, do CPC.⁷⁵

No mesmo sentido é a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo:

PLANO DE SAÚDE. DANOS MATERIAIS E MORAIS. PRAZO DE CARÊNCIA. Autora que foi internada com urgência por apresentar apendicite. Negativa de cobertura da cirurgia, sob alegação de que não tinha sido cumprido o prazo de carência. Procedimento de caráter emergencial. Prazo de carência que pode ser de, no máximo, 24 horas, nos termos do artigo 12, inciso V, item C, da Lei 9.656/98 e da Súmula 103 do TJSP. Alegação de cobertura obrigatória somente nas primeiras 12 horas não prospera, pois é contrária à Súmula 302 do STJ. Abusividade na negativa de cobertura. Reembolso integral. Não apresentação dos valores correspondentes ao limite contratual. Cláusula que estipula limite de reembolso não redigida de maneira clara ao consumidor. Art. 46, CDC. Dano moral não configurado. Sentença mantida. Recursos não providos. (AC 1001501-09.2014.8.26.0510, Relatora: Fernanda Gomes Camacho, Comarca: Rio Claro, Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 11/11/2016, Data de registro: 11/11/2016).⁷⁶

Tendo em vista o volume de ações sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça sumulou a questão:

Súmula 597 - A cláusula contratual de plano de saúde que prevê carência para utilização dos serviços de assistência médica nas situações de emergência ou de urgência é considerada abusiva se ultrapassado o prazo máximo de 24 horas contado da data da contratação.⁷⁷

⁷⁵ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - TJRJ. **Processo nº 0039467-63.2009.8.19.0002 – Apelação.** 1ª Ementa. Des. Wagner Cinelli – Julgamento: 09/11/2011 – Sexta Câmara Cível. Disponível em <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.5.0>> Acesso 06 nov. 2019.

⁷⁶ Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP. **AC 1001501-09.2014.8.26.0510.** Relatora: Fernanda Gomes Camacho, Comarca: Rio Claro, Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 11/11/2016, Data de registro: 11/11/2016. Disponível em <[⁷⁷ STJ. **Súmula 597.** SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/11/2017, DJe 20/11/2017. Disponível em <\[https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\\(sumula%20adj1%20%27597%27\\).sub.#TIT1TEM A0\]\(https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27597%27\).sub.#TIT1TEM A0\)> Acesso 17 out. 2019.](https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=9970400&cdForo=0&uuiidCaptcha=sajcaptcha_f52656a25d0040059460f1ce59a203be&g-recaptcha-response=03AOLTBLQGpw_nnsp5gONP3773qKe8vRTYAWQjjw6Vr3PnhC0bg1Qfu1eTU4ZZNDj7L5hXiDIFo-UPXpOB1fp2dYPeBUlaZxEwOyi3v57Hxrdp7PBedeMXfmnZ5SQkVHATi3oEFPVat5lnDU2o3_6b3SiLlIzCxYU6XYzb5EvRaOwfQpiwCzDUEK7tWvgJHLSC16uWijR3c4Q6on_48QgQUfzacoU7srcpWdRG EchLexlg8AL_nWrRjgtCXJ9cFWsEDEbNff8VUJg5THpRAUKHTA2WO2G8diYXp3TI-5v6UPHIGv_-QCcrqekf0mf3hewp33xZzZLelpZI-8hC-T1QS8pniAxtzWqZ_zO-RnFVF81oQF8N-drJ3RIOE9jABDIUER8LlixNTowme7Sz2MxZ0ldiUb47d-OWmtF3dKpKIGfvWg7MTT-ZniTM3tY8DPgHBNycosv7DXSEJD9rVbTTI8Z93EgQf8CrZmLTon1Tjh15KYDoKI0gkMYiOvdtiXiJVtMjE6Tg-E6o> Acesso 06 nov. 2019.</p>
</div>
<div data-bbox=)

Como se vê, segundo o entendimento do STJ, em se tratando de procedimento de urgência ou emergência, isto é, de evento que se não for realizado imediatamente implica em risco concreto de morte ou lesão irreparável para o paciente, deve ser adotado o prazo de carência de vinte e quatro horas e não o de 180 dias, sob pena de violação à legítima expectativa do consumidor ao celebrar o contrato para preservar a sua vida, sua saúde e sua integridade física.

De outro modo, sobre a limitação de doze horas para o atendimento e internação hospitalar o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais é no sentido de que:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - PLANO DE SAÚDE - TUTELA DE URGÊNCIA - PLANO DE COBERTURA AMBULATORIAL - INTERNAÇÃO HOSPITALAR - INTERNAÇÃO - EMERGÊNCIA DEMONSTRADA - INAPLICABILIDADE DA RESOLUÇÃO Nº 13/98 DO CONSU - REDUÇÃO DO VALOR ARBITRADO DE MULTA DIÁRIA - POSSIBILIDADE. I - Segundo o art. 300 do CPC, são requisitos gerais para a concessão das tutelas provisórias de urgência: a demonstração da probabilidade do direito e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. II - Demonstrados nos autos que o caso da autora se caracteriza como de emergência, é obrigatória a cobertura, pelo plano de saúde, da internação hospitalar e dos procedimentos necessários para assegurar a sua vida, inclusive em caso de plano ambulatorial. III - Considerando que o art. 35-C da Lei nº 9.656/98 estabelece a obrigatoriedade da cobertura do atendimento nos casos de emergência e urgência independentemente da modalidade do plano contratado e sem qualquer restrição ao atendimento, é inaplicável o art. 2º da Resolução nº 13/98 do CONSU, que extrapolou o poder regulamentar ao determinar a limitação do atendimento de urgência e emergência às 12 primeiras horas. IV - Afigurando-se como excessivo o valor arbitrado a título de multa diária, impõe-se a sua redução. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.18.066603-4/001, Relator(a): Des.(a) João Cancio , 18ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 28/08/2018, publicação da súmula em 29/08/2018).⁷⁸

Segundo o Tribunal, no caso concreto, a internação da segurada se deu a partir do atendimento realizado em caráter de emergência, ficando evidente, na situação, que o quadro de excepcionalidade e gravidade em que se encontrava a segurada persistiu e até evoluiu durante o período de internação, fazendo com que a

⁷⁸ Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJMG - **Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.18.066603-4/001**, Relator(a): Des.(a) João Cancio , 18ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 28/08/2018, publicação da súmula em 29/08/2018. Disponível em <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=5&totallinhas=18&paginaNumero=5&linhasPorPagina=1&palavras=limita%E7%E3o%20doze%20horas%20interna%E7%E3o%20hospitalar&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>> Acesso 16 nov. 2019.

situação de emergência se prolongasse no tempo, não cessando após sua internação, situação que justificou a cobertura.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro também vem decidindo no mesmo sentido:

Apelação Cível. Direito do Consumidor. Plano de Saúde coletivo empresarial. Autor idoso, 84 anos, que reingressou no plano em 19/03/2018, após longo período de interrupção, mediante o cumprimento de novos prazos de carência, integrais. Atendimento em emergência em 28/08/2018, com quadro de "septicemia estreptocócica" e solicitação médica de internação em Unidade de Terapia Intensiva (CTI/UTI). Negativa da ré, sustentando não ter o autor cumprido o prazo de carência. Pleito autoral de tutela antecipada de urgência, para que a ré autorize a internação e, no mérito, também de indenização por danos morais no valor de 60 salários mínimos. Tutela deferida. Sentença de parcial procedência, confirmando a tutela e condenando a ré ao pagamento de indenização, arbitrada em R\$ 8.000,00, considerando sucumbente em maior parte o autor, diante do arbitramento em valor muito inferior ao requerido. Apelos de ambas as partes. 1. Autor que havia cumprido o prazo de carência para o atendimento em caráter de urgência/emergência, sendo a internação em UTI determinada com urgência. Alegação da ré de que a cobertura hospitalar seria de apenas 12 horas, não incluindo a internação, por não ter o autor cumprido carência superior. Lei 9.656/98 que não faz tal ressalva, não traz tal limitação ao atendimento emergencial. Se a lei não limita o direito assegurado ao beneficiário, se não exclui a internação da hipótese de emergência, mero regulamento não poderia revogá-la ou modificá-la, reduzindo as garantias mínimas que esta assegura. Ilegalidade do art. 33 do Regulamento do plano, bem como da Resolução CONSU 13/98, que se verifica. Precedente do STJ (Ag Int no AREsp 1406520/SP). Confirmação da tutela antecipada que se mantém. 2. Alegação da ré de não ter cometido ato ilícito, requerendo a improcedência do pleito indenizatório por dano moral. Negativa de internação que se afigura ilegal, realizada com base em disposição do regulamento contrária à lei. Autor idoso, atendido em emergência e que apresentava quadro de SEPTICEMIA ESTREPTOCÓCICA, potencialmente fatal, para o que foi indicada a internação em UTI. Negativa da ré, que só a autorizou em cumprimento a tutela judicial, fazendo com que o autor aguardasse na emergência do hospital por, pelo menos, mais de 20 horas, sem o tratamento adequado. Dano moral configurado. Inteligência da Súmula 209 deste TJRJ. 3. Verba indenizatória que se mostra excessiva. Redução para R\$ 5.000,00, valor mais adequado às especificidades do caso, observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, além de coerente com o patamar utilizado por esta Colenda Câmara. Parcial provimento ao recurso da ré. 4. Apelo do autor, impugnando sua condenação nos ônus sucumbenciais. Autor que formulou dois pedidos, de obrigação de fazer e indenizatório, ambos acolhidos. Arbitramento da indenização por dano moral em valor inferior ao requerido que não implica em sucumbência recíproca. Inteligência da Súmula 326 do STJ. Autor que se sagrou vitorioso na demanda. Recurso provido, para se reconhecer a sucumbência exclusiva da ré, condenando-a nas despesas processuais e honorários. PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ. RECURSO DO AUTOR PROVIDO.⁷⁹

⁷⁹ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação 0205314-08.2018.8.19.0001**. Des(a). Jds Maria Celeste Pinto De Castro Jatahy - Julgamento: 30/10/2019 - Vigésima Terceira Câmara Cível. Disponível em

Desse modo, O Superior Tribunal de Justiça também editou a Súmula 302 que trata especificamente sobre a limitação de doze horas: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.”⁸⁰

A Súmula 302 se refere expressamente à segmentação hospitalar e não à ambulatorial. Desse modo, em relação aos contratos de planos de saúde no segmento ambulatorial ainda é válida a prática de limitação de doze horas.

Por conseguinte, considerando o disposto no artigo 35-C da Lei 9.656/98 sobre a obrigatoriedade da cobertura do atendimento nos casos de emergência e urgência independentemente da modalidade do plano contratado, sem qualquer restrição de atendimento, fica claro que a Resolução nº 13/1998 do CONSU, ao restringir o alcance da lei, foi além do seu poder regulamentar, não tendo que se falar, portanto, em limitação do atendimento de emergência às primeiras doze horas.

<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004D6A96E6435B77C1A8C9B4D5B2A85400DC50B32213151>> Acesso 16 nov. 2019.

⁸⁰ STJ. **Súmula 302**. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_24_capSumula302.pdf > Acesso 17 out. 2019.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muitos são os abusos cometidos nos contratos firmados pelas empresas de planos de saúde, nos quais o consumidor é lesado por assinar um contrato de adesão firmado numa relação de consumo, prevalecendo apenas os interesses do fornecedor. Não havendo a participação do consumidor na elaboração do contrato, a empresa estabelece o que mais lhe convém ou interessa, deixando lesado o seu segurado.

Entre os direitos que o Código de Defesa do Consumidor protege está a defesa no que se refere aos planos de saúde que se apresentam muitas vezes com cláusulas abusivas. Ter conhecimento de tal prática por parte das empresas é de extrema importância a fim de que, se lesado o direito do consumidor com cláusulas abusivas constantes nos contratos de adesão, possa, o segurado, recorrer ao seu direito de ter o acesso necessário à saúde assegurado pela Constituição Federal.

Logo, em relação aos planos e seguros privados de assistência à saúde, não há dúvidas de que o consumidor que adere aos respectivos contratos assim o faz porque busca a melhoria de sua qualidade de vida. Desse modo, fica evidente o dever de solidariedade por parte do fornecedor nos acordos dessa natureza, já que a saúde é o bem jurídico indispensável à manutenção da vida, e esta é o bem supremo de todos.

Desse modo, acertadas são as decisões judiciais em que proíbe-se a alegação do prazo de carência nos contratos de plano de saúde, quando o usuário do serviço encontra-se em situação que precisa de atendimento de urgência, pois, em que pese a legalidade de cláusulas que estabeleçam tais prazos para o exercício dos direitos conferidos por contratos dessa natureza, no confronto entre a autonomia privada e os direitos à vida e à saúde, prevalecem estes últimos.

Como bem pontuado pelo Superior Tribunal de Justiça, são casos que demandam solução imediata, e, caso seja prevaleça a cláusula de carência, haverá o completo esvaziamento dos princípios e regras que norteiam a proteção do consumidor, mormente nesses casos em que a vulnerabilidade desse sujeito é ainda mais evidente.

Por fim, entende-se que se a lei não determinou qualquer limitação, não é possível, de maneira alguma, que uma agência reguladora ou a própria seguradora o faça através de resolução ou contrato. Ressalte-se também que não é possível

prever quanto tempo durará a situação de emergência ou urgência que provocou o atendimento do segurado, e isso levou o Superior Tribunal de Justiça a editar a Súmula 302.

REFERÊNCIAS

Agência Nacional de Saúde. **Carência, doenças e lesões preexistentes, urgência e emergência**: prazos de carência, cheque-caução, preenchimento da declaração de saúde. 3. ed., Rio de Janeiro: ANS, 2005.

ALMEIDA, Renata Palheiros Mendes de. **A cláusula de carência em contratos de planos de saúde como fundamento para limitação de cobertura dos casos de emergência**. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/8/judicializacaodasaudell_110.pdf> Acesso 06 out. 2019.

ANS – Agência Nacional de Saúde. **O que é regulação**. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos>>. Acesso em 26 set. 2019.

ANS. **Resolução do Conselho de Saúde Suplementar – CONSU nº 13 de 3 de novembro de 1998**. Dispõe sobre a cobertura do atendimento nos casos de urgência e emergência. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzAw>> Acesso 06 out. 2019.

ANS. **Resolução Normativa nº 195 de 2009 da ANS**. Disponível em <<https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ1OA==>> Acesso out. 2019.

BAHIA, L.; VIANA. A. L. **Regulação e saúde** - estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar. Rio de Janeiro: ANS/Ministério da Saúde, 2002.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> Acesso 01 maio 2019.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Atos Normativos. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=877>> Acesso 01 maio 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 26 set. 2019.

BRASIL. **Lei 9.656, de 03 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm> Acesso 01 maio 2019.

BRASIL. **LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> Acesso set. 2019.

BRASIL. **Resolução Normativa - RN Nº 85, DE 7 DE DEZEMBRO DE 2004**. Dispõe sobre a concessão de Autorização de Funcionamento das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=ODgx>> Acesso 01 maio 2019.

CAMPOS, Anna Maria; ÁVILA, Jorge Paula Costa; SILVA JR, Dércio Santiago da. **Avaliação de agências reguladoras**: uma agenda de desafios para a sociedade brasileira. Revista de Administração Pública - RAP, Rio de Janeiro, v.34 n.35, set./out. 2000. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6304>> Acesso 28 set. 2019.

CARLINE, A.; SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e contratos de saúde privada no Brasil**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 110, mar.-abr. 2017. Biblioteca virtual. Disponível em <<https://proview.thomsonreuters.com/title.Html?redirect=true&titleKey=rt%2Fperiodical%2F92900151%2Fv20170110.1&titleStage=F&titleAcct=i0adc41910000015c3c18053143628a37#sl=e&eid=c5f022a4>>

b3711b251cd2465d7bda697c&eat=DTR_2017_781&pg=&psl=&nvgS=false>.

Acesso 24 out. 2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Súmulas do STF e STJ**: anotadas e organizadas por assunto. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

COSTA, N. et al. **As agências de regulação independentes**. In: Regulação e saúde - estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar. Rio de Janeiro: ANS/Ministério da Saúde, 2002.

DOTTI, René Ariel. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Curitiba: Lex editora: 2006.

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

GREGORI, Maria S. **Planos de saúde**: a ótica da proteção do consumidor. 4 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC). **Planos de saúde no topo dos atendimentos do Idec em 2014**. Disponível em < <https://idec.org.br/em-acao/em-foco/planos-de-saude-no-topo-das-reclamacoes-recebidas-pelo-idec-em-2014>>
Acesso out. 2019.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. Salvador/BA: Ed. Juspodivm, 2015.

LOPES, Geraldo Evangelista. **Planos de saúde: contratos de prestação de serviço**. Âmbito Jurídico. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19890&revista_caderno=10> Acesso 10 maio 2019.

MARINHO, A.; MORENO, A.; CAVALINI, L. **Avaliação descritiva da rede hospitalar do Sistema Único de Saúde - SUS**. Rio de Janeiro: Ipea, 2001.
Disponível em <

http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4098>
Acesso 23 set. 2019.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MESQUITA, M. A. **A regulação da assistência suplementar à saúde: legislação e contexto institucional**. In: Regulação e Saúde - estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar. Rio de Janeiro: ANS/Ministério da Saúde, 2002.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Caminhos do Direito à Saúde no Brasil**. Brasília, 2007.
Disponível em:
<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/caminhos_direito_saude_brasil.pdf>
Acesso em out. 2019.

MISOCZKY, M. C. **Campo de poder e ação em Bourdieu: implicações de seu uso em estudos organizacionais**. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPAD, 25. Campinas, 2001. Anais... Campinas: Anpad, 2001. Disponível em <
<http://www.scielo.br/pdf/rac/v7nspe/v7nespa02.pdf>> Acesso 23 set. 2019.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Comentários à lei de plano privado de assistência à saúde**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

PASQUALOTTO, Adalberto. **A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde: uma interpretação construtiva**. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.); LOPES, Jose Reinaldo de Lima (coord.); PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). Saúde e responsabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Defesa do consumidor**. In: MARQUES, Claudia Lima (org.); MIRAGEM, Bruno (org.). Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor, v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Bruno Lemos. **Aspectos legais dos contratos de seguro-saúde**. 1ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

SAMPAIO JUNIOR, Rodolpho Barreto. **A defesa do consumidor e o paternalismo jurídico**. In: CONGRESSO NACIONAL CONPEDI, XVI. 2007, Belo Horizonte. Anais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. p. 10. Disponível em < https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/rere-11-setembro-2007-ingo_sarlet_1.pdf> Acesso em: 19 de Setembro de 2019.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Luiz Toro da. **Manual de direito da saúde suplementar: a iniciativa privada e os planos de saúde**. São Paulo: M.A Pontes Editora, 2005.

STJ. **Súmula 302**. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_24_capSumula302.pdf> Acesso 17 out. 2019.

STJ. **Súmula 597**. SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/11/2017, DJe 20/11/2017. Disponível em < [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27597%27\).sub.#TIT1TEMA0](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27597%27).sub.#TIT1TEMA0)> Acesso 17 out. 2019.

SUS: a saúde do Brasil. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sus_saude_brasil_3ed.pdf>. Acesso em 26 set. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Vol. Único. 7 Ed. São Paulo: Método, 2017.

TRETTEL, Daniela B. **Planos de saúde na visão do STJ e do STF**. São Paulo: Verbatim, 2010.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJMG - **Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.18.066603-4/001**, Relator(a): Des.(a) João Cancio , 18ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 28/08/2018, publicação da súmula em 29/08/2018. Disponível em <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=5&totalLinhas=18&paginaNumero=5&linhasPorPagina=1&palavras=limita%E7%E3o%20doze%20horas%20interna%E7%E3o%20hospitalar&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>
<<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=5&totalLinhas=18&paginaNumero=5&linhasPorPagina=1&palavras=limita%E7%E3o%20doze%20horas%20interna%E7%E3o%20hospitalar&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>
>
Acesso 16 nov. 2019.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG. **Apelação Cível 1.0702.15.026226-0/003**, Relator(a): Des.(a) Fernando Lins , 18ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 25/06/2019, publicação da súmula em 27/06/2019. Disponível em <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=18&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=limita%E7%E3o%20doze%20horas%20interna%E7%E3o%20hospitalar&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>
<<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=18&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=limita%E7%E3o%20doze%20horas%20interna%E7%E3o%20hospitalar&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>
>
Acesso 16 nov. 2019.

Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP. **AC 1001501-09.2014.8.26.0510**. Relatora: Fernanda Gomes Camacho, Comarca: Rio Claro, Órgão julgador: 5ª Câmara de

Direito Privado, Data do julgamento: 11/11/2016, Data de registro: 11/11/2016.
Disponível em
<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=9970400&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_f52656a25d0040059460f1ce59a203be&g-recaptcha-response=03AOLTLBQGPw_nnsp5gONP3773qKe8vRTYAWQjw6Vr3PnhC0bg1Qfu1eTU4ZZNDj7L5hXiDIFo-UPXpOB1fp2dYPEBUlaZxEwOyi3v57Hxrdp7PBedeMXfmnZ5SQkVHATi3oEFPVat5lnDU2o3_6b3SiLlIzCxYU6XYzb5EvRaOwfQpiwCzDUEK7tWvgJHLSC16uWijR3c4Q6on_48QgQUfzacoU7srcpWdRGEchLexlg8AL_nWrRjgtCXJ9cFWsEDEbNff8VUJg5THpRAUKHTA2WO2G8diYXp3TI-5v6UPHIGv_-QCrqekf0mf3hewp33xZzZLelpZI-8hC-T1QS8pniAxtzWqZ_zO-RnFVF81oQF8N-drJ3RIOE9jABDIUER8LlixNToWme7Sz2MxZ0ldiUb47d-OWmtF3dKpKIGfvWg7MTT-ZniTM3tY8DPgHBNycosv7DXSEJD9rVbTTI8Z93EgQf8CrZmLToN1Tjh15KYDoKI0gkMYiOvdtlXiJVtmjE6Tg-E6o> Acesso 06 nov. 2019.

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - TJRJ. **Processo nº 0039467-63.2009.8.19.0002 – Apelação.** 1ª Ementa. Des. Wagner Cinelli – Julgamento: 09/11/2011 – Sexta Câmara Cível. Disponível em <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.5.0>> Acesso 06 nov. 2019.

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação 0205314-08.2018.8.19.0001.** Des(a). Jds Maria Celeste Pinto De Castro Jatahy - Julgamento: 30/10/2019 - Vigésima Terceira Câmara Cível. Disponível em <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004D6A96E6435B77C1A8C9B4D5B2A85400DC50B32213151>> Acesso 16 nov. 2019.

Vade Mecum compacto de direito. Ed. Rideel, 2017.

VIANA, A. et al. **Estado e regulação da saúde.** In: Regulação e Saúde - estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar. Rio de Janeiro: ANS/Ministério da Saúde, 2002.