



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MALLU DE OLIVEIRA PINTO

**A NÃO COBERTURA DOS PLANOS DE SAÚDE PARA
CIRURGIA DE TRANSPLANTE DO CORAÇÃO: UMA
ANÁLISE À LUZ DO DIREITO DO CONSUMIDOR**

Salvador
2018

MALLU DE OLIVEIRA PINTO

**A NÃO COBERTURA DOS PLANOS DE SAÚDE PARA
CIRURGIA DE TRANSPLANTE DO CORAÇÃO: UMA
ANÁLISE À LUZ DO DIREITO DO
O CONSUMIDOR**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Salvador
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

MALLU DE OLIVEIRA PINTO

A NÃO COBERTURA DOS PLANOS DE SAÚDE PARA CIRURGIA DE TRANSPLANTE DO CORAÇÃO: UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2018

A
minha avó Lucinha (*i.m*), minha maior
fã, incentivadora e eterno amor da
minha vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus por nunca ter me abandonado e ter me capacitado para chegar até aqui.

Aos meus pais por sempre terem compreendido minha ausência, quando necessário, e me apoiado, com todo amor, em tudo que precisei, tornando mais fácil essa trajetória.

Ao meu namorado, Diego, pela paciência nos momentos difíceis e por ter me feito acreditar que eu realmente era capaz e que daria tudo certo.

Aos presentes que o direito me deu: Anne, Lore, Selma, Yasmin e Carol, que estiveram todos os dias ao meu lado durante essa caminhada, dividindo as angústias e alegrias.

A minha orientadora, Flávia, por ter compreendido minhas dificuldades ao longo dessa jornada, se mostrando sempre solícita e com contribuições preciosas.

Aos mestres da Faculdade Baiana de Direito, em especial ao Professor Ricardo Maurício, que me ajudou sempre que o solicitei na construção deste trabalho.

Muito Obrigada!

“Um passarinho quando aprende a voar sabe mais de coragem que de voo”.

Lucão

RESUMO

O direito do consumidor é responsável por regular diversos contratos de prestação de serviços e entrega de produtos, através de princípios como a boa-fé objetiva e dos direitos básicos, como à vida e à saúde, além dos deveres contidos no CDC; no Código Civil; na Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais sobre a área. Tal proteção precisa ser ainda mais eficaz e expansiva no que tange os contratos consumeristas de adesão, já que o contratante não participa da elaboração de suas cláusulas, abrindo margem para possíveis abusividades por parte das empresas. Neste cenário é que estão situados os contratos de plano de saúde, que são regulados, principalmente, pela Lei 9.656/98, que visou garantir direitos aos consumidores e criar deveres para as operadoras do setor, já que prestam um serviço que visa garantir bens jurídicos tão relevantes. Isso porque, é necessário que se atente ao princípio da vulnerabilidade, especialmente quando se trata de consumidores doentes e que necessitam de uma determinada prestação para salvar sua vida, motivo que torna necessário também a aplicação do princípio da proporcionalidade nesse tipo de contrato, pois é necessário sopesar os bens jurídicos envolvidos no caso concreto. Nesse contexto ainda existe outra problemática que é quanto à existência dos contratos anteriores à Lei dos Planos de Saúde e uma discussão sobre a garantia ou não de determinados direitos, muito relevantes, para esses consumidores. Assim, a atuação da ANS é fundamental para que sejam efetivadas as garantias implementadas pelo CDC e pelas Leis que regulam o setor. Dessa maneira, dentro desse arcabouço teórico, é que existe a problemática quanto à negativa de determinadas coberturas pelos convênios de saúde, como os casos que envolvem a necessidade de uma cirurgia para transplante do coração, que é o objeto de análise crítica desse estudo, quanto à possibilidade ou não dessa prática diante da legislação consumerista vigente e do princípio basilar do Estado brasileiro, que é a dignidade da pessoa humana, bem como diante do posicionamento dos Tribunais brasileiros sobre a matéria.

Palavras-chave: planos de saúde; cirurgia; transplante do coração; direito do consumidor.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABTO	Associação Brasileira de Transplante de Órgãos
ADIn	Ação de Direta de Inconstitucionalidade
ADCT	Atos das Disposições Constitucionais Transitórias
ANS	Agência Nacional de Saúde Complementar
art.	artigo
CC	Código Civil
CNCDO	Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos e Tecidos
CONSU	Conselho de Saúde Suplementar
CF/88	Constituição Federal da República
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CID	Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a saúde
CNSP	Conselho Nacional de Seguros Privados
CPC	Código de Processo Civil
des.	Desembargador
IDEC	Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor
LPS	Lei dos Planos de Saúde
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
Resp	Recurso especial
SNDC	Sistema Nacional de Defesa do Consumidor
SNT	Sistema Nacional de Transplantes
STF	Supremo Tribunal Federal

STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TJ	Tribunal de Justiça da Bahia
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
UTI	Unidade de Terapia Intensiva

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. A RELAÇÃO DE CONSUMO E SEUS ELEMENTOS	14
2.1 BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA	19
2.2 DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR	23
2.2.1 A dignidade da pessoa humana no âmbito do direito do consumidor	26
2.2.2 Direito à vida e à saúde	30
2.2.3 Princípio da boa-fé objetiva	35
2.3 OS CONTRATOS DE CONSUMO	41
2.3.1 Os contratos consumeristas de adesão	45
2.4 CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS DE CONSUMO	47
3. OS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE	52
3.1 O ADVENTO DA LEI 9.656/98	56
3.1.1 Princípio da proporcionalidade	61
3.1.2 Princípio da vulnerabilidade	64
3.2 CONTRATOS ANTIGOS X CONTRATOS NOVOS	67
3.3 A ANS E SUA CONDUTA PERANTE O CONSUMIDOR	70
4. OS PLANOS DE SAÚDE E A CIRURGIA PARA TRANSPLANTE DO CORAÇÃO	75
4.1 A LEI DE TRANSPLANTES	81
4.1.1 Alguns aspectos relevantes do procedimento de transplante	84
4.2 DA NEGATIVA DE COBERTURA	86
4.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA	90
5. CONCLUSÃO	97
REFERÊNCIAS	100

1. INTRODUÇÃO

O transplante de órgãos há muito tempo é um problema de saúde pública que afeta o Brasil. Inclusive, quanto a um dos principais órgãos do corpo humano, qual seja, o coração. Nesse contexto, milhares de pessoas no país são consumidoras dos serviços dos seguros de saúde, possuindo, assim a expectativa de que o convênio cubra todos os procedimentos necessários para salvaguardar a vida. Porém, o que muitos não fazem ideia é de que inúmeros são os casos em que os planos de saúde se recusam a custear a cirurgia para transplante do coração. Assim, essa será a problemática abordada neste trabalho.

Dessa maneira, todos os anos milhares de pessoas esperam por um coração na penosa fila daqueles que necessitam de um órgão apto para fazer um transplante. Dados da Associação Brasileira de Transplante de Órgãos - ABTO-, de agosto desse ano, demonstram que há 32.716 pessoas esperando por um doador, sendo que dessas, 232 aguardam por um coração. Além disso, há toda uma angústia psicológica e física pela qual essas pessoas são obrigadas a se submeter, após toda uma espera por um doador viável, ainda pode ser que o seguro não cubra os custos do transplante.

Assim, esses consumidores são obrigados a realizarem tal operação através do Sistema Único de Saúde – SUS-, que realiza, de fato, quase a totalidade desses procedimentos, sendo que os planos de saúde são obrigados a reembolsarem os cofres do Estado posteriormente. Os contratantes desse serviço podem acionar o poder judiciário previamente, enquanto esperam por um órgão apto, caso já se informe que o convênio não irá custear o procedimento ou podem, depois, de já ter arcado com a cirurgia na rede particular, obrigar judicialmente o plano de saúde ao reembolso.

Logo, o presente estudo visa analisar a seguinte problemática: será possível que, com base em todos os direitos e princípios que regem o direito do consumidor, em especial os que envolvem os contratos de plano de saúde, que esses convênios se neguem a custear a cirurgia para transplante do coração?

Nesse contexto, em princípio irá ser feita uma breve abordagem sobre os aspectos relevantes da legislação do direito do consumidor. E em seguida, quanto à relação de consumo e seus elementos, inclusive sobre quem são os atores desse tipo de contrato. Isso para que se compreenda quais são os

direitos básicos do consumidor, como, por exemplo, à vida e à saúde e o princípio da boa-fé objetiva, que são algumas das diretrizes que regem os contratos dessa natureza. E a partir disso, possam ser identificadas as cláusulas abusivas que possivelmente existam nessa espécie de instrumento contratual, em especial nos de adesão, como é o caso, e que precisam ser combatidas dentro do ordenamento jurídico.

Já em um segundo momento, irá ser feita uma análise quanto aos contratos de planos de saúde, que possuem características próprias, bem como das diversas espécies de convênios que são oferecidos, inclusive aqueles que existem antes mesmo da Lei 9.656/98. Momento em que, será necessária uma conexão com o princípio da proporcionalidade, já que há diversos bens jurídicos envolvidos no caso concreto e que precisarão ser sopesados; além do princípio da vulnerabilidade, característica expressiva desses consumidores, que estão necessitados de um procedimento fundamental para salvaguardar sua saúde e vida.

Ainda nesse ponto, será abordado sobre a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, suas atribuições, o cumprimento ou não destas. Isso porque, como será demonstrado, a negativa ou não para o custeio da cirurgia em comento, perpassa necessariamente pelas Resoluções da Agência, que pode ter uma conduta omissiva quanto a proteção dos consumidores desse setor, além, claro, dos outros diplomas normativos fundamentais que envolvem o tema, inclusive a Carta Magna.

Nesse diapasão, após todo esse arcabouço teórico, será possível, em última análise, que sejam identificados os elementos favoráveis ou não aos planos de saúde, quanto a não cobertura da cirurgia para transplante do coração e também os direitos do consumidor, que baseiam sua legítima expectativa de que seu convênio custeará o procedimento em comento, quando este consegue, muitas vezes, depois de meses e meses de espera na fila, um órgão apto e que solucione seu problema.

Além disso, dentro desse ponto, será indispensável um estudo quanto a Lei de Transplantes, já que esta é fundamental para que se compreenda todos os riscos e cuidados necessários que envolvem a temática, e que fizeram com que fosse criada uma legislação especial para tanto. Assim, a partir de uma análise do problema em comento será evidenciado o porquê da negativa dos planos, e todos os aspectos envolvidos nisso. Isso, pois, se tornará indispensável, como se

trata de direitos tão basilares envolvidos na questão, um exame quanto a uma possível afronta ao princípio mor do direito brasileiro: a dignidade da pessoa humana.

Logo, em última análise, deverá ser realizado um estudo sobre a forma com que os Tribunais brasileiros, principalmente o Superior Tribunal de Justiça, vêm decidindo a situação, se em favor do consumidor ou das empresas, e para que se conheçam quais os argumentos, tanto jurídicos, como sociais, são utilizados pelas partes e também pelos julgadores de casos assim.

Todo esse estudo elencado será feito com base em revisão bibliográfica da doutrina que já existe sobre o tema, livros e artigos de autores que se dedicam, principalmente, a escrever sobre os contratos de plano de saúde e cláusulas abusivas. Ainda há a jurisprudência pátria, que, como pretende ser demonstrado, muitas vezes acaba por fazer o papel que deveria ser da legislação, ao garantir na prática, que sejam cumpridos os direitos dos consumidores. Assim, o método de pesquisa empregado será o qualitativo.

Para tanto, o recorte epistemológico quanto ao órgão abordado, qual seja o coração foi com o objetivo de focar na cirurgia para transplante de uma das partes essenciais para vida de qualquer ser humano, e que logo se imagina ser salvaguardado pelos seguros de saúde, mas nem sempre é assim.

Dessa maneira, em face dos inúmeros casos que são levados ao crivo do judiciário, para que os planos sejam obrigados a custear a cirurgia para transplante do coração, é imprescindível que se compreenda por que isso acontece, quais argumentos legislativos para tanto e quais saídas possíveis estão sendo utilizadas no Brasil, é preciso também vislumbrar uma solução legislativa definitiva para um problema que se mostra não só jurídico, mas também prático e urgente, pois estão em jogo dois dos bens mais preciosos para um ser humo: a vida e a saúde, sendo que ambos já são salvaguardados pelo direito, em tese, tanto pela Constituição Federal de 88, como em outros diplomas normativos que cercam o tema, e precisam ser também na prática.

2. A RELAÇÃO DE CONSUMO E SEUS ELEMENTOS

É importante que, antes de tudo, reste expressamente caracterizada a relação de consumo existente nos contratos de plano de saúde. Tal situação decorre de uma relação jurídica adaptada ao direito do consumidor e que envolve: fornecedor de produtos ou serviços e um consumidor, que na maioria das vezes são credores e devedores entre si; poder do sujeito ativo, que é o consumidor, e que pode exigir a entrega da coisa ou a prestação do serviço; fato ou acontecimento, que é um negócio jurídico, guiado pela autonomia privada, que é capaz de autorregulamentar o plano contratual, logo gerar consequências no plano jurídico¹.

Nesse contexto, as relações de consumo, para serem caracterizadas dessa forma, precisam ser formadas por um consumidor (art.2º, CAPUT, CDC) e um fornecedor (art. 3º, CAPUT, CDC), que são os sujeitos dessa relação e por um objeto, que pode ser um produto (art. 3º, §1º, CDC) ou um serviço (art. 3º, §2º, CDC).

Mas, antes de falar do primeiro fator, é necessário que se compreenda a controvérsia existente entre a teoria finalista; finalista mitigada ou aprofundada; e maximalista, no que diz respeito ao conceito do que seria consumidor. Isso porque o art. 2º do CDC, em seu CAPUT, diz que é assim caracterizada toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. No entanto, não resta claro o que seria destinatário final, o que gera embate doutrinário, dando origem às correntes citadas.

Nesse sentido, Cláudia Lima Marques² é uma das que aborda sobre a teoria finalista, que diz que o conceito de consumidor deve ser interpretado restritivamente, como apenas àquele que realmente necessita de uma maior proteção do Estado. Nessa perspectiva, consumidor seria o sujeito que adquire um determinado produto ou serviço na condição de usuário final, que não irá utilizá-lo para revenda, por exemplo.

¹ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2014.

² MARQUES, Cláudia Lima. Proteção Contratual. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 111.

Além disso, existem alguns casos específicos em que poderá haver exceções, como uma pequena empresa que compra algo de uma grande indústria, ainda que seja para revenda, pois em casos assim pode ser verificado a vulnerabilidade. Isso é o que alguns autores consideram um novo conceito de consumidor, que seria, justamente, a chamada teoria finalista aprofundada ou finalismo mitigado³.

Com isso, essa é a corrente que prevalece no Brasil hoje (teoria finalista), inclusive consolidada jurisprudencialmente no STJ, como se pode notar, por exemplo, no julgamento do Recurso Especial 1.156.735⁴, em que restou decidido, segundo a teoria finalista, pelo afastamento do CDC no caso concreto, e aplicação somente do Código Civil, por se tratarem de duas pessoas jurídicas, não sendo a recorrente a usuária final do produto, e não necessitando de uma maior proteção do Estado, devido a ausência de vulnerabilidade desta⁵.

Contudo, também existem na Corte casos em que, excepcionalmente, é aplicada a teoria do finalismo mitigado, quando é evidenciado a vulnerabilidade da figura do consumidor, como no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Especial nº402. 817⁶, em que foi dito o seguinte pelo Relator:

A jurisprudência dessa Corte tem mitigado a teoria finalista para autorizar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade.

Em contrapartida, a teoria maximalista adota a ideia que o CDC deve ser utilizado no maior número possível de casos. Defende que a questão do destinatário final é de ordem meramente fática, sendo este toda pessoa física ou jurídica que adquire um bem, independente se este será utilizado posteriormente em

³ MARQUES, Cláudia Lima. Proteção Contratual. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 112.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.1.156.735 – Proc. 0175755-2/2009. Recorrente: UNITED Parcel Service CO e outro. Recorrido: BAX Global do Brasil LTDA. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Brasília, DJ 16 fev. 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/443431721/recurso-especial-resp-1156735-sp-2009-0175755-2/relatorio-e-voto-443431759?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10 set. 2018.

⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Op.cit.*, 2017, p. 112.

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.402817 – Proc. 0330208-2. Agravante: Gulf Investimentos S/A. Agravado: Maria de Lourdes de Souza Chantre Oliveira e outro. Relator: Min. Sidnei Beneti. Brasília, DJ 17 dez. 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24875505/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-402817-rj-2013-0330208-2-stj/inteiro-teor-24875506?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 25 out. 2018.

uma cadeia produtiva para auferir lucro⁷. Sobre esta, inclusive, Alinne Arquette Leite de Novaes⁸ defende que deveria ser aplicada em todos os contratos de adesão, pois considera que o simples fato do contratante se submeter a esse tipo de instrumento jurídico, o coloca em uma situação inferior, de vulnerabilidade, se equiparando, assim, ao consumidor.

Ainda sobre o tema, Flávio Tartuce e Daniel Amorim⁹ são uns dos que discordam da mencionada teoria, pois asseveram que o contrato de adesão não necessariamente será um contrato de consumo, citando como exemplo os contratos de franquia. Além disso, aplicam a teoria do diálogo das fontes para dizer que a teoria maximalista perde força nesse sentido, pois muitas das normas que estão inseridas no Código Civil estão em perfeita harmonia com os preceitos do CDC.

Assim, os autores¹⁰ ainda elencam outra teoria chamada de minimalista, esta não enxerga a relação de consumo e conseqüente aplicação do CDC em situações claras e que já foram consolidadas tanto na doutrina, como na jurisprudência. Exemplo disso é a relação existente entre os bancos e os correntistas, que o STJ já editou até a súmula 297, consolidando o entendimento de que a legislação consumerista se aplica para as instituições financeiras.

Dessa maneira, vale aqui abordar brevemente o conceito do princípio da vulnerabilidade, já que este é de essencial aplicação nas relações de consumo. Isso porque, é impossível que o consumidor conheça todas as informações sobre os serviços e produtos que são colocados à disposição no mercado, o que gera uma desigualdade de ordem técnica. Além disso, com a atual massificação dos contratos dessa natureza, que reduz o âmbito de escolha dos consumidores, torna ainda mais justificável a presunção absoluta de vulnerabilidade em que o consumidor é colocado, visando a sua proteção e tratamento leal¹¹.

⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Proteção Contratual. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 113-114.

⁸ NOVAES, Alinne Arquette Leite. **A teoria contratual e o Código de Defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

⁹ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2014, p.78-79.

¹⁰ *Ibidem*, p.88.

¹¹ NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p.176-177.

A respeito desse princípio, ainda existem os consumidores que, mesmo já sendo considerados como vulneráveis, precisam de uma atenção ainda maior, que é o caso daqueles que contratam os serviços dos planos de saúde e tem negado o direito a custeio de um procedimento, como a cirurgia para transplante do coração, por exemplo. Estes são chamados de hipervulneráveis, pois além de estarem inseridos numa relação de consumo com um contrato de adesão, estão doentes e precisando de cuidados especiais, a fim de realizar um procedimento essencial para salvar sua vida¹².

Nesta senda, ainda existem os consumidores chamados de equiparados, que são os elencados no art. 2º, parágrafo único; art. 17 e art. 19, todos do CDC. Estes são terceiros que não se enquadram no conceito de consumidor padrão, mas que foram inseridos nesse rol para efeito de tutela legal. Tal definição funciona como norma de extensão do campo de incidência originário da lei consumerista, pois colocam sob sua égide esses sujeitos, que estão expostos aos efeitos decorrentes das atividades dos fornecedores no mercado, podendo ser prejudicados. Sendo que, no caso concreto, é preciso que, novamente, se atente ao conceito de vulnerabilidade, analisando se este está ou não presente¹³.

Nesse contexto, o outro ator que compõe o caráter subjetivo da relação de consumo é o fornecedor do produto ou do serviço. Assim poderá ser considerado toda pessoa jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como entes despersonalizados que desenvolvem atividades, como as de produção, montagem, comercialização de produtos e serviços¹⁴.

Sobre este, o CDC não faz qualquer distinção a respeito do tipo dessa pessoa jurídica que pratica a atividade, restando entendido que poderá ser atingido qualquer modelo ou espécie. Sendo que esta ainda pode estar exercendo sua função típica ou atípica, podendo ser considerado fornecedor até mesmo uma pessoa física ainda que só eventualmente pratique uma atividade que a enquadra no art. 3º, CAPUT do CDC¹⁵.

¹² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas: 2014, p. 53.

¹³ *Ibidem*, p.77.

¹⁴ NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p.135.

¹⁵ *Ibidem*, p. 133-135.

Ato contínuo, passando para a parte objetiva que envolve a relação de consumo, começando pelo conceito de produto, essa expressão atende a uma nova conceituação de diversos setores do mercado, que a colocaram no lugar de denominações como as de *coisa* ou *bem*, que eram utilizadas antes. Assim, este conceito é resultado de uma produção de consumo das sociedades capitalistas contemporâneas. Dessa maneira, esses produtos ainda podem ser classificados em: móveis ou imóveis; bens duráveis ou não duráveis; materiais ou imateriais; e também são importantes para a ideia das amostras grátis, que são os produtos fornecidos gratuitamente¹⁶.

Já quanto aos serviços, os elencados no próprio CDC são de caráter meramente exemplificativo, pois será assim considerada qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, inclusive aqueles que são chamados de serviços essenciais, prestados pelo poder público direta ou indiretamente. Então, esta atividade é entendida como uma ação humana, que, posteriormente, foi compreendida pelo CDC como podendo ser durável ou não durável, como no caso dos contratos de plano de saúde. Além do mais, a necessidade de remuneração, que é trazida pelo art. 3º, §2º do CDC, poderá se dar de forma direta ou indireta, sendo qualquer tipo de cobrança ou repasse, não precisa ser especificamente um preço cobrado¹⁷.

Assim, após a análise de todos esses elementos que compõem a relação de consumo, se torna possível passar a compreensão dos demais fatores desse instrumento contratual dessa relação jurídica. Pois, é justamente nesses conceitos e princípios que estão apoiados os contratos de plano de saúde e seus elementos. Mas, antes, é precioso que se tome posse de algumas informações básicas acerca da legislação consumerista.

¹⁶ NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p.137-141.

¹⁷ *Ibidem*, p.142-150.

2.1 BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA

Daniele Medina Maia¹⁸ ensina que o texto constitucional foi o primeiro diploma legal brasileiro a tratar da proteção ao consumidor, e deixa isso expresso a partir de algumas passagens, como o art. 5º, inciso XXXII c/c art. 170, inciso V, e por fim o art. 48 da ADCT, que foi o que determinou a promulgação do Código de Defesa do Consumidor. Logo, diversos são os direitos e princípio que perpassam esta área do direito.

Nesse sentido, Cavalieri¹⁹ distingue as regras dos princípios para dizer que esta primeira categoria se refere a situações fáticas específicas, já a segunda são muito mais de caráter estruturante do ordenamento jurídico. Assim, um sistema jurídico pautado apenas em regras não permite o cumprimento de sua finalidade social. Ou seja, o direito não pode ser interpretado em tiras, sempre se deve levar em conta todo o ordenamento, buscando uma harmonização do mesmo. Dessa forma, em todas as esferas do direito, inclusive na consumerista, é necessário a identificação do princípio maior que rege a situação fática, descendo do mais genérico ao mais específico, para somente ao final, aplicar determinada regra ao caso concreto.

Dessa maneira, os princípios são a base orientadora de todo ordenamento jurídico. Como o CDC que possui uma série de cláusulas abertas, que demandam maior subjetividade do operador do direito. No entanto, esta encontra limites, devendo o intérprete buscar uma uniformidade na aplicação da lei, através dos princípios que a norteiam. Por isso, em que pese a falta de punição expressa para o descumprimento de tais princípios, desrespeitá-los é, muitas vezes, mais grave do que burlar qualquer norma²⁰.

Já sobre o caráter constitucional do direito do consumidor, quando uma lei ordinária, como é o CDC, concretiza um princípio constitucional, qual seja a proteção do consumidor, esta ganha uma qualidade nova, pois se trata de direito fundamental, uma matéria emendada pela CF, ou seja, uma lei mais que

¹⁸ MAIA, Daniele Medina. Princípios constitucionais do Direito do Consumidor. *In*: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.485.

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas: 2014, p 34.

²⁰ MAIA, Daniele Medina. *Op.cit*, 2006, p.486.

especial, que não pode ser revogada. Por isso que o CDC é um sistema de regras , que compreende princípios fundamentais do direito consumerista, estando constantemente em diálogo com todos os direitos da CF, até por ser fruto da própria²¹.

Nesse contexto, Bruno Miragem²² ressalva que houve, ao longo do tempo, uma espécie de constitucionalização do direito privado, o que acaba por mudar a qualificação subjetiva desses direitos envolvidos, pois os mesmos passam a se qualificar como direitos subjetivos de matriz constitucional. Isso indica o dever que o Estado possui em promover a proteção desse princípio, face a outros de origem infraconstitucional, além de determinar providências concretas para sua realização, sendo que a proteção ao consumidor se encaixa exatamente nessa situação, já que é uma prática que, em regra, seria regulada unicamente pelo direito privado, mas que possui, na verdade, caráter constitucional.

Em última análise, Rizzato Nunes²³ é quem traça um importante paralelo entre o CDC e a Carta Magna, ao dizer que este primeiro diploma normativo é essencialmente principiológico, à medida que visa concretizar os próprios princípios abordados na CF de 88, que são cláusulas pétreas impossíveis, portanto, de serem alteradas. Assim, o que o CDC nada mais faz é concretizar numa norma infraconstitucional esses princípios e garantias constitucionais, como prevê expressamente o seu art. 1º²⁴.

Assim, é necessário que se compreenda o porquê do interesse público em regulamentar os contratos que têm como objeto seguros de saúde. Por isso, Luiz Henrique Sormani Barbugiani²⁵ elenca quatro importantes pontos a serem observados neste aspecto, que são os reflexos econômicos, sociais, políticos e jurídicos, que envolvem a prestação jurisdicional em comento.

²¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas: 2014, p 11-12.

²² MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.50.

²³ NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p.111-112.

²⁴ Art. 1º, CDC: O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

²⁵ BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. **Planos de Saúde: doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Saraiva, 2015, p.77.

Quanto ao aspecto econômico, faz-se necessário uma regulamentação do poder público sobre a temática, pois a maioria dos consumidores dos planos de saúde deixam de alocar essa verba que poderiam usar de outra forma, para conseguir arcar com as mensalidades desses convênios. Logo, o mínimo que se deve exigir e fiscalizar nas operadoras dos seguros em questão é a capacidade financeira destas para honrar esses contratos, cujo objeto tem interesse público muito relevante, já que envolve a sanidade física e psíquica de seres humanos²⁶.

Isso leva ainda a reflexos sociais, pois com menos dinheiro circulando em outras áreas da economia, cai também a geração de empregos, e a população cada vez menos tem condições de ter o acesso devido a direitos básicos inerentes à dignidade da pessoa humana, o que reforça a necessidade do Poder Público de fiscalizar os valores cobrados pelas operadoras dos planos de saúde²⁷.

Além disso, há mais dois aspectos importantes. Um deles é o político, pois não raro é necessário que haja alterações legislativas, com a criação e modificação de diversos preceitos legais, pois as entidades que gerem os planos de saúde estão sempre procurando brechas para possibilitar maiores ganhos financeiros, com menores custos, em detrimento dos contratantes do serviço.

O quarto aspecto relevante é o jurídico, que depende da edição de normas, a fim de impedir que as operadoras desse tipo de serviço adotem condutas ilícitas, mas caso essas cheguem a ser praticadas, que sejam impostas as penas devidas pelo Poder Público, até que se atinja um determinado nível de aprimoramento da norma jurídica, que impeça as prestadoras desse serviço de acharem brechas na legislação para o cometimento de infrações²⁸.

Ainda sobre o tema, Fernando de Oliveira Domingues Ladeira²⁹ diz que na verdade, o problema de sociedades, como o Brasil, é uma grande necessidade de regulação de todas as atividades sociais por igual, a fim de evitar a crescente cultura da ilegalidade decorrente da incapacidade da legislação em acompanhar os processos de mudanças sociais. Mas, a legalidade não deve ser

²⁶ BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. **Planos de Saúde: doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Saraiva, 2015, p.78-79.

²⁷ *Ibidem, loc.cit.*

²⁸ *Ibidem, p.79.*

²⁹ LADEIRA, Fernando de Oliveira Domingues. **Regulação Estatal e Assistência privada à saúde: liberdade de iniciativa e responsabilidade social na saúde complementar**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.64.

entendida apenas como a lei no seu aspecto formal, como também diante das atuações de outras normas jurídicas que retiram seu embasamento da própria lei, da Constituição Federal ou do CDC, por exemplo.

Em face dessa realidade jurídica brasileira abordada, Fabiana Ferron³⁰ ensina que os principais objetivos de regulamentar a assistência privada à saúde no Brasil são os seguintes: assegurar aos consumidores desses seguros cobertura integral e regular as condições de acesso; definir e controlar as condições de ingresso, operação e saída das empresas que operam no setor; garantir que as empresas que operam esses convênios terão recursos financeiros para dar continuidade da prestação do serviço; garantir a integração do setor de saúde complementar ao SUS e o ressarcimento deste, caso os consumidores dos convênios utilizem os serviços da rede pública; controlar os preços; entre tantas outras atribuições.

Em relação à legislação pertinente aos planos de saúde no âmbito do direito consumerista, é de fundamental destaque a teoria do diálogo das fontes, desenvolvida por Heidelberg, nomeada dessa maneira por Erik Jayme e trazida para o Brasil por Cláudia Lima Marques, principalmente no que tange o CDC o Código Civil vigente. A autora ensina que há três tipos de diálogo: quando há aplicação de duas leis ao caso concreto, sendo um geral e outra especial, em que uma servirá de base conceitual para a outra; pode ser também que uma lei complemente a aplicação da outra; ou pode ser ainda que atualizações trazidas por uma lei redefina conceitos presentes em outra. O principal ponto para que possa haver a aplicação da teoria em comento é convergência principiológica entre os diplomas normativos³¹.

Dessa maneira, quando o CDC assegura um direito ao consumidor, este reflete de forma plural com a criação de direitos individuais, mas também de direitos coletivos e difusos, podendo o Ministério Público e outros entes agir, a fim de efetivá-los no mercado. De fato, alguns fatores irão influenciar em qual lei será aplicada, e são eles: o tipo da relação; os atores presentes; o tempo e a ordem, pois primeiro deverá ser aplicada uma lei por completo e, caso esta não seja

³⁰ FERRON, Fabiana. **Planos Privados de Assistência à Saúde**: Lei 9.656, de 3 de Junho de 1998. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2002, p.20.

³¹ MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: Do “Diálogo das Fontes” no combate às cláusulas abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v.45., jan./mar. 2003. p.76-77.

suficiente naquela situação é que será aplicada, de forma subsidiária, uma outra norma³².

Assim, dentro da temática discutida, é necessário que se faça uma abordagem do porquê da necessidade de regulamentação dos planos de saúde, da importância dos diplomas normativos relacionados, superando a visão antiga dos conflitos, seguindo o pensamento de Cláudia Lima Marques³³, a fim de dar efeito útil às leis, independente de quando foram criadas, buscando um sistema de convivência coerente, que respeita os desiguais, como é o CDC, além da hierarquia dos valores constitucionais, sob a égide da CF de 88.

2.2 OS DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR

Sobre os direitos básicos do consumidor, Eliana Cáceres³⁴ ensina que estes estão previstos expressamente ao longo dos dez incisos que compõem o art. 6º do CDC, e podem ser destacados os seguintes: vida, segurança e saúde; liberdade de escolha; informação; transparência e boa-fé; proteção contratual; prevenção e reparação de danos morais e materiais; acesso à justiça e inversão do ônus da prova; serviços públicos adequados e eficazes. E não por coincidência, esses correspondem aos direitos do consumidor elencados na Resolução 39.248/85 da ONU. Além desses, ainda existem outros direitos e princípios assegurados ao longo do referido dispositivo do texto normativo.

Em relação ao direito básico à vida, saúde e segurança, o CDC imputou, na verdade, uma responsabilidade aos fornecedores pela qualidade dos produtos e serviços que colocam no mercado, assegurando a todos a devida proteção, fruto dos princípios da confiança e da segurança.

Quanto à liberdade de escolha, esta deve estar presente em todas as normas contratuais, e com especial atenção para os casos de publicidade e de cláusulas abusivas, combatendo a discriminação dos consumidores, inclusive no

³² MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: Do “Diálogo das Fontes” no combate às cláusulas abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v.45., jan./mar. 2003. p.79-80.

³³ *Ibidem*, p.99.

³⁴ CÁ CERES, Eliana. Os direitos básicos do consumidor. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Direito do consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.II, 2011, p. 905.

caso da portabilidade de planos de saúde para os idosos, em que deve haver um diálogo entre o Estatuto do Idoso, o CDC e a LPS³⁵.

Quanto ao dever de informação, Cavaliere³⁶ ensina que este advém do princípio da transparência e é um instrumento de equilíbrio contratual, à medida que o fornecedor tem a obrigação de passar aquilo que é mais importante, e que a priori apenas ele sabe para o consumidor. São esses os fatos notórios, que são aquelas informações que sejam suficientes para que o consumidor forme sua decisão de adquirir ou não, determinado produto ou serviço, e isso é importante em todos os momentos da relação de consumo, principalmente na parte da publicidade.

Já quanto aos princípios da transparência e da boa-fé, Cláudia Lima Marques³⁷ ensina que este segundo é o orientador de todo o CDC, sendo o primeiro o reflexo deste, e ambos também buscam reestabelecer o equilíbrio contratual, para fazer valer as expectativas legítimas do consumidor, frente a sua vulnerabilidade fática.

Em seguida, faz-se importante abordar outro direito básico do consumidor, qual seja a proteção contratual deste. Sobre este, toda atuação do fornecedor no mercado de consumo, que viole a boa-fé, a confiança e os padrões de conduta negociais, previamente estabelecidos, tanto na fase pré, como na fase pós-contratual. Aqui ainda se destacam as cláusulas abusivas, que decorrem da posição dominante do fornecedor, que impõe unilateralmente condições contratuais que prejudicam os interesses legítimos dos consumidores. Dessa maneira, há duas formas que o CDC utiliza para defender os consumidores nesses casos: a primeira é com o fato do rol de cláusulas abusivas, previstas no art. 51 do CDC ser meramente exemplificativo; e com a garantia da nulidade desses dispositivos, conforme o art. 51, §2º do CDC³⁸.

O próximo direito básico a ser tratado é a prevenção e reparação dos danos morais e materiais, trata-se de pilar tão importante, que o CDC, além de imputar a solidariedade, com base na culpa objetiva, a todos que participam

³⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Proteção Contratual. *In*: BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 84.

³⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas: 2014, p. 103-107.

³⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Op.cit.*, 2017, p. 89-90.

³⁸ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 203-204.

da cadeia de fornecimento, permite, inclusive, a desconsideração da personalidade jurídica, em caso de abuso de direito, e quando este for empecilho para que haja a devida reparação do dano, conforme o art. 28, CAPUT e §5º do CDC. Também é plenamente possível que haja a cumulação de danos morais e materiais, tanto em casos contratuais, como extracontratuais³⁹.

Nesse contexto, outro direito básico consumerista essencial é o acesso à justiça, e o CDC, nesse ponto, buscou consagrar o direito fundamental previsto no art. 5º, XXXV da CF, e significa a necessidade de deixar a disposição do consumidor a possibilidade real de defesa de seus interesses, o que é dever do Estado, através dos órgãos da administração pública, e de modo decisivo do Poder Judiciário. Por isso, qualquer cláusula contratual que limite, de alguma forma, o mencionado direito, será decretada nula⁴⁰.

Ainda é necessário tratar do direito do consumidor aos serviços públicos adequados e eficazes, e sobre esse tema atualmente há um índice enorme de reclamação dos consumidores, principalmente em relação aos serviços dessa natureza, que são prestados por concessionárias, como água, energia, telefonia, e sobre o tema o STJ já firmou entendimento que em todos esses casos é aplicável o CDC, e para ilustrar há o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.022.587-RS⁴¹, julgado pelo STJ, em que foi justamente decidido pela aplicação do CDC na relação entre o consumidor e uma concessionária de serviço público⁴².

Destarte, existe também o princípio da igualdade nas contratações, já que o fornecedor não pode diferenciar os consumidores entre si, devendo oferecer a todos as mesmas condições, o que não exclui que seja dada proteção especial para os consumidores que dela necessitam, como os idosos e as crianças, até para que haja a concretização da isonomia. Além disso, as garantias do inciso V do art. 6º trazem de maneira implícita o princípio da conservação dos

³⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Proteção Contratual. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 98.

⁴⁰ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 216-217.

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental n.1.022.587 – Proc. 0048474-1/2008. Agravante: Usina Hidroelétrica Nova Palma LTDA. Agravado: Fábio Bittencourt da Rosa e outros. Relator: Min. Sidnei Beneti. Brasília, DJ 21 ago. 2008. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/784130/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1022587-rs-2008-0048474-1/inteiro-teor-12781825586316>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

⁴² MARQUES, Cláudia Lima. *Op.cit.*, 2017, p. 102.

contratos de consumo, pois existe a possibilidade de revisar e modificar cláusulas que são desproporcionais ou abusivas⁴³.

2.2.1 A dignidade da pessoa humana no âmbito do direito do consumidor

É bem verdade que a negativa de cobertura para um procedimento vital para vida do consumidor, como a cirurgia de transplante de coração poderá acarretar na violação do princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana. Já que este é norteador de todo sistema jurídico brasileiro e consagrado através da Carta Magna de 1988. Tanto é assim, que tal garantia constitucional aparece, desde logo, no art. 1º, III da Constituição Federal, como fundamento do Estado democrático de direito.

Assim, Ricardo Maurício Soares⁴⁴ ensina que o significado ético-jurídico do conceito em debate é a compreensão da totalidade do catálogo aberto de direitos fundamentais, em sua permanente indivisibilidade e interação dialética, abarcando valores que se contradizem e preponderam a depender do momento histórico e das singularidades culturais de cada grupo social, tais como aqueles relacionados aos direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira e até mesmo quarta dimensão.

Já para Luiz Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos⁴⁵, estes acreditam que no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana, seu núcleo deverá ser representado pelo mínimo existencial, que seria renda mínima, saúde básica, educação fundamental e acesso à justiça. Inclusive, discussão central sobre o tema chegou aos tribunais superiores brasileiros e hoje já é consolidado o fato de que a dignidade da pessoa humana sempre deverá ser guia na aplicação da lei ordinária.

Nesta senda, a dignidade da pessoa humana é um valor supremo da ordem jurídica. Por isso, esta atrai conteúdo de todos os direitos

⁴³ NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 187.

⁴⁴ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 135.

⁴⁵ BARCELLOS, Ana Paula; BARROSO, Luiz Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, v.232, abr./jun. 2003, p. 171-172.

fundamentais do homem, desde o direito à vida. Assim, a ordem jurídica deve sempre visar à realização da justiça social, à educação, o desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania, e não como meros enunciados formais, mas sim como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana⁴⁶.

Rizzatto Nunes⁴⁷, ainda quanto ao conceito do princípio em debate, afirma o seguinte: “Então, a dignidade nasce com a pessoa. É-lhe inata. Inerente à sua essência”. Assim, o ser humano nasce com sua integridade física e psíquica, e que ao longo da vida vai tomando decisões e atitudes que devem ser respeitadas, pois dizem respeito ao seu direito à liberdade, imagem, intimidade, e tudo isso compõe o núcleo da dignidade da pessoa humana. No entanto, vale ressaltar, que a dignidade só é ilimitada enquanto não ferir a própria dignidade de outro ser humano.

Nesse contexto, Sampaio⁴⁸ diz que por constituir o núcleo ideológico do sistema constitucional brasileiro, todo trabalho de elaboração legislativa ou interpretação das normas jurídicas deve ser orientado no sentido de realizar o princípio da dignidade do ser humano. Assim, a norma jurídica que viola a mesma deve ser afastada por ser inconstitucional. Por outro lado, a tarefa do intérprete, mesmo na seara do direito privado, deve ser fazer prevalecer a legalidade constitucional, mantendo coerência com a matriz ideológica maior do sistema jurídico, sobressaindo o princípio da dignidade do ser humano.

Assim, na Constituição Federal de 88, o princípio da dignidade da pessoa humana foi elevado a fundamento do Estado Democrático de Direito. Por isso, que uma vez tido como princípio base da Magna Carta, o legislador brasileiro colocou a dignidade da pessoa humana como orientadora de todos os direitos fundamentais, tais como o direito à vida, à saúde, à segurança, dentre tantos outros⁴⁹.

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 126-127.

⁴⁷ NUNES, Rizzatto. **O princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49.

⁴⁸ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contratos de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 44.

⁴⁹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 135.

Além disso, avançando na Constituição Federal, Rizzato Nunes⁵⁰ diz que não há como falar em dignidade sem o mínimo de direitos abarcados no art. 6º⁵¹ do diploma normativo, que está atrelado ao art. 225⁵², também da Magna Carta, se estes não estiverem garantidos e implementados concretamente na vida das pessoas. Nesse contexto, a luta pela dignidade da pessoa humana expressa a busca por direitos fundamentais do cidadão, e conseqüentemente, da própria tutela do consumidor. No entanto, a implementação de tal direito traz também limites à autonomia da vontade, isso porque a desigualdade econômica existente entre os particulares, fez com que fosse necessário a criação de normas protetivas pelo Estado, a exemplo da vulnerabilidade presumida do consumidor⁵³.

Logo, é necessário uma delimitação do conceito de dignidade da pessoa humana, do que esse princípio abarca, para evitar a dessubstancialização conceitual, que traga danos à própria tutela da personalidade humana, inclusive no que diz respeito ao direito consumerista. Por isso, Ricardo Maurício⁵⁴ diz que:

(...) deve-se reconhecer a força normativa da dignidade da pessoa humana, dotada de plena eficácia jurídica nas relações públicas (efeito vertical: entre Estado e indivíduos), quando em relações privadas (efeito horizontal: entre particulares).

Inclusive, Daniel Sarmento⁵⁵ atribui à dignidade da pessoa humana o principal critério a ser levado em conta na ponderação no caso de conflito entre os interesses constitucionais, devendo assim ser adotada a solução mais eficaz na promoção dos valores humanitários que envolvem o princípio mor em debate.

Há duas dimensões a serem observadas no princípio em comento, inclusive no âmbito consumerista: uma positiva, em que se fazem

⁵⁰ NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 63.

⁵¹ Art. 6º, CF: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”),

⁵² Art. 225, CF: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

⁵³ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A nova interpretação do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 87-90.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 91.

⁵⁵ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.74.

necessárias condutas positivas tendentes a proteger e efetivar esse princípio; e uma negativa, que depreende um dever de respeito, ou seja, de questionar a validade de normas que ofendam a possibilidade de uma vida digna, e do princípio setorial de defesa do consumidor⁵⁶.

Relacionando o princípio em comento aos contratos de plano de saúde, é notório que em diversos casos levados ao judiciário que envolve a temática, seja nas primeiras e segundas instâncias, embora, muitas vezes haja comprovação por parte das operadoras dos convênios de que cumpriram o que estava no contrato, inclusive quando fiscalizado pelo Estado, ainda assim, estas são obrigadas a custear tratamentos, medicamentos, entre outros, fundamentado na aplicação da dignidade da pessoa humana⁵⁷.

Tal situação resta ilustrada, por exemplo, no Acórdão que julgou a Apelação Cível nº 1080831⁵⁸, no Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, pois nesse caso havia no contrato do plano de saúde da empresa Unimed, uma cláusula que excluía a previsão de cobertura para cirurgia de transplante de órgãos, inclusive de coração, que foi justamente a que o autor necessitou. Em tal situação, fora decidido pelo Tribunal por declarar a nulidade da cláusula contratual em questão, fazendo com que, amparado em vários princípios, principalmente o da dignidade da pessoa humana, o seguro de saúde fosse obrigado a custear as despesas que o autor obteve em face do procedimento.

Tal atividade de saúde suplementar é prevista, inclusive, na CF, mas sua efetividade depende ainda de diretrizes técnico-atuariais, cuja inobservância pode colocar em risco toda a rede de pessoas ligadas àquele plano de saúde, que em princípio deveria assegurar o atendimento a todos os pacientes, direito à saúde e, conseqüentemente, à dignidade da pessoa humana⁵⁹.

Contudo, muitas vezes o Judiciário brasileiro usa de forma indevida o princípio da dignidade da pessoa humana, o que, em alguns casos, leva a

⁵⁶ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A nova interpretação do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 92.

⁵⁷ CARLINI, Angélica; SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e contratos de saúde privada no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.110, mar./abr. 2017, p. 150.

⁵⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível Nº 1080831-24. Sexta Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Paulo Alcides. Julgado em 27 mar. 2017. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/443781525/apelacao-apl-10808312420148260100-sp-1080831-2420148260100/inteiro-teor-443781543?ref=juris-tabs#>>. Acesso em: 23 set. 2018.

⁵⁹ CARLINI, Angélica; SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.*, 2017, p. 151.

certa banalização do mesmo, e até a um possível desequilíbrio contratual. Os convênios, nesses casos, são obrigados a custear tratamentos, medicamentos e outros que fogem completamente da estipulação contratual daquele indivíduo e que pode levar ao comprometimento de todo fundo arrecadatório da seguradora, já que todos os usuários contribuem economicamente para o mesmo, podendo, em último caso, alguns destes, que realmente precise da assistência do plano de saúde, ser prejudicados⁶⁰.

No entanto, o que se pretende não é defender uma imunidade para os planos de saúde em relação ao controle jurisdicional, principalmente quanto às cláusulas abusivas, até porque os atores de direito privado também estão sujeitos aos direitos fundamentais, mas sim que haja um controle eficaz e rígido, a fim de combater uma invocação genérica e inflacionada da dignidade da pessoa humana⁶¹.

Por último, neste tópico, Ricardo Maurício⁶² diz que uma das principais funções da dignidade da pessoa humana é também de servir de instrumento guia para aplicação das mais diversas normas e princípios, a fim de que se possa, no caso concreto, obter a efetivação desse preceito mor da Constituição Federal, e se tratando do direito consumerista, da opção que melhor resguarde o consumidor.

2.2.2 Direito à vida e à saúde

Como mencionado, os direitos à vida e à saúde compõem o rol de direitos básicos dos consumidores e ambos se relacionam também com os contratos de plano de saúde. Tais instrumentos jurídicos tornam-se ainda mais especiais, e merecedores de aprofundada discussão, quanto a sua aplicação, à medida que nota-se quais são os principais direitos constitucionais e fundamentais, que estão envolvidos nos mesmos.

⁶⁰ CARLINI, Angélica; SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e contratos de saúde privada no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.110, mar./abr. 2017, p. 152 - 153.

⁶¹ *Ibidem*, p. 154.

⁶² SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A nova interpretação do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 93.

Dessa maneira, Joseane Suzart⁶³ ressalta o fato de que a proteção do direito dos consumidores é proveniente do reconhecimento dos direitos humanos no plano jurídico. Entretanto, geralmente, ao se discorrer sobre a evolução histórica das relações de consumo no campo do direito, não se apresenta a importante associação com a progressão das normas constitucionais, que constituíram as bases para o nascimento dos direitos fundamentais.

A autora⁶⁴ diz ainda que, não obstante a proteção do consumidor ter se desenvolvido a partir do meado do século XX, o liame com a progressão dos direitos humanos não pode ser negado. Por isso, o respeito ao consumidor como titular de direitos não surgiu de forma repentina, resultou de um longo e extenso percurso histórico, que se iniciou com o reconhecimento do homem como ser dotado de características e peculiaridades que necessitavam de proteção especial. Assim, compreender o direito fundamental do consumidor é tarefa que impulsiona o reconhecimento do homem como ser independente e autônomo, merecedor de tratamento digno.

Assim, de pronto é importante que se fale sobre o direito essencial a todo ser humano: à vida. Bruno Miragem⁶⁵ ensina que o direito à vida, no âmbito consumerista, assume múltiplas eficácias, por um lado garante a proteção à vida do consumidor, considerado individualmente numa situação específica de consumo, o que indica a necessidade de proteção da vida e moral do mesmo, demonstrando um vínculo de dependência entre a eficácia deste e dos demais direitos, como a saúde. Por outro lado, há uma segunda dimensão que ultrapassa as barreiras da individualidade, alcançando toda a coletividade de consumidores efetivos ou potenciais, que visa protegê-los de vícios e riscos do mercado.

Em ambas as dimensões, o direito do consumidor deve sempre buscar a efetividade do direito à vida, este que se coloca em relevo, seja na determinação das expectativas legítimas a serem satisfeitas com aquele contrato, seja na forma de proteção quanto aos riscos da contratação⁶⁶. Será o caso,

⁶³ SILVA, Joseane Suzart Lopes da. **O direito do consumidor brasileiro à informação sobre a garantia legal dos bens diante de vícios: a imprescindível hemerônica constitucional em busca da efetividade**. 2013. Dissertação. Orientador: Prof. Paulo Cezar Bezerra (Doutor em direito). Universidade Federal da Bahia, p.26.

⁶⁴ *Ibidem*, p.27.

⁶⁵ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 187.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 188.

explanado anteriormente, o dos planos de saúde, onde a prestação típica do contrato vincula-se a expectativa do consumidor na conservação e melhoria na sua condição de vida.

Nesse contexto, não faria sentido o constituinte declarar qualquer outro direito, se antes não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo, pois o seu peso abstrato é superior a todo outro interesse. O ângulo positivo do direito à vida obriga o legislador brasileiro a tomar medidas eficientes para proteger a mesma em face de outros direitos privados. Essas medidas devem estar apoiadas por uma estrutura eficaz para implementação das normas, e variam de âmbito e conteúdo, conforme maior ou menor ameaça, com que os diferentes elementos da vida desafiam esse direito. Isso, porque este é por vezes referido de um modo qualificado, num sentido amplo, a abranger um direito a uma existência digna⁶⁷.

Assim, Maria Helena Diniz⁶⁸ ensina que a vida humana é amparada juridicamente desde o momento da singamia, ou seja, da fecundação natural ou artificial do óvulo pelo espermatozoide. Este direito integra-se à pessoa até seu óbito, abrangendo o direito de nascer, de continuar vivo e o de subsistência, mediante trabalho honesto ou prestação de alimentos, pouco importando que seja idosa, embrião, nascituro, criança, adolescente, portador de anomalias físicas ou psíquicas, que esteja em coma ou que haja manutenção do estado vital por meio de processo mecânico.

Para ilustrar a situação prática no ordenamento brasileiro, pode-se citar a apelação cível n.13872⁶⁹, em que em sua decisão, o Desembargador Paschoal Carmello Leandro ressaltou que, levando em conta o princípio da proporcionalidade, o direito à vida sempre irá se sobrepor à uma relação contratual, em especial quando se envolve risco de morte e urgência, como foi o caso em comento, em que o plano de saúde foi obrigado a arcar com as despesas médicas do consumidor, mesmo após alegação de que as mesmas não estariam previstas no contrato.

⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 255.

⁶⁸ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 46.

⁶⁹ MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Apelação Cível Nº 13872. Quarta Turma Cível. Relator: Des. Paschoal Carmello Leandro. Julgado em 15 maio 2007. Disponível em: < <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4052231/apelacao-civel-ac-13872> >. Acesso em: 12 nov. 2017.

Outro direito básico relevante é o direito à saúde do consumidor, que está intimamente ligado com o direito explanado logo acima. Bruno Miragem⁷⁰ ensina que o direito à saúde deve ser preservado tanto do ponto de vista físico quanto psíquico da pessoa humana. Tal direito, antes de tudo, é um direito fundamental, reconhecido constitucionalmente, assim como o direito à vida, já citado.

Dessa maneira, o direito à saúde é tão importante que a própria Constituição Federal de 88 reconheceu como de obrigação do Estado prestá-lo, através do seu art. 6º, e, ainda, facultou a assistência à saúde a iniciativa privada, de modo que essas instituições podem participar de maneira complementar ao SUS, seguindo diretrizes deste, através, inclusive, dos convênios de saúde. Assim, a dignidade da pessoa humana só estará assegurada quando for possível uma assistência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade⁷¹.

Nesse contexto, Fernando de Oliveira Domingues Ladeira⁷² dá conta de que, conforme demanda a OMS, não é apenas a falta de enfermidades que concretiza o direito à saúde, mas também o bem estar físico, mental, pois só assim o mesmo poderá ser gozado plenamente como um direito fundamental. Além disso, há também um aspecto econômico nesse direito, à medida que é necessário para o mesmo a implementação de políticas públicas pelo Estado, que visem não só o combate de enfermidades, mas principalmente a prevenção destas, observando sempre os pressupostos da universalidade e igualdade que cercam o tema.

Assim, enquanto norma constitucional, o direito à saúde tem eficácia plena e, ao mesmo tempo, programática. Isso porque o mesmo trata-se tanto de uma diretriz para o legislador, como direito individual do cidadão e coletivo da sociedade. Ainda há uma dimensão positiva no direito em questão, que abrange prestações para população em sentido amplo e estrito, mas há também um aspecto

⁷⁰ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 189.

⁷¹ CUNHA JR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 593.

⁷² LADEIRA, Fernando de Oliveira Domingues. **Regulação estatal e assistência privada à saúde: liberdade de iniciativa e responsabilidade social na saúde suplementar**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 79.

negativo, qual seja a abstenção, por parte do Estado, da inviolabilização do direito à saúde⁷³.

Quanto ao direito à saúde os autores Gilmar Ferreira e Paulo Gustavo⁷⁴ trazem um dado interessante, de um estudo realizado no estado de São Paulo, em que se constatou que as pessoas beneficiadas pela intervenção do poder judiciário, em casos como esse, são as que possuem melhores condições socioeconômicas e acesso à informação. Tal constatação foi feita levando em consideração dados, como local da residência dos autores das demandas e o elevado número de ações propostas por advogados particulares – 74% dos casos.

Diante disso, Luigi Bonizzato e Flávio Alves Martins⁷⁵ criticam a forma como o direito à saúde não é concretizado no Brasil, pois mesmo diante da normatização constitucional, os caminhos ao executivo no que tange a concretização de políticas públicas continuam muito tortuosos e ineficazes.

Nesta senda, os autores⁷⁶ ensinam que em decorrência dos inúmeros problemas e deficiências da saúde pública no Brasil, acarretados pelas escassas e ineficientes políticas públicas para o setor criadas pelos governantes, o mercado dos planos de saúde, vem se desenvolvendo cada vez mais, abrangendo hoje usuários das mais variadas classes sociais.

Nesse contexto, Maurílio Casas Maia⁷⁷ diz que o CDC utiliza o direito à saúde como instrumento para própria proteção do consumidor em muitas passagens. E por isso, o direito à saúde no Brasil, devido à eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais, é aplicável, inclusive, nas relações entre particulares, impondo a abstenção de condutas lesivas a tal direito e prestações positivas, a de acordo com cada realidade jurídica. O autor acredita ainda que para a aplicação plena e eficaz do direito à saúde são necessários serem observados três fatores: meio ambiente equilibrado; tutela do consumidor e direito à devida informação.

⁷³ MAIA, Maurílio Casas. O direito à saúde à luz da Constituição e do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.84, set./out. 2012, p. 202-203.

⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 704.

⁷⁵ BONIZZATO, Luigi; MARTINS, Flávio Alves. Saúdes Pública e privada e relações de consumo: uma análise constitucional e civilística de responsabilidades estatais, pré e pós-contratuais no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.96, nov./dez. 2014, p. 117.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 136.

⁷⁷ MAIA, Maurílio Casas. *Op.cit.*, 2012, p. 214.

Como demonstrado, esses direitos constitucionais da vida e da saúde encontram também previsão no CDC e devem ser sempre tratado com máxima observância de todos seus preceitos, para que possam ser efetivados de modo pleno e satisfatório no direito do consumidor.

2.2.3 Princípio da boa-fé objetiva

Outra garantia elencada no art. 6º do CDC é a boa-fé objetiva. Quanto a este princípio, antes de tudo, faz-se necessário que se estabeleça uma distinção entre boa fé subjetiva e objetiva. O primeiro aspecto, segundo Rizzatto Nunes⁷⁸, diz respeito “(...) a falsa crença sobre determinadas situações pelas quais o detentor do direito acredita em sua legitimidade, porque desconhece a verdadeira situação”. No entanto, não é este o aspecto da boa-fé que interessa ao direito consumerista, mas sim a esfera subjetiva da matéria, que diz respeito não a um equilíbrio isonômico, mas sim contratual.

Nesta senda, é preciso entender a boa-fé objetiva como um *standard* jurídico, que são elementos que não preceituam normas, determinados comportamentos a serem adotados ou não, mas tão somente servem como ponto de referência para que o legislador saiba qual a conduta devida para um sujeito em determinada circunstância de fato⁷⁹.

Assim, a boa fé objetiva, enquanto conceito jurídico indeterminado, devendo ter seu conteúdo preenchido pelo juiz, é aplicável, aos contratos de plano de saúde, e faz com que as partes sejam obrigadas a agirem com lealdade, transparência e honestidade, inclusive quanto às expectativas reciprocamente esperadas.

Logo, coube ao direito do consumidor a responsabilidade de trazer para o direito brasileiro a introdução da boa fé objetiva no sistema jurídico, fazendo com que tal princípio se tornasse cláusula geral, além de guia da política

⁷⁸ NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 178.

⁷⁹ ZANELATO, Marco Antônio. Boa-fé objetiva: formas de expressão e aplicações. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.100, jul./ago. 2015, p. 150 e 151.

nacional de relação de consumo, sendo o mesmo, posteriormente, positivado também nas relações jurídicas privadas em geral, através do Código Civil de 2002⁸⁰.

Nessa senda, Joseane Suzart⁸¹ dar conta de que:

A boa fé objetiva servirá para evitar que a conduta maliciosa do interessado prevaleça, devendo, ao passar pelo crivo do judiciário, ser feita uma interpretação lastreada na exigência de que as pessoas devem atuar de modo honesto e escorreito.

Outrossim, se pode identificar na boa fé, aplicada as relações de consumo, três funções principais: interpretativa do negócio jurídico; função criadora de deveres denominados secundários ou anexos; função limitadora do exercício do direito. Dessa forma, atua ainda a boa fé como criadora de deveres anexos à obrigação principal, ou seja, impõem às partes deveres outros, além daqueles previstos expressamente no contrato, devendo fazer tudo que for necessário para garantir ao outro o pleno e efetivo alcance do objeto contratual⁸².

Dessa forma, ainda na conceituação do princípio em questão, Rizzatto Nunes⁸³ ensina que:

A boa-fé objetiva é uma espécie de pré-condição abstrata de uma relação ideal. Toda vez que no caso concreto, por exemplo, o magistrado tiver de avaliar o caso para identificar algum tipo de abuso, deve levar em consideração essa condição ideal a priori, na qual as partes respeitam-se mutuamente, de forma adequada e justa.

Assim, Judith Martins-Costa⁸⁴ relaciona o princípio em comento com os conceitos de confiança e autonomia privada, além da ideia de autorresponsabilidade, sendo que esta nada mais é do que a própria vinculação que é gerada a partir da autonomia privada, em face do princípio da confiança, devido à legítima expectativa que foi criada, ou seja, aqueles dotados de capacidade negocial, nesses casos, se vinculam pela expectativa gerada e respondem por esta.

⁸⁰ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contratos de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 173.

⁸¹ SILVA, Joseane Suzart Lopes da. **Planos de saúde e boa-fé objetiva**. Salvador: JusPodivm: 2010, p.484.

⁸² SAMPAIO, Aurisvaldo. *Op.cit.*, 2010, p. 164-174.

⁸³ NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p.179.

⁸⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.237.

Nesse contexto, Sampaio⁸⁵ dá conta de que a boa fé objetiva também atua como limitadora do exercício de direitos subjetivos, através, principalmente, das seguintes situações: vedação de comportamento contraditório, que tem a ver com a confiança depositada para o outro de que se agirá de determinada maneira; resolução de contratos em caso de mínimos inadimplementos; afastar a exigibilidade de uma obrigação, quando o titular deste permanecer inerte por tempo anormal ou no caso do surgimento de uma nova relação jurídica ligada a prática reiterada de um novo ato; além disso, aquele que viola uma norma não pode exigir qualquer obrigação jurídica que seria desta decorrente.

Neste contexto, Cavalieri Filho⁸⁶ evidencia que há algumas funções importantes do princípio em questão, que devem ser destacadas: a função integrativa de conduta durante todo contrato; a função interpretativa; a função de controle, que são limites dos direitos subjetivos, que visa coibir qualquer abusividade das partes de um contrato.

Assim, é precioso notar que a boa-fé objetiva não tutela qualquer expectativa, mas somente aquelas que visam evitar dos parceiros contratuais, comportamentos injustificados bem como prevenir danos. Logo, o princípio da confiança visa proteger tais expectativas que são criadas, já a boa-fé tem como função principal a de direcionar os comportamentos, tendo uma atuação tanto negativa (não violar a legítima expectativa), como positiva (colaborar para o adimplemento do contrato)⁸⁷.

Dessa maneira, Cavalieri⁸⁸ traz interessante jurisprudência para ilustrar a devida aplicação da boa-fé objetiva, qual seja a Apelação Cível 13.839/2002⁸⁹, que foi julgada na 2ª Câmara Cível no TJ do Rio de Janeiro, em que se tratou da denúncia unilateral de contrato de plano de saúde, após cinco anos, no momento em que o beneficiário se encontrava em tratamento de grave enfermidade.

⁸⁵ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contratos de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 180 e 181.

⁸⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas: 2014, p.42.

⁸⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.236.

⁸⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op.cit.*, 2014, p.43.

⁸⁹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível Nº 13.839.Segunda Câmara Cível. Relator: Sergio Cavalieri Filho. Julgado em 29 set. 2011. Disponível em: <www.tjrs.jus.br/234563fgtth-ghht/45>. Acesso em: 17 abr. 2018.

Tal situação evidencia que enquanto foi interessante economicamente, a prestadora do convênio não se valeu da cláusula (abusiva) que autorizava a resolução contratual unilateralmente, no entanto, no momento mesmo em que o contratante passou a utilizar com frequência o plano de saúde, gerando mais gastos para a seguradora, esta soube imediatamente agir contra a lealdade e confiança esperada da mesma e lançar mão deste artifício que contraria completamente a boa-fé objetiva que se espera numa relação equilibrada de consumo.

Ainda nesse tocante, a boa fé se potencializa nas relações de consumo, devido a ideia da vulnerabilidade. Isso porque tal situação fica ainda mais evidente nos contratos de plano de saúde, em que há uma prevalência desse princípio ainda maior do consumidor. Por isso que o STJ tem procurado reverter completamente à boa fé em favor do consumidor nesses casos, em que há um dever de cooperação, informação, cuidado ainda maior⁹⁰.

Nesse contexto, Bruno Miragem⁹¹ assevera que, no direito do consumidor a boa-fé tem um papel ainda mais especial, no tocante à limitação do exercício da liberdade do fornecedor de um serviço, em face de uma possível atuação abusiva, o que resta expresso em muitos artigos do CDC.

A respeito dessas relações de consumo, Joseane Suzart⁹² dá enfoque para aquelas relacionadas aos planos de saúde, pois são contratos em que há, por parte da operadora unicamente, uma elaboração prévia desse instrumento, ao qual irá aderir o contratante, o que torna de fundamental importância o uso da boa-fé objetiva como parâmetro norteador, para analisar até que ponto essas empresas não agiram de modo desleal, abusivo com o consumidor.

Miragem⁹³ ainda alerta para o fato de que não apenas o caráter material dessas cláusulas deve ser analisado, mas também é necessário que se atente para a relação dominante do fornecedor em face da vulnerabilidade do consumidor, por isso se evidencia a importância da utilização da boa-fé, para que ao

⁹⁰ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contratos de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 300.

⁹¹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 136.

⁹² SILVA, Joseane Suzart Lopes da. **Planos de saúde e boa-fé objetiva**. Salvador: JusPodivm: 2010, p. 485.

⁹³ MIRAGEM, Bruno. *Op.cit.*, 2013, p. 136.

serem analisadas as situações de fato, não restem violados os deveres de consideração impostos pelo próprio princípio em debate.

Sobre o tema, nas relações consumeristas vigora a máxima da vulnerabilidade do consumidor, por isso a interpretação pró-aderente, nesses casos, deve ser potencializada, de forma, inclusive, expansiva quanto às disposições contratuais e legais protetivas aos legítimos interesses do contratante. No entanto, vale a ressalva, de que se deve tomar cuidado para que não seja feita uma verdadeira reescrita do contrato, na busca de proteger a parte mais vulnerável dessa relação, pois tal ato seria tecnicamente equivocado⁹⁴.

Além disso, a questão do tempo é relevante, pois esse é um contrato de longa duração, em regra, o que faz com que inobservâncias da boa-fé acarretem prejuízos muito mais intensos. Por isso, que a superioridade econômica, de recursos e aparatos tecnológicos das operadoras de plano de saúde, deve ser algo levado em conta para utilização da boa-fé como parâmetro de solução de conflitos entre as partes envolvidas⁹⁵.

Nesse contexto, uma das missões da boa-fé é a de compatibilizar a proteção do consumidor com o desenvolvimento econômico do mundo moderno. Vale ressaltar ainda que tal princípio possui relevância na construção de todo sistema jurídico, a fim de garantir a aplicação dos demais princípios em harmonia no ordenamento, sendo que estes todos são o suporte da sociedade capitalista moderna⁹⁶.

Assim, o *trend* do direito contratual é de cada vez mais ampliar as obrigações que derivam da cláusula da boa-fé objetiva, conferindo a mesma um papel imperativo, a fim de controlar as transferências de riquezas, no sentido de que os mais ricos não levem vantagem mediante os mais pobres e vulneráveis. Essa tendência encontra relação, na atual crise do Estado social e na ampliação do direito civilista dia após dia, que busca, cada vez mais, estar atento a manutenção e desenvolvimento de um equilíbrio social⁹⁷.

⁹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.483.

⁹⁵ SILVA, Joseane Suzart Lopes da. **Planos de saúde e boa-fé objetiva**. Salvador: JusPodivm: 2010, p. 483-485.

⁹⁶ NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p.179-180.

⁹⁷ ZANELATO, Marco Antônio. Boa-fé objetiva: formas de expressão e aplicações. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.100, jul./ago. 2015, p. 188-189.

Dessa maneira, Zanellato⁹⁸ acredita que não há mais espaço para o exercício da liberdade contratual sem limites, mediante a invocação da autonomia privada e da livre iniciativa, pois estes preceitos, antes de tudo, encontram limites no princípio constitucional da defesa do consumidor (art. 170 da CF) e na própria boa-fé objetiva. Até porque, segundo Martins-Costa⁹⁹, o papel da autonomia privada, que vigora nos contratos de plano de saúde, é de ser uma fonte de poder normativo, pelo qual são criados negócios jurídicos, ao contrário da autonomia da vontade, que nada mais é do que um conceito cujo núcleo está no simples querer humano.

Assim nota-se uma complementaridade existente entre autonomia privada e o princípio da confiança, que deriva da boa-fé objetiva, pois este último serve como justificativa para a vinculação das cláusulas num negócio jurídico, porque suscita expectativas legítimas sobre a sua seriedade¹⁰⁰. Tudo isso, para Zanellato¹⁰¹, tem como objetivo principal a busca pelo equilíbrio contratual e, como já citado, para que se evite um abuso de poder por parte daquele que possui maior condição econômica em face da hipervulnerabilidade do consumidor.

Para ilustrar bem o tema, pode-se trazer a jurisprudência da Apelação Cível 13.839¹⁰², julgada pelo TJDF, em que houve negativa de cobertura de atendimento de urgência por parte do plano de saúde para um beneficiário, sob o pretexto de que este não havia cumprido o tempo de carência necessário para tanto, tendo este sido fixado pela própria ANS. O relator, Desembargador Josapha Francisco dos Santos, não só considerou a prática da seguradora (apelante) como abusiva e atentatória da boa-fé, como disse também o seguinte:

As resoluções normativas editadas por agências reguladoras não devem prevalecer perante as normas legais e constitucionais no que forem a elas contrárias e, conforme explanado alhures, a limitação de tratamento emergencial não possui amparo legal, mesmo quando relacionado à doença preexistente.

⁹⁸ ZANELLATO, Marco Antônio. Boa-fé objetiva: formas de expressão e aplicações. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.100, jul./ago. 2015, p. 189.

⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.228-229.

¹⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *Op.cit.*, p.233.

¹⁰¹ ZANELLATO, Marco Antônio. *Op.cit.*, 2015, p. 189.

¹⁰² DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível Nº 13.839. Quinta Turma Cível. Relator: Josapha Francisco dos Santos. Julgado em 30 nov. 2016. Disponível em: <www.tjrs.jus.br/234563fgtth-ghht/45>. Acesso em: 17 abr. 2018.

Em última análise, Nunes¹⁰³ acredita que a boa-fé objetiva é uma ferramenta interpretativa hermenêutica que deve ser utilizada pelo aplicador do direito quando da aplicação da norma e quando da adequação da mesma ao caso concreto, inclusive deve ser levada em conta antes de qualquer outro elemento.

Tal princípio é encontrado expressamente no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, com previsão no art.51, IV do CDC, ao dizer que são nulas, de pleno direito, cláusulas que comprometam, inclusive, a boa-fé. Além deste também pode ser citado o art. 4º, inciso III do mesmo diploma normativo:

Harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

Como pode se extrair do supracitado artigo, o princípio em comento também não pode deixar de ser observado no polo do consumidor, pois a conduta deste deverá ser pautada igualmente na boa-fé objetiva. Inclusive nos contratos de prestação de serviço, como é o caso dos convênios de plano de saúde, no qual deve o contratante informar, de maneira leal, os fatos que são de relevo para a prestação, a não ser, obviamente, que o consumidor não tenha conhecimento prévio de determinada informação relevante¹⁰⁴.

Dessa maneira, é notório a importância do princípio da boa-fé objetiva como basilar para todo ordenamento jurídico brasileiro, em especial no âmbito consumerista, em que se deve sempre perseguir o equilíbrio dos contratos, principalmente nos de plano de saúde, já que este visa proteger, em sua essência, a própria vida do seu beneficiário, qual seja o consumidor hipervulnerável.

2.3 OS CONTRATOS DE CONSUMO

O CDC, principal diploma normativo a regular os contratos de consumo, impõe regras que não podem ser contrariadas, nem mesmo por vontade das partes, haja vista seu caráter imperativo, pois seu objetivo é de sobrepor os

¹⁰³ NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p.182.

¹⁰⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.307.

direitos da sociedade em conjunto, em detrimento de interesses particulares. Ou seja, tal Código tem raiz constitucional, que criou um microsistema próprio, por se colocar no ordenamento como lei principiológica, logo, a partir dela, devem emanar todas as leis específicas quando tratarem de questões de consumo¹⁰⁵.

O art. 4º do CDC impõe aos intérpretes a integral aplicação das regras e princípios que compõem o direito do consumidor, assegurando ao mesmo o atendimento de suas necessidades no que se refere à saúde, dignidade e segurança, logo a melhoria de sua qualidade de vida. Tal ato normativo enumera os objetivos a serem perseguidos, através de políticas públicas que alcancem as diretrizes estabelecidas no CDC, devendo ser repudiada qualquer interpretação que não seja adequada às balizas claras, traçadas pelo legislador de 1990, pois aquele que delas se afastar estará descumprindo a lei¹⁰⁶.

Nesse contexto, o art. 47 do CDC deixa claro que o operador do direito deverá, sempre que possível, interpretar as cláusulas contratuais em favor do consumidor. Tal fato é ainda mais crucial quando, se trata de contratos de adesão, como são os de plano de saúde. Isso porque, o referido artigo celebra o princípio consumerista do protecionismo.

Dessa maneira, Sérgio Cavalieri Filho¹⁰⁷ diz que ao longo dos tempos os contratos consumeristas sofreram intensa transformação, principalmente com o advento dos contratos de massa. No Brasil o marco dessas mudanças foi a publicação do Código de Defesa do Consumidor, que está essencialmente estruturado nos princípios da equidade e da boa fé. O rompimento desses preceitos faz com que seja imprescindível a atuação do Estado, através do Poder Judiciário, na defesa do sujeito vulnerável, com o objetivo de harmonizá-la e equilibrá-la.

Assim, o autor¹⁰⁸ dá conta de que os princípios e regras do CDC, em relação aos contratos, resumem-se basicamente pela lealdade, transparência e boa-fé objetiva, com a justa pactuação de direitos e deveres pelas partes envolvidas, sem que haja vantagem exagerada por parte do fornecedor.

¹⁰⁵ GREGORI, Maria Stella. O futuro que queremos para a regulação da saúde suplementar. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 991, maio, 2018, p. 30.

¹⁰⁶ MADUREIRA, Cláudio; GARCIA, Leonardo de Medeiros. O direito do consumidor frente à negativa de cobertura pelos planos de saúde. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.106, jul.-ago. 2016, p. 255.

¹⁰⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 119.

¹⁰⁸ BESSA, Leonardo Roscoe. Proteção Contratual. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 405.

Dessa forma, os artigos 46 ao 54 do referido Código cuidam justamente das regras básicas desses contratos de consumo, sendo que estas refletem em vários outros dispositivos do diploma normativo.

Nesse contexto, é imprescindível que a legislação consumerista seja utilizada na defesa dos direitos dos vulneráveis, em especial nos contratos de plano de saúde, que são os que, de fato, interessam aqui. Assim, se aplicado corretamente, o Código de defesa do consumidor é a maior contribuição jurídica dos últimos tempos no Brasil, principalmente por não tratar a saúde como algo meramente comercial, e ainda pelo instrumento de moderação que representa ao tratar das atividades que envolvem prestadores de serviços e usuários, e também por funcionar como uma implementação ao artigo 5º, XXXII da CF (“O Estado promoverá, na forma da lei, a Defesa do Consumidor”). Dessa maneira, a saúde é uma função pública de caráter social, que se exerce para garantir o direito universal e equitativo de acesso a serviços em seus diversos níveis¹⁰⁹.

Já o art. 46 do CDC celebra o princípio da transparência, ao informar que nos contratos consumeristas é necessário que haja conhecimento prévio por parte do consumidor, das cláusulas que compõem o referido instrumento negocial, avaliando ainda se, caso o consumidor tivesse tomado o conhecimento desse conteúdo, teria ou não assinado o contrato; também é um pressuposto absoluto nesses contratos a clareza na redação de suas cláusulas, independente da intenção que o fornecedor teve no momento de redigir. Dessa maneira, vale ressaltar também que nesse tipo de instrumento jurídico, já há uma vinculação pré-contratual entre os sujeitos, conforme se denota da redação do art. 48 do CDC¹¹⁰.

Assim, em especial nos contratos desse ramo do direito, é essencial que se note a importância da função social dos contratos. Sobre o tema, é importante notar que a função social impõe ao contratante a função de perseguir, juntamente com o direito privado, interesses contratuais socialmente relevantes, assim considerados pelo legislador constitucional, sob pena de não merecimento da tutela do exercício da autonomia privada. Isso porque, o art. 421 do CC¹¹¹ não elimina o princípio da autonomia contratual, mas o atenua, quando há presentes

¹⁰⁹ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 78.

¹¹⁰ NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p.708-709.

¹¹¹ A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

interesses relacionados à dignidade da pessoa humana¹¹². Além disso, Arenhart¹¹³ cita o seguinte:

O contrato seria instrumento de inclusão social, orientado para erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais. A segurança jurídica dá lugar aos interesses da pessoa humana como função precípua do contrato, que deve ser justo.

A função social do contrato é um princípio implícito ao direito do consumidor, já que o próprio CDC tem também este objetivo, que intervém nas relações jurídicas de direito privado, antes dominadas apenas pela autonomia da vontade. E ainda assim, o próprio CDC relaciona o princípio em questão com os princípios da boa-fé objetiva, da confiança e da conservação contratual¹¹⁴. Nesse contexto, Sampaio¹¹⁵ cita como exemplo da aplicação da função social dos contratos no âmbito consumerista, o art. 16 da LPS, que dispõe sobre a obrigatoriedade de inúmeras disposições nos contratos de plano de saúde.

Ademais, nesses contratos vige a regra de que são elaborados unilateralmente pelo fornecedor, além do princípio da conservação deste instrumento jurídico, podendo ser revisado, quando necessário. Também regem os contratos de consumo: o princípio da boa-fé objetiva, já mencionado; da equivalência entre prestações e contraprestações; a igualdade, que envolve vários fatores, como os deveres da transparência, informação e as noções de vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor, bem como a vedação às práticas abusivas; e o protecionismo, que nada mais é do que a interpretação contratual mais favorável ao consumidor¹¹⁶.

Quanto às formas de contratação, o CDC admite todas, tais como contratos escritos, verbais, entre outros, além das chamadas de relações contratuais fáticas, que são comportamentos socialmente típicos, configurados quando não há um contrato firmado, mas este é presumido através de uma ação ou

¹¹² ARENHART, Fernando Santos. Função social dos contratos: a nova teoria contratual e o diálogo das fontes. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.89, set./out. 2013, p. 212-214.

¹¹³ *Ibidem*, p. 214.

¹¹⁴ TARTUCE, Flávio. Princípios Fundamentais do Código de Defesa do Consumidor. *In*: Daniel Amorim Assumpção Neves. **Manual de Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Método, 2014, p. 47-53.

¹¹⁵ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contratos de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 86.

¹¹⁶ NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p.671-684.

comportamento socialmente generalizado. Ainda sobre o tema, não podem ser esquecidos os contratos de consumo firmados através dos meios eletrônicos, que são cada vez mais comuns atualmente¹¹⁷. Quanto a estes, o art. 49 do CDC ainda prevê o direito de arrependimento, que pode ser exercido em sete dias, quando a contratação do serviço ou compra do produto é efetuada fora do estabelecimento comercial. E, nesses casos, o consumidor deverá ter o valor pago devolvido e monetariamente atualizado.

Logo, resta notório que os contratos regidos pelas relações de consumo possuem características próprias, sendo que uma das mais marcantes é o fato de que esses instrumentos jurídicos são elaborados unilateralmente pelos fornecedores, que são os chamados contratos de adesão. Por isso, toda a legislação consumerista é voltada para garantir a maior proteção possível ao consumidor, inclusive e principalmente em relações contínuas de prestação de serviços duráveis, como é o caso dos contratos de planos de saúde.

2.3.1 Os contratos consumeristas de adesão

Segundo ensina Leonardo Roscoe Bessa¹¹⁸, foi após o advento da CF de 88 que ganhou maior relevância a proteção contratual do consumidor, pois o CDC foi criado com base nos próprios princípios constitucionais que já havia, e que, no caso, tinham como principal função a proteção do consumidor vulnerável, sendo que esta situação passou a ser aplicada, com atenção maior ainda, nos contratos de adesão, aqueles em que o consumidor não tem a oportunidade de discutir suas cláusulas, pois estas já estão prontas previamente.

Tal espécie contratual é configurada quando o estipulante impõe o conteúdo do instrumento em questão, restando somente duas opções para outra parte: aceitar ou não esse negócio jurídico. Assim, as cláusulas desses contratos devem ser redigidas de forma clara e legível, seguindo as regras impostas na lei, inclusive, em relação ao tamanho da fonte para redação do contrato. Sendo

¹¹⁷ NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p.685-686.

¹¹⁸ BESSA, Leonardo Roscoe; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de Direito do Consumidor**. 8. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 409-410.

que qualquer hipótese que possa ocasionar limitação ao direito do consumidor, que só podem ser as previstas no próprio CDC, deverá ser redigida em destaque para que seja de fácil e imediata compreensão, não excluindo da possibilidade de ser declarada nula, se necessário¹¹⁹.

Vale ressaltar também que os conceitos de contrato de adesão e contrato de consumo não se confundem. Isso porque esse primeiro tipo é apenas uma espécie dos contratos de consumo. Tanto é assim que na III Jornada de Direito Civil, em 2004, foi aprovado o enunciado nº171, no sentido de asseverar que o contrato de adesão mencionado nos arts. 423 e 424 do Código Civil, não se confundem com o contrato de consumo¹²⁰.

Nesse contexto, os contratos de adesão são compostos pelas chamadas cláusulas gerais, que são firmadas antes do fechamento do contrato pelo fornecedor ou que já são previstas em lei, e que servem de controle para identificar as que são nulas. Sobre isso, vale ressaltar que o Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP- é o responsável por fixar as características gerais dos contratos de seguros¹²¹.

Quanto a isso, essas cláusulas previstas em lei são uniformes, pois valem igualmente para setores inteiros daquele mercado, como é o dos planos de saúde; são gerais e abstratas, pois só se concretizam quando do fechamento do contrato; rígidas, já que o consumidor se vê obrigado a simplesmente aderir aos termos ali postos; são ainda mais relevantes no setor de seguro de saúde, pois em que pese haver diversas leis sobre o tema, ainda há o cometimento de abusividades, e estas precisam ser combatidas¹²².

Sobre o tema, o art. 54 do CDC assevera que a interpretação de um contrato de adesão, como é o caso dos relacionados aos planos de saúde, deve ser em desfavor da parte mais forte, ou seja, aquela que redigiu o instrumento em questão. Da mesma forma é tratada a matéria no art. 423 do Código Civil, que também busca favorecer o aderente desse tipo de contrato, em caso de cláusulas dúbias ou contraditórias. Ou seja, isso reforça o princípio geral do protecionismo que rege os contratos de consumo, inclusive os de adesão, e que prega a interpretação

¹¹⁹ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2014, p.330-337.

¹²⁰ *Ibidem*, p.337.

¹²¹ NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 686-687.

¹²² *Ibidem*, *loc.cit.*

mais favorável ao consumidor, conforme demanda o art. 47, do CDC e que nunca é demais reforçar.

2.4 CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS DE CONSUMO

Ao longo do tempo, com a funcionalização dos contratos às necessidades empresarias, acabaram por ser criadas as cláusulas abusivas. Estas estão previstas, em rol exemplificativo, no art. 51 do CDC, e serão declaradas nulas de pleno direito, pois causam um desequilíbrio contratual, já que colocam o consumidor em desvantagem exagerada diante do fornecedor. O principal instrumento do direito para combater as cláusulas abusivas é o princípio da boa-fé objetiva, pois este preceitua, justamente, o equilíbrio contratual¹²³.

Braga Netto¹²⁴ assevera que as cláusulas abusivas são nulas, não anuláveis. Assim, o CDC possui um sistema próprio de nulidades, embasado no seu art. 51, conforme citado anteriormente, e que engloba: ofensa aos princípios fundamentais do sistema jurídico; restrição a princípios e obrigações fundamentais, que podem colocar em xeque o equilíbrio contratual; onerosidade excessiva para o consumidor. Essas normas são cláusulas gerais, cuja construção de sentido deve ser feita pelo julgador.

Nesse contexto, quanto aos contratos de plano de saúde, o mais importante a ser observado é o inciso II do artigo 51 do CDC. Este que trata sobre o equilíbrio contratual. Isso porque, antigamente o direito era completamente pautado na ideia da isonomia formal contratual, não se atentando às diferenças que são necessárias de serem observadas nos casos concretos. Mas, o direito do consumidor atual é marcado por valores que prestigiam a diversidade e a tolerância. O resultado dessa percepção é o de que, mesmo que um contrato seja livremente confeccionado entre as partes, este ainda pode ser injusto, passível de mudanças

¹²³ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). **Direito do consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.III, 2011, p. 305-308.

¹²⁴ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de direito do consumidor à luz da jurisprudência do STJ**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016, p.367.

judiciais, ou mesmo rescindido, e isso se dá porque os direitos fundamentais não podem ser limitados contratualmente¹²⁵.

Fazendo uma abordagem comparada de diplomas normativos, o CDC tende a ganhar vigor com a solidificação do novo CPC, se o espírito de diálogo das fontes destacado nesse último permanecer, sendo sempre necessário respeitar a hierarquia dos valores constitucionais. Além disso, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 fragmenta-se ainda mais o combate às cláusulas abusivas nos contratos em geral e em especial nos consumeristas¹²⁶.

Sobre esse assunto, o primeiro diploma normativo a tratar das cláusulas abusivas nos contratos de adesão, como são os contratos de plano de saúde, foi o Código de Defesa do Consumidor, em 1998, através do rol exemplificativo do art. 51. O Código Civil, somente em 2002 regulamentou o tema e, mesmo assim, de maneira bastante genérica, por isso o ideal é haver uma aplicação subsidiária do CDC, a fim de ter uma solução mais eficaz ao desequilíbrio de forças entre as partes de um contrato, o que buscaria concretizar o princípio constitucional da solidariedade¹²⁷.

Nesse contexto, Bruno Miragem¹²⁸ explica que a principal diferença entre o abuso de direito, previsto, em linhas gerais no CC, e as cláusulas abusivas constantes no CDC é a vulnerabilidade a qual está exposta o consumidor, que na maioria das vezes não tem liberdade contratual, nem paridade de armas.

Assim, Braga Netto¹²⁹ ensina que se o fornecedor utiliza nas cláusulas contratuais expressões genéricas, como *cobertura total*, não pode, depois, excluir um determinado procedimento da cobertura do consumidor, sob pena de afrontar a boa-fé objetiva, entre outros princípios, ao contrário das excludentes de responsabilidade civil, pois estas devem ser interpretadas restritivamente, só podendo ser aceitas em casos excepcionais, em que há o rompimento do nexo

¹²⁵ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de direito do consumidor à luz da jurisprudência do STJ**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016, p.447.

¹²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 33

¹²⁷ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. As cláusulas abusivas nos contratos de adesão e seu regime na Lei de Defesa do Consumidor e no Código Civil. **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Notadez, v.384, out. 2009, p. 92-93.

¹²⁸ MIRAGEM, Bruno. Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo. *In*: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **Direito do consumidor: contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.IV, 2009, p.233.

¹²⁹ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Op.cit.*, 2016, p.369.

causal, não podendo estar relacionadas às atividades desenvolvidas pela empresa do convênio.

Além disso, a previsão de nulidade dessas cláusulas, trazida pelo CDC, visa conservar o interesse legítimo do consumidor à manutenção do contrato, ou seja, a regra é a nulidade parcial, principalmente em contratos como os de plano de saúde. Sendo que esta pode se dar de duas maneiras: através do conteúdo da cláusula, que acabe por causar o desequilíbrio contratual ou pela forma de contração, que não permita ao consumidor tomar conhecimento de elementos essenciais ao pacto contratual¹³⁰.

Vale ressaltar que a súmula nº 469 foi responsável pela consolidação da aplicação do CDC aos contratos de planos de saúde, no entanto esta foi, recentemente, cancelada pelo STJ, em deliberação ocorrida em abril de 2018, realizada pela Segunda Seção de Direito Privado, e substituída pela súmula nº 608, que tem a seguinte redação: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão.”.

Assim, Bruno Miragem¹³¹ define que:

(...) a nulidade de pleno direito decorre da ofensa à ordem pública de proteção do consumidor, devendo ser reconhecida judicialmente mediante ação ou exceção oposta pelo consumidor, ou ainda reconhecida de ofício pelo juiz.

Esse reconhecimento de ofício de cláusulas abusivas observa resistência, principalmente do STJ, conforme demonstra principalmente a edição da súmula 381 da Casa¹³². Tal situação caminha em sentido contrário à tendência observada no direito comparado, assim como desafia os princípios consagrados no CDC, gerando grave precedente que pode vir a desencadear uma espécie de imunidade ao controle das cláusulas abusivas. Assim, o STF proibiu a aplicação de tal súmula aos contratos bancários, pois esta causaria um desacordo com os demais contratos de consumo, mas o que não se pode admitir é que a partir disso, se abra

¹³⁰ MIRAGEM, Bruno. Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo. *In*: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **Direito do consumidor: contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.IV, 2009, p.234-245.

¹³¹ *Ibidem*, p.249 -250.

¹³² Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.

espaço para uma interpretação mais flexível das normas cogentes previstas no CDC¹³³.

Quanto a esta possibilidade de reconhecimento ou não da nulidade de ofício de cláusulas abusivas nos contratos de consumo, o STJ apesar de ter editado a súmula nº381, entre suas Turmas há diversos julgados que aplicam justamente o contrário. No entanto, a tendência atual da jurisprudência da Corte é de não permitir a revisão de ofício de cláusulas consideradas abusivas nos contratos consumeristas. Exemplo disso é o Recurso Especial nº1.100.270¹³⁴, em que a Relatora, Ministra Maria Isabel Galloti, ao julgar um caso envolvendo, justamente, contrato bancário, deixa claro este posicionamento, preconizando pela aplicação da súmula nº381, como sendo o adotado pelo Tribunal atualmente.

Dessa maneira, é importante ressaltar uma diferenciação trazida por Carolina e Thélío Farias¹³⁵: cláusulas abusivas são aquelas que ferem, direta ou indiretamente, norma legal ou princípio jurídico, em detrimento do consumidor, já prática abusiva é o gênero, do qual essas cláusulas são espécie, podendo haver uma prática abusiva, sem que haja uma cláusula para tanto, não ocorrendo o contrário.

Nesse contexto, não é raro, que os contratos de consumo de massa ou de adesão, como são os de plano de saúde, contenham cláusulas que possuam vantagens unilaterais ao fornecedor que as elaborou, diminuindo ou exonerando dos seus deveres de consumo. Isso ocorre porque o consumidor não possui, muitas vezes, a habilidade técnica necessária para o devido entendimento dos termos desses contratos ou não possui liberdade de escolha, pois não há outra opção para ele, a não ser aceitar aquilo que lhe está sendo imposto¹³⁶.

¹³³ MIRAGEM, Bruno. Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo. *In*: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **Direito do consumidor: contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.IV, 2009, p.260.

¹³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.1.100.270 – Proc. 0231847-0. Recorrente: Marcos Roberto Viega. Recorrido: GRAVEL Administradora de Consórcios LTDA. Relator: Min. Maria Isabel Galloti. Brasília, DJ 04 out. 2011. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21065915/agravo-regimental-nos-embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-agrg-nos-edcl-no-resp-1100270-rs-2008-0231847-0-stj/certidao-de-julgamento-21065918?ref=juris-tabs> >. Acesso em: 23 set. 2018.

¹³⁵ FARIAS, Carolina Steinmuller; FARIAS, Thélío Queiroz. **Práticas abusivas das operadoras de plano de saúde**. São Paulo: Anhaguera, 2014, p 43 e 44.

¹³⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Os contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p 156.

A esse respeito, inclusive, a atual tendência jurisprudencial do STJ é de aplicar a teoria do diálogo das fontes e, em alguns casos até aplica apenas o CC, em detrimento do CDC, por este ser mais vantajoso para o consumidor naquela situação concreta. Exemplo disso é notado em matéria prescricional, em que o prazo estabelecido para alegação de abusividade de uma cláusula contratual é de dez anos (art. 205, Código Civil), por isso esta é aplicada, ao invés do período estipulado no CDC, que é menor¹³⁷.

Além disso, Cláudia Lima Marques¹³⁸ explica que a estipulação desses instrumentos abusivos ocorre no momento mesmo da pactuação do contrato, mas que, muitas vezes, só será identificada a sua abusividade posteriormente, pois essa é uma atividade do intérprete do contrato, do aplicador da lei em face das alegações daquele que, ao executar o contrato, verificou o abuso cometido. É importante também que haja uma interpretação desse instrumento abusivo não isoladamente, mas de maneira integrada com todo o contrato, porque a depender da espécie contratual e suas especificações, possa ser que uma cláusula que, normalmente, seria abusiva, naquele contexto não será.

Assim, quando é detectada uma cláusula abusiva em um contrato de consumo, em regra, não haverá necessidade deste ser completamente impugnado, pois segundo o §2º do art. 51 do CDC, a nulidade de uma determinada cláusula não invalida todo o contrato, a não ser que esta traga um ônus excessivo para uma das partes¹³⁹.

Em face do que foi exposto, resta evidenciado que não pode ser admitido no direito brasileiro cláusulas abusivas, que tragam, de qualquer maneira, prejuízos para o consumidor, sendo este o vulnerável nessas situações. Assim, em último caso, será sempre dever do judiciário declarar a nulidade desses contratos, a fim de reestabelecer o equilíbrio contratual, que deve sempre ser prezado, entre as partes, em especial, daquele que protege um dos bens mais preciosos para o ser humano, que é a vida, através dos convênios de planos de saúde.

¹³⁷ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de direito do consumidor à luz da jurisprudência do STJ**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016, p.370.

¹³⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Os contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p 158.

¹³⁹ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Op.cit.*, 2016, p.451.

3. OS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE

Os contratos de plano de saúde são formados pelos três elementos que compõem uma relação contratual de consumo. O CAPUT do art. 2º do CDC, caracteriza o consumidor padrão, que, no caso, são aqueles que contratam os serviços dos planos de saúde, sendo estes vulneráveis, e que precisam de uma maior proteção do Estado. O segundo ponto, é o previsto no CAPUT do art. 3º do CDC, que caracteriza o fornecedor, que, aqui, são as empresas controladoras dos convênios de saúde; e por fim, há o produto ou serviço, que é o objeto dessa relação jurídica de consumo, previsto no art. 3º, §2º do CDC, que se trata, justamente da prestação dos mais diversos serviços de saúde¹⁴⁰.

Essa espécie do direito privado converge com o direito do consumidor, visto que a natureza dos serviços prestados e o caráter oneroso destes acabam por conferir aos fornecedores (entidades contratadas) o conceito de fornecedor das prestações e aos clientes a noção de consumidores do mencionado serviço. Assim, há consenso hermenêutico quanto à aplicação do direito do consumidor aos contratos das operadoras de plano de saúde¹⁴¹.

Ainda sobre o tema da aplicação do CDC aos contratos de plano de saúde, o art. 35-G do referido Código assegura a aplicação subsidiária deste aos contratos em comento. No entanto, Cláudia Lima Marques¹⁴² discorda desta redação, pois acredita que pode ser gerada interpretação que dificulta a defesa do consumidor, visto que sua *ratio* deveria ser a aplicação cumulativa, no que couber, das duas normas. Isso porque o CDC é mais principiológico e a Lei 9.656/98 traz mais detalhes sobre o contrato em questão. A autora ainda esclarece que para a maioria da doutrina, a Lei especial tem prevalência, pois também é mais recente, mas, ainda assim, defende a superioridade hierárquica do Código de Defesa do Consumidor.

¹⁴⁰ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contratos de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 250.

¹⁴¹ MADUREIRA, Cláudio; GARCIA, Leonardo de Medeiros. O direito do consumidor frente à negativa de cobertura pelos planos de saúde. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.106, jul.-ago. 2016, p. 251-252.

¹⁴² MARQUES, Cláudia Lima. **Os contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 495 *passim*.

Nesse sentido, os planos de saúde integram uma rede contratual de prestação de serviços, pois há nesse sistema um certo número de consumidores destinatários dessa atividade, que compartilham e diluem entre si os riscos de assistência à saúde e, de outro lado, além das operadoras dos convênios, há uma série de pessoas físicas e jurídicas que são encarregadas de prestar os serviços contratados. Ou seja, isso gera deveres e obrigações entre todos que integram essa rede, e conseqüentemente relações contratuais cada vez mais conexas e interdependentes, sem que seja possível distinguir uma da outra¹⁴³.

Sendo assim, os contratos de consumo dos planos de saúde possuem algumas características especiais. O mesmo é um contrato formal, ou seja, exige a lei que seja feito por escrito, conforme o art. 166, IV do CC, isso porque é assim que preceitua o art. 16 da Lei dos Planos de Saúde, que nesse mesmo dispositivo legal também traz o conteúdo mínimo desses contratos, e exige que uma cópia do mesmo seja entregue ao consumidor quando da sua pactuação. Se assim não for feito, em regra, o contrato é nulo, mas antes de declarar tal nulidade o juiz deve tentar, ao máximo, reverter a situação em favor do consumidor¹⁴⁴.

Além disso, segundo Sampaio¹⁴⁵, os contratos de plano de saúde são onerosos, em regra, pois atribui direitos e deveres para ambas as partes; bilateral, pois o pagamento das mensalidades por parte do consumidor, gera para o fornecedor a obrigação de cobertura dos mais diversos serviços de saúde; típicos, pois além de estarem submetidos as regras gerais do CC, também possuem leis próprias para tratar das suas normas, como é o caso da Lei 9.656/98; aleatórios, pois estão condicionados a eventos futuros e incertos, ou seja, o serviço deve estar sempre disponível e com qualidade para o consumidor, mas possa ser que o mesmo jamais o utilize.

Continuando, ainda nesse ponto, há mais outras características do contrato em questão: é um contrato de massa, que são aqueles relativos a serviços utilizados em larga escala, em que há uma uniformização desses instrumentos, os consumidores aqui não são mais tratados de maneira pessoal, individualizada. Assim, o que formaliza os serviços de massa são justamente os contratos de adesão (art. 54 do CDC), que são aqueles em que as cláusulas

¹⁴³ SAMPAIO, Aurisvaldo. O princípio da relatividade dos efeitos dos contratos em face dos planos de saúde. In: **Teses da Faculdade Baiana de Direito**. Salvador, v.4, 2012, p. 84-85.

¹⁴⁴ *Idem*. **Contratos de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 225.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 228 - 236.

contratuais são pré-estabelecidas pelo fornecedor, não havendo discussão sobre as mesmas¹⁴⁶.

No entanto, esclarece Sampaio¹⁴⁷, o próprio CDC, no seu art. 54, nos parágrafos 2º ao 4º traz limitações a essa espécie contratual, pois não é possível que esses contratos impliquem em vantagens excessivas para o fornecedor, que era o que acontecia muitas vezes antes da edição da LPS, em que os procedimentos terapêuticos, por exemplo, eram excluídos da cobertura dos convênios de saúde. Assim, outro dispositivo importantíssimo para o consumidor é o que o art. 423 do CC, que estabelece que em caso de dúvida, cláusulas ambíguas ou contraditórias, esses contratos devem sempre ser interpretados em favor do consumidor.

Outras características são: os contratos de plano de saúde são de longa duração, pois a prestação de seus serviços se estende no tempo, são de execução continuada ou trato sucessivo, isso porque o consumidor não celebra tal contrato apenas visando o presente, mas, principalmente, procurando se precaver de eventos futuros e incertos, relacionados à sua saúde. Por fim, os contratos de saúde integram uma rede contratual de prestação de serviços, pois há, de um lado, um certo número de consumidores que compartilham e dividem entre si os riscos de assistência à saúde, e, do outro lado, além das operadoras de plano de saúde, há diversas pessoas físicas e jurídicas, contratadas por essas operadoras, a fim de fornecer os serviços de saúde contratados¹⁴⁸.

Além do mais, os instrumentos jurídicos dos convênios são considerados atos jurídicos perfeitos, consumados segundo a Lei vigente à época em que foi firmado, não podendo ser alcançado por lei posterior. O consumidor se torna titular dos direitos previstos nesse instrumento, mas por ser um contrato de prazo indeterminado, como já falado, podem sempre ser alvo de questionamentos, quando há ampliação de direitos na legislação e no caso cláusulas abusivas¹⁴⁹.

Nesse contexto, os contratos de plano de saúde se diferem também quanto ao regime de contratação. Podendo ser: individual, que o

¹⁴⁶ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contratos de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 236 - 238.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 242-243.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 249.

¹⁴⁹ GREGORI, Maria Stella. O futuro que queremos para a regulação da saúde suplementar. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 991, maio, 2018, p. 48.

contratante é uma pessoa física e deve cumprir uma série de exigências, como os prazos de carência ou condições especiais em caso de doença ou lesão preexistente ao contrato firmado; familiar, que é quando o contratante do plano individual inclui nele seus dependentes; coletivo empresarial, que é contratado por pessoas jurídicas para aqueles com quem, em regra, mantém vínculo empregatício, podendo ser estendido para determinadas pessoas do seu grupo familiar; coletivo por adesão, que são aqueles que oferecem cobertura para quem mantém vínculo com determinadas pessoas jurídicas, como as de caráter profissional, classista ou setorial¹⁵⁰.

Ademais, os instrumentos contratuais dos planos de saúde também se diferenciam quanto à segmentação da cobertura assistencial. A esse respeito é importante destacar que o art. 10 da Lei 9.656/98 prevê que os planos e saúde deverão prestar cobertura para todas as doenças previstas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde – CID, mas respeitando os limites de cobertura de cada modalidade, como prevê o art. 12 da LPS¹⁵¹.

Dito isso, a referida classificação se dá da seguinte forma: plano-referência, que é aquele que deve ser oferecido por todas as operadoras de convênio (menos as de autogestão e exclusivamente odontológicas), é o mais abrangente (é um somatório de todas as outras espécies de cobertura), pois deve conter todas as doenças elencadas na CID, sendo que nunca pode ser reduzido, apenas ampliado; plano ambulatorial, que cobre apenas atendimentos realizados em consultório ou ambulatório, ficando excluídos os procedimentos que dependam de internação hospitalar superior a 12 horas.

Ato contínuo, também existem os planos de cobertura: hospitalar, que envolvem internamento, bem como os casos de urgência e emergência, restando excluídos atendimentos ambulatoriais para qualquer fim, sendo que estes convênios também podem ter acrescido cobertura obstetrícia; odontológico, que envolvem procedimentos e exames desse tipo que possam ser realizados em consultório ou ambulatório¹⁵².

¹⁵⁰ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contratos de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 200-203.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 206.

¹⁵² *Ibidem*, p. 204-211.

3.1 O ADVENTO DA LEI 9.656/98

Adalberto Pasqualotto¹⁵³ ensina que antes da Lei 9.656/98, regia a assistência privada à saúde o Decreto-Lei 73, de 1966, que estruturou o sistema nacional de seguros privados, mas por uma legislação muito escassa, tal situação acabou por gerar um mercado anárquico, submetendo os consumidores ao livre jogo de conveniência das empresas.

Até que se chegue na Lei 9.656/98, Nazir David e Rodolfo Cesar Milano¹⁵⁴ advertem que é necessário, primeiro, observar que todas as relações de consumo, inclusive aquelas advindas dos convênios de saúde estão, antes de tudo, protegidas pela Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, pelo Código de Defesa do Consumidor, em proteção à parte mais vulnerável.

Apesar disso, ainda havia grande necessidade de maior regulação para o setor, por isso foi criada a Lei Dos Planos de Saúde. Mas, tal legislação foi extremamente mutável, pois apenas um dia após a sua criação, o aludido texto já foi alterado por meio de Medida Provisória, sendo que essas se sucederam ao longo dos anos, além de inúmeras Resoluções da ANS e Resoluções do CONSU¹⁵⁵.

A Lei em comento definiu a natureza das operadoras e as modalidades de sua atuação e reconheceu a especificidade do setor, criando órgãos de controle próprios. A partir da Lei 9.656/98 coube ao Ministério da Saúde a função de fonte normativa desse sistema e também de fiscalizador e, além disso, uma Medida Provisória posterior criou o CONSU (Conselho Nacional de Saúde Suplementar) e a Câmara de Saúde Suplementar (de caráter consultivo, serve para auxiliar a CONSU)¹⁵⁶.

¹⁵³ PASQUALOTTO, Adalberto. A Regulamentação dos Planos e Seguros de Assistência à Saúde: uma interpretação construtiva. *In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. (Coords.). Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de saúde assistência privada à saúde.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v.3, p. 39.

¹⁵⁴ MILANO, Rodolfo Cesar; MILANO FILHO, Nazir David. **Os planos de assistência à saúde e os transplantes de órgãos.** São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2009, p.22.

¹⁵⁵ FERRON, Fabiana. **Planos Privados de Assistência à Saúde: Lei 9.656, de 3 de Junho de 1998.** São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2002, p.19.

¹⁵⁶ PASQUALOTTO, Adalberto. *Op.cit.*, 1999, p. 42.

Nesse contexto, Luiz Henrique Sormani Barbugiani¹⁵⁷ ensina que a Lei dos Planos de Saúde é aplicável às operadoras de plano de assistência à saúde, pessoas jurídicas de direito privado, ressaltando que há outras normas que regulamentam os convênios de saúde, seja as atividades que estão a cargo da ANS ou em relação à conduta de diversos agentes que prestam serviços de índole sanitária. Tal regulamentação fica clara logo no artigo 1º, incisos I, II e III da lei em questão. Além disso, é importante ressaltar a redação do art. 35-F do diploma normativo em comento que diz o seguinte:

A assistência a que alude o art. 1º desta Lei compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, observados os termos desta Lei e do contrato firmado entre as partes.

Além disso, a Lei 9.656/98, no seu art. 35-I, impõe a responsabilidade subsidiária de gerentes, diretores, entre outros responsáveis pela gerência dos planos de saúde, em decorrência dos direitos previstos em Lei ou em seus contratos. Ademais, bens poderão ser afetados para garantir os fundos e provisões, devendo estes serem objeto de registro na ANS, não podendo ser alienados ou comprometidos de qualquer outras forma sem que haja autorização devida, sob pena de nulidade¹⁵⁸.

Assim, essas operadoras de convênios de saúde, para serem admitidas a funcionar, precisam cumprir uma série de obrigações elencadas na Lei 9.656/98, caso contrário, o funcionamento das mesmas pode ser interrompido, com o posterior cancelamento da autorização para manter suas atividades, se não forem cumpridas, dentro do prazo, as exigências da ANS¹⁵⁹.

Vale ressaltar também que o diploma normativo em discussão buscou preservar e proteger o contrato consumerista formado entre os usuários e as operadoras de planos de saúde, já que pode ser verificada na redação da norma a celebração ao princípio da conservação, que prega pela continuidade, sempre que possível da relação contratual existente entre as partes, como é notório nos arts. 13 a 30 da Lei em comento¹⁶⁰.

¹⁵⁷ BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. **Planos de Saúde**: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2015, p.51.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p.52.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p.54.

¹⁶⁰ ANDRADE, Diogo de Calasans Melo; MOTA, Marlton Fontes. Contrato e responsabilidade nos planos de saúde. **Revista Visão Jurídica**. São Paulo: Escala, v.45, 2010, p.36-39.

Ademais, foi criado com a Lei 9.656/98 um plano de referência, a ser observado por todos os consumidores desse tipo de serviço, com o objetivo de garantir um rol mínimo de direitos para estes. Tal plano, abrange a cobertura de doenças previstas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, abrangendo atendimento hospitalar, médico-ambulatorial, inclusive tratamentos e partos, desde que efetuados no país e no padrão enfermagem, UTI ou assemelhado na hipótese de internação. Entretanto, nem todos os tratamentos e procedimentos estão nesse rol base a ser seguido, pois alguns desses devem se submeter à normatização da ANS¹⁶¹.

No tocante a este tema, Pasqualotto¹⁶² adverte que a lei em comento prevê as exclusões legalmente permitidas, a serem reguladas pela ANS, sendo que estas dizem respeito, por exemplo, a tratamentos experimentais. Estando a par deste modelo base, a operadora do convênio deverá propiciar a escolha de um dos tipos de contratos disponíveis, respeitando a amplitude de cobertura mínima de cada um.

Tal fato, trazido pelo diploma normativo citado, gerou críticas por parte do autor¹⁶³, pois este acredita que acabou havendo um retrocesso, já que a redação original da Lei (art. 12, §1º, II) impunha que os contratos com redução de cobertura, em todas as modalidades, trouxessem, pelo menos, todos os tratamentos das doenças constantes na Classificação Internacional da Organização Mundial de Saúde. Tal determinação foi suprimida por Medida Provisória posterior. Pasqualotto¹⁶⁴ continua, afirmando o seguinte:

Levando em conta que o art. 10 da Lei adota a Classificação Internacional de Doenças como cobertura referencial, os contratos segmentados não podem reduzi-la. A assistência deverá ser prestada segundo a modalidade contratada, não importa qual seja a doença. Em outras palavras, a segmentação pode ser feita apenas horizontalmente, não verticalmente.

¹⁶¹ BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. **Planos de Saúde**: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2015, p.63.

¹⁶² PASQUALOTTO, Adalberto. A Regulamentação dos Planos e Seguros de Assistência à Saúde: uma interpretação construtiva. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. (Coords.). **Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de saúde assistência privada à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v.3, p. 49.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 49-50.

¹⁶⁴ *Ibidem*, *loc.cit.*

Por isso, diz o autor¹⁶⁵, que os contratos devem ser claros quanto aos eventos cobertos e excluídos, sendo que só poderão ficar de fora da cobertura os eventos não contratados pelo consumidor, além das exceções legais previstas no art. 10 da Lei em comento, sendo vedado ao operador criar exclusões que não estejam previstas no diploma normativo.

Outro artigo da Lei em questão, que vale ser destacado é o art. 32, já que sobre este Barbugiani¹⁶⁶ comenta a obrigatoriedade que as operadoras de planos de saúde têm de ressarcir os cofres do poder público, caso seja prestado pelo SUS algum tipo de serviço para contratante de plano de saúde. Sobre essa situação, o que se nota é a existência de uma dupla cobrança, já que os consumidores já pagam tributos que deveriam ser suficientes para arcar com os custos do Estado para o devido fornecimento da saúde pública. Mas ainda assim, caso um cidadão, que possua esse tipo de seguro, utilize o SUS, haverá uma cobrança posterior por isso, diretamente às empresas das operadoras¹⁶⁷.

Além do mais, a doutrinadora Ana Garfinkel¹⁶⁸ defende a inconstitucionalidade do referido artigo da Lei em análise, por acreditar que a ideia de ressarcimento tratada na redação desse dispositivo demandaria uma responsabilização civil das operadoras perante ANS pelo uso do SUS por seus conveniados. Mas isso não se configura, pois não há dois requisitos fundamentais nessa relação para que uma responsabilização civil extracontratual seja detectada, quais sejam: ato ilícito e dano. Logo, a autora chega à conclusão de que o que prevê a norma é, na verdade, uma obrigação tributária, já que a mesma possui características para isso. No entanto, não preenche, enquanto tributo, os requisitos constitucionais necessários para sua criação, o que tornaria inconstitucional esse artigo da LPS.

¹⁶⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. A Regulamentação dos Planos e Seguros de Assistência à Saúde: uma interpretação construtiva. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. (Coords.). **Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de saúde assistência privada à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v.3, p. 50.

¹⁶⁶ BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. **Planos de Saúde: doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Saraiva, 2015, p.70.

¹⁶⁷ GARFINKEL, Ana. Natureza jurídica da obrigação de ressarcimento dos planos de saúde ao sistema único de saúde – SUS. **Revista Direito GV**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v.2, jul./dez. 2006, p.140.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p.140-143.

Referente às inovações trazidas pela Lei 9.656/98, Pasqualotto¹⁶⁹ destaca que esta enfrentou questões críticas, consolidando alguns avanços da jurisprudência, e abordando questões fundamentais como: universalidade de acesso aos planos de saúde (já que antes havia um grande número de restrições contratuais para o acesso de pessoas mais necessitadas, como idosos e deficientes); proteção aos desempregados e aposentados (em caso de fim do vínculo de trabalho); doenças e lesões preexistentes (nesses casos a preexistência deve ser provada pela operadora dos planos de saúde, bem como o conhecimento prévio desta, por parte do consumidor, caso em que a pessoa poderá continuar com o seu plano, mediante o pagamento de mensalidades maiores); casos de emergência e urgência (o atendimento passa a não depender do cumprimento de carência); manutenção dos prestadores de serviços (as operadoras não poderão simplesmente excluir da cobertura do consumidor determinado local, que é credenciado do convênio, pois a Lei criou um direito subjetivo público para os usuários desse tipo de serviço), entre outros.

Nesse sentido, Fabiana Ferron¹⁷⁰ enaltece algumas inovações importantes agregadas ao ordenamento jurídico pátrio após a edição da Lei em comento, como por exemplo:

Outra previsão de cobertura, de extrema relevância, foi regulamentada pela Resolução do CONSU nº 12, de 3 de novembro de 1998, cujo conteúdo dispõe sobre a exigência – por parte das operadoras que fornecem planos referência e hospitalar – de cobrirem transplante de córnea e rim e seus procedimentos (despesas necessárias à realização do transplante). Fica livre à operadora a ampla cobertura aos demais transplantes. Nada obstante a meridiana clareza do legislador em proteger o consumidor, encontramos posições jurisprudenciais contrárias a essa norma.

Nesse contexto, é necessária uma interpretação sistemática da norma, a fim de agregar a LPS e os princípios norteadores do CDC, sempre visando a norma que for mais benéfica para o consumidor. Além disso, os Tribunais continuarão a ser demandados para conflitos gerados a partir da interpretação da lei, sendo que estes devem ser resolvidos a partir dos princípios básicos das relações de consumo, quais sejam, a boa-fé e a equidade, a fim de harmonizar os interesses, na medida do possível, dos consumidores e fornecedores dos seguros de saúde,

¹⁶⁹ PASQUALOTTO, Adalberto. A Regulamentação dos Planos e Seguros de Assistência à Saúde: uma interpretação construtiva. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. (Coords.). **Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de saúde assistência privada à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v.3, p. 55.

¹⁷⁰ FERRON, Fabiana. **Planos Privados de Assistência à Saúde**: Lei 9.656, de 3 de Junho de 1998. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito LTDA, 2002, p.61.

que buscam o equilíbrio econômico do contrato e a efetividade na assistência contratada¹⁷¹.

Dessa maneira, no ano de 2016 foi apresentado o Projeto de Lei 7.419/06 ao Executivo, ao qual foram apensados 153 outros Projetos de Lei, com objetivo de fazer várias modificações na Lei 9.656/98, tendo sido criada uma Comissão Especial para debater o tema, além de audiências públicas com representantes do setor de saúde suplementar. Ao final, em 2017, foi apresentado um relatório, que ainda não foi apreciado pela referida Comissão e que tem sido alvo de críticas por entidades médicas e de defesa do consumidor, pois estas se manifestaram no sentido de que os Projetos de Lei trazem mais malefícios do que benefícios para os consumidores a partir das mudanças que são propostas¹⁷².

3.1.1 Princípio da proporcionalidade

Em posse do conhecimento quanto à legislação que rege os contratos de plano de saúde e as garantias previstas pelo direito do consumidor, é necessário que seja aplicado o princípio da proporcionalidade nos casos concretos que envolvem esta temática. Assim, Rizzatto Nunes¹⁷³ ensina este não está expresso na Constituição, sendo o mesmo derivado, extraído da dignidade da pessoa humana, e tendo como principal função dirimir conflitos entre os próprios princípios constitucionais, visando garantir os direitos fundamentais no Estado democrático de direito.

Inclusive, Willis Santiago¹⁷⁴ não concorda com referido autor nesse ponto, pois acredita que não seja correto afirmar que o princípio da proporcionalidade é simplesmente derivado de outro já existente, já que para ele este existe simplesmente para ajudar a regular a relação entre o Estado e os

¹⁷¹ PASQUALOTTO, Adalberto. A Regulamentação dos Planos e Seguros de Assistência à Saúde: uma interpretação construtiva. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. (Coords.). **Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de saúde assistência privada à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v.3, p. 64.

¹⁷² GREGORI, Maria Stella. O futuro que queremos para a regulação da saúde suplementar. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 991, maio, 2018, p. 43.

¹⁷³ NUNES, Rizzatto. **O princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 41-42.

¹⁷⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Noções Fundamentais sobre o princípio constitucional da proporcionalidade. *In*: CAMARGO, Marcelo Novelino (Coord.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodvm, 2008, p.104.

indivíduos, buscando sempre trazer o máximo de melhorias e o mínimo de malefícios aos mesmos, visando à efetivação dos direitos fundamentais.

Nunes¹⁷⁵ ainda afirma que há três aspectos importantes quanto à aplicabilidade da proporcionalidade, em caso de conflitos de princípios: adequação (deverá ser escolhido o meio mais adequado); exigibilidade (deverá ser escolhido o meio mais brando, no intuito de preservar ao máximo os valores constitucionalmente protegidos); proporcionalidade em sentido estrito (deve-se aplicar o meio mais vantajoso para o princípio prevalecente).

Vale ressaltar, inclusive, que é comum atrelar nas bases do princípio do devido processo legal, onde se assentam as mais diversas e importantes garantias processuais, o princípio da proporcionalidade, o mesmo é uma grande espécie de autoridade norteadora do processo, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial¹⁷⁶.

Assim, a diferença entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade é de cunho histórico, pois o primeiro deriva da Alemanha e o segundo do direito anglo-saxônico. Inclusive é importante dizer que na Alemanha a proporcionalidade está ligada à dignidade da pessoa humana, que tem como seu princípio estruturante o próprio Estado democrático de direito. Mas, isso não torna o princípio em questão incompatível com a cláusula do devido processo legal, já que este também decorre do Estado de direito, já o vínculo da dignidade da pessoa humana é próprio de todo direito fundamental e está no núcleo essencial do Estado democrático de direito¹⁷⁷.

Já Luiz Roberto Barroso¹⁷⁸ difere do pensamento dos autores citados acima, à medida que acha que o princípio da proporcionalidade é a mesma coisa que o princípio da razoabilidade, observando que possuem como função o fato de que os meios utilizados para aplicabilidade da norma sejam os menos onerosos possíveis para o cidadão. Logo, como não há previsão expressa do princípio na

¹⁷⁵ NUNES, Rizzatto. **O princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 43.

¹⁷⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Noções Fundamentais sobre o princípio constitucional da proporcionalidade. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Coord.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodvm, 2008, p.105-106.

¹⁷⁷ *Idem*. O princípio da proporcionalidade como garantia fundamental do Estado democrático de direito. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.431.

¹⁷⁸ BARROSO, Luiz Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Revista do Ministério Público**: edição comemorativa. Rio de Janeiro: 2015, p.213.

Constituição Federal de 88, há duas correntes que regem sua aplicabilidade no direito brasileiro: a primeira é a alemã, segundo a qual a proporcionalidade simplesmente inerente ao Estado de direito; e uma segunda corrente, americana, que entende a proporcionalidade como sendo extraída do princípio do devido processo legal.

Neste contexto, Willis Santiago¹⁷⁹ é um dos que critica diretamente essa visão mencionada acima de Luiz Roberto Barroso, pois acredita que o fato de se pensar que razoabilidade e proporcionalidade são uma só coisa, faz com que tais princípios só sejam aplicados quando o emprego da hermenêutica jurídica tradicional não oferece um resultado positivo, ou seja, quando não há uma concordância prática. Nesse ponto, Santiago¹⁸⁰ adverte que:

Não se confunda, porém, o princípio constitucional da proporcionalidade (...) com um cânone da nova hermenêutica constitucional, que não atua sobre a vontade, mas sim sobre o intelecto do intérprete do direito, nos quadros de um Estado democrático.

Em contraponto, o doutrinador Dirley da Cunha Jr¹⁸¹ iguala o princípio da razoabilidade ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo, pois acredita que ambos derivam das ideias de justiça, equidade, bom senso, entre tantas outras, servindo ainda de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico. Além de possuírem a mesma destinação, qual seja a utilização de meios no direito que se revelem os mais adequados, proporcionais e necessários.

Daniel Sarmento¹⁸², inclusive, critica a aplicação do princípio da proporcionalidade no direito brasileiro, em especial no STF, pois acredita que o tema é pouco debatido no país, o que atribui a uma visão engessada do mesmo, isso porque, o judiciário do Brasil não possui peso político quando comparado a de outros países muito mais desenvolvidos nesse debate, à medida que o próprio STF negligencia o seu papel de guardião da CF, o que acaba por não gerar uma grande

¹⁷⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. O princípio da proporcionalidade como garantia fundamental do Estado democrático de direito. *In*: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.432.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p.432-433.

¹⁸¹ CUNHA, JR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p.187.

¹⁸² SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.90.

mobilização para concretização desse princípio tão elástico e fundamental para a tomada de decisões no judiciário.

Nesse contexto, a respeito do tema geral aqui discutido, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet em sua obra, citam uma interessante tese do alemão Bernhard Schlink¹⁸³ que diz que quando o Estado não possui uma conduta suficientemente capaz de proteger um direito, esta nada mais é do que uma conduta desproporcional em sentido estrito.

Dessa maneira, resta notório a necessária aplicação do princípio da proporcionalidade no caso em questão, qual seja, a relação existente que envolve os contratos de plano de saúde, que não preveem, em suma maioria, cobertura para cirurgia de transplante de órgãos, nem mesmo do coração, e o direito do consumidor, que necessita, em caráter de urgência, da prestação desse serviço de saúde, pelo qual paga para que, em tese, em casos como esse possa ser atendido.

3.1.2 Princípio da vulnerabilidade

Outro princípio que está intimamente ligado a relação contratual estabelecida nos planos de saúde é o da vulnerabilidade, que encontra respaldo legal no art. 4º, inciso I do CDC e no art. 5º, inciso XXXII da CF, a partir do momento que o mesmo trata como dever do Estado a proteção dos consumidores. Por isso, Aurisvaldo Sampaio¹⁸⁴ ensina que, já que estes precisam de proteção, inclusive garantida pelo próprio texto constitucional, já se pode concluir pela sua vulnerabilidade.

Assim, o princípio em questão nada mais é do que o simples reconhecimento da fragilidade do consumidor no mercado, que o priva de mecanismos suficientes para que possa promover a proteção dos seus próprios interesses, ficando muitas vezes inferiorizados em face da outra parte da relação consumerista, o que torna indispensável à busca pelo reequilíbrio contratual rompido naturalmente. Inclusive, o princípio em comento guarda íntima relação com o outro

¹⁸³ *Apud*, p. 226

¹⁸⁴ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contratos de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 150.

princípio, qual seja o da igualdade, isonomia, ao qual garante, justamente, a sua plena concretização no plano de consumo, apesar de não se confundirem¹⁸⁵.

Nesta senda, não há que se falar nesses casos em mitigação do princípio constitucional da isonomia, devido ao tratamento diferenciado dispensado aos consumidores, já que estes se encontram em situação desfavorável frente aos fornecedores, o que faz com que seja necessária a busca de mecanismos com o objetivo de restaurar a harmonia dessa relação jurídica. Por isso se pode dizer que a igualdade entre sujeitos desiguais é uma falsa igualdade, pois acaba sendo igualdade para uns, mas uma exploração para outros¹⁸⁶.

Ainda é importante se atentar para classificação doutrinária da vulnerabilidade, que mesmo sendo divergente, possuem pontos principais em comum que precisam ser conhecidos. São eles: uma primeira espécie, diz respeito à falta de conhecimento técnico (ponto fundamental) do consumidor em relação ao produto ou serviço que o mesmo adquire; outro ponto é falta de conhecimento jurídico do consumidor, dos seus direitos e até mesmo a falta de preparo para litigar em juízo, quando muitas vezes, as empresas possuem setores especializados só para isso; há também um aspecto fático, pois o consumidor, em regra, não possui a mesma capacidade econômica do fornecedor¹⁸⁷.

Ainda sobre tal classificação, recentemente tem se incluído nesse rol a vulnerabilidade informacional, que são casos em que os dados sobre o produto ou serviço não são fornecidos por completo ao consumidor, sendo que estes seriam essenciais na sua decisão de compra. Inclusive esse aspecto do princípio em questão é cada vez mais levado em conta quando se trata de pessoas físicas consumidoras, principalmente nos meios eletrônicos de comércio, frente às novas tecnologias¹⁸⁸.

Assim, Sampaio¹⁸⁹ ressalta que embora a vulnerabilidade seja algo comum a todos os consumidores, existe alguns em que sua manifestação se dá de maneira mais acentuada, devido as suas diferentes condições, um desses casos

¹⁸⁵ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contratos de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 152-153.

¹⁸⁶ NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 50.

¹⁸⁷ *Ibidem*, *loc.cit.*

¹⁸⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Proteção Contratual. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 125-127.

¹⁸⁹ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contratos**. *Op.cit.*, 2010, p. 157-158.

são as pessoas contidas em contratos de planos de saúde, isso porque uma série de fatores faz com que os beneficiários desse tipo de serviço sejam muito dependentes dos fornecedores para tudo, e é claro porque o objetivo final desses contratos é o de salvaguardar o bem mais precioso do ser humano: a vida.

É importante destacar também que Bruno Miragem¹⁹⁰ diz que o princípio em comento é de presunção legal absoluta, que tem a função de informar se as normas de direito do consumidor devem ser aplicadas e como devem. Isso tudo visando reequilibrar a relação jurídica existente entre consumidor e fornecedor, sendo que o próprio reconhecimento de tal situação leva à existência de regras especiais para proteção do sujeito mais fraco dessa relação.

Cumpre ainda fazer uma importante diferenciação entre a vulnerabilidade e a hipossuficiência. Para tanto, Sampaio¹⁹¹ ensina que esta primeira diz respeito a uma característica comum a todos os consumidores, não é necessário que seja provado. Já a segunda característica, é de aspecto somente processual, e se trata de uma maior dificuldade que o consumidor possui em fazer provas durante a lide, esta sim é necessário que seja aferida no caso concreto, sendo que quando deferida pelo juiz irá gerar a inversão do ônus da prova.

Nesse contexto, Bruno Miragem¹⁹² ensina que é por causa do princípio em comento que o âmbito de aplicação das normas de direito do consumidor pode ser restringido para apenas os destinatários finais da relação de consumo ou ampliado para as relações contratuais consumeristas em que esteja presente o desequilíbrio de forças, o que resta evidenciado no art. 29 do CDC.

Dessa maneira, Rizzato Nunes¹⁹³ foca bastante no aspecto econômico para evidenciar a vulnerabilidade do consumidor, e para tanto diz que o mesmo possui duas facetas: é o fornecedor que escolhe de que maneira produzir, e o que produzir, ou seja, o mesmo é responsável pelo rol de escolhas que o consumidor terá; e ainda há o fato, já mencionado acima, de que, em regra, esses fornecedores possuem recursos econômicos muitos mais vastos do que os consumidores.

¹⁹⁰ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 122.

¹⁹¹ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contratos de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 158.

¹⁹² MIRAGEM, Bruno. *Op.cit.*, 2013, p. 123.

¹⁹³ NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 176-177.

Vale ainda ressaltar o conceito de hipervulnerável trazido por Cavalieri¹⁹⁴, que são aquelas pessoas portadoras de deficiência física, doença específica, precária situação econômica, e que por isso merecem atendimento e atenção especial do Estado, principalmente enquanto consumidoras. Para ilustrar tal conceito, é possível que se atente para jurisprudência do Resp 586.316¹⁹⁵, de relatoria do Ministro Herman Benjamim, que exalta justamente a existência desses hipervulneráveis e a necessidade de especial proteção para os mesmos, tanto na esfera administrativa, como judiciária.

Por tal Ministro, na ocasião, inclusive foi dito que ao Estado social deve interessar ainda mais esses hipervulneráveis, pois esses são minoritários e são os que mais sofrem com a massificação do consumo, sendo que ser diferente ou minoria, por qualquer razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, muito menos receber direitos apenas de segunda classe e uma proteção somente fictícia do legislador.

Dessa maneira, é evidente que a vulnerabilidade é um princípio que é inerente a todos os consumidores e que deve sempre ser levada em consideração na análise da aplicação da legislação consumerista pelo operador do direito, sempre visando o equilíbrio contratual entre fornecedor e consumidor.

3.2 CONTRATOS ANTIGOS X CONTRATOS NOVOS

Os contratos de plano de saúde anteriores à Lei 9.656/98 ficaram conhecidos como contratos antigos. Assim, a partir da vigência do novo diploma normativo, passou a ser facultada uma escolha ao consumidor: entre continuar com o contrato que já possuía ou adaptá-lo à Lei 9.656/98, sendo que neste caso, necessariamente, o consumidor deverá permanecer com todos os benefícios já adquiridos (inclusive no que diz respeito ao período de carência já

¹⁹⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas: 2014, p. 53.

¹⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.586.316 – Proc. 0161208-5. Recorrente: Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação - ABIA. Recorrido: PROCON-MG. Relator: Min. Mário Herman Benjamim. Brasília, DJ 17 abr. 2007. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4092403/recurso-especial-resp-586316>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

cumprido), isso porque se trata de contrato de continuação, que por força de lei não poderá atingir o direito adquirido¹⁹⁶.

Nesse contexto, a Lei 9.656/08 sofreu diversas alterações por medidas provisórias, inclusive ao trazer disposições que eram estendidas aos contratos antigos, sendo uma das principais o artigo 35-E, que, por exemplo, continha a obrigatoriedade para as operadoras do plano-referência, não apenas aos futuros consumidores, mas também àqueles que já possuíam seus contratos. Contudo, as disposições legais referidas foram suspensas pelo STF, através de medida cautelar, sob o argumento de que feriria a proteção constitucional que é dada ao ato jurídico perfeito¹⁹⁷.

Ainda sobre a temática, Fabiana Ferron¹⁹⁸ ensina que os contratos antigos não são, em princípio, afetados pela nova Lei, apenas pelo Código de Defesa do Consumidor, mas na interpretação e aplicação desse último, não é possível que se deixe de levar em conta os avanços trazidos pela Lei 9.656/98. Assim, para Sampaio¹⁹⁹, é inevitável garantir que várias regras da LPS derivam simplesmente de garantias que já eram aplicadas aos consumidores, com a jurisprudência, o CDC e a Carta Magna, logo não foram criados somente direitos novos, pois muitas destas proteções já existiam de forma implícita no ordenamento jurídico brasileiro, já sendo, conseqüentemente, aplicadas desde os antigos contratos.

Sobre os contratos de planos de saúde novos, o autor²⁰⁰ explica que serão assim considerados aqueles celebrados a partir da vigência da LPS, que se deu em 02.09.1998. Sampaio²⁰¹ ainda faz seguinte ressalva:

Finalmente, é preciso mencionar que o art. 35 da LPS permitiu aos consumidores vinculados aos planos antigos a possibilidade de adapta-los à sua disciplina, fazendo surgir uma subespécie de contratos novos, que são os contratos adaptados, em tudo subordinados ao novo regime instituído para os planos de saúde. Ressalvou-se no mesmo dispositivo, igualmente, a possibilidade de adaptação dos contratos celebrados entre 02.09.1998 e 01.01.1999, circunstância em que estes ficarão subordinados à nova Lei, também no que diz respeito à segmentação instituída pelo art. 12 (ambulatorial, hospitalar, hospitalar com atendimento obstétrico e odontológico).

¹⁹⁶ FERRON, Fabiana. **Planos Privados de Assistência à Saúde**: Lei 9.656, de 3 de Junho de 1998. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito LTDA, 2002, p.107-108.

¹⁹⁷ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contratos de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 211-213.

¹⁹⁸ FERRON, Fabiana. *Op.cit.*, 2002, p.117.

¹⁹⁹ SAMPAIO, Aurisvaldo. *Op.cit.*, 2010, p. 214.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 216.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 217.

Quanto à data de vigência da Lei existiu certa controvérsia, pois sua entrada em vigor deveria ser três meses após a publicação, mas Medidas Provisórias posteriores determinaram que as mudanças instituídas por estas passassem a vigorar imediatamente. As mudanças trazidas por essas medidas provisórias não tratavam sobre o conteúdo principal da Lei 9.656/98, mas tão somente de aspectos administrativos voltados para as operadoras dos convênios, motivo pelo qual, os contratos celebrados até o fim de 1998 não deixaram de ser considerados antigos, com a aplicação, em caso de opção feita pelo consumidor, da legislação anterior²⁰².

Nesse contexto, no caso dos contratos chamados de não adaptados, estes serão considerados de caráter personalíssimo, mantendo-se na cobertura o titular e todos os dependentes, não podendo ser transferido para terceiros e admitida à inclusão somente de descendentes ou novo cônjuge. Já nos contratos adaptados, em caso de aumento no valor das mensalidades, esta só será admitida quando houver também aumento da cobertura, devendo tal situação ser sempre supervisionada pela ANS.

Inclusive, no início desse ano de 2018, o STF ao apreciar o mérito da ADIn 1.931-8, proposta pela Confederação Nacional de Saúde, que questionava a constitucionalidade de vários dispositivos da Lei 9.656/98, decidiu ao analisar o mérito, por reconhecer à unanimidade a decisão liminar dada em 2003, que informava que tal diploma normativo só deverá ser aplicado aos contratos posteriores a sua vigência, além de decidir pela constitucionalidade dos dispositivos da Lei, inclusive dos que tratam de cobertura para os consumidores e do ressarcimento, quando devido, do SUS²⁰³.

Assim, resta claro que quanto aos contratos de plano de saúde, desde a entrada em vigor da Lei 9.656/98, passaram a existir três realidades no Brasil: os consumidores que já possuíam contratos de convênios e não quiseram fazer a adaptação para nova Lei; aqueles que já possuíam seus contratos, mas optaram por adaptá-lo à nova Lei; e os consumidores detentores dos contratos

²⁰² MARQUES, Cláudia Lima. Conflitos de Leis no tempo e direito adquirido dos consumidores de planos de saúde e seguro de saúde. In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. (Coords.). **Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de saúde assistência privada à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v.3, p. 120-121.

²⁰³ GREGORI, Maria Stella. O futuro que queremos para a regulação da saúde suplementar. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 991, maio, 2018, p.43-44.

considerados novos, posteriores à LPS, que, obviamente, já são celebrados de acordo com o novo diploma normativo.

3.3 A ANS E SUA IMPORTÂNCIA PERANTE O CONSUMIDOR

A função principal das agências reguladoras é de executar as políticas de Estado, que têm a ver com a economia, visando a eficiência do mercado e corrigir suas possíveis falhas. Essas entidades não estão inseridas no Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, pois não visam resolver conflitos pontuais, mas agem de forma macro, com vistas a equilibrar a relação entre fornecedor e consumidor de maneira pontual, através dos poderes fiscalizatórios e normativos que possuem diante de cada setor. Por isso, essas agências têm o poder de regulamentar uma lei, mas não podem ultrapassar os limites nela mesma impostos e nem podem inovar a ordem jurídica²⁰⁴.

Dessa maneira, a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar fez parte de um plano, do então presidente Fernando Henrique Cardoso, para consolidação de um Estado mais regulador e representou um marco para saúde suplementar no Brasil, pois foi criada para inibir práticas lesivas ao consumidor e estimular condutas que reduzam os conflitos e aumentem a estabilidade desse setor fundamental na sociedade²⁰⁵.

Nesse contexto, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) foi criada pela Medida Provisória 1.928 de 1999, sendo posteriormente convalidada na Lei 9.9601 de 28 de janeiro de 2000, sendo uma autarquia especial, vinculada ao Ministério da Saúde e é o órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades de assistência suplementar à saúde. Esta possui autonomia financeira, patrimonial, de gestão de recursos, administrativa e de decisões técnicas, além de ter como objetivo a promoção da defesa do interesse público, regulando as operadoras de plano de saúde e suas relações com os seus

²⁰⁴ GREGORI, Maria Stella. O futuro que queremos para a regulação da saúde suplementar. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 991, maio, 2018, p. 33-34.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 38.

prestadores de serviço e consumidores, contribuindo, assim, para o avanço da saúde no país²⁰⁶.

Assim, Dina Czeresnia²⁰⁷ ressalta que o papel de regular da Agência em questão está mais ligado aos planos individuais e familiares, pois estes não têm mediação de organizações, associações ou empresas. Logo, a fiscalização é papel central da ANS e ocorre de duas maneiras: pela fiscalização de cumprimento da legislação; por meio de ações de monitoramento e acompanhamento de mercado²⁰⁸.

Inclusive para que a ANS possa exercer com eficácia o seu papel, foi-lhe atribuído o poder de polícia, que substancia a cobrança da taxa de saúde suplementar das pessoas jurídicas, condomínios ou consórcios constituídos sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa ou entidade de autogestão, que operem produto, serviço ou contrato com a finalidade de garantir assistência médica, hospitalar ou odontológica dos consumidores²⁰⁹.

Apesar da autonomia citada, que é importante, pois garante à ANS a regulação do setor com a maior neutralidade ideológica possível, pelo afastamento do viés político, buscando a maior efetivação e eficiência dos objetivos do Estado, as políticas regulatórias implementadas por essas agências devem seguir os ditames legais e constitucionais, além dos objetivos do Estado, principalmente para economia no momento histórico vigente²¹⁰.

Ainda na conceituação da agência reguladora em questão, Ferron²¹¹ complementa com o seguinte:

É responsável pela elaboração de rol de procedimentos e coberturas, normas para ressarcimento ao Sistema Único de Saúde – SUS, segmentação dos planos, critérios de controle de qualidade e fiscalização dos planos de saúde, levantamento e consolidação das informações de

²⁰⁶ FERRON, Fabiana. **Planos Privados de Assistência à Saúde**: Lei 9.656, de 3 de Junho de 1998. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2002, p.25.

²⁰⁷ CZERESNIA, Dina. Ações de promoção à saúde e prevenção de doenças: o papel da ANS. In: CASTRO, Joaquim Werneck de; MONTONE, Januario. (Orgs.). **Regulação e saúde: documentos técnicos de apoio ao Fórum de Saúde Suplementar de 2003**. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde, 2004, v. 3, p.222

²⁰⁸ GREGORI, Maria Stella. O futuro que queremos para a regulação da saúde suplementar. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 991, maio, 2018, p. 34-35.

²⁰⁹ FERRON, Fabiana. *Op.cit.*, 2002, p. 26.

²¹⁰ LADEIRA, Fernando de Oliveira Domingues. **Regulação estatal e assistência privada à saúde**: liberdade de iniciativa e responsabilidade social na saúde suplementar. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 154-156.

²¹¹ FERRON, Fabiana. *Op.cit.*, 2002, p. 25.

natureza econômico-financeira das operadoras, intervenção e liquidação das empresas em situação de insolvência, entre outras tarefas.

Nesse contexto, a ANS deve buscar os meios mais adequados possíveis para concretização de seus fins, sendo que esta prática deve se desenvolver sem retirar a participação privada desta atividade. Mas, é fundamental que, ainda assim, a agência citada intervenha na atividade a ela relacionada com orientações para a devida defesa do cidadão por meio da manutenção do equilíbrio interno da atividade do setor regulado²¹².

A ANS deve buscar a regulação não por meio de imposição de resoluções, mas pela busca de consenso e mediação, mantendo a equidistância necessária aos interesses para exercer com proporcionalidade suas competências, levando em conta os aspectos técnicos específicos da área. Além do mais, o setor da saúde privada no Brasil possui uma grande deficiência de autonomia econômica (por parte daqueles que utilizam esses serviços), o que coloca os consumidores numa situação de vulnerabilidade e, conseqüentemente, tal situação gera uma grande propensão de abuso por parte das operadoras dos convênios²¹³.

Dessa maneira, uma das formas de combater essa situação é com a atuação da ANS, na medida em que esta proporciona segurança para os investimentos das operadoras, ao mesmo tempo em que controla a atuação destas, permitindo assim que surjam mais empresas nesse setor, havendo, portanto, o aumento da concorrência entre elas e favorecendo a melhoria de preços e prestação de serviços para os consumidores²¹⁴.

Nesse contexto, segundo Ladeira²¹⁵, as determinações da ANS têm caráter impositivo para as operadoras dos planos de saúde, mediante controle prévio dos requisitos que essas empresas necessitam para ingressar nesse setor, como também nas hipóteses de descumprimento de suas normas, inclusive mediante intervenção na direção das pessoas jurídicas operadoras dos convênios.

²¹² LADEIRA, Fernando de Oliveira Domingues. **Regulação estatal e assistência privada à saúde: liberdade de iniciativa e responsabilidade social na saúde suplementar**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 158.

²¹³ *Ibidem*, p. 161.

²¹⁴ *Ibidem*, *loc.cit.*

²¹⁵ *Ibidem*, *loc.cit.*

Já Carlos Octávio Ocké-Reis²¹⁶, ressalva que um dos problemas da gestão da ANS são as grandes operadoras dos planos de saúde, que detêm um imenso poder econômico e, conseqüente, controle de mercado, pois muitas vezes a agência não entra em confronto com essas empresas, devido ao modelo oligopolista vigente no Brasil, o que gera para os convênios um poder de barganha, fazendo com que possam aumentar os preços dos prêmios e diminuindo, muitas vezes, a qualidade dos serviços médicos e hospitalares prestados.

Assim, para aumentar o nível dos serviços oferecidos pelos planos de saúde é preciso fiscalizar os efeitos trazidos por essa concentração de grandes operadoras em relação ao número de usuários, visando à relativização do poder de mercado destas, pois, caso isto não seja feito, as medias regulatórias, que possuem como objetivo melhorias para os consumidores desse tipo de serviço, poderão se tornar mais uma vantagem concorrencial para essas grandes empresas, já que possuem maiores recursos para arcar com esses implementos²¹⁷.

Com vistas a melhorar o papel desempenhado pela Agência em questão, Carlos Octávio²¹⁸ propõe que as instâncias consultivas da ANS funcionem ainda mais como espaço para participação social, inclusive, que algumas delas fossem dotadas de poder de decisão, o que iria gerar um maior controle social, a fim de atuar em compasso com o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC). Isso traria uma reforma no mercado dos planos de saúde, que seriam mais influenciados pelo polo da cidadania, haja vista que o serviço prestado nesse setor é um direito social e humano, que ultrapassa o interesse mercantil e capitalista.

Nesse sentido, Czeresnia²¹⁹ aborda uma iniciativa que considera fundamental e que poderia ser adotada pela Agência para prestar um melhor serviço para a saúde da população brasileira: cobrar das operadoras dos convênios uma maior política de racionalização para os consumidores dos custos de uma assistência médica e hospitalar, a fim de incentivar políticas preventivas em relação a saúde, até mesmo com incentivos de natureza econômica para as

²¹⁶ OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. **Os desafios da ANS frente à concentração dos planos de saúde**. Scielo. Disponível em: <www.scielo.org/scielo.php?pid=S1413-81232007000400025&script=sci_arttext&tlng=en>. Acesso em: 07 set. 2018.

²¹⁷ *Ibidem*.

²¹⁸ *Ibidem*.

²¹⁹ CZERESNIA, Dina. Ações de promoção à saúde e prevenção de doenças: o papel da ANS. In: CASTRO, Joaquim Werneck de; MONTONE, Januario. (Orgs.). **Regulação e saúde: documentos técnicos de apoio ao Fórum de Saúde Suplementar de 2003**. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde, 2004, v. 3, p.235.

seguradoras, o que conseqüentemente diminuiria os ricos envolvidos nesses contratos, podendo fazer com que os preços dos mesmos reduzissem substancialmente.

Assim, resta notório a importância da ANS para os consumidores dos planos de saúde, ao passo em que a Agência é de fundamental relevância como intermediária dessa relação, sempre devendo fazer com que se preste o melhor serviço possível e, principalmente, fiscalizar se suas determinações estão sendo cumpridas. Isso porque, possíveis omissões desse órgão, como no caso da exigência de cobertura para cirurgia de transplante do coração, poderá acarretar em enormes prejuízos para os consumidores, comprometendo direitos básicos destes, que são garantidos, inclusive, constitucionalmente.

4. OS PLANOS DE SAÚDE E A CIRURGIA PARA TRANSPLANTE DO CORAÇÃO

Nos contratos consumeristas de plano de saúde, basicamente se tem o seguinte: de um lado o direito absoluto à saúde do contratante, que é o próprio objeto central do contrato; e do outro o direito do convênio de limitar os riscos do seguro através de cláusulas restritivas de cobertura²²⁰. E é essa análise que é necessária que seja feita, com base no direito do consumidor, sobre a possibilidade ou não da negativa de cobertura dos planos de saúde para cirurgia de transplante de um órgão tão vital, como é o coração. Para isso, primeiro é preciso que se conheça os argumentos tanto dos consumidores, como dos planos de saúde diante da situação.

Nesse contexto, é fato que a denegação de cobertura para a cirurgia em questão agride bens jurídicos que são protegidos constitucionalmente pelo direito brasileiro, como a vida, a saúde e a dignidade da pessoa humana. Isso porque, numa situação assim, o homem sofre e deixa de poder existir livremente. Dessa maneira, os planos de saúde não são garantia de cura para todas as moléstias, mas devem garantir que seus clientes tenham acesso aos tratamentos adequados, de acordo com os avanços médicos, a fim de que seja reestabelecida sua saúde, à medida do possível. Isso porque os consumidores desse serviço têm a devida expectativa de serem bem atendidos, já que suportam o ônus elevado dos custos com a saúde²²¹.

Assim, se pode começar a compreensão do estudo pelo fato de que o Conselho de Saúde Suplementar –CONSU (órgão colegiado do Ministério da Saúde como já foi tratado anteriormente), tem como uma de suas competências, previstas no art. 35-A da Lei dos Planos de Saúde, responsável por sua criação, que deverá organizar as diretrizes a serem seguidas pelos convênios de saúde, sempre respeitando a legislação consumerista de proteção ao consumidor.

Nesse contexto, através da Resolução nº12 de 1998, o CONSU tratou da cobertura que os planos de saúde devem ser obrigados a fornecer, no que

²²⁰ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários à Lei de Plano de Privado de Assistência à Saúde**. 2. ed. rev., modificada, ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 80.

²²¹ VILLAS BÔAS, Regina Vera; REMÉDIO JÚNIOR, José Ângelo. A responsabilidade jurídica das operadoras de planos de saúde privados pela recusa no atendimento do consumidor à luz da “teoria crítica do direito”. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.991, maio, 2018, p.129.

tange os procedimentos necessários para os transplantes de órgãos. Tal norma, em seu texto, deixa claro que suas regulamentações só deverão ser aplicadas aos contratos de seguro dessa natureza firmados após o advento da Lei 9.656/98, ou para aqueles que tenham sido adaptados.

Assim, no art. 2º da Resolução²²² estabeleceu que o plano-referência, também criado pela Lei 9.656/98, na categoria hospitalar, deveriam cobrir, pelo menos, os transplantes de rins e córneas, e também seus procedimentos vinculados, que são os descritos no §1º do artigo citado, como por exemplo, as despesas assistenciais com doadores vivos; medicamentos utilizados durante o internamento; ressarcimento do SUS dos custos com transporte e preservação dos órgãos²²³. Assim, é notório que nesta Resolução nada é tratado sobre a exigência de cobertura para transplante do coração ou de outros órgãos vitais.

Vale ressaltar que a respeito dessa determinação de que as Resoluções Normativas, que ampliam o rol de procedimentos, como a cirurgia para transplante, só devem ser aplicadas para os considerados contratos novos ou adaptados, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC- já se pronunciou contrário. Isso porque, em vários dos contratos antigos existe cláusula explícita que exclui a cirurgia em comento da cobertura, sendo que esta é considerada abusiva e, conseqüentemente, nula, sendo ilegal a sua aplicação. Logo, mesmo que o plano de saúde seja anterior à Lei 9.656/98, o convênio deve ser obrigado a seguir o rol de cobertura mínima de transplantes listados pelas Resoluções da ANS, segundo o Instituto²²⁴.

Sobre essa questão, Schmitt²²⁵ defende que o ponto central é a natureza jurídica da Lei dos Planos de Saúde, a qual considera que tem caráter cogente e de ordem pública, bem como o CDC, não sendo aceitável o tratamento distinto dos consumidores, já que os antigos também colaboraram por muito tempo

²²² Os planos e seguros referência e sua segmentação hospitalar cobrirão transplantes de rim e córnea, bem como as despesas com seus procedimentos vinculados, sem prejuízo da legislação específica que normatiza estes procedimentos.

²²³ SCHMITT, Cristiano Heineck. Cláusulas abusivas em contratos de planos e de seguros de saúde de assistência privada à saúde. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v.75, jul./set. 2010, p.302.

²²⁴ **Os transplantes são cobertos pelos planos de saúde?**. Disponível em: <<https://idec.org.br/consultas/dicas-e-direitos/os-transplantes-sao-cobertos-pelos-planos-de-saude>>. Acesso em: 30 out. 2018.

²²⁵ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Op.cit.*, 2010, p.303.

com fortalecimento do seguro. Logo, dar para esses usuários tratamento diferenciado iria ferir o princípio da isonomia.

Tempos depois, mais especificamente no ano de 2010, a ANS publicou a Resolução Normativa nº211, em que também deixou claro que essa norma só seria aplicada aos contratos posteriores à Lei dos Planos de Saúde. Através desta aumentou o rol de procedimentos e eventos que deveriam estar presentes no plano-referência, inclusive quanto aos transplantes, pois foram inclusos mais órgãos, além de córneas e rins, como por exemplo, intestino, medula, entre outros²²⁶. Mas ainda sem incluir o procedimento cardíaco em questão.

A última Resolução publicada pela ANS foi a nº428, que entrou em vigor a partir do dia 2 de janeiro de 2018. Para que o rol de procedimentos obrigatórios fosse ampliado, o IDEC fez algumas sugestões de tratamentos que não poderiam ficar de fora dessa atualização. Entre eles estava, justamente, a cirurgia para transplante de alguns órgãos importantíssimos, como o coração. No entanto, mesmo com parecer técnico favorável à inclusão, alegando que haveria um grande impacto financeiro para empresas dos convênios, a Agência deixou de acrescentar o procedimento cirúrgico em questão, bem como outros que o IDEC havia pontuado como imprescindíveis²²⁷.

Nesse contexto, o Instituto em comento tem dados que demonstram, inclusive, que cada vez mais, o número de procedimentos, medicamentos e eventos que são inclusos nesses róis de atualizações da ANS são menores, pois na lista de 2014/15, por exemplo, foram incorporados 37 novos medicamentos orais e 50 novos exames; já na lista passada esse número caiu para 21 procedimentos e medicamentos; e, finalmente, nessa última ampliação caiu para 18. Além do mais, o Instituto ressalta que esses róis compõem o mínimo de procedimentos necessários que devem ser oferecidos, mas nada impede que os planos possuam uma cobertura mais extensa. Exemplo disso é o convênio SulAmérica, que já cobre a cirurgia para transplante do coração²²⁸.

²²⁶ SCHMITT, Cristiano Heineck. Cláusulas abusivas em contratos de planos e de seguros de saúde de assistência privada à saúde. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v.75, jul./set. 2010, p.302-303.

²²⁷ **Novo rol de cobertura de planos de saúde é limitado, afirma Idec**. Disponível em: <<https://idec.org.br/noticia/novo-rol-de-cobertura-de-planos-de-saude-e-limitado-afirma-idec>>. Acesso em: 05 out. 2018.

²²⁸ *Ibidem*.

Em face dessa situação, o próprio IDEC recomenda que caso o plano de saúde se negue a cobrir o procedimento em comento, por exemplo, o consumidor deve acionar o poder judiciário, pois a Lei 9.656/98 garante aos consumidores que tenham o tratamento adequado para todas as doenças listadas pela OMS, não cabendo, segundo o Instituto, a esses róis limitarem o direito do consumidor a prestação correta do tratamento médico recomendado²²⁹.

Em face dessa situação, Regina Vera Villas Bôas e José Ângelo Remédio Júnior²³⁰ fazem uma crítica a uma das principais normas que envolvem o caso em tela, qual seja a Lei 9.656/98. Pois, afirmam que se trata de uma legislação simbólica, já que é compatível e adequada aos ditames da Constituição Federal, ao prestar a devida proteção ao direito fundamental à saúde, mas é falho na concretização do referido direito, pois a recusa de cobertura para cirurgia de transplante do coração para os consumidores, que dela necessitam é um dos exemplos disso.

Nesta senda, os autores²³¹ seguem criticando também a ANS, pois consideram que se trate de uma instituição inepta, à medida que acreditam serem ineficientes as políticas públicas adotadas para o setor, bem como o desempenho e atuação prática da Agência. Tal situação leva a uma importante e necessária reflexão sobre a forma como a ANS aplica o direito, em matéria de responsabilização para as operadoras, em casos de negativas de cobertura tão graves quanto a que é tema dessa exposição.

Nesse contexto, percebe-se que o art. 51 do CDC, é um dos principais no que tange a defesa dos consumidores, quanto ao seu direito de ter a cirurgia de transplante do coração coberta pelos convênios. Tal artigo é o que trata das cláusulas contratuais, com destaque para o inciso IV, que preceitua pela necessidade de sempre observar os princípios da boa-fé e da equidade; bem como o §1º, inciso II, que proíbe a limitação de direitos ou obrigações fundamentais inerentes ao objeto contratual e que podem acabar gerando um desequilíbrio no

²²⁹ **Novo rol de cobertura de planos de saúde é limitado, afirma Idec.** Disponível em: <<https://idec.org.br/noticia/novo-rol-de-cobertura-de-planos-de-saude-e-limitado-afirma-idec>>. Acesso em: 05 out. 2018.

²³⁰ VILLAS BÔAS, Regina Vera; REMÉDIO JÚNIOR, José Ângelo. A responsabilidade jurídica das operadoras de planos de saúde privados pela recusa no atendimento do consumidor à luz da “teoria crítica do direito”. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.991, maio, 2018, p.127.

²³¹ *Ibidem*, p.128-129.

tanto pactuado entre as partes. Ressaltando ainda que este rol não é exaustivo, podendo o juiz entender ser abusiva e nula determinada cláusula, observando os princípios do direito do consumidor.

Dessa mesma maneira, os arts. 54 e 47 do CDC, que tratam dos contratos de adesão e determinam que a interpretação desse tipo de instrumento deva ser a mais favorável possível ao consumidor, respectivamente, inclusive em caso de dúvida sobre alguma das cláusulas, também são argumentos que podem ser utilizados na defesa dos usuários, quando precisam pleitear seus direitos no poder judiciário. Tais dispositivos se aplicam perfeitamente aos contratos de plano de saúde e ao caso em comento, qual seja a cobertura para cirurgia de transplante do coração.

Outro ponto favorável aos consumidores é a redação do art. 10 da Lei 9.656/98, que, como já fora mencionado, trata do plano-referência, que é uma série de requisitos mínimos e obrigatórios que todos os contratos de plano de saúde devem possuir, desde que a doença ou tratamento em questão esteja inclusa na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial da Saúde. Sendo que, na maioria das vezes, essas empresas não cumprem esse comando normativo²³².

Ainda sobre o artigo citado, o §1º do mesmo diz o seguinte: “As exceções constantes dos incisos deste artigo serão objeto de regulamentação pela ANS”. Essa redação foi dada pela Medida Provisória nº 2.177-44/2001. E sobre isso Rizzatto Nunes²³³ adverte que a ressalva trazida por este parágrafo da Lei não tem o condão de alterar o conteúdo das exclusões de cobertura que são elencadas nos incisos de I a X do art. 10 do dispositivo normativo, no máximo podendo definir certos procedimentos que forem indicados de forma menos precisa, pois a norma é clara e perfeitamente auto-aplicável, não dependendo de regulamentação alguma para entrar em vigor. Dessa maneira, não pode um convênio se negar na cobertura de determinado procedimento, sob a alegação de que este não está incluso no rol da ANS, já que a Lei 9.656/98 regulamenta de forma clara a matéria.

Nesse contexto, não se pode deixar de lembrar que o CDC adota a cláusula geral da boa-fé objetiva, portanto ofende esse princípio qualquer

²³² NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários à Lei de Plano de Privado de Assistência à Saúde**. 2. ed. rev., modificada, ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 27.

²³³ *Ibidem*, p. 29.

ato do contrato que exclua a cobertura da cirurgia para transplante de órgãos, pois ao se filiar a uma empresa de seguro de saúde, o consumidor quer a cobertura total quando adoecer. Assim estará agindo de má-fé o fornecedor, que antecipadamente se nega a prestar esse tipo de cobertura²³⁴.

Dessa maneira, é notório que a Lei 9.656/98 ainda necessita de algumas modificações no que tange à proteção do consumidor, a fim de que o Diploma normativo seja compatibilizado com os princípios e diretrizes do CDC, como: a alteração unilateral do contrato por revisão técnica; limitação de duração dos tratamentos de urgência e emergência; restrição de coberturas de procedimentos, especialmente de transplante de órgãos, como o coração²³⁵.

Assim, justamente, em sentido contrário a todos os argumentos citados até aqui, que podem ser utilizados na defesa do direito do consumidor, é que caminham as operadoras de plano de saúde. Tais alegações das empresas são apoiadas em pensamentos como o de que, se a restrição da cirurgia para transplante constar expressamente no contrato, podendo o consumidor definir a magnitude deste tratamento, sendo essa cláusula redigida de forma clara e inequívoca, não há que se falar em abusividade²³⁶.

Além disso, há o fato de que como a cirurgia para transplante de vários órgãos, como o coração, como já mencionado, não consta no rol de procedimentos mínimos que a ANS exige a cobertura, as empresas dos convênios dizem não estar obrigadas à cobertura, como é notório na jurisprudência, que envolve o caso, nos Tribunais, e que ainda será demonstrado nesse estudo.

Em face do exposto, é evidente que tanto os planos de saúde, quanto os consumidores possuem elementos para argumentar quanto a exigência ou não para cobertura da cirurgia de transplante do coração. Logo, é necessário que seja feito um juízo de ponderação entre os valores, princípios e direitos que envolvem o caso concreto, a fim de que seja achada a melhor saída para preservar a saúde e, conseqüentemente, a vida dos consumidores inseridos nessa relação de consumo.

²³⁴ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários à Lei de Plano de Privado de Assistência à Saúde**. 2. ed. rev., modificada, ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p.80.

²³⁵ GREGORI, Maria Stella. O futuro que queremos para a regulação da saúde suplementar. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 991, maio, 2018, p. 47-48.

²³⁶ MILANO, Rodolfo Cesar; MILANO FILHO, Nazir David. **Os planos de assistência à saúde e os transplantes de órgãos**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2009, p.82.

4.1 A LEI DOS TRANSPLANTES

Diante de toda essa complexidade que envolve a temática em comento, a Lei 4.280 de 6 de novembro de 1963 foi a primeira a regulamentar o transplante e doação de órgãos no Brasil. Esta foi revogada pela Lei 5.479 de 10 de agosto de 1968. Já com o advento da Constituição Federal de 88, a primeira a tratar do assunto que vem sendo aqui abordado, foi editada a Lei 8.489/92, que atendendo a um mandamento constitucional permitiu a doação (sempre gratuita) de órgãos *post mortem*, desde que com autorização expressa do doador em vida ou autorização de determinados familiares, sendo que na ausência de ambas as coisas, presumia-se autorizado o procedimento. Quanto à doação em vida, esta só poderia ser feita (sem ingressar na via judicial) entre determinados parentes elencados por esta Lei²³⁷.

Somente em 4 de fevereiro de 1997 que foi editada a Lei 9.434, que regulamenta a matéria atualmente e é muito mais abrangente que as anteriores. Tal norma foi regulamentada pelo Decreto 2.268, que tratou de organizar o STN (Sistema Nacional de Transplante), que cuida de todo processo operacional que envolve a doação dos órgãos até que chegue ao destinatário para o transplante; e criou ainda as Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos (CNCDOs), que são unidades executivas do STN²³⁸. Assim, o art. 4º do diploma normativo em questão regulamenta a doação de órgãos e tecidos *post morte*:

A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

Quando a lei foi promulgada determinava que toda pessoa era doadora de órgãos, a não ser que se manifestasse em sentido contrário, sendo que essa oposição não poderia ser infringida nem pela família, nem por nenhum órgão do Estado²³⁹. Mas, com o passar do tempo, isso mudou, por meio da Lei 10.211/2001, e em que pese a autonomia da vontade ser muito prezada no direito brasileiro, restou determinado que a palavra final, quanto a doação ou não, cabe a

²³⁷ DELGADO, Mário Luiz. Os direitos da personalidade, os transplantes e a manipulação do corpo humano: interpretação entre o Código Civil e o microssistema da Lei 9.434/1997. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. (Orgs.). **Novo Código Civil Questões Controvertidas**. São Paulo: Método, v.6, 2007, p.132-133.

²³⁸ *Ibidem*, p.133-134.

²³⁹ ROCHA, Maria Izabel de Matos. Transplante de órgãos entre vivos: as mazelas da nova lei. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v.742, ago. 1997, p. 67.

família, pois é a ela que pertence o corpo do falecido, e este não pode exercer sua autonomia.

Já o artigo 9º da Lei 9.437/97 trata da doação de órgãos e tecidos entre vivos:

É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consangüíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.

Outra alteração incorporada pela Lei de Transplantes em questão foi que passou a ser possível a doação de órgãos entre vivos entre quaisquer pessoas, sem limitações, como era antes, e sem necessidade de autorização judicial, caso não haja nenhum grau de parentesco entre as partes envolvidas no procedimento. Tal mudança é criticada por Maria Isabel de Matos Rocha²⁴⁰, pois essa acredita ter sido um retrocesso, principalmente quanto à desnecessidade de autorização judicial, o que acabaria por incentivar o comércio de órgãos, à medida que qualquer pessoa poderia doar para outra, sem nenhuma análise da real característica altruística desse ato, sendo que, na verdade, pode ocultar vantagens financeiras recebidas.

Além do todo exposto, é preciso dar conta de que em que pese o Código Civil de 2002 (posterior, portanto, à Lei dos Transplantes) possuir a seguinte redação no seu artigo 13: “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”, no parágrafo único do mesmo dispositivo, o diploma normativo permite essa disposição do próprio corpo, desde que para fins de transplante e de forma inteiramente gratuita. Assim, pode se notar que o Código Civil de 2002 está em perfeita harmonia com a Lei 9.434/97, tornando-se um ponto de convergência, um elo entre a Lei Especial e a Constituição Federal de 88²⁴¹.

Ainda mais, é importante dar um especial enfoque às CNCDOS que, como já foi dito, foram criadas pela atual Lei dos Transplantes, e têm, como uma das principais funções a de organizar a Lista Única de pessoas que aguardam

²⁴⁰ ROCHA, Maria Izabel de Matos. Transplante de órgãos entre vivos: as mazelas da nova lei. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v.742, ago. 1997, p. 74.

²⁴¹ DELGADO, Mário Luiz. Os direitos da personalidade, os transplantes e a manipulação do corpo humano: interpretação entre o Código Civil e o microssistema da Lei 9.434/1997. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. (Orgs.). **Novo Código Civil Questões Controvertidas**. São Paulo: Método, v.6, 2007, p.136.

por um órgão ou tecido, já que antes esta não era assim, pois os hospitais possuíam listas próprias, cada um a sua e não havia recursos públicos para operacionalizar todos os procedimentos necessários até a cirurgia em que de fato ocorre o transplante²⁴².

Vale ressaltar ainda uma sutil diferença evidenciada pela doutrina na doação entre vivos e *post mortem*. Isso porque nessa última espécie alguns autores defendem que há uma transferência dos órgãos ou tecidos do corpo humano para a titularidade do Estado. Já no caso da doação entre pessoas vivas, não há essa transferência de titularidade, pois o ato é considerado *intuito persona*, entre o doador e o receptor individualizado apenas e, sempre, de forma gratuita, tendo o comércio de órgãos sido uma prática que esta Lei buscou combater²⁴³.

Dessa maneira, alguns doutrinadores criticam a falta de exigência de formalidade no aceite de ser um doador, previsto no art. 9º, §4º da Lei 9.434/97²⁴⁴. Isso porque, o diploma normativo não teria dado o mesmo tratamento para receptor e doador, já que não é exigido o consentimento informado, de forma explícita, para esse último, sendo que este é quem mais sofre com as consequências da cirurgia de transplante, já que em nada irá contribuir para sua saúde²⁴⁵.

Outrossim, no ano de 2017, quando a Lei 9.434/17 completou vinte anos de existência, foi promulgado o Decreto 9.175, com o objetivo de: modernizar o Sistema Nacional de Transplantes; deixou de existir oficialmente a doação presumida, que ocorria nos casos em que o falecido não se manifestava sobre a sua vontade ou não de ser doador; e o companheiro ou companheira passou a ser um dos que podem autorizar a doação, pois se equiparam a esposo ou esposa, inclusive de acordo com a jurisprudência mais recente do STF²⁴⁶.

Em que pese à situação de quem depende de um transplante no Brasil ainda ser precária, devido as intermináveis filas e poucos doadores, com

²⁴² FARAH, Elias. Transplante de órgãos e tecidos humanos. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.27, jan./jun. 2011, p. 70.

²⁴³ PEDRA, Adriano Sant'Ana. Transplante de órgãos e o biodireito constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v.61, out./dez. 2007, p. 18.

²⁴⁴ Art. 9º, §4º, Lei 9.434/97: O doador deverá autorizar, preferencialmente por escrito e diante de testemunhas, especificamente o tecido, órgão ou parte do corpo objeto da retirada.

²⁴⁵ ROCHA, Maria Izabel de Matos. Transplante de órgãos entre vivos: as mazelas da nova lei. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v.742, ago. 1997, p. 77-79.

²⁴⁶ **Novo decreto reforça o papel da família na decisão da doação de órgãos**. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/41557-novo-decreto-reforca-o-papel-da-familia-na-decisao-da-doacao-de-orgaos>>. Acesso em: 05 out. 2018.

passar dos anos, pouco a pouco, a situação está melhorando, segundo os dados mais recentes divulgados pelo Ministério da Saúde. No último ano de 2017, por exemplo, houve o maior número da história de famílias que aceitaram doar os órgãos dos seus entes, tendo sido um total de 1.662. No entanto, o governo ainda alerta para o fato de que 43% dos parentes não permitem que os transplantes ocorram, e vidas que poderiam ser salvas, não são²⁴⁷.

Assim, resta evidente que o problema do precário sistema de doação e transplante de órgãos e tecidos no Brasil não irá se resolver somente com boas leis, pois nas palavras de Elias Farah²⁴⁸ é necessário mais do que isso: “Urge o aperfeiçoamento dos setores de transplantação dos órgãos captados, com unidades capazes de eficiente acompanhamento dos doadores até chegar ao possível paciente receptor.”.

4.1.1 Alguns aspectos relevantes do procedimento de transplante

A partir da legislação sobre a matéria, é necessário que se compreenda, de forma breve, toda a complexidade existente no procedimento de transplante de órgãos, para que, a partir disso, seja possível entender a importância de regulamentar esse setor, como aconteceu a partir da Lei estudada anteriormente.

Dessa maneira, especificamente em relação ao coração, poderão receber um novo órgão os pacientes que não respondem à terapias convencionais, provocando falhas no coração, às doenças das artérias coronárias, hipertensão severa, válvulas anormais, miocardiopatia e doenças congênitas²⁴⁹.

Assim, o transplante de um órgão começa com diagnóstico da morte encefálica, comunicação aos familiares, autorização para doação, exame de histocompatibilidade, compatibilidade sanguínea, pesagem e dimensão do órgão,

²⁴⁷ **Brasil bate recordes de transplante do coração com apoio da FAB.** Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/27778-brasil-bate-recorde-de-transplantes-de-coracao-com-apoio-da-fab>>. Acesso em: 05 out. 2018.

²⁴⁸ FARAH, Elias. Transplante de órgãos e tecidos humanos. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.27, jan./jun. 2011, p. 71.

²⁴⁹ MILANO, Rodolfo Cesar; MILANO FILHO, Nazir David. **Os planos de assistência à saúde e os transplantes de órgãos**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2009, p.73.

procura do receptor compatível, cuidados com a manutenção do órgão e, finalmente, os atos preparatórios para a cirurgia²⁵⁰.

Sobre o momento da constatação da morte, que inaugura o procedimento para um possível transplante de coração, por exemplo, é necessário que se atente para o fato de que basta a constatação de inatividade cerebral para que possa ocorrer a retirada do órgão, mesmo que ainda haja atividade pulmonar ou cardíaca mantida através de aparelhos, não sendo razoável que se exija a parada completa de todas as funções vitais, pois isso dificultaria ainda mais o transplante, principalmente no caso de órgãos em que esse procedimento precisa ser realizado rapidamente²⁵¹.

O coração, como parte do corpo humano especial que é, exige ainda mais cuidados e, muitas vezes, é ainda mais complexo do que a cirurgia de transplante de outros órgãos, até porque se trata de um procedimento de alto risco. Tanto é assim, que a equipe médica é composta de especialistas de diversas áreas, não só por cardiologistas, sendo que estes devem funcionar com total harmonia, sincronismo e perfeição. Além disso, um dos principais cuidados que a equipe cirúrgica precisar tomar é com a esterilização de todos os envolvidos no procedimento e os instrumentos que são utilizados em sua realização, a fim de evitar qualquer tipo de contaminação, que possa vir gerar infecções para os pacientes²⁵².

Nesse contexto, é necessário que se lembre de que um transplante, inclusive o de coração, é uma cirurgia que envolve duas pessoas, o que aumenta ainda mais os cuidados necessários e os riscos envolvidos, havendo muito poucas margens para erros. Ainda assim, uma das principais preocupações dos profissionais, tanto no pré, quanto no pós-cirúrgico, nesses casos, é evitar a rejeição do órgão transplantado pelo corpo do paciente que o recebeu²⁵³.

Dessa maneira, é evidente a complexidade do procedimento em comento e as justificativas que levaram a necessidade de ser redigida uma lei sobre a matéria, bem como a relevância desta. Isso porque, diversos são os princípios e direitos fundamentais que cercam o tema abordado no presente estudo.

²⁵⁰ FARAH, Elias. Transplante de órgãos e tecidos humanos. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.27, jan./jun. 2011, p. 79.

²⁵¹ PEDRA, Adriano Sant'Ana. Transplante de órgãos e o biodireito constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v.61, out./dez. 2007, p. 14.

²⁵² FARAH, Elias. *Op.cit*, 2011, p. 79.

²⁵³ *Ibidem*, p. 79-80.

Logo, a partir disso, com base em toda a legislação envolvida no caso concreto, é que se pode ponderar pela possibilidade ou não da negativa de cobertura quanto ao procedimento em comento.

4.2 DA NEGATIVA DE COBERTURA

Visando uma melhor compreensão da relação existente entre as empresas de seguro de saúde e a autorização ou não de procedimentos, como é a cirurgia de transplante do coração, é necessário também que se entenda se há uma discricionariedade para que os convênios arquem com os custos desse tipo de procedimento e base legal e principiológica que ampara ou não essa situação.

Na década de 90 foi apresentado Projeto de Lei com o intuito de excluir a obrigação de cobertura de algumas doenças para os planos de saúde. Este foi aprovado, e deu origem à Lei 9.656/98. Posteriormente, foram editadas várias Medidas Provisórias alterando o diploma normativo. Bem como 23 resoluções editadas pelo CONSU com o objetivo de regulamentar diversos aspectos da referida Lei, inclusive quanto as possíveis exclusões de cobertura²⁵⁴. E, em seguida, ainda foram formuladas as resoluções da ANS a respeito dos planos de saúde.

O consumidor, por vezes, depara-se com cláusulas que excluem da cobertura do plano de saúde determinadas moléstias, como é o caso da cirurgia para transplante do coração, não mostrando justificativa suficiente para esse tipo de exclusão. Por isso, como já mencionado, o art. 10 da Lei 9.656/98 prevê que a cobertura deve ser para todos os tratamentos listados pela OMS e, inclusive o art. 16 do mencionado diploma, inciso IV, consta que os contratos devem trazer com clareza todos os eventos excluídos.

Destarte, as operadoras de planos de saúde seguem afirmando que quando a cobertura pretendida não tiver efetivamente incluída no rol da ANS os contratos firmados com os consumidores não lhes garantiriam tal prestação. Porém, juridicamente, uma resolução da Agência não poderia limitar a cobertura dos planos a esse ponto. Isso se dá, pois além do art. 10 já mencionado da Lei regulamentadora, há também o art. 12 do diploma legal que prevê a cobertura para

²⁵⁴ GREGORI, Maria Stella. O futuro que queremos para a regulação da saúde suplementar. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 991, maio, 2018, p. 36-37.

os serviços de apoio de diagnóstico, de tratamento e demais procedimentos ambulatoriais que tenham sido prescritos pelo médico²⁵⁵.

Vale ressaltar nesse ponto, que uma recusa ilícita de cobrir um procedimento de que necessita o consumidor, deverá ser feita por escrito pelo plano e de forma expressa, devendo conter, inclusive, os motivos que levaram os convênios a negarem a referida solicitação do contratante, conforme prevê a Resolução Normativa nº395 da ANS. Essa situação ocorre, pois as operadoras de plano de saúde podem sim excluir, desde que de forma lícita, de acordo com a Lei, determinadas coberturas e fixar carências, de acordo com cada plano contratado, o que será feito por essas empresas sempre que possível, pois o objetivo central delas é auferir lucro²⁵⁶.

Nesse contexto, é fato que a ciência médica está em constante evolução e a cada dia são aprimoradas as técnicas de transplante de órgãos, e tudo isso envolve um elevado custo financeiro. E, inclusive, o que muito existe são casos de órgãos debilitados por doenças consideradas comuns e corriqueiras, mas que podem avançar até que a única alternativa seja o recebimento de um novo. No caso do coração, por exemplo, o estresse, característica comum da sociedade moderna, pode causar problemas cardíacos que lesionem esse órgão, a ponto da situação se tornar irreparável²⁵⁷.

Tal fato sugere que o Ministério da Saúde deveria adotar políticas públicas voltadas mais para prevenção de determinadas doenças, que possam levar a necessidade de um novo órgão e, conseqüentemente, grande gasto financeiro²⁵⁸. Isso poderia ajudar a evitar que as empresas dos convênios se negassem tanto a cobrir esse procedimento, já que ocorreria menos frequentemente. Bem como, poderia ajudar a amenizar também o SUS, onde ocorre a grande maioria dos transplantes de coração hoje, já que não é boa parte da população brasileira que tem acesso aos planos de saúde.

²⁵⁵ MADUREIRA, Cláudio; GARCIA, Leonardo de Medeiros. O direito do consumidor frente à negativa de cobertura pelos planos de saúde. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.106, jul.-ago. 2016, p. 258-259.

²⁵⁶ VILLAS BÔAS, Regina Vera; REMÉDIO JÚNIOR, José Ângelo. A responsabilidade jurídica das operadoras de planos de saúde privados pela recusa no atendimento do consumidor à luz da "teoria crítica do direito". **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.991, maio, 2018, p.126.

²⁵⁷ FARAH, Elias. Transplante de órgãos e tecidos humanos. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.27, jan./jun. 2011, p. 71 *passim*.

²⁵⁸ *Ibidem, loc.cit.*

Além disso, há casos em que os convênios se recusam a cobrir o procedimento que o paciente necessita, sob a alegação de que o mesmo não provou que realmente precisa do que está pedindo. Nesse momento é necessário que se lembre da inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, CDC), que poderá ser solicitada ao judiciário, já que pela natureza da relação jurídica há uma presunção da hipossuficiência do consumidor, pois este pode encontrar dificuldades em provar que necessitam da cobertura que pretendem, mas a empresa, no entanto, tem um corpo médico que pode fazer facilmente a verificação da necessidade ou não²⁵⁹.

Ressaltando ainda que também há as situações em que os planos não cobrem esse procedimento e o paciente precisa realizar o mesmo através do SUS. Mas, nesses casos, as operadoras dos planos de saúde estão obrigadas da mesma forma a ressarcir, como já fora mencionado, os cofres públicos por esses gastos. Logo, medidas preventivas poderiam evitar todas essas situações elencadas, que trazem sempre angústia ao paciente enfermo.

Assim, quando existem cláusulas dúbias ou de exclusão de qualquer tratamento que pode dar uma chance de vida ao contratante, diante de uma determinada enfermidade, é preciso que seja dado a este o direito a receber o que precisa, a fim de salvaguardar sua vida, através da leal interpretação contratual, inclusive no caso dos contratos firmados antes da vigência da Lei 9.656/98²⁶⁰.

Desta forma, o problema consiste em quando as operadoras de maneira ilícita se negam a cobrir o procedimento que o paciente necessita, de forma expressa, através de uma cláusula ou não. Diante disso, os Tribunais nacionais vêm compreendendo, em casos como a exclusão de tratamento para AIDS, por exemplo, que os convênios de saúde, ao serem fundados se firmam no ideal da solidariedade social, visão pela qual não pode ser considerado razoável pelo direito brasileiro a exclusão de um determinado tratamento por este ser de elevado custo²⁶¹.

Outrossim, nenhuma interpretação que seja atribuída ao contrato está apta a afastar a cobertura pretendida, pois devido a natureza jurídica

²⁵⁹ MADUREIRA, Cláudio; GARCIA, Leonardo de Medeiros. O direito do consumidor frente à negativa de cobertura pelos planos de saúde. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.106, jul.-ago. 2016, p. 262-263.

²⁶⁰ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários à Lei de Plano de Privado de Assistência à Saúde**. 2. ed. rev., modificada, ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p.83.

²⁶¹ VILLAS BÔAS, Regina Vera; REMÉDIO JÚNIOR, José Ângelo. A responsabilidade jurídica das operadoras de planos de saúde privados pela recusa no atendimento do consumidor à luz da "teoria crítica do direito". **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.991, maio, 2018, p.126.

de direito material formada entre os convênios e os usuários, as cláusulas contratuais devem ser sempre interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, sendo nulas de pleno direito aquelas que colocam o consumidor em desvantagem excessiva ou que ferem a boa-fé e a equidade. Por esse motivo, não é cabível interpretação jurídica que tenda a excluir uma prestação necessária à vida do consumidor e que não foram textualmente afastadas pelo legislador, pois isso levaria a uma não efetividade do combate a métodos não coercitivos ou desleais, bem como das cláusulas abusivas elencadas no art. 6º do CDC, que trata dos direitos básicos do consumidor²⁶².

Sobre isso, é relevante o entendimento de Rizzatto Nunes²⁶³ de que a cláusula que exclui a cirurgia para transplante de um órgão é iníqua por faltar necessária equivalência entre a prestação e a contraprestação, nos termos do CDC. Já que o consumidor paga o seguro de saúde, na maioria das vezes, por anos, com o objetivo de quando necessitar poder utilizar, para ter seu problema de saúde solucionado ou prevenir que ocorra.

Tal situação se dá devido a posição de vulnerabilidade e hipossuficiência em que se coloca o consumidor nos contratos em comento, uma vez que, na maioria das situações, desconhece as circunstâncias e abrangência desses serviços que são colocados à sua disposição. Ao contrário do fornecedor, que conhece integralmente os termos do contrato que pactua, sendo que é impossível que o contratante preveja todas as doenças que pode ter um dia, a fim de exigir que todas estejam elencadas no contrato²⁶⁴.

Diante disso, a não cobertura de procedimentos, como a cirurgia para transplante do coração, poderá gerar danos morais e materiais ao consumidor, com base na responsabilidade objetiva, ou seja, independentemente de culpa do fornecedor, como prevê a redação do art. 14 do CDC. Sendo que já é pacificado no STJ o entendimento de que as operadoras devem indenizar seus clientes no caso de não cobertura indevida para doenças graves. Sendo que, a

²⁶² MADUREIRA, Cláudio; GARCIA, Leonardo de Medeiros. O direito do consumidor frente à negativa de cobertura pelos planos de saúde. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.106, jul.-ago. 2016, p. 260-261.

²⁶³ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários à Lei de Plano de Privado de Assistência à Saúde**. 2. ed. rev., modificada, ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p.81.

²⁶⁴ *Ibidem*, p.84.

Corte Superior não considera necessária a demonstração do dano psíquico sofrido, pois este pode ser inferido na simples negativa da operadora para o doente²⁶⁵.

Dessa maneira, mesmo diante de toda dificuldade evidenciada para que os planos de saúde arquem com os ônus financeiros do procedimento em comento, interessantes dados do Ministério da Saúde apontaram um crescimento recorde em 2016 do número de transplantes do coração realizados no Brasil, com 357 procedimentos desse tipo. O Governo atribuiu esse aumento ao Decreto que estabeleceu que um avião da Força Aérea Brasileira deveria permanecer sempre a disposição para fazer o transporte de órgãos, quando necessário. No entanto, o que mais chama atenção é que desses transplantes realizados, 90% foram financiados pelo SUS²⁶⁶.

Nazir Milano²⁶⁷ assevera também que não há muitos trabalhos doutrinários a respeito do tema, especificamente, ficando muitas vezes a cargo da doutrina e da jurisprudência, nos casos concretos, a interpretação das cláusulas contratuais dos contratos de plano de saúde e especialmente em relação ao transplante de órgãos e uma possível negativa de cobertura para a realização do procedimento.

4.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA

Como fora demonstrado ao longo deste estudo, a tendência nos tribunais brasileiros, inclusive no STJ, é de afastar os argumentos das empresas de seguro de saúde para não arcarem com os custos da cirurgia para transplante de coração, sendo que, muitas vezes, os argumentos utilizados para tanto são muito parecidos. Tanto é assim que dados do IDEC mostram que as operadoras de planos de saúde são as recordistas em reclamação junto ao órgão, e em levantamento feito nos dados no STJ do período de 2000 a 2010, a respeito de decisões que envolvem

²⁶⁵ MADUREIRA, Cláudio; GARCIA, Leonardo de Medeiros. O direito do consumidor frente à negativa de cobertura pelos planos de saúde. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.106, jul.-ago. 2016, p. 265-266.

²⁶⁶ **Brasil bate recordes de transplante do coração com apoio da FAB**. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/27778-brasil-bate-recorde-de-transplantes-de-coracao-com-apoio-da-fab>>. Acesso em: 05 out. 2018.

²⁶⁷ MILANO, Rodolfo Cesar; MILANO FILHO, Nazir David. **Os planos de assistência à saúde e os transplantes de órgãos**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2009, p.78-79.

os convênios de saúde, cerca de 80% destas são relacionadas a impasses contratuais e são favoráveis ao consumidor²⁶⁸.

Assim, em que pese o que parece ser a atual tendência jurisprudencial, decisões mais antigas, anteriores, em sua maioria, a consolidação do CDC e da Lei 9.656/98, já negaram o direito do consumidor de ter a sua cirurgia de transplante arcada pelos planos de saúde, quando o contrato do convênio era omissivo ou tinha cláusula expressa prevendo a exclusão desse tipo de procedimento. Exemplo disso, mesmo após a edição da Lei dos Planos e Saúde é o julgamento do Recurso Especial nº378.863²⁶⁹, em que o Ministro Humberto Gomes de Barros decidiu que "(...) em sendo clara e de entendimento imediato, não é abusiva a cláusula que exclui da cobertura contratual o transplante de órgãos".

Nesse caso, o que o Tribunal levou em consideração foi que ao contratar os serviços desse seguro de saúde especificamente, por ter cláusula explícita da negativa desse tipo de cobertura, o consumidor sabia que a empresa, nesse contrato, não cobria a cirurgia para transplante, logo, assumiu o risco de um dia poder precisar desse serviço e não ter a sua demanda custeada pelo convênio. Não podendo, segundo o Ministro, nesse caso, ser configurada a abusividade por parte da empresa.

Mas, levando em consideração os difundidos direitos e princípios consumeristas no cenário brasileiro, os julgamentos têm sido justamente no sentido contrário a esse posicionamento antigo e ultrapassado²⁷⁰. Uma dessas decisões é do Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro, que decidiu, em sede de Recurso Inominado, interposto no processo de número 001021-76.2014.8.19.0007, no Juizado Especial Cível do Consumidor, em desfavor da empresa ré de seguro de saúde, UNIMED, que se negava em cobrir os custos, tanto dos exames e procedimentos que o autor, uma criança, iria necessitar para operação de transplante do coração, como da própria cirurgia. Nesta senda, um dos

²⁶⁸ ANDRADE, Diogo de Calasans Melo; MOTA, Marlton Fontes. Contrato e responsabilidade nos planos de saúde. **Revista Visão Jurídica**. São Paulo: Escala, v.45, 2010, p.37.

²⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n.378.863 – Proc. 0145590. Agravante: Geral Arlindo Fracalossi e outro. Agravado: Associação de Médicos São Paulo – Blue Life. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, DJ 08 maio 2006. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7161674/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-378863-sp-2001-0145590-2/inteiro-teor-12883977?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 05 out. 2018.

²⁷⁰ MILANO, Rodolfo Cesar; MILANO FILHO, Nazir David. **Os planos de assistência à saúde e os transplantes de órgãos**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2009. p.79.

principais argumentos do convênio era o de que tal procedimento não estava incluso no rol da ANS de cobertura mínima.

Em contrapartida, o julgador do caso citado alegou que os direitos fundamentais à vida e à saúde, que são os envolvidos na situação fática, não são passíveis de serem afastados, além do fato de que o rol de procedimentos mínimos da ANS para os planos de saúde não é taxativo. Motivo pelo qual determinou que a ré arcasse com os custos da cirurgia do acionante, bem com todos os procedimentos necessários para que esta pudesse ser realizada²⁷¹.

Nesse contexto, é interessante que se note também que a negativa para o financiamento da cirurgia de transplante do coração, sem que seja necessário que o consumidor pleiteie seu direito judicialmente, não é por parte apenas de um ou outro plano, mas sim de inúmeros deles, inclusive, de convênios que possuem grandes parcelas desse mercado.

Assim, resta ilustrada tal situação também no TJSP, mais especificadamente, em face da Apelação Cível²⁷² julgada no processo nº1083975-40.2013.8.26.0100, em que o plano de saúde SulAmérica, apesar de ser uma das operadoras que cobrem atualmente a cirurgia em comento, se recusava a custear um procedimento essencial, sem o qual a autora não poderia realizar a operação, sendo este vital, já que é responsável por manter o ritmo do coração após o transplante.

Esse foi mais um caso em que a operadora sustentou a recusa na cobertura sob o argumento de que esse procedimento não estava elencado no rol da ANS. No entanto, o Tribunal asseverou que esse fato não autorizava o não custeio do tratamento, já que o médico expressamente o recomendou como necessário para salvar a vida do paciente. Inclusive, foi citada no julgamento a súmula 102 do TJSP, que diz justamente que somente o médico é capaz de determinar qual o melhor tratamento e necessário para cada caso.

²⁷¹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Recurso Inominado Nº 001021876220148190007. Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis. Relator: Marcos Antonio Ribeiro de Moura Brito. Julgado em 25 jan. 2018. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/584105286/recurso-inominado-ri-102187620148190007-rio-de-janeiro-barra-mansa-i-jui-esp-civ/inteiro-teor-584105293?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 27 set. 2018.

²⁷² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. . Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis. Relator: Marcos Antonio Ribeiro de Moura Brito. Julgado em 25 jan. 2018. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/584105286/recurso-inominado-ri-102187620148190007-rio-de-janeiro-barra-mansa-i-jui-esp-civ/inteiro-teor-584105293?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 27 set. 2018.

Assim, como se pode notar é considerado relevante também nos Tribunais o fato de que somente o médico é quem pode saber qual o melhor tratamento, de que o paciente precisa e, qualquer cláusula contratual que limita essa liberdade poderá ser considerada abusiva. Isso porque, a recusa das operadoras em cobrir a cirurgias de transplante tem levado os pacientes e suas famílias, muitas vezes, a disporem de tudo que possuem para pagar esse procedimento médico-hospitalar de custo bastante elevado. Isso é, quando esses consumidores possuem recursos financeiros para tanto, pois já precisam arcar com um alto custo pagando as mensalidades do seguro de saúde²⁷³.

Tal situação, de muitas vezes os planos de saúde se negarem a cobrir a cirurgia para transplante do coração, faz com que os consumidores necessitem ingressar no Judiciário, a fim de reivindicar seus direitos, tanto em relação a danos morais, como materiais. Nesses casos, os Tribunais acabam precisando atuar como fontes de humanização desses vínculos jurídicos, que envolvem de um lado o interesse relevante à saúde e, de outro, a necessidade de resultados financeiros positivos para os investidores das operadoras de seguros, que, no fim das contas, o mesmo não deixa de ser²⁷⁴.

Por conseguinte, quando se trata de análise jurisprudencial não se pode deixar de observar os julgados do Superior Tribunal de Justiça. Sendo assim, acerca do tema foi decidido em sede de Agravo em Recurso Especial nº 1.047.568²⁷⁵ que o convênio de saúde AMIL arcasse com os custos da cirurgia de transplante do coração de que necessitou o autor. Tal seguradora asseverou no Agravo que não haveria abusividade na cláusula contratual que exclui a possibilidade de cobertura do tratamento que o autor necessita, pois esta estaria de acordo com a Lei 9.656/98, já que nesta é dito que a ANS é a responsável pela regulação do setor e não há nenhuma Resolução da Agência que obrigue os convênios a cobrirem a operação que o autor necessita.

²⁷³ FARAH, Elias. Transplante de órgãos e tecidos humanos. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.27, jan./jun. 2011, p. 91.

²⁷⁴ *Ibidem*, *loc.cit.*

²⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n.1.047.568 – Proc. 0017253-4. Agravante: Amil Assistência Médica. Agravado: Hans Alexander Leitão Steinbach Von Uslar. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DJ 13 jun. 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/469069091/agravo-em-recurso-especial-aresp-1047568-sp-2017-0017253-4>>. Acesso em: 27 set. 2018.

O Tribunal chamou atenção para o fato de que a doença que havia acometido o autor era coberta em seu contrato de plano de saúde, no entanto, a cirurgia necessária não. O STJ afirmou que essa situação acaba por ferir a boa-fé objetiva, já que o autor possuía a legítima expectativa de passar pelo procedimento adequado para curar sua enfermidade, tendo os custos arcados pela empresa ré. Dessa maneira foi julgado improcedente o recurso da agravante, pois a Corte afirmou que a decisão de piso (do TJSP) estava em acordo com o entendimento fixado por ela, de que contratos de adesão, como são os de plano de saúde, devem sempre ser interpretados de modo a beneficiar o consumidor, principalmente quando se relaciona a cobertura de tratamento médico indicado para a cura.

Assim, como já fora evidenciado, em face da cirurgia para transplante de órgãos ser um procedimento de elevado custo, tanto médico, como hospitalar, principalmente do coração, as empresas de planos de saúde passaram a prever em seus contratos a exclusão desse procedimento ou, simplesmente, se negam a custear essa operação quando o paciente necessita. Tal fato vem sendo, cada vez mais questionado pelo STJ, que vem se posicionando, em sua jurisprudência, no sentido de priorizar a vida do paciente e obrigar que os convênios cumpram o objetivo central de seus contratos, qual seja, a proteção da saúde dos seus usuários²⁷⁶.

Outra decisão interessante do Tribunal em comento que evidencia essa situação é a do Agravo em Recurso Especial nº602268²⁷⁷. Neste processo, a operadora do seguro saúde, qual seja a MEDIAL, se negou a arcar com a cirurgia do autor sob o pretexto de que a exclusão de procedimentos pelos convênios por si só não pode ser considerado uma cláusula abusiva, pois é necessário amoldar os serviços oferecidos ao prêmio que é pago pelos usuários, buscando o equilíbrio contratual.

No entanto, o STJ mais uma vez firmou seu entendimento no sentido de que já que o plano em questão oferece cobertura para doenças cardiológicas, não poderá negar para esta o tratamento adequado, como o

²⁷⁶ FARAH, Elias. Transplante de órgãos e tecidos humanos. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.27, jan./jun. 2011, p.90-91.

²⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n.602268 – Proc. 0262825. Agravante: Medial Saúde S/A. Agravado: Lauro Fumiaki Kunitake. Relator: Min. Moura Ribeiro. Brasília, DJ 05 nov. 2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153603519/agravo-em-recurso-especial-aresp-602268-sp-2014-0262825-0/decisao-monocratica-153603529>>. Acesso em: 27 set. 2018.

transplante ou qualquer outro que seja prescrito por médico. Isso porque, o Tribunal entende que as operadoras dos convênios são facultadas a não colocar determinadas doenças nos seus róis de cobertura, mas a partir do momento que uma patologia é inserida, não poderá deixar de prestar o tratamento médico prescrito para a cura desta.

Por isso, a Corte entendeu que os argumentos apresentados pela agravante não mereciam prosperar, já que feriam direitos constantes no próprio CDC. O que se busca coibir com esse julgamento é que o plano de saúde substitua o médico na escolha de qual será a terapia utilizada pelo paciente, dependendo do tipo de plano que este possui, colocando em risco a vida dos consumidores.

Nesse diapasão, após a análise jurisprudencial em comento, é possível assegurar que o entendimento atual do STJ e, por conseguinte, dos outros Tribunais brasileiros, é favorável ao consumidor, no sentido de que não podem fatores econômicos superar fatores de ordem social, além de tantos outros princípios que envolvem o tema. Tanto é assim, que já existem diversas súmulas do STJ tratando das coberturas dos planos de saúde e garantindo os direitos dos consumidores, como é o caso da súmula nº302, que assevera ser abusiva a cláusula que exclui da cobertura contratual algum tipo de procedimento necessário para o tratamento de uma doença prevista no plano²⁷⁸.

Assim, as transformações que o direito sofreu ao longo dos tempos e a crescente preocupação da ciência jurídica com a dignidade da pessoa humana, fez com que surgisse um Estado solidarista, que intervém, quando necessário, nas relações contratuais, a fim de proteger a parte mais fraca, que nesse caso é o consumidor hipervulnerável, que se depara com um contrato que já foi elaborado unicamente pelo prestador do serviço, com o qual o usuário não pode discutir suas cláusulas²⁷⁹.

Além disso, resta notório, que o argumento mais utilizado pelas operadoras é o de que a ANS não obriga os convênios a cobrirem a cirurgia para transplante do coração, no entanto, a própria Lei 9.656/98 ordena a cobertura do rol completo de doenças listadas pela OMS. Sendo que, já foi considerada abusiva,

²⁷⁸ VILLAS BÔAS, Regina Vera; REMÉDIO JÚNIOR, José Ângelo. A responsabilidade jurídica das operadoras de planos de saúde privados pela recusa no atendimento do consumidor à luz da “teoria crítica do direito”. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.991, maio, 2018, p.129-130.

²⁷⁹ MILANO, Rodolfo Cesar; MILANO FILHO, Nazir David. **Os planos de assistência à saúde e os transplantes de órgãos**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2009, p.83.

tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência, essa conduta dos convênios no sentido de cobrirem vários tratamentos para as mais diversas doenças coronárias e se negarem a custear um procedimento tão necessário para salvaguardar a vida do consumidor, como é a cirurgia para transplante, no momento em que este tinha a legítima expectativa de ter a cobertura do seu plano.

5. CONCLUSÃO

Quando se trata da autorização dos planos de saúde para cobertura da cirurgia de transplante do coração, como fora evidenciado ao logo desse estudo, de um lado estão as operadoras do convênio, que visam auferir lucro, e de outro os consumidores, que contribuem com o seguro e esperam ter tal procedimento custeado na rede particular, com base em todos os direitos e princípios que envolvem o sistema de defesa do consumidor brasileiro, dado a relevância de uma cirurgia como essa. E também devido ao próprio contrato, baseado na boa-fé objetiva e na proporcionalidade, além da hipervulnerabilidade do contratante, e, na maioria das vezes, esses instrumentos jurídicos incluem cobertura para tratamento de diversas doenças do coração, sendo que o transplante é só mais uma dessas opções.

Fato é que, restou demonstrado, que muitas vezes não ocorre essa cobertura, pois há cláusulas abusivas que excluem esse tipo de tratamento do plano contratado ou quando solicitado há a negativa do convênio sob o pretexto de que a cirurgia não está inclusa no rol da ANS. Além disso, algumas empresas usam como argumento a questão econômica e da autonomia privada, pois se trata de um procedimento caro, tanto na parte médica, como hospitalar. Ou até mesmo o fato de que ao contratar o serviço, mesmo que seja um contrato de adesão, ao aceitar, o consumidor deve ter ciência que no instrumento não consta esse tipo de custeio.

Nesse contexto, como se examinou, a Agência deveria cumprir a redação e o sentido principal da Lei 9.656/98, qual seja a proteção dos consumidores que pagam por anos os planos de saúde, a fim de que, caso necessitem, tenham sua cura custeada por essas empresas, como é a sua legítima expectativa e direito. Além disso, fora importante ressaltar, que esses contratantes são hipervulneráveis, à medida que estão doentes a ponto de necessitarem de um transplante do coração. Assim, este é mais um motivo para que o Estado se empenhe ao máximo em proteger a saúde e, conseqüentemente, a vida humana.

Dessa maneira, conforme exposto, o rol mínimo de procedimentos obrigatórios da ANS deveria conter todas as enfermidades elencadas pela instituição máxima em saúde no mundo, qual seja a OMS (como prevê o art. 10 da LPS). Inclusive a cirurgia para transplante de todos os órgãos, já que se trata de algo indispensável, em alguns casos, para salvar a vida do paciente. Sendo que, nas

atualizações, que ocorrem a cada dois anos desse rol, deveria haver a constante ampliação do plano-referência, a fim de que sejam constantemente inclusas inovações médicas e procedimentos mais modernos, visando sempre ao máximo a saúde e bem-estar dos consumidores.

Outra solução que poderia ser implementada para resolver a problemática em comento, seria um foco maior, por parte dos planos de saúde, na prevenção de doenças, que muitas vezes são simples, mas que, por diversos motivos, evoluem a ponto do segurado necessitar passar por uma cirurgia de transplante do coração, que poderia ser evitada. Isso porque tal procedimento tem um elevado custo e dessa forma poderia haver a redução desse tipo de despesa por parte das empresas.

Além disso, vale ressaltar que o rol de procedimentos elencados pela ANS é mínimo, nada impede que seja ampliado, como já é feito por alguns convênios, que já passaram a incluir a cirurgia em comento. Assim, tendo em vista a jurisprudência cada vez mais firme no sentido de assegurar o direito à vida e à saúde do consumidor, mesmo que em detrimento de prejuízos financeiros que os planos de saúde possam sofrer, essas empresas poderiam poupar despesas, tendo que acionar seu departamento jurídico, além de todos os outros ônus que envolvem um processo, e incluir de vez o procedimento em questão na sua cobertura, para que não seja necessário ao consumidor requerer judicialmente tal procedimento, inclusive com danos morais configurados, ou que a empresa seja obrigada a ressarcir posteriormente os gastos do SUS, por ter realizado a cirurgia de um paciente que teria direito através do seu seguro.

Dessa maneira, resta notório que a ANS, diante do seu papel como instituidora de diretrizes, deveria se posicionar prioritariamente em favor da defesa do consumidor hipervulnerável nesse tipo de contrato de consumo e, mais ainda, quando se trata da necessidade de uma cirurgia para um transplante de coração. Mas o que ocorre, na maioria das vezes é, em verdade, uma defesa direta ou não dos aspectos econômicos envolvidos na cobertura de um ou de outro procedimento para as empresas de convênios.

Logo, a Agência deveria cumprir o que está na Lei 9.656/98, responsável por regular o setor e garantir direitos aos usuários de planos de saúde. Sendo que, isso nada mais é do que aquilo que já é feito na própria jurisprudência pátria, que, como demonstrado, se consolidou no sentido de defender os usuários

desses serviços e determinar o custeio dos seguros para a cirurgia de transplante do coração e de todos os procedimentos do pré e pós-operatório.

Além do mais, deveria haver uma maior integração dos órgãos responsáveis pela saúde no Brasil, para que fossem resolvidos problemas antigos e urgentes, como é o do caso em tela. Para isso, é necessário que haja um maior diálogo entre o Ministério da Saúde e a ANS, com o objetivo de promover uma maior articulação entre o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e os órgãos reguladores do setor, pois isso é fundamental para que seja produzida saúde de qualidade no país. E também, claro, é essencial um maior acompanhamento e comprometimento do Congresso Nacional, em especial da Comissão Especial dos Planos de Saúde na Câmara dos Deputados, com os temas pertinentes aos planos de saúde e suas coberturas, para que possam ser combatidas abusividades aos direitos consumeristas.

Assim, a devida cobertura em questão concretiza direitos e princípios constitucionalmente protegidos e fundamentais, como a vida e a saúde e por fim, a dignidade da pessoa humana, além de tantos outros que perpassam a temática. Dessa maneira, todo o sistema brasileiro que envolve garantia e direitos aos consumidores, deve sempre respeitar as legislações hierarquicamente superiores, em primeiro lugar a Constituição Federal, além do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil. E dessa forma, todo o direito deverá convergir para um só caminho: a exigência da cobertura da cirurgia de transplante do coração por parte dos planos de saúde, a fim de salvaguardar a vida do consumidor que dela necessita e tem a legítima expectativa de que irá poder fazer o procedimento da melhor forma possível, como é seu direito.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Direito do consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.III, 2011, p. 301-310.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. As cláusulas abusivas nos contratos de adesão e seu regime na Lei de Defesa do Consumidor e no Código Civil. **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Notadez, v.384, out. 2009, p. 63-93.

ANDRADE, Diogo de Calasans Melo; MOTA, Marlton Fontes. Contrato e responsabilidade nos planos de saúde. **Revista Visão Jurídica**. São Paulo: Escala, v.45, 2010, p.36-39.

ARENHART, Fernando Santos. Função social dos contratos: a nova teoria contratual e o diálogo das fontes. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.89, set./out. 2013, p. 205-229.

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. **Planos de Saúde: doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARCELLOS, Ana Paula; BARROSO, Luiz Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, v.232, abr./jun. 2003, p. 141-176.

BARROSO, Luiz Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Revista do Ministério Público: edição comemorativa**. Rio de Janeiro: 2015, p.207-219.

_____. **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BESSA, Leonardo Roscoe. Proteção Contratual. *In*: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de Direito do Consumidor**. 8. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 403-445.

BONIZZATO, Luigi; MARTINS, Flávio Alves. Saúdes Pública e privada e relações de consumo: uma análise constitucional e civilística de responsabilidades estatais, pré e pós-contratuais no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.96, nov./dez. 2014, p. 109-138.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de direito do consumidor à luz da jurisprudência do STJ**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016.

Brasil bate recordes de transplante do coração com apoio da FAB. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/27778-brasil-bate-recorde-de-transplantes-de-coracao-com-apoio-da-fab>>. Acesso em: 05 out. 2018.

Brasil tem mais de 32 mil pacientes em lista de espera para transplante. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2018/08/23/brasil-tem->

[mais-de-30-mil-pacientes-em-lista-de-espera-para-transplante.ghtml](#). Acesso em: 09 out. 2018.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução Normativa 211**, de 11 de janeiro de 2010. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTU3NQ==>>. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução Normativa 395**, de 14 de janeiro de 2016. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzE2OA==>>. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução Normativa 428**, de 7 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzUwMg==>>. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/const/1988>. Acesso em: 29 out. 2018.

_____. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. Conselho de Saúde Suplementar. **Resolução Normativa 12**, de 3 de novembro de 1998. Disponível em: <sna.saude.gov.br/legisla/legisla/alta_transp/RES_CONSU_12_98alta_transp.doc>. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. **Decreto 2.268**, de 30 de junho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/D2268.htm>. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. **Decreto 9.175**, de 18 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2017/decreto-9175-18-outubro-2017-785591-publicacaooriginal-153999-pe.html>>. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. **Decreto-Lei 73**, de 21 de novembro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0073.htm>. Acesso em: 12 out. 2018.

III Jornada de Direito Civil, em 2004, foi aprovado o enunciado nº171

_____. III Jornada de Direito Civil. **Enunciado 171**, de 2004. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/305>>. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. **Lei 4.280**, de 6 de novembro de 1963. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4280.htm >. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. **Lei 5.479**, de 10 de agosto de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5479.htm >. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. **Lei 8.489**, de 18 de novembro de 1992. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/127766/lei-8489-92> >. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. **Lei 9.434**, de 4 de fevereiro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm >. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. **Lei 9.656**, de 3 de junho de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm >. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. **Lei 9.961**, de 28 de janeiro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm>. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. **Lei 10.211**, de 23 de março de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10211.htm>. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. **Medida Provisória 1.928**, de 25 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas/1928.htm>. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. **Medida Provisória 2.177**, de 24 de agosto de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2177-44.htm>. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. **Projeto de Lei 7.419**, de 9 de agosto de 2006. Disponível em: <<https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=332450>>. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 297**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acesso em: 29 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 302**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=@docn=%27000000302%27>>. Acesso em: 29 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 381**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acesso em: 29 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 469**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?livre=cancelamento+adj+da+adj+sumula&vPortalArea=544>>. Acesso em: 29 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 608**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acesso em: 29 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.1.053.8610– Proc. 0094908-6. Recorrente: A Marítima Companhia de Seguros Gerais. Recorrido: José Antônio Gomes da Silva. Relatora: Min. Nancy Adrighi. Brasília, DJ 17 dez. 2009. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19152853/recurso-especial-resp-1053810-sp-2008-0094908-6/inteiro-teor-19152854>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.201.819– Proc. 02253-04. Recorrente: União brasileira de compositores – UBC e outros. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinhos e outros. Relatora: Min. Ellen Greice. Brasília, DJ 27 out. 2006. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/762997/recurso-extraordinario-re-201819-rj>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.586.316 – Proc. 0161208-5. Recorrente: Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação - ABIA. Recorrido: PROCON-MG. Relator: Min. Mário Herman Benjamim. Brasília, DJ 17 abr. 2007. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4092403/recurso-especial-resp-586316>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental n.1.022.587 – Proc. 0048474-1/2008. Agravante: Usina Hidroelétrica Nova Palma LTDA. Agravado: Fábio Bittencourt da Rosa e outros. Relator: Min. Sidnei Beneti. Brasília, DJ 21 ago. 2008. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/784130/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1022587-rs-2008-0048474-1/inteiro-teor-12781825586316>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.1.156.735 – Proc. 0175755-2/2009. Recorrente: UNITED Parcel Service CO e outro. Recorrido: BAX Global do Brasil LTDA. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Brasília, DJ 16 fev. 2017. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/443431721/recurso-especial-resp-1156735-sp-2009-0175755-2/relatorio-e-voto-443431759?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.1.100.270 – Proc. 0231847-0. Recorrente: Marcos Roberto Viegas. Recorrido: GRAVEL Administradora de Consórcios LTDA. Relator: Min. Maria Isabel Gallotti. Brasília, DJ 04 out. 2011. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21065915/agravo-regimental-nos-embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-agrg-nos-edcl-no-resp-1100270-rs-2008-0231847-0-stj/certidao-de-julgamento-21065918?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 23 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n.1.047.568 – Proc. 0017253-4. Agravante: Amil Assistência Médica. Agravado: Hans Alexander Leitão Steinbach Von Uslar. Relatora: Min. Nancy Adrighi. Brasília, DJ 13 jun. 2017. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/469069091/agravo-em-recurso-especial-aresp-1047568-sp-2017-0017253-4>>. Acesso em: 27 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n.602268 – Proc. 0262825. Agravante: Medial Saúde S/A. Agravado: Lauro Fumiaki Kunitake. Relator: Min. Moura Ribeiro. Brasília, DJ 05 nov. 2014. Disponível em: <
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153603519/agravo-em-recurso-especial-aresp-602268-sp-2014-0262825-0/decisao-monocratica-153603529>>. Acesso em: 27 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n.378.863 – Proc. 0145590. Agravante: Geral Arlindo Fracalossi e outro. Agravado: Associação de Médicos São Paulo – Blue Life. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, DJ 08 maio 2006. Disponível em: <
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7161674/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-378863-sp-2001-0145590-2/inteiro-teor-12883977?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 05 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.402817 – Proc. 0330208-2. Agravante: Gulf Investimentos S/A. Agravado: Maria de Lourdes de Souza Chantre Oliveira e outro. Relator: Min. Sidnei Beneti. Brasília, DJ 17 dez. 2013. Disponível em: <
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24875505/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-402817-rj-2013-0330208-2-stj/inteiro-teor-24875506?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 25 out. 2018.

CÁCERES, Eliana. Os direitos básicos do consumidor. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Direito do consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.II, 2011, p. 885-907.

CARLINI, Angélica; SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e contratos de saúde privada no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.110, mar./abr. 2017, p.139-162.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CUNHA JR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2014.

CZERESNIA, Dina. Ações de promoção à saúde e prevenção de doenças: o papel da ANS. *In*: CASTRO, Joaquim Werneck de; MONTONE, Januario. (Orgs.). **Regulação e saúde: documentos técnicos de apoio ao Fórum de Saúde Suplementar de 2003**. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde, 2004, v. 3, p.211 – 240.

DELGADO, Mário Luiz. Os direitos da personalidade, os transplantes e a manipulação do corpo humano: interpretação entre o Código Civil e o microssistema da Lei 9.434/1997. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. (Orgs.). **Novo Código Civil Questões Controvertidas**. São Paulo: Método, v.6, 2007, p.130-148.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2011.

- DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível Nº 13.839. Quinta Turma Cível. Relator: Josapha Francisco dos Santos. Julgado em 30 nov. 2016. Disponível em: <www.tjrs.jus.br/234563fgtth-ghht/45>. Acesso em: 17 abr. 2018.
- FARAH, Elias. Transplante de órgãos e tecidos humanos. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.27, jan./jun. 2011, p. 57-103.
- FARIAS, Carolina Steinmuller; FARIAS, Thélío Queiroz. **Práticas abusivas das operadoras de plano de saúde**. 2. ed. São Paulo: Anhaguera, 2014.
- FERRON, Fabiana. **Planos Privados de Assistência à Saúde: Lei 9.656, de 3 de Junho de 1998**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2002.
- FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- GARFINKEL, Ana. Natureza jurídica da obrigação de ressarcimento dos planos de saúde ao sistema único de saúde – SUS. **Revista Direito GV**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v.2, jul./dez. 2006, p.139-148.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Noções Fundamentais sobre o princípio constitucional da proporcionalidade. *In*: CAMARGO, Marcelo Novelino (Coord.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodvm, 2008.
- _____. O princípio da proporcionalidade como garantia fundamental do Estado democrático de direito. *In*: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GREGORI, Maria Stella. O futuro que queremos para a regulação da saúde suplementar. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 991, maio, 2018, p. 27-53.
- LADEIRA, Fernando de Oliveira Domingues. **Regulação estatal e assistência privada à saúde: liberdade de iniciativa e responsabilidade social na saúde suplementar**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- MADUREIRA, Cláudio; GARCIA, Leonardo de Medeiros. O direito do consumidor frente à negativa de cobertura pelos planos de saúde. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.106, jul.-ago. 2016, p. 249-271.
- MAIA, Daniele Medina. Princípios constitucionais do Direito do Consumidor. *In*: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MAIA, Maurílio Casas. O direito à saúde à luz da Constituição e do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.84, set./out. 2012, p. 197-224.

MARQUES, Cláudia Lima. Proteção Contratual. *In*: BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 107 - 142.

_____. _____. *In*: BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 64-103.

MARQUES, Cláudia Lima. **Os contratos no Código de Defesa do Consumidor** : o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Conflitos de Leis no tempo e direito adquirido dos consumidores de planos de saúde e seguro de saúde. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. (Coords.). **Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de saúde assistência privada à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v.3, p. 114 – 156.

_____. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: Do “Diálogo das Fontes” no combate às cláusulas abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v.45., jan./mar. 2003. p.71-99.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Apelação Cível Nº 13872. Quarta Turma Cível. Relator: Des. Paschoal Carmello Leandro. Julgado em 15 maio 2007. Disponível em: < <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4052231/apelacao-civel-ac-13872> >. Acesso em: 12 nov. 2017

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: JusPodvm, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MILANO, Rodolfo Cesar; MILANO FILHO, Nazir David. **Os planos de assistência à saúde e os transplantes de órgãos**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2009.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo. *In*: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **Direito do consumidor: contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.IV, 2009, p.227-260.

NOVACKI, Eduardo; BAGGIO, Andreza Cristina. O direito do consumidor nos Tribunais Superiores brasileiros: avanços e retrocessos em tempos de precedentes

judiciais vinculantes. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.115, jan./fev. 2018, p. 393-424.

NOVAES, Alinne Arquette Leite. **A teoria contratual e o Código de Defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Novo decreto reforça o papel da família na decisão da doação de órgãos.

Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/41557-novo-decreto-reforca-o-papel-da-familia-na-decisao-da-doacao-de-orgaos>>. Acesso em: 05 out. 2018.

Novo rol de cobertura de planos de saúde é limitado, afirma Idec. Disponível em: <<https://idec.org.br/noticia/novo-rol-de-cobertura-de-planos-de-saude-e-limitado-afirma-idec>>. Acesso em: 05 out. 2018.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Comentários à Lei de Plano de Privado de Assistência à Saúde**. 2. ed. rev., modificada, ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **O princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. Os desafios da ANS frente à concentração dos planos de saúde. **Revista Ciência e Saúde coletiva**. Rio de Janeiro: v.12, 2007. Disponível em: <www.scielo.org/scielo.php?pid=S1413-81232007000400025&script=sci_arttext&tlng=en>. Acesso em: 07 set. 2018.

_____. Uma reflexão sobre o papel da ANS em defesa do interesse público. **Revista de Administração Pública** – Revista eletrônica do curso de Administração Pública da FGV. Nov./Dez. 2015, v. 39. a.6. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6799/5381>> . Acesso em: 07 set. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 39.248**, de 16 de abril de 1985. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/resolu%C3%A7%C3%A3o-da-organiza%C3%A7%C3%A3o-das-na%C3%A7%C3%B5es-unidas-onu-n%C2%BA-39248-de-16-de-abril-de-1985-em-ingl%C3%AAs>>. Acesso em: 12 out. 2018.

Os transplantes são cobertos pelos planos de saúde? Disponível em: <<https://idec.org.br/consultas/dicas-e-direitos/os-transplantes-sao-cobertos-pelos-planos-de-saude>>. Acesso em: 30 out. 2018.

PASQUALOTTO, Adalberto. A Regulamentação dos Planos e Seguros de Assistência à Saúde: uma interpretação construtiva. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. (Coords.). **Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de saúde assistência privada à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v.3, p. 36 – 64.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Transplante de órgãos e o biodireito constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v.61, out./dez. 2007, p. 7-24.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível Nº 13.839.Segunda Câmara Cível. Relator: Sergio Cavalieri Filho. Julgado em 29 set. 2011. Disponível em: <www.tjrs.jus.br/234563fgtth-ghht/45>. Acesso em: 17 abr. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Recurso Inominado Nº 001021876220148190007. Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis. Relator: Marcos Antonio Ribeiro de Moura Brito. Julgado em 25 jan. 2018. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/584105286/recurso-inominado-ri-102187620148190007-rio-de-janeiro-barra-mansa-i-jui-esp-civ/inteiro-teor-584105293?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 27 set. 2018.

ROCHA, Maria Izabel de Matos. Transplante de órgãos entre vivos: as mazelas da nova lei. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v.742, ago. 1997, p. 67-80.

SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contratos de Plano de Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. O princípio da relatividade dos efeitos dos contratos em face dos planos de saúde. *In: Teses da Faculdade Baiana de Direito*. Salvador, v.4, 2012, p. 73-87.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível Nº 1080831-24. Sexta Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Paulo Alcides. Julgado em 27 mar. 2017. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/443781525/apelacao-apl-10808312420148260100-sp-1080831-2420148260100/inteiro-teor-443781543?ref=juris-tabs#>>. Acesso em: 23 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. . Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis. Relator: Marcos Antonio Ribeiro de Moura Brito. Julgado em 25 jan. 2018. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/584105286/recurso-inominado-ri-102187620148190007-rio-de-janeiro-barra-mansa-i-jui-esp-civ/inteiro-teor-584105293?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 27 set. 2018.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SCHMITT, Cristiano Heineck. Cláusulas abusivas em contratos de planos e de seguros de saúde de assistência privada à saúde. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v.75, jul./set. 2010, p.287–317.

SCHULMAN, Gabriel. **Direito fundamental no plano e saúde: do contrato clássico à contratualidade contemporânea**. 2009. Dissertação. Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin (Doutor em direito). Universidade Federal do Paraná.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. **Planos de saúde e boa-fé objetiva**. 2.ed. Salvador: JusPodivm: 2010.

_____. **O direito do consumidor brasileiro à informação sobre a garantia legal dos bens diante de vícios: a imprescindível hemerística constitucional em busca da efetividade**. 2013. Dissertação. Orientador: Prof. Paulo Cezar Bezerra (Doutor em direito). Universidade Federal da Bahia.

SILVA NETO, Manoela Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **A nova interpretação do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2009.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2014.

VILLAS BÔAS, Regina Vera; REMÉDIO JÚNIOR, José Ângelo. A responsabilidade jurídica das operadoras de planos de saúde privados pela recusa no atendimento do consumidor à luz da “teoria crítica do direito”. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.991, maio, 2018, p.117-135.

ZANELATO, Marco Antônio. Boa-fé objetiva: formas de expressão e aplicações. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.100, jul./ago. 2015, p. 141-194.