



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Responsabilidade Civil das Operadoras de Plano de Saúde em Planos Exclusivamente Ambulatoriais em face da Negativa de Cobertura para Internações Hospitalares e o Direito à Vida

Fernanda Richa Lopes

Rio de Janeiro
2012

FERNANDA RICHA LOPES

A Responsabilidade Civil das Operadoras de Plano de Saúde em Planos Exclusivamente Ambulatoriais em face da Negativa de Cobertura para Internações Hospitalares e o Direito à Vida

Projeto de Pesquisa apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil.

Professores Orientadores:

Rafael Iorio

Nelson C.Tavares Junior

Néli Luiza C. Fetzner

Guilherme Sandoval

Rio de Janeiro
2012

A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE EM PLANOS EXCLUSIVAMENTE AMBULATORIAIS EM FACE DA NEGATIVA DE COBERTURA PARA INTERNAÇÕES HOSPITALARES E O DIREITO À VIDA

Fernanda Richa Lopes

Graduada em Direito pela
Universidade Estácio de Sá.
Advogada.

Resumo: O presente trabalho possui como objeto a abordagem a incidência do dever de indenizar decorrente das liminares judiciais que compelem as operadoras de planos de saúde cuja cobertura é exclusivamente ambulatorial a promoverem e custearem a internação de seus beneficiários. Aborda-se a responsabilidade civil das Operadoras de Planos de Saúde cujo produto veiculado no mercado de consumo é exclusivamente para cobertura a procedimentos realizados em âmbito ambulatorial, a existência de previsão contratual expressa nesse sentido, mas em contrapartida, o aumento das demandas judiciais à procura de liminares compelindo estas Operadoras a promoverem a internação de beneficiários bem como o custeio de todo o seu tratamento quando verificado iminente risco à vida e à saúde, direitos esses constitucionalmente protegidos, e até que ponto ele se sobrepõe ao *Pacta Sunt Servanda*. Considera ainda o presente estudo o papel da ANS como órgão regulador e fiscalizador das Operadoras atuantes no país e o impacto social e econômico das decisões judiciais que compelem as Operadoras a custearem essas internações.

Palavras-chave: Plano de Saúde. Cobertura Ambulatorial. Internação. Negativa de Cobertura. Direito à vida. Responsabilidade Civil. Dano Moral. Incidência.

Sumário: Introdução. 1. Aspectos relevantes da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro. 2. A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde. 2.1. A boa-fé contratual, o direito à informação e o dano moral. 3. A atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS como órgão regulatório das Operadoras de Saúde no Brasil. 4. O bem jurídico vida e a aplicabilidade da máxima estabelecida pelo *Pacta Sunt Servanda*. 5. O impacto das decisões judiciais para as Operadoras de Planos de Saúde. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Agência Nacional de Saúde Suplementar classifica os Planos de Saúde, quanto ao tipo de cobertura assistencial em: Plano Ambulatorial; Plano Hospitalar; Plano Hospitalar com Obstetrícia e Plano Odontológico.

Por cobertura assistencial se entende o conjunto de direitos (tratamentos, serviços, procedimentos médicos, hospitalares e/ou odontológicos) a que o usuário faz

jus pela contratação de um plano de saúde. Independente da forma de contratação (individual ou coletivo), é obrigatório constar de forma clara no contrato a cobertura assistencial que está sendo oferecida. Existem dois tipos de cobertura: a integral do Plano Referência ou a integral por segmento (ambulatorial, hospitalar, hospitalar com obstetrícia ou odontológico). A lei não impede, contudo, a comercialização de planos com coberturas e características superiores às do Plano Referência, como aqueles com diferentes acomodações ou com cobertura para procedimentos não obrigatórios como, por exemplo, as cirurgias estéticas.

Nesse sentido, cabe esclarecer que o Plano Ambulatorial, dentro dos parâmetros do que estabelece a Agência Reguladora, engloba apenas os atendimentos realizados em consultório (consultas) ou ambulatório (procedimentos ambulatoriais), definidos e listados no Rol de Procedimentos, inclusive exames. O plano com Cobertura Ambulatorial frise-se, não cobre internação hospitalar.

Estabelece também que as coberturas proporcionadas pelo Plano Ambulatorial são aquelas previstas na legislação e no Rol de Procedimentos Médicos para a segmentação ambulatorial, incluindo, entre outras, consultas médicas em número ilimitado, realizadas em ambulatório ou consultório, em todas as especialidades médicas, consultas obstétricas para pré-natal, em número ilimitado, serviços de apoio e tratamentos realizados em ambulatório ou consultório.

Dentre o Rol de Procedimentos Médicos para a segmentação ambulatorial estão ainda procedimentos ambulatoriais (inclusive as cirurgias ambulatoriais), mesmo quando realizadas em ambulatórios de hospital, desde que não caracterizem internação, procedimentos ambulatoriais que necessitem de anestesia local, sedação ou bloqueio, quando realizados em ambulatório e aqueles procedimentos considerados especiais, como, por exemplo, Hemodiálise e diálise peritonial, Quimioterapia ambulatorial, Radioterapia (megavoltagem, cobaltoterapia, cesioterapia, eletroterapia, etc.), Hemoterapia ambulatorial, Cirurgias oftalmológicas ambulatoriais.

Por fim, estabelece a ANS o rol de procedimentos que ficam excluídos de cobertura dos Planos Ambulatoriais, e são eles a internação hospitalar e procedimentos que, embora não necessitem da internação, precisem de apoio de estrutura hospitalar por período superior a 12 horas ou de serviços como recuperação pós-anestésica, UTI, CTI e similares, procedimentos diagnósticos e terapêuticos em hemodinâmica.

Por fim, ficam ainda excluídos da cobertura dos Planos Ambulatoriais os procedimentos que exijam anestesia, salvo aqueles que podem ser realizadas em

ambulatório, com anestesia local, sedação ou bloqueio e tratamentos e exames que demandem internação, como quimioterapia intratecal; radiomoldagens, radioimplantes e braquiterapia; nutrição enteral e parenteral; embolizações e radiologia intervencionista.

O foco do presente estudo é voltado para as divergências envolvendo o cabimento de medida liminar para compelir as operadoras de plano de saúde, que oferecem apenas planos ambulatoriais, a arcar com custos cirúrgicos e de internação que, como bem se sabe, estão excluídos do Contrato, e ainda acerca da incidência de danos morais frente à negativa de cobertura. Traremos como escopo algumas reflexões e informações acerca do funcionamento dos Planos de Saúde, do papel de atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar, da colisão entre princípios constitucionais e do impacto das decisões judiciais para ambas as partes.

1. ASPECTOS RELEVANTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

A ideia de defesa do patrimônio sempre esteve incutida no seio da sociedade, desde a antiguidade, seja na busca por sua preservação, impedindo a ocorrência de quaisquer tipos de prejuízo, seja na busca pela reparação de um dano já ocorrido.

Perceba que em todos os tempos o dano foi combatido pelo lesado, até mesmo porque, caso contrário, estar-se-ia a favorecer a impunidade daqueles que violam as leis, os contratos e os costumes que regulam a vida social, hipótese esta diametralmente oposta à concepção comum de justiça presente no Estado Social de Direito. Apenas o que se alterou – de acordo com o pensamento da época em que se vislumbrava a ocorrência do dano - foi a forma com a qual se buscava combater a ocorrência dessa violação, justamente porque a sociedade se encontra em constante evolução, e está sempre a buscar um direito mais justo e eficaz.

É nesse sentido que a responsabilidade civil encontra seu fundamento, ou seja, no mais elementar sentimento de justiça; no anseio de obrigar o agente causador do dano a repará-lo, já que com a prática do ato ilícito este acaba por causar um desequilíbrio na relação jurídico - econômica existente entre o causador do dano e a vítima. Em decorrência disto, surge a necessidade de se restabelecer o equilíbrio preexistente, fazendo com que o patrimônio da vítima retorne ao seu *status quo ante* da violação (Princípio da *Restitutio in Integrum*).

Logo, é possível observar que a violação a um dever jurídico preexistente caracteriza o chamado ilícito civil. Sergio Cavalieri Filho¹, ao definir responsabilidade, elabora interessante distinção entre obrigação e responsabilidade, afirmando que obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. A exemplo, menciona o ilustre mestre que, se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação, ou seja, se deixar de prestar os serviços, violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação.

Essa recomposição de danos decorrente da violação de um dever jurídico originário, nada mais é do que o fundamento da teoria da responsabilidade civil adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, qual seja, a Teoria Dualista, criada por *Alois Brinz* e citada pela doutrina de Sergio Cavalieri Filho². A Teoria Dualista criada por ele divide a relação obrigacional em dois momentos distintos: o primeiro – *Should* – consiste na obrigação de realizar uma prestação, a depender de uma ação ou uma omissão do devedor da obrigação; o segundo – *Haftung* – consiste na faculdade de o credor atacar ou não o patrimônio do devedor pelos prejuízos causados em decorrência do descumprimento de uma obrigação originária.

Nas palavras do insigne jurista Carlos Roberto Gonçalves³, a teoria clássica da responsabilidade civil se assenta na existência de três pressupostos: o dano, a culpa do ofensor e a relação de causalidade entre o fato culposos e o mesmo dano⁴.

Com a evolução dos estudos sobre a responsabilidade civil, foram surgindo novos fundamentos e pressupostos para caracterizá-la, tais como a responsabilidade pré-contratual, contratual e extracontratual, a responsabilidade subjetiva e objetiva, dentre outras.

Para a configuração da responsabilidade contratual exige-se que haja um vínculo prévio, preestabelecido entre as partes, de forma que o dever jurídico violado fique claramente caracterizado na relação jurídica. Esse vínculo preestabelecido já não existe na responsabilidade extracontratual.

¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.24.

² *Ibidem*, p.03.

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.36.

⁴ BESSON André. *La notion de garde dans responsabilité du fait des choses*. Paris: Dalloz, 1927, p.5.

São pressupostos da responsabilidade civil contratual: vínculo jurídico prévio entre a vítima e o ofensor; o inadimplemento; o dano e a relação de causalidade existente entre ele e o inadimplemento. Aqui, vale ressaltar que o dano deverá ser consequência necessária da inexecução da obrigação, porque na ocorrência de qualquer causa superveniente, imputável à terceiro, a própria vítima, ou proveniente de causas naturais, o nexo causal restará interrompido e, portanto, não se poderá falar em responsabilidade.

Por outro lado, como pressupostos da responsabilidade civil extracontratual (ou aquiliana) tem-se a conduta do ofensor, o nexo causal e o dano.

Ambas podem ser subjetivas – no que depende da demonstração de culpa do agente para que haja o dever de indenizar, e objetiva – que apenas a demonstração da existência do fato e do nexo causal por si só já fazem surgir o direito a reparação.

A responsabilidade subjetiva, por sua vez, muitas vezes acaba por dificultar e até inviabilizar a reparação pelos danos causados, porque em algumas situações, a demonstração do nexo causal entre a conduta ilícita do agente e o dano causado é prova árdua a vítima, ficando a mesma desamparada.

Por tal motivo é que o Código Civil adotou como regra a responsabilidade civil objetiva, ou seja, independente da demonstração de culpa do agente, haverá o dever de indenizar pelo ofensor (art. 927 do CC/02).

A teoria da culpa, extraída do artigo 186 do CC/02, advém do pressuposto subjetivo da responsabilidade civil subjetiva, e possui como centro de sua preocupação o ato ilícito e o agente causador do dano; ela está intimamente ligada ao elemento volitivo do agente, e preconiza que aquele que causou o dano deva ser devidamente punido.

Note que o direito Brasileiro manteve-se fiel à Teoria Subjetiva, com base na demonstração da culpa, consagrada no art. 186 do Código Civil, tanto no Código Civil de 1916, quanto no novo Código Civil de 2002. Também restaram adotados, princípios da responsabilidade objetiva da culpa presumida consagrados nos arts. 936, 937, 938, como também da responsabilidade independente de culpa, onde o dever de reparar subsiste independentemente da sua existência, como se extrai dos artigos 927, parágrafo único, 933, e 1.299, todos do Código Civil.

2. A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE

No que tange a aplicabilidade do Código de Proteção e Defesa do Consumidor nas relações jurídicas firmadas através dos contratos de planos de saúde, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) firmou o entendimento, em Novembro de 2010, através da edição da Súmula de nº 469, de que o Código de Defesa do Consumidor (CDC), instituído pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, é plenamente aplicável aos contratos de planos de saúde, regulamentados pela Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998.

O óbice existente a este entendimento era no sentido de que admitir a aplicação do CDC aos contratos de plano de saúde, mesmo àqueles firmados antes da promulgação do CDC, seria admitir a retroação da lei. Contudo, o STJ, muito acertadamente, entendeu que o contrato de plano de saúde é firmado num determinado momento identificável no tempo, mas é de sua própria natureza o estabelecimento de um trato sucessivo entre as partes, por prazo indefinido, permitindo, pois, a aplicação do CDC a todos os contratos, tenham sido antes da vigência do CDC ou depois dela.

Note-se que nunca se discutiu se os contratos de plano de saúde estariam enquadrados nas modalidades de relação de consumo amparadas pelo CDC. Apenas se tal microssistema de normas poderia retroagir aos contratos de plano de saúde vigentes há época de sua criação.

A relação jurídica contratual existente aqui se trata de verdadeira relação de consumo, porque é possível verificar a existência da figura dos consumidores, pessoas físicas ou jurídicas, destinatárias finais do serviço de plano de saúde, nos moldes do art. 2º do CDC, e do fornecedor, pessoa jurídica de direito privado, prestador de serviços na área de saúde suplementar, conforme estabelece o art. 3º do CDC, motivo pelo qual se torna indiscutível a aplicabilidade do Estatuto Consumerista.

Apenas reiterando o que já fora dito anteriormente, esse entendimento está pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, inclusive quando à aplicabilidade imediata das normas de ordem pública nos contratos em curso, notadamente os chamados de trato sucessivo ou de execução continuada, havendo de um lado a continuidade do pagamento das mensalidades, e de outro, a disponibilidade dos serviços de assistência à saúde.

2.1. A BOA-FÉ CONTRATUAL, O DIREITO À INFORMAÇÃO E O DANO MORAL

O direito contratual regido pelo Código Civil Brasileiro consagra a liberdade de contratar (Princípio da Autonomia da Vontade), observados os princípios da probidade, boa-fé (art. 422 CC/02), supremacia da ordem pública e da função social dos contratos, atento aos atuais clamores sociais, no sentido de coibir eventuais abusos que configurem desvantagem para uma das partes em detrimento da outra.

Esse novo modelo social não se coaduna mais com o Princípio da Autonomia da vontade, porque atualmente os Contratos de Adesão, nos moldes do artigo 54 do CDC, possuem cláusulas já de antemão estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos/serviços, não cabendo discussão acerca de seu conteúdo pelo consumidor.

A liberdade contratual, portanto, não é tida mais como absoluta, porque se encontra limitada pelo Princípio da Supremacia da Ordem Pública, na ideia de que o interesse social deve sempre prevalecer quando confrontado com o interesse individual, sendo inclusive permitida a intervenção do Estado para restabelecer e assegurar a igualdade dos contraentes e o equilíbrio contratual, impondo o seu cumprimento.

Presente nos artigos 4º, III, *in fine* e 6º, V do CDC, tem-se aqui, portanto, que o Código de Defesa do Consumidor inovou ao relativizar o clássico Princípio *Pacta Sunt Servanda*, pelo que se traduz a força obrigatória dos Contratos.

O equilíbrio dos contratos guarda estreita relação com a boa-fé objetiva e sua inobservância conduz a invalidade da estipulação contratual, como prevê o artigo 51, IV do CDC.⁵

Sobre a comunicação entre os princípios da boa-fé e do equilíbrio dos contratos, anota Cláudio Belmonte⁶:

no sistema do Código de Defesa do Consumidor, optou-se por relacionar diretamente a boa-fé com a questão do equilíbrio do conteúdo da relação contratual, precisamente entre as prestações e contraprestações estipuladas, sendo esse o fator que, principalmente, caracterizará uma cláusula como abusiva (inválida) ou não. Assim, o ponto fulcral da caracterização da abusividade consiste na existência de cláusulas que coloquem o

⁵GREGORI, Maria Stella. *Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.111.

⁶BELMONT, Cláudio. *Proteção contratual do consumidor: conservação e redução do negócio jurídico no Brasil e em Portugal*. São Paulo: RT, 2002, p. 141.

consumidor em desvantagem contratual exagerada em relação ao fornecedor, independentemente de essa situação ter sido gerada em face do díspar poder econômico entre as partes, ou do uso de condições gerais, ou ainda, pelo simples fato de estar utilizando contratos por adesão.

Outro princípio orientador das relações de consumo e que possui amparo nos artigos 30 e 31 do CDC, é o Princípio da Transparência, que se traduz na imposição ao fornecedor do dever de ofertar e apresentar produtos ou serviços assegurando informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa.

Diretamente ligados ao Princípio da Transparência Máxima nas Relações de Consumo, estão os Princípios da Educação e Informação ao consumidor. Tais garantias são de grande relevância, na medida em que a informação prestada de maneira correta viabiliza uma contratação mais segura.

Maria Stella Gregori⁷ ao tratar sobre o tema, pondera:

Não se admitem falhas ou omissões nas informações prestadas pelo fornecedor, devendo elas ser apresentadas de forma que facilite a sua compreensão. Nessa mesma diretriz, a má informação é condenada pelo CDC, quando coíbe a publicidade enganosa ou abusiva e as chamadas práticas comerciais condenáveis – as dispostas no art. 39 CDC e nas *Portarias* 7/2003 e 49/2009 da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – bem como aliado ao princípio da vulnerabilidade do consumidor, vincula a oferta ao contrato e garante a interpretação de cláusula contratual mais favorável ao consumidor”.

Da violação a tais preceitos estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor é que exsurge o dever de indenizar.

Nas lições do insigne mestre Sergio Cavalieri⁸, à luz da Constituição vigente, dano moral nada mais é do que agressão à dignidade humana. Se dano moral é agressão à dignidade humana, não basta para configurá-lo qualquer contrariedade. Nesse diapasão, assevera:

Só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústias, e desequilíbrio em seu bem estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, portanto, além de fazerem parte da

⁷GREGORI, Maria Stella, op. cit., p.112-113.

⁸FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 83.

⁹FILHO, Sergio Cavalieri, op. cit., p.83.

normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.

Acrescenta ainda o ilustre mestre⁹:

Mero inadimplemento contratual, mora ou prejuízo econômico não configuram, por si sós, dano moral, porque não agride a dignidade humana. Os aborrecimentos deles decorrentes ficam subsumidos pelo dano material, salvo se os efeitos do inadimplemento contratual, por sua natureza ou gravidade, exorbitarem o aborrecimento normalmente decorrente de uma perda patrimonial e também repercutirem na esfera da dignidade da vítima, quando, então, configurarão o dano moral.

De tais considerações, podemos concluir que o relevante para a configuração do dano moral não está em si considerar o ilícito em si, mas sim em se apurar a repercussão que deve possa ser decorrente.

3. A ATUAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS COMO ÓRGÃO REGULATÓRIO DAS OPERADORAS DE SAÚDE NO BRASIL

O processo de desestatização do Estado, iniciado no começo dos anos 90 e que perdurou durante toda a década abrangeu inúmeras atividades que antes eram executadas pelo Estado.

Como consequência desse processo, fez-se necessária a criação de organismos que realizassem a supervisão das atividades e serviços antes desempenhados pelo Estado por força constitucional, que foram sendo transferidos ao setor privado.

É nesse contexto que surgem as Agências Reguladoras: para possibilitar que o Estado possa atuar como regulador dos mercados por seu intermédio.

Segundo Bresser Pereira¹⁰, em decorrência desse novo redesenho da organização do Estado, “a responsabilidade do Estado em relação aos mercados passa a ser o de supervisor e fiel da balança, em busca de melhor equilíbrio na relação de seus agentes”.

O surgimento das Agências Reguladoras no ordenamento pátrio tem amparo constitucional. A Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre a ordem econômica em

¹⁰ PEREIRA, Bresser. *Crise econômica e reforma do Estado no Brasil*. 4. ed. São Paulo: 1996. p. 53.

seu art. 174, fixou o papel do Estado como agente normativo e regulador, e como executor subsidiário de atividades econômicas. Dispôs ainda, sobre a possibilidade de transferência à iniciativa privada da prestação de alguns serviços.

Para Leila Cuéllar¹¹, as Agências Reguladoras são “pessoas jurídicas de direito público, com estrutura formal autárquica e competência para regulamentar contratar, fiscalizar, apurar sanções e atender aos reclamos dos usuários consumidores de determinado serviço público ou atividade econômica”.

No Brasil, as Agências Reguladoras são autarquias de natureza especial, dotadas de independência decisória e autonomia financeira, administrativa e gerencial, criadas por lei com o objetivo de regulamentar e fiscalizar a prestação de certos bens e serviços considerados de relevância pública.

Sob este enfoque, afirma Maria Stella Gregori¹²:

A função essencial das Agências, objetivamente é a de executar as políticas do Estado de orientação e planejamento da economia, com vistas à eficiência do mercado, corrigindo, ou ao menos atenuando, suas falhas, por meio de intervenção direta nas decisões dos setores econômicos, tais como formação de preços, competição, entrada e saída do mercado, garantias de operação etc.

Para regulamentar e fiscalizar as atividades que garantissem a manutenção e a qualidade dos serviços médicos e odontológicos prestados pelo setor privado, em 28/01/2000, com o advento da Lei 9.961, foi criada a ANS, autarquia sob regime de natureza especial, vinculada ao Ministério da Saúde e subordinada às diretrizes fixadas pelo CONSU. Dentre suas atribuições precípuas, cabe a ela defender o interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.¹³

A ANS possui dois importantes mecanismos para garantir o cumprimento pelas operadoras da legislação em vigor (Lei 9.656/98): o Termo de Ajuste de Conduta (TAC) e o Termo de Compromisso. Através dele, as operadoras se comprometem a cessar irregularidade, rever seus efeitos e ainda implementar práticas que acarretem vantagens aos consumidores.

¹¹CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 81.

¹²GREGORI, Maria Stella. *Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.111.

¹³Ibidem.

Por fim, cumpre ressaltar que a ANS possui competência para regulamentar tanto a Lei 9.656/98 quanto a Lei 9.961/2000, lei esta de sua criação. Entretanto, nota-se que não cabe a este órgão regulado ultrapassar os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico vigente, ou seja, a ANS não pode inovar na ordem jurídica. Também não possui competência para conciliar, já que o foco primordial da mesma, além de regulamentar é fiscalizar o setor.

4. O BEM JURÍDICO VIDA E A APLICABILIDADE DA MÁXIMA ESTABELECIDADA PELO *PACTA SUND SERVANDA*

O direito do consumidor foi introduzido na legislação pátria após a Constituição Federal de 1988. Este novo ramo do direito, o qual podemos chamar de tutelar (protetório) ou social, visa proteger um sujeito de direitos, o consumidor, em todas as suas relações jurídicas frente ao fornecedor, um profissional, empresário ou comerciante.

Antes da elaboração do Código de Defesa do Consumidor, não havia no ordenamento jurídico pátrio leis específicas voltadas para este novo sujeito. O que se podia encontrar eram previsões na legislação esparsa do Direito Civil, mormente quanto à economia popular e boa-fé do contratante.

Tem-se que o Código de Defesa do Consumidor inovou ao relativizar o clássico Princípio *Pacta Sunt Servanda*, pelo qual se traduz, como visto, o Princípio da Intangibilidade dos Contratos.

Na lição de Cláudia Lima Marques¹⁴:

A ideia da força obrigatória dos contratos significa que, uma vez manifestada a vontade, as partes estão ligadas por um contrato, têm direitos e obrigações e não poderão se desvincular, a não ser através de outro acordo de vontades ou pelas figuras da força maior ou do caso fortuito (acontecimentos fáticos incontroláveis pela vontade do homem).

Isso porque o CDC introduziu no ordenamento jurídico a possibilidade de aplicação da chamada Teoria da Imprevisão, consubstanciada na Cláusula *Rebus Sic Stantibus* que, nada mais é do que a possibilidade de o contrato ser modificado sempre que as circunstâncias que envolverem a sua formação se modificarem no momento da

¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima, op. cit., p. 111.

execução imprevisível e inimputavelmente, com fito a se evitar que o consumidor fique em situação de desvantagem exagerada ou onerosamente excessiva.

Nesses casos, afirma Maria Stella Gregori, que o CDC autorizou a modificação de cláusula contratual ou a revisão do contrato, reduzindo a força do princípio da liberdade contratual em benefício do consumidor, uma vez que, nas palavras de Alberto do Amaral Júnior, este princípio não pode ser invocado pela parte que se encontra em condição de exercer o monopólio de produção das cláusulas contratuais, a ponto de tornar difícil ou mesmo impossível a liberdade contratual do aderente.¹⁵

Nos contratos relativos à planos de saúde, apesar de observadas as determinações impostas pela legislação consumerista, aquelas decorrentes dos Princípios da Transparência, da Educação, da Informação e da Boa-Fé Objetiva, no momento de sua redação, estes quando confrontados com o direito a vida, não parecem prevalecer.

Isto porque o legislador ao verificar a existência de confronto entre dois princípios constitucionalmente estabelecidos, deve valorar e aplicar a ponderação de interesses, decidindo, assim, qual deverá se sobrepor.

A ponderação de valores é um dos principais métodos de solução de conflitos, utilizada, inclusive, para os casos mais difíceis (*hard cases*), em que a subsunção se mostra ineficaz. Através desse balanceamento de interesses, bens, valores ou normas, tenta-se alcançar a melhor decisão para a situação no caso concreto.

O direito à saúde se qualifica como fundamental, consectário indissociável do direito à vida, garantias essas constitucionalmente previstas para todos os indivíduos. O direito à vida acaba por ser o mais fundamental dentre todos os demais direitos, já que constitui pré-requisito à existência e exercício de todos os demais.

Desta forma, a Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, e impõe ao Estado o dever de assegurá-lo em sua dupla acepção: no direito de continuar vivo e no de ter vida digna quanto à sua subsistência.

Por outro lado, verificamos a existência do Princípio da Imutabilidade do Pactuado entre as partes, o que, como foi visto ao longo do presente, acabou sendo relativizado tamanha a relevância das garantias do indivíduo constitucionalmente previstas.

¹⁵GREGORI, Maria Stella, op. cit., p.29.

5. O IMPACTO DAS DECISÕES JUDICIAIS PARA AS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE

A Carta Magna é clara ao definir que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, e essa garantia de acesso por ele promovida se daria através do SUS, rede regionalizada e hierarquizada cujas diretrizes encontram-se fixadas no art. 198 da CF.

Por outro lado, também facultou a livre iniciativa privada a prestação de assistência à saúde, como medida complementar a atuação do sistema único de saúde (SUS), cabendo ressaltar aqui que os serviços de assistência à saúde de competência do SUS, abrangem toda a área médica, ambulatorial, hospitalar, odontológica e ainda os serviços auxiliares de apoio à diagnóstico e tratamento.

Nas palavras de Maria Stella Gregori¹⁶, a saúde é, pois, um direito social básico, fundada nos princípios da universalidade de acesso, integralidade da assistência, igualdade de assistência, equidade, e amplamente protegida pela ordem constitucional em vigor.

Diante das recorrentes demandas no Judiciário envolvendo questões ligadas à saúde, torna-se cada vez mais evidente que a obrigação do Estado em garantir a todos o direito à saúde estaria subordinado ao Princípio do Mínimo Existencial.

Nesse sentido são os comentários da professora Ana Paula de Barcellos¹⁷:

Compete ao Judiciário, portanto, determinar o fornecimento do mínimo existencial independentemente de qualquer coisa, como decorrência das normas constitucionais sobre a dignidade humana e sobre a saúde.

E mais, ainda acrescenta a mesma autora que a “determinação do mínimo existencial, diz respeito às prestações de saúde disponíveis e não as condições melhores ou piores de saúde das pessoas, mesmo porque muitas vezes não há qualquer controle sobre o resultado final que uma determinada prestação de saúde produzirá no paciente”¹⁸.

O grande problema que hoje ocorre é que, diante de uma fragilidade da atuação estatal e diante das dificuldades econômicas que assolam a grande maioria da população

¹⁶ Ibidem. p.29.

¹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.274.

¹⁸ Idem. p. 277.

brasileira, afirma Henrique Freire¹⁹, advogado e diretor jurídico da Amil, cada vez mais vem se exigindo das chamadas operadoras de planos de saúde uma atuação que vai além da atividade que originalmente delas se esperava. Essas novas exigências ora são trazidas pela legislação, ora são trazidas pelas decisões judiciais.

Dentre as posturas recorrentes adotadas pelo Poder Judiciário estão o fato de ignorar a natureza da atividade exercida pelas operadoras de saúde para determinar a realização de um serviço médico, bem como o reconhecimento da nulidade de cláusulas contratuais, acarretando assim um aumento nas hipóteses de cobertura, o que vêm tendendo ao infinito.

A consequência prática é que a operadora acabará tendo um grave problema de caixa, o que poderá incorrer na quebra da operadora (falência) ou prejuízo ao atendimento e cobertura exercidos por ela, porque a operadora dificilmente terá como reaver os gastos despendidos para custear procedimentos não previstos em seus contratos, ou seja, conforme aduz Henrique Freire²⁰, “o benefício concedido a um consumidor individual sempre irá refletir nos demais consumidores, na empresa e na sociedade”.

CONCLUSÃO

A relação estabelecida entre as Operadoras de Plano de Saúde e seus beneficiários é considerada de consumo, incidindo, portanto sobre elas as normas estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor. Em razão da peculiaridade do referido contrato, é de extrema relevância que seja observada a regra esculpida no artigo 54, parágrafo 3º do CDC, pelo qual “Os contratos de adesão serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor”.

Nossos Tribunais têm entendido que, uma vez contratado plano de saúde com garantia de cobertura apenas das despesas com assistência médica ambulatorial, o qual não possui cobertura para internação e tampouco para o custeio das despesas contratuais redigidas de forma clara, que permitam fácil entendimento e de conhecimento das partes, a obrigação da Operadora será apenas a de prestar atendimento de urgência no período de 12h, sob pena de quebra do equilíbrio contratual.

¹⁹ FREIRE, Henrique. *Revista do Instituto dos Magistrados do Brasil*. ed. 35. 2009. Ano 14. p. 24.

²⁰ *Ibidem*. p. 25.

Portanto, o dissabor decorrente da negativa de internação ou de realização de procedimento cirúrgico não pode ter como de fato não tem o condão de se reverter em qualquer compensação pecuniária à parte, até mesmo porque, oportuno destacar, não há nesses casos qualquer descumprimento contratual ou prática de algum ato ilícito por parte da Operadora de Plano de Saúde, já que o contrato de plano de saúde ambulatorial prevê, expressamente, a exclusão de internações hospitalares de qualquer natureza e do custeio das despesas eventualmente oriundas.

Dito isto, ausente estará, conseqüentemente, um dos requisitos autorizadores da antecipação dos efeitos da tutela de mérito que porventura venham a ser pleiteados, qual seja, a prova inequívoca do direito alegado, capaz de convencer da verossimilhança das alegações formuladas.

Apesar das discussões, dos conflitos e das divergências de entendimento acerca do tema, bom constatar que existe uma legislação que resguarda o direito à saúde e, por consequência, à vida, e que a despeito de eventuais percalços a serem enfrentados, sempre haverá prevalência do humano quando estiverem sob ponderação direitos outros igualmente relevantes, mas que dificilmente suplantarão o direito à dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BESSION, André. *La notion de garde dans responsabilité du fait des choses*, Paris, Dalloz, 1927.

CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

DE BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DIAS, Aguiar. *Responsabilidade Civil em debate*. São Paulo: Forense, 1983.

FERNANDES NETO, Guilherme. *O Abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor*. Brasília Jurídica, 1999.

FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GREGORI, Maria Stella. *Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. v. III. 10. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

PEREIRA, Bresser. *Crise econômica e reforma do Estado no Brasil*. 4. ed. São Paulo: 1996.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas S.A, 2007.