

OS PLANOS PRIVADOS DE SAÚDE E A RELAÇÃO DE CONSUMO: O DEVER DE PROPICIAR O TRATAMENTO PRESCRITO PELO MÉDICO.

Elias Menta Macedo¹

Luan da Rocha Machado Mazza²

Lucas Cardoso de Oliveira³



1. RESUMO.

O presente artigo tem o objetivo de perpassar pelos pontos centrais do estudo do Direito Consumidor Brasileiro quando tal área do direito se relaciona com os casos de litígios com planos privados de saúde. Primeiramente, far-se-á uma regressão sobre o entrecruzamento da eficácia dos direitos privados nas relações entre entes privados na tentativa de achar um rumo teórico que melhor esteja adequado à realidade e ao ordenamento jurídico brasileiro. Nesta mesma toada, localiza-se o direito consumerista pátrio com inovações valiosas que permitem sua utilização para a mediação de conflitos, redução de desigualdades em relações negociais e para possibilidade de eficácia dos direitos fundamentais. Além destes direitos inerentes às previsões do Código de Defesa do Consumidor, pretendeu-se demonstrar a delicada relação

¹ Advogado, integrante do Escritório Elias Menta Sociedade Individual de Advocacia. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Goiás – UFG. Pós Graduado em prática trabalhista e previdenciária pela UCAM e Mestre em Direitos Humanos pela UFG.

² Advogado, integrante do Escritório Elias Menta Sociedade Individual de Advocacia. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Goiás – UFG e Pós Graduado em Ciências e Legislação do Trabalho pelo IPOG.

³ Estagiário no Escritório Elias Menta Sociedade Individual de Advocacia. Graduando em Direito pela Universidade Federal de Goiás – UFG.



quando o objeto é a prestação de serviços de planos privados de saúde que acabam por tratar de um objeto que, por si só, é um direito fundamental de máxima importância – a saúde. Nas linhas finais, tratar-se-á de alguns exemplos de iniquidades e comportamentos abusivos que os Tribunais vêm reconhecendo como tal na relação estabelecida entre os planos de saúde privados e o consumidor usuário.

2. PALAVRAS-CHAVE.

Plano de saúde. Relação de consumo. Tratamento adequado. Atenção à prescrição médica.

3. INTRODUÇÃO.

Promulgado em 11 de setembro de 1990, entrando em vigor seis meses após sua promulgação, o Código de Defesa do Consumidor representou, sem dúvidas, uma das maiores revoluções paradigmáticas do direito a regular relações privadas desde a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988). Já estava previsto nesta Carta Magna, em seu art. 5º, XXXII, no rol de direitos fundamentais, que o “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, além de estar previsto tal garantia de direitos no art. 170, inciso V, da Constituição Federal⁴ e no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)⁵.

A chegada do código consumerista, ainda que promulgado após a promessa feita no ADCT que seria elaborado em cento e vinte dias, inova no cenário jurídico brasileiro desde elementos técnicos, já bem conhecidos no direito comparado, até a previsão de proteção específica aos consumidores, instituindo o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Ademais, este positivou a necessidade de lidar de maneira diferente com relações patrimoniais, elevando-as à necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana, seja na efetivação do princípio constitucional da igualdade ou protegendo os indivíduos dos danos que poderiam vir a sofrer, por defeitos em produtos ou na prestação de serviços.

⁴ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

V - defesa do consumidor;

⁵ Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.



É necessário reconhecer, ainda, que esta regulação legal tem forte influência nos princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana, reforçando não somente a igualdade nas relações negociais, mas reafirmando, por fim, o regime da livre iniciativa, vez que coíbe a concorrência desleal entre fornecedores, retomando, novamente, aos preceitos fundamentais da República e do Estado Democrático de Direito e, partir desses, é que trabalhar-se-á a relação comercial/contratual tão delicada quanto a dos planos de saúde com os consumidores.

Nesta toada se demonstra como a legislação veio em boa hora, para proteger e resguardar os pacientes/consumidores nas relações com planos de saúde privados. Nesses casos de direito sensível em jogo, o Código de Defesa do Consumidor exsurge como instrumento valoroso na tentativa de proteger o consumidor de comportamentos abusivos, hodiernamente praticados por fornecedores de serviços. Vale anotar que, além da disparidade de armas inerente na relação consumidor/prestador de serviços, a hipossuficiência daquele é destacada por ser um bem de extrema sensibilidade – saúde. Nesse caso, temos um bem fundamental em jogo que claramente afetará ao consumidor, não apenas em sua esfera patrimonial, mas moral, psicológica, física e, em última instância, sua vida.

4. RELAÇÕES PRIVADAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Na atual quadra da história, em que vivemos sob o paradigma daquilo que ficou conhecido como o Estado Democrático de Direito, é fato que o Estado atual foi formado por uma construção histórica que perpassa outros paradigmas bem conhecidos, supressumindo-os na hodierna configuração institucional, com marcas indeléveis da trajetória até hoje experimentada. Tal fato tem sentido fazendo uma análise histórica-social da nação e de seu povo, o que levou em conta da superação histórica de uma sociedade e seus modelos constitucionais só logra sucesso com a assimilação de suas ideias e inovações, retrabalhando-as e ressignificando-as. É assim com o Estado Democrático de Direito em relação ao Estado Liberal e ao Estado Social, fazendo um cotejamento político das conquistas de cada um e, muitas vezes, misturando e sobepesando elementos de tais modelos estatais, para configuração de um novo modelo, que não parte do zero. Nesse contexto, o Estado tem o dever não apenas de garantir as liberdades individuais ou direitos fundamentais negativos, mas também os direitos sociais fundamentais, prestacionais e positivos.



Tal processo, fundamental para compreensão das mudanças nas concepções da Teoria do Estado e Teoria Constitucional, são preponderantes em ditar novas preocupações, inclusive nas relações entre privados. Percebeu-se, então, que a consolidação de um modelo de Estado, que convive com as relações privadas e delega, por vezes, alguns dos objetos que reconhece, enquanto direitos fundamentais, a relações entre privados, das mais variadas matizes.

Toda relação privada, por constituir-se a partir da autonomia privada, já se fundamenta em um direito individual fundamental. Se baseia em um postulado de igualdade formal que visa compreender e reconhecer cada indivíduo como partícipe relevante em suas ações com outros indivíduos. A virada da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, todavia, foi clara no sentido de assumir para si, além de uma estrutura institucional democrática e pluralista, um espírito intervencionista e social (BRAGA, 2008, p. 145) que não tarda em tentar inverter a equação da igualdade formal, para aquela igualdade substancial/material⁶. Esta convenção constitucional axiológica e principiológica introduziu nas tramas do direito privado cláusulas gerais que são encarregadas de realizar a igualdade material nos casos concretos, ainda que com algum custo à autonomia privada, incentivando a interveniência dos poderes constituído, em especial o Poder Judiciário.

Ao longo dos debates acerca do tema, desenvolveram-se várias teorias de como deveria ser a cogência necessária para que os direitos fundamentais que estivessem sob o jugo das legislações privadas ou das relações entre privados em geral, pudesse ter eficácia. É válido citá-las para uma melhor noção da evolução destes conceitos:

i) *Teoria do state action* – nega eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Nasceu na Alemanha por iniciativa de Mangoldt e Fosthoff, com forte influência norte-americana e dispendo de relevante cunho liberal, que acusava que a entrada de eficácia de direitos fundamentais nas relações entre os indivíduos apresentava inúmeros riscos para a autonomia privada, o que sempre foi o principal argumento de seus seguidores⁷. Argumentava-se, nos Estado Unidos da América, que a sua Carta Magna não previa,

⁶ Nas palavras de Rui Barbosa, em seu discurso “Oração aos Moços”: “A regra da igualdade não consiste senão em quinhão desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Os mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”. (BARBOSA, 1999, p 26)

⁷ Ver MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 21.



literalmente, a aplicação destes direitos nas relações entre privados e, portanto, os direitos fundamentais seriam apenas direitos negativos, ou seja, apenas delimitavam linhas de abstenção do Estado, onde o Poder Público não poderia interferir, sob pena de aniquilação da autonomia privada (BRAGA, 2008, p. 119). Não obstante, até mesmo a Suprema Corte Americana vem mitigando esta vertente liberal aplicando, de tal modo, a chamada *public function theory*, desde os anos 1970, o que contribui para a manutenção de vastos espaços de vida humana ao abrigo da incidência da Constituição dos Estados Unidos da América (SARMENTO, 2004, p. 231)

ii) *Teoria da eficácia mediata ou indireta* – corrente que tenta colocar-se num vácuo entre o abstencionismo e o intervencionismo estatal. Ao passo que entende que a única medida para a intervenção estatal nas relações entre privados deve ser a Legislativa. Em outras palavras, o Poder Público não pode intervir nas relações privadas, senão pela mediação legislativa entre a Constituição e os atores privados. (BRAGA, 2008, p. 121). Novamente, trazia-se à tona que ali haveria o risco de sepultar-se a autonomia privada, só que agora esta ocorreria apenas com a eficácia imediata dos direitos fundamentais.

iii) *Teoria da eficácia imediata ou direta* – contraposição a teoria anterior, tem como condão a orientação da ação jurisdicional aplicando, independentemente de mediação legislativa infraconstitucional, os princípios e regras constitucionais às relações entre entes privados. Privilegia-se a atuação do Estado-juiz no caso concreto, no qual será feita a análise da violação ou não do direito fundamental. Foi desenvolvida, inicialmente, por Hans Carl Nipperdey, presidente do *Bundesarbeitsgericht*, na Alemanha. Teve ainda neste país outros expoentes, como Walter Leisner e Reinhold Zippelius. O primeiro dizendo ser a ordem jurídica alemã una e, portanto, impossível de se analisar o direito privado sem o prisma da Carta Constitucional (SARLET, 2000, p. 121-122), e o segundo defendendo que seria possível encontrar áreas do direito alemão onde a aplicação da Lei Maior se daria de maneira indireta por princípios e valores, servindo de ponte interpretativa para a legislação infraconstitucional e outras partes, onde a aplicação deveria ser imediata (SARNO apud ZIPPELIUS, 1971, p. 173-174), prescindindo da mediação legislativa infraconstitucional, eis que o texto da Carta Magna seria de densidade semântica suficiente para a sua eficácia imediata nas relações jurídicas como um todo.



Essa teoria, apesar de bem desenvolvida em solo germânico, não logrou grande proeminência no País, conseguindo, entretanto, grande aceitabilidade na Espanha, em Portugal, Argentina e parcialmente na Itália.

iv) Teoria dos deveres de proteção do Estado em relação aos Direitos Fundamentais - é contemporânea na terra alemã e, além do grande respaldo doutrinário (contando com autores como Joseph Intense, Stefan Oeter, Klaus Stern e Claus-Wilhelm Canaris), também conta com a ratificação na aplicação do Tribunal Constitucional Alemão (BVerfG). Nessa teoria os direitos fundamentais servem para: a) enquanto proibições de intervenções e direitos de defesa em relação ao Estado, e b) enquanto mandamentos de tutela ou deveres de proteção quando obriga o estado a proteção positiva de seus cidadãos (CANARIS, 2003, p. 235-238).

Desta maneira, reputa-se novamente ao ordenamento jurídico o dever de proteção de um cidadão contra o outro, mantendo intocada a autonomia privada e tentando conter os ativismos e abusos judiciais, apresentando compreensão de que o Estado-juiz só poderá intervir no caso de controle de Constitucionalidade por omissão ou por inconstitucionalidade da lei. Entretanto, há de se concordar que a teoria em análise se aproxima muito da Teoria da eficácia indireta, reclamando novamente a atuação do legislador como mote central da defesa dos direitos fundamentais, o que é sem dúvida algo muito perigoso. O afastamento do particular da incidência dos direitos fundamentais e sua confiança ao legislador ordinário (SARMENTO, 2004, p. 261), apesar de diminuir as possibilidades de ativismo judicial, credita um certo procedimentalismo na defesa dos bens fundamentais, o que, se aplicado, poderia fazer com que o texto constitucional quedasse letárgico.

O posicionamento ora adotado vai no sentido de intentar um projeto constitucional substancial que vincule todo o ordenamento jurídico à cogência do texto da Constituição Federal. Portanto, não seria suficiente creditar ao legislador ordinário a proteção dos indivíduos se o poder, ao qual é delegada a função de dar materialidade aos direitos fundamentais nos casos concretos em que se procura à justiça, estão de mãos atadas frente a situações de ampla violação de garantias e preceitos fundamentais.

O raciocínio que nos parece mais acertado é o analítico cotejamento das teorias de eficácia imediata e das teorias de dever de proteção do Estado em face aos Direitos Fundamentais. Desta forma, sem desconsiderar a legislação infraconstitucional e autonomia



da vontade, é necessário que o direito privado seja continuamente constitucionalizado, lido pelas lentes dos princípios constitucionais e, quando contraditório às previsões da Carta Maior, devem ser corrigidos por controle de constitucionalidade, seja este abstrato ou concreto. Coibe-se assim a possibilidade de que o ordenamento jurídico esteja engessado à vontade do legislador ordinário em dissonância com o pacto político da nação republicana e democrática.

Na linha da melhor doutrina, é forçoso lembrar e inovar a cláusula geral de tutela de proteção da dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, III, CF, conjugando-a com os princípios mais fundamentais de nossa República, quais sejam, o dever de erradicar a pobreza e marginalização, reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, III) e a atenção à expansão dos direitos fundamentais dispostos nos tratados internacionais de direitos humanos assinados e ratificados pela nação (art. 5º, §2º). Desta forma, funcionaliza-se a atividade econômica através dos princípios constitucionais sedimentando a interpenetração dos espaços público e privado (TEPEDINO, 2001, p. 67-70), numa tentativa de superar as perversidades e iniquidades as quais a nação e os indivíduos podem estar submetidos na ordem econômica global, que muitas vezes se privilegia os ganhos econômicos monetários em detrimento das pessoas.

5. DIREITO DO CONSUMIDOR COMO INSTRUMENTO DE EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

O Código de Defesa do Consumidor, instituído pela promulgação da Lei nº 8.078/1990, é um dos diplomas legais que possui as características previamente expostas, vez que concentra em seu texto uma ligação irredutível com o texto constitucional, regulando a proteção do consumidor em aspectos técnicos, sem olvidar também de um amparo interpretativo para as demandas jurídicas concretas, visto que adotou em si algumas cláusulas abertas. Além de adotar consigo as teorias do dever de proteção dos direitos fundamentais por parte do Estado (positivando uma legislação infraconstitucional que regula relações privadas onde podem estar presente direitos fundamentais), colocada em consonância com o texto constitucional e o direito privado constitucionalizado, utiliza cláusulas gerais de proteção, como limitação de conduta e estabelece padrões interpretativos, alçando, assim, um status supralegal, porém infraconstitucional, vez que se trata de uma norma, quando compreendida em sua totalidade principiológica (NEVES; TARTUCE, 2014, p 28).



O fundamento da constitucionalização deste código que regula relações negociais (majoritariamente entre privados) exsurge com fulcro na tentativa de minimizar as iniquidades sociais frente ao poderio econômico. A dominação do mercado produtor e o sistema de distribuição por empresas de grande porte reduz consideravelmente a participação volitiva dos adquirentes ou utentes de bens de consumo e de serviços (MARQUES, p. 2), impondo assim uma disparidade genética na relação negocial entre o consumidor (parte hipossuficiente) e o fornecedor (parte hipersuficiente). Desta forma, por se tratar de possibilidade de abuso de poder econômico, informacional e mesmo volitivo, é forçoso o reconhecimento de intervenção do Estado-juiz para mediação destes conflitos onde os direitos fundamentais estarão em jogo, porquanto é imprescindível, na contemporaneidade, a observância da função social do contrato, deixando ainda íntegra a autonomia privada (MARQUES, p. 2-3).

Para a eficácia e efetivação destes princípios, não basta que se publique um diploma normativo que atue em abstrato. É necessária também uma técnica jurídica adequada se amoldando à Constituição e produzindo decisões jurídicas protetivas que conservem a integridade e coerência do ordenamento jurídico. Neste sentido que o Código de Defesa do Consumidor inova na técnica jurídica. O texto trabalha bem no diálogo com outras fontes do direito, conhecida como *Teoria do Diálogo Sistemático das fontes*. Essa teoria pressupõe que duas normas, quando regulam a mesma atividade ou situação jurídica, não são mutuamente excludentes, mas complementares (NEVES; TARTUCE, 2014, p. 31). Não se trata sequer de uma relação de *subsidiariedade*, vez que, assim fosse, tratar-se-ia uma aplicação sequencial (aplica-se uma e só então aplicar-se-ia a outra), mas, neste caso, se trata de uma *complementariedade* (MARQUES, p. 46), pois há uma simultaneidade na aplicação destas normas. Não poderia ser diferente, pois se trata de um ordenamento jurídico uno que deve seguir os mesmos princípios e valores jurídicos já que estão, ambos, submetidos à Lei Constitucional, realizando assim os direitos fundamentais nos casos concretos levados ao juízo.

6. A SAÚDE VIRA PRODUTO: DIREITO FUNDAMENTAL OU MERCADORIA?

As relações de consumo, *per si*, já se tratam de relações nas quais há a preocupação com direitos fundamentais relacionado ao princípio da igualdade (material), vez



que tenta coibir iniquidades e abusos do poderio econômico na relação negocial onde há uma parte hipossuficiente. Para mais, existem situações nas quais, além da própria relação negocial desigual, o objeto negociado possui peculiaridades que deixam ainda mais sensível a relação de consumo. São os casos nos quais o objeto é um bem da vida que influi necessariamente num direito subjetivo fundamental.

É o caso do direito à saúde, que há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais (DA SILVA, 1998, p. 311). A saúde individual se torna neste caso o bem de maior urgência imediata para o consumidor, o que é sem dúvida uma barreira à livre manifestação volitiva, ou seja, já acaba configurando um negócio que paira sobre uma concretude extremamente sensível para o consumidor, o que faz com que sua posição se torne, além de hipossuficiente, momentaneamente a de hipervulnerável.

Os melhores casos que podem dar concretude a estas hipóteses de mercantilização da saúde seria no fornecimento de medicamentos e prestação de serviços nos planos privados de saúde. Como já bem consolidado na doutrina e jurisprudência pátria, estes casos são evidentemente aplicáveis o Código de Defesa do Consumidor. Tal entendimento já está consolidado, inclusive, na Súmula nº 469 do Superior Tribunal de Justiça que estabeleceu que: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

Desta forma, as regras que regem a responsabilidade por quaisquer danos causados ao consumidor, sejam materiais ou imateriais, a responsabilidade civil será objetiva, nos termos do art. 14, *caput*, do CDC⁸. Em tais casos, é prescindível a demonstração de dolo ou culpa por parte do fornecedor para que haja direito à reparação do prejuízo, calcado no princípio da reparação integral dos danos suportados. A responsabilidade, independentemente de culpa, tem o condão de facilitar as demandas em prol dos consumidores, representando um *aspecto material do acesso à justiça*. (NEVES; TARTUCE, 2014, p. 66). Tal dever de indenizar só restará afastada nos casos previstos no mesmo artigo 14, em específico no seu

⁸ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.



parágrafo terceiro⁹, quais sejam, culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros, ou quando demonstrada a prestação sem defeitos do serviço ou produto.

Superada a questão acerca da responsabilidade, nos casos de litígios envolvendo planos privados de saúde, por se tratarem de uma necessidade de extrema imediatez (provimento de serviço médico), tem por efeito a mitigação da autonomia privada do consumidor contratante, uma vez que a manifestação volitiva é cerceada, já que o cenário de desígnios se vê demasiadamente restrito aos que agora não se restringem a meras escolhas de mercado, mas atos que dão conta da própria integridade física e da vida dos beneficiários dos planos. Não se trata, portanto, de reclamações acerca um bem patrimonial, mas um bem fundamental àquela pessoa. Assim, a reclamação deste direito é do consumidor orbitando na ordem de acolher o sentido do código ao focar na proteção dos sujeitos consumidores (MARQUES, p. 36).

6.1. A PRESCRIÇÃO MÉDICA E A NECESSIDADE DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA TRATAMENTO DOMICILIAR ORAL.

Além do rol de coberturas que são amplamente conhecidas dos beneficiários dos planos de saúde, é fato que outros direitos garantidos são rotineiramente negados, sob o pálio de “obediência ao contrato firmado” entre a prestadora do serviço e o consumidor. Nesse contexto, infelizmente, uma gama elevada de consumidores se dão por satisfeitos com a negativa e fazem esforços monumentais para arcar com os custos das medicações prescritas para tratamento domiciliar ou adjuvantes, não raras as vezes, dispondo de bens como sua própria residência para fazer frente aos custos necessários para continuar com o tratamento.

A Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, trouxe como exigência mínima o fornecimento de “medicamentos para o controle de efeitos adversos relacionados ao tratamento e adjuvantes” no inciso I, alínea “c”, do art. 12, bem como a “cobertura para tratamentos antineoplásicos ambulatoriais e domiciliares de uso oral” ao teor do que está disposto no mesmo art. 12, II, “g”.

Nesse mesmo sentido, a Resolução Normativa nº 428, de 07.11.2017, da Agência Nacional de Saúde [ANS] garante que a operadora assegure a continuidade do tratamento

⁹ § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:
I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.



conforme prescrição do profissional assistente e justificativa clínica. Vejamos o teor do artigo décimo oitavo:

Art. 18. No caso de procedimentos sequenciais e/ou contínuos, tais como quimioterapia, radioterapia, hemodiálise e diálise peritonial, a operadora deve assegurar a continuidade do tratamento conforme prescrição do profissional assistente e justificativa clínica, respeitadas as segmentações, os prazos de carência e a CPT.

§ 1º A continuidade do tratamento deve ser realizada no prazo definido pelo médico assistente, não cabendo nova contagem ou recontagem dos prazos de atendimento estabelecidos pela RN nº 259, de 2011.

§ 2º O procedimento “Medicamentos para o controle de efeitos adversos e adjuvantes relacionados a tratamentos antineoplásicos” é considerado como continuidade dos procedimentos de quimioterapia e terapia antineoplásica oral para o tratamento do câncer, não cabendo nova contagem ou recontagem de prazo de atendimento para aquele procedimento.

No mesmo sentido da previsão legal e regulamentar da ANS é firme a posição do Superior Tribunal de Justiça quanto a necessidade de liberação do tratamento domiciliar nos moldes recomendados pelo médico assistente. Vejamos arestos da lavra dos Ministros Raul Araujo e Marco Buzzi:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. AUTORIZAÇÃO. NEGATIVA DE COBERTURA. TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO DOMICILIAR. CARÁTER ABUSIVO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DO CDC. SÚMULA 83/STJ. PRECEDENTES. 1. A col. Corte de origem dirimiu, fundamentadamente, as matérias que lhe foram submetidas, motivo pelo qual o acórdão recorrido não padece de omissão, contradição ou obscuridade. Não se vislumbra, portanto, a afronta ao art. 535 do Código de Processo Civil. 2. O eg. Tribunal estadual, ao estabelecer a obrigatoriedade de o plano de saúde proceder a tratamento domiciliar, decidiu em conformidade com a jurisprudência desta Corte no sentido de considerar que “a exclusão de cobertura de determinado procedimento médico/hospitalar, quando essencial para garantir a saúde e, em algumas vezes, a vida do segurado, vulnera a finalidade básica do contrato” (REsp 183.719/SP, Relator o Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 13.10.2008). 3. O v. aresto atacado está assentado na afirmação de que, em se tratando de contrato de adesão submetido às regras do CDC, a interpretação de suas cláusulas deve ser feita da maneira mais favorável ao consumidor, bem como que devem ser consideradas abusivas as cláusulas que visam a restringir procedimentos médicos. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no AREsp: 292259 SP 2013/0013217-4, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 25/06/2013, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2013)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - DEMANDA POSTULANDO COBERTURA FINANCEIRA DE TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO E INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - DECISÃO MONOCRÁTICA CONHECENDO PARCIALMENTE DO RECLAMO E, NESSA EXTENSÃO, NEGANDO-LHE PROVIMENTO. IRRESIGNAÇÃO DA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. 1. Violação do artigo 535 do CPC não configurada. Acórdão estadual que analisou adequadamente todos os aspectos relevantes para o deslinde da



controvérsia. 2. Recusa indevida, pela operadora de plano de saúde, da cobertura financeira do tratamento médico do beneficiário (quimioterapia). Ainda que admitida a possibilidade de previsão de cláusulas limitativas dos direitos do consumidor (desde que escritas com destaque, permitindo imediata e fácil compreensão), revela-se abusivo o preceito do contrato de plano de saúde excludente do custeio dos meios e materiais necessários ao melhor desempenho do tratamento clínico ou do procedimento cirúrgico coberto ou de internação hospitalar. Precedentes. 3. A jurisprudência do STJ é no sentido de que a recusa indevida/injustificada, pela operadora de plano de saúde, em autorizar a cobertura financeira de tratamento médico, a que esteja legal ou contratualmente obrigada, enseja reparação a título de dano moral, por agravar a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do beneficiário. Incidência da Súmula 83/STJ. 4. Alegada violação do artigo 14, § 3º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor (isenção da responsabilidade do fornecedor de serviços quando comprovada culpa exclusiva de terceiro). A deficiente fundamentação da insurgência obsta o conhecimento do apelo extremo (Súmula 284/STF). Ademais, evidente a ausência de prequestionamento da referida norma legal, não tendo sido opostos embargos de declaração quanto ao ponto. Incidência das Súmulas 282 e 356 do STF. 5. Agravo regimental desprovido, com aplicação de multa. (STJ - AgRg no REsp: 1242971 PB 2011/0050865-0, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 25/06/2013, T4 - QUARTA TURMA)

Por ser assim, fica evidente que tanto no plano constitucional, quanto no plano legal, há expressa garantia ao direito à vida e à saúde, consubstanciando tal direito na necessidade do tratamento indicado pelo médico assistente do consumidor, sendo tal questão regulamentada pela Lei de Regência e pela ANS no sentido da liberação do medicamento para tratamento domiciliar pela operadora de plano de saúde, havendo a possibilidade, portanto, da atuação do Poder Judiciário nos casos em que há ilegal e inconstitucional negativa do fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar ou adjuvantes.

6.2. A LEI Nº 9.656/98, OS PLANOS DE SAÚDE E A URGÊNCIA/EMERGÊNCIA NA PRESCRIÇÃO MÉDICA.

Os primeiros planos de saúde privados surgiram no Brasil por volta do ano de 1960. Com o aumento considerável de tais operadoras, surgiram grandes conflitos nas relações de consumo, o que fez com que o Congresso Nacional as regulamentasse em 1998, com a lei 9.658. Importante, assim, analisar os principais pontos e artigos da referida lei, em que, em resumo, protegem os consumidores contra os abusos das operadoras e regulam as operadoras de planos privados de saúde.

Art. 1º - Abrangência – Integram nesta lei todas as empresas que operem planos de saúde, inclusive cooperativas, entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde, pela modalidade de autogestão ou de administração.

[...]





Art. 11 – Doenças Pré-Existentes - É proibida a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data após vinte e quatro meses de vigência do instrumento contratual, cabendo à operadora a comprovação do conhecimento prévio à assinatura do contrato.

[...]

Art. 12 – Determina que é assegurado a livre pactuação contratual entre as operadoras e os consumidores, devendo ser respeitadas algumas exigências mínimas, entre as quais:

I - quando incluir atendimento ambulatorial:

cobertura de consultas médicas, em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas;

b) cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente;

c) cobertura de tratamentos antineoplásicos domiciliares de uso oral, incluindo medicamentos para o controle de efeitos adversos relacionados ao tratamento e adjuvantes;

II - quando incluir internação hospitalar:

a) cobertura de internações hospitalares, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina, admitindo-se a exclusão dos procedimentos obstétricos;

b) cobertura de internações hospitalares em centro de terapia intensiva, ou similar, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, a critério do médico assistente;

c) cobertura de despesas referentes a honorários médicos, serviços gerais de enfermagem e alimentação;

d) cobertura de exames complementares indispensáveis para o controle da evolução da doença e elucidação diagnóstica, fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões e sessões de quimioterapia e radioterapia, conforme prescrição do médico assistente, realizados ou ministrados durante o período de internação hospitalar;

e) cobertura de toda e qualquer taxa, incluindo materiais utilizados, assim como da remoção do paciente, comprovadamente necessária, para outro estabelecimento hospitalar, dentro dos limites de abrangência geográfica previstos no contrato, em território brasileiro;

f) cobertura de despesas de acompanhante, no caso de pacientes menores de dezoito anos;

g) cobertura para tratamentos antineoplásicos ambulatoriais e domiciliares de uso oral, procedimentos radioterápicos para tratamento de câncer e hemoterapia, na qualidade de procedimentos cuja necessidade esteja relacionada à continuidade da assistência prestada em âmbito de internação hospitalar;

V - Carência - Prazos de carência máximo pela operadora da assinatura do contrato: a) Parto – 300 dias; b) Urgência e Emergência – 24 horas; c) Demais Casos – 180 dias.

VI – Reembolso – quando for negado pela plano tratamentos em casos de urgência ou emergência, a operadora deve ressarcir todos os gastos feitos pelo serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo produto, pagáveis no prazo máximo de trinta dias após a entrega da documentação adequada.

[...]



Art. 14. Proteção contra discriminação - Em razão da idade do consumidor, ou da condição de pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde.

[...]

Art. 35-C. Casos obrigatórios de atendimento - É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:

I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente;

II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional;

III - de planejamento familiar.

Art. 35-D. Das multas em casos de infringência às regras desta lei - As multas a serem aplicadas pela ANS em decorrência da competência fiscalizadora e normativa estabelecida nesta Lei e em seus regulamentos serão recolhidas à conta daquela Agência, até o limite de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) por infração, ressalvado o disposto no § 6o do art. 19 desta Lei.

Como se depreende da legislação supramencionada, os planos de saúde privados não podem negar atendimento médico de urgência ou emergência, tendo os critérios mínimos regulados em lei, com atendimentos em ambulatorios, bem como as internações, com coberturas totais de consultas médicas; serviços de apoio diagnóstico; internações hospitalares, sendo vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, em centro de terapia intensiva, ou similar; cobertura de despesas referentes a honorários médicos, serviços gerais de enfermagem e alimentação; exames complementares de toda e qualquer taxa, sendo ainda garantidos os atendimentos em casos de emergência e de urgência.

Desta maneira, fica claro que os planos de saúde privados estão proibidos de negar o atendimento em casos de urgência e emergência, podendo o consumidor, em caso de negativa, ser ressarcido por todos os custos dispendidos, com atualização monetária e repetição de indébito em dobro, por configurar em cobrança ilegal (art. 42, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor), indenização por qualquer dano adicional gerado e ainda é possível denunciar conduta ilícita à Agência Nacional de Saúde, podendo a operadora ser multada em até R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) por infração cometida.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aplicação da lei consumerista aos planos de saúde é permeada de questões que o Código de Defesa do Consumidor e a lei nº 9.656/98 têm imensa normatividade



constitucional, em que se protege interesses dos pacientes frente a possibilidades de comportamento abusivo das operadoras de planos privados de saúde, tais como a negativa de liberação de tratamentos e medicamentos para tratamento oral em casa pelo paciente, bem como a negativa de tratamentos de urgência e emergência. A supracitada lei específica é de suma importância para os consumidores e beneficiários de planos de saúde, uma vez que regula padrões mínimos de liberdade de contratar por parte das operadoras, assim como a ampliação da cobertura mínima a ser oferecida.

Em resumo, as operadoras não podem negar atendimentos de consumidores ou beneficiários em casos de urgência ou emergência; deverão oferecer padrões mínimos de cobertura em atendimentos com coberturas totais de consultas médicas, serviços de apoio diagnóstico, internações hospitalares, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, em centro de terapia intensiva, ou similar; cobertura de despesas referentes a honorários médicos, serviços gerais de enfermagem e alimentação; exames complementares de toda e qualquer taxa; entre outros direitos.

Em caso de negativa na prestação do devido atendimento, o consumidor poderá exigir o pagamento do valor cobrado indevidamente em dobro com atualização monetária, indenização por qualquer dano adicional gerado e ainda denunciar aos órgãos competentes para fiscalização e, sendo constatada a ilegalidade praticada, se aplicar multas que podem chegar ao valor de até R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) por cada infração cometida, podendo levar à operadora a perder a autorização de oferecimento dos planos de saúde.

8. REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>;

BRASIL. *Lei nº 8.078/1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>;

BRASIL. *Lei nº 9.656/1998*. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9656.htm>;

BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador, 2008, Editora JusPODIVM;



CANARIS, Claus Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direitos privados na Alemanha. In.: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição Concretizada. Construindo Pontes com o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000;

DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 15^a edição. São Paulo: Malheiros, 1998;

MARQUES, Claudia Lima.; SCHIMITT, Cristiano Heineck. *Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor*. Acesso <BuscaLegis.ccj.ufsc.br>;

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2014;

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Edições Casa de Rui Barbosa: Rio de Janeiro, 1999, p 26;

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In _____ (org.). *A Constituição Concretizada. Construindo Pontes com o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000;

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004;

TEPEDINO, Gustavo. *Direitos Humanos e Relações Privadas. Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001;

