



FACULDADE BAIANA DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARIANE NUNES NOVAIS

**PRÁTICAS ABUSIVAS DOS PLANOS DE SAÚDE NO BRASIL
RELATIVAS À NEGATIVA DE COBERTURA DE EXAMES
DE DIAGNÓSTICOS EM TEMPOS DE PANDEMIA NO
PERÍODO DE 2020**

Salvador

2020

MARIANE NUNES NOVAIS

**PRÁTICAS ABUSIVAS DOS PLANOS DE SAÚDE NO BRASIL
RELATIVAS À NEGATIVA DE COBERTURA DE EXAMES
DE DIAGNÓSTICOS EM TEMPOS DE PANDEMIA NO
PERÍODO DE 2020**

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

Salvador
2020

TERMO DE APROVAÇÃO

MARIANE NUNES NOVAIS

**PRÁTICAS ABUSIVAS DOS PLANOS DE SAÚDE NO BRASIL
RELATIVAS À NEGATIVA DE COBERTURA DE EXAMES
DE DIAGNÓSTICOS EM TEMPOS DE PANDEMIA NO
PERÍODO DE 2020**

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, ____/____/2020.

“Uma vida boa é aquela inspirada pelo amor e guiada pelo conhecimento”.

Bertrand Russell

RESUMO

A presente pesquisa tem como escopo a abordagem da abusividade dos planos de saúde quando da negação de autorização de realização de exames de identificação da presença do COVID-19 nos tempos contemporâneos de pandemia vivenciados pela sociedade brasileira. A COVID – 19 surgiu nos tempos atuais causando impactos negativos na vida das pessoas do mundo inteiro não só cominando em milhares de mortes como também impactando negativamente em toda a economia global. O estudo foca questões relativas a direitos fundamentais dos consumidores abrangendo questões correlatas ao Código de Defesa do Consumidor, Constituição Federal e Direito Civil, abrangendo questões principiológicas que regem as relações contratuais, dentre elas a boa-fé e a função social dos contratos, identificando o descumprimento das regulamentações da Agência Nacional de Saúde por parte dos planos privados de saúde, bem como apontando possíveis soluções para o problema a ser abordado. Dentre os temas propostos no estudo, aborda-se questões como direitos básicos dos consumidores, responsabilidade civil do fornecedor de serviços, histórico da pandemia enfrentada em 2020 e o papel da administração pública na efetivação dos direitos do usuário do plano privado de saúde. O papel do Estado nesse contexto é de fundamental importância, considerando que as normas editadas pela ANS regulam a prestação dos serviços de saúde bem como a atuação do Poder judiciário torna-se indispensável para reprimir e para coibir abusos cometidos pelos planos de saúde privados. Desta forma visando contribuir de forma positiva para a garantia dos direitos fundamentais das pessoas, a presente pesquisa trás um tema atual e de fundamental importância para o cotidiano social, conforme será visto.

Palavras-chave: consumidor; saúde; boa-fé; contratos; pandemia.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal da República
CPC	Código de Processo Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
Des.	Desembargador
Rel.	Relator
TJ	Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
ANS	Agencia Nacional de Saúde
LPS	Lei dos Planos de Saúde
RN	Resolução Normativa
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 DIREITO DO CONSUMIDOR.....	12
2.1 ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO.....	14
2.1.1 Consumidor.....	14
2.1.2 Fornecedor.....	17
2.1.3 Objeto da relação de consumo.....	18
2.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA RELAÇÃO DE CONSUMO.....	20
2.3 DIREITOS BÁSICOS DOS CONSUMIDORES.....	25
2.4 NOÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR DE SERVIÇOS.....	29
3 DIREITO À SAÚDE COMO OBJETO DA RELAÇÃO DE CONSUMO.....	34
3.1 DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA.....	34
3.2 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.....	36
3.3 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ESFERA DAS RELAÇÕES PRIVADAS.....	38
3.4 CONTRATO DE PLANO PRIVADO DE ASSISTENCIA A SAUDE.....	41
3.5 FUNÇÃO SOCIAL DOS PLANOS DE SAUDE.....	45
4 PRÁTICAS ABUSIVAS DOS PLANOS DE SAÚDE EM TEMPOS DE PANDEMIA.....	49
4.1 BREVE HISTÓRICO DA PANDEMIA ENFRENTADA EM 2020 (COVID-19).....	49
4.2 REFLEXOS DA COVID-19 NA ASSISTÊNCIA SUPLEMENTAR À SAÚDE.....	52
4.3 PRÁTICAS ABUSIVAS RELATIVAS À NEGATIVA DE COBERTURA DO EXAME PARA DIAGNÓSTICO.....	56
4.4 A ASSISTÊNCIA SUPLEMENTAR À SAÚDE E A OBRIGATORIEDADE DE COBERTURA DO EXAME PARA DIAGNOSTICO.....	65

4.5 O PAPEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DO USUÁRIO DO PLANO PRIVADO DE SAUDE.....	71
5 CONCLUSÃO.....	74
REFERÊNCIAS.....	78

1 INTRODUÇÃO

Em 31 de Dezembro de 2019, a Organização Mundial da Saúde (OMS) na China foi informada de casos de pneumonia de causa desconhecida, detectada na China. Meses após, o cenário mundial mudou: uma pandemia global foi instaurada em virtude de um vírus.

Diversos foram os impactos sofridos, em escala mundial, em virtude da pandemia. De acordo com a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a pandemia desencadeou a recessão econômica mais profunda em quase um século, ameaçando a saúde, interrompendo a atividade econômica e prejudicando o bem-estar e os empregos.

No Brasil, os primeiros relatos de contaminação com o vírus ocorreram em fevereiro de 2020 de forma bastante tímida, contudo, a proliferação viral ocorreu de forma exponencial nos meses subsequentes trazendo sequelas não só para a saúde humana, mas para a economia como um todo.

Nesse contexto, as relações de consumo inegavelmente sofreram impactos da pandemia, sobretudo aquelas cujo objeto do contrato está intrinsecamente ligado com a prestação de serviços de saúde: os contratos privados de assistência à saúde suplementar.

Exames para diagnóstico da moléstia foram acrescidos no “Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde” pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), agência reguladora responsável pelo setor de planos de saúde no Brasil, contudo, a respeito das demandas relacionadas especificamente à Covid-19, de março até setembro foram registradas 12.631 reclamações sobre o tema, sendo do total de reclamações, 59% a respeito de dificuldades relativas à realização de exames e tratamento.

Diante disso, levanta-se como problema o questionamento: em função do decreto de pandemia mundial e das Resoluções Normativas nº 453, nº 457 e nº 460 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), é legítima a recusa dos planos de saúde na cobertura dos exames para diagnóstico da COVID-19?

A importância teórica do tema está relacionada à interpretação dos valores contidos no ordenamento jurídico levados em consideração a respeito do tema, bem como,

as implicações jurídicas relacionadas à negativa de cobertura pelos planos de saúde na cobertura dos exames para diagnóstico da COVID-19.

Nesse prisma, justifica-se a pesquisa pelo impacto social do tema, o qual está relacionado ao fornecimento de informações à sociedade quanto aos seus direitos enquanto consumidores e contratantes dos planos de assistência privada à saúde na eventual necessidade de solicitação de cobertura de exames para diagnóstico da COVID-19.

O estudo tem com objeto principal a constatação da existência de negativação, por parte dos planos de saúde, no que diz respeito à autorização para realização dos exames que identificam a presença do COVID-19 no organismo humano e, como objetivo específico, a pesquisa demonstra os impactos jurídicos e sociais oriundos da referida conduta bem como os meios para que se supere o problema levantado.

Do ponto de vista técnico, o trabalho trata de um levantamento bibliográfico bem como de dados estatísticos, contando com pesquisas em sites, livros, periódicos e análises de estudos relevantes ao tema, assim como um estudo acerca de dispositivos legais editados no período em estudo.

No que tange a abordagem do tema, trata-se de uma pesquisa qualitativa, tendo em vista que há um processo interpretativo que busca analisar o fenômeno pesquisado. Quanto aos referenciais teóricos, a pesquisa elenca o ponto de vista de renomados doutrinadores acerca da temática constitucional e consumerista bem como fontes sérias de levantamentos de dados contemporâneos sobre o tema juntamente com legislação e jurisprudências específicas à matéria em pauta.

Por fim, elege-se o método utilizado como o método hipotético dedutivo, tendo em vista que as hipóteses afirmadas serão submetidas a um falseamento, a fim de testá-las para que possam ser confirmadas.

No capítulo 2, aborda-se os direitos dos consumidores especificando os elementos fundamentais para a relação de consumo, desde os fornecedores e consumidores, até o objeto da relação de consumo em si. Além disso, tem-se uma visão sobre os princípios norteadores da relação de consumo e a importância que os mesmos exercem no ordenamento jurídico pátrio.

Nesse diapasão, o estudo avança sobre os direitos básicos dos consumidores cominando na responsabilidade civil dos prestadores de serviços e como os consumidores vêm sendo afetados com práticas abusivas relativas a ação dos mencionados prestadores.

Por conseguinte, o capítulo 3 explora a temática relativa ao direito à saúde no contexto das relações de consumo, avançando mencionada ótica no que tange aos direitos fundamentais à vida e à saúde enfatizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Nessa esteira, mencionado capítulo acrescenta um estudo mais aprofundado sobre os contratos privados de plano de saúde no Brasil acrescentando uma análise sobre a função social dos planos de saúde, tema esse de fundamental importância hoje discutido pela necessidade da função social irradiada pela Constituição da República Federativa do Brasil sobre todos os demais ramos do direito pátrio.

Já no capítulo 5, o estudo vem buscar explicitar as práticas abusivas dos planos de saúde ao longo do período pandêmico tratando de temas relativos a aspectos históricos, abusividade nas praticas dos planos de saúde, obrigatoriedade de cobertura dos planos privados no que tange ao fornecimento e execução dos exames identificativos da presença parasitológica.

Nesse mesmo giro, importante é a identificação do papel do Estado nas esferas executiva e judiciária no trato do problema levantado e quais soluções os mesmos adotam para tentar atender às demandas sociais evitando assim o agravamento do problema pela não identificação da existência do vírus, resultando em estatísticas falsas cerceando oportunidades concretas de combate ao COVID-19.

Por derradeiro, a pesquisa encerra com uma abordagem geral acerca dos capítulos expostos ao longo do estudo tentando demonstrar possíveis soluções para sanear esse emergencial problema.

2 DIREITO DO CONSUMIDOR

Ao longo dos últimos 10 anos houve uma inegável mudança na sociedade, tendo o Código de Defesa do Consumidor promovido um estímulo ao exercício da cidadania que antes encontrava-se adormecida.¹

Diante da possibilidade dos consumidores terem seus direitos efetivamente assegurados, o que é um impositivo constitucional, é possível verificar um maior diálogo entre os consumidores e fornecedores, havendo ainda, em última instância, a possibilidade de se recorrer a órgãos de proteção e defesa dos consumidores e ao próprio poder judiciário.²

Diferentemente do ocorrido em diversos países, onde o Código de Defesa do Consumidor surgiu diante de certa exigência da sociedade. O anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor foi elaborado por um grupo de juristas sensível às necessidades adormecidas no povo brasileiro.³

Nesse contexto, o projeto final do Código de Defesa do Consumidor foi sancionado e publicado em 12 de setembro de 1990, com a lei 8078, de 11 de setembro de 1990.⁴

Os direitos do consumidor estão disciplinados em vários artigos da Constituição Federal - esta que veio atender aos anseios de uma sociedade oprimida pelos excessos e atrocidades reflexas da ditadura militar que precedia à Constituição Federal de 1988, transparecendo a grande relevância social e jurídica do tema, bem como, o interesse na proteção desse segmento econômico.⁵

Desse modo, ao disciplinar sobre os direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal estabelece em seu art. 5º, XXXII que: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” e em seu art. 170, V que:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna,

¹ MAIA, Daniele Medina. Princípios Constitucionais do Direito do Consumidor. In: NASCIMENTO FILHO, Firly; GUERRA, IsabellaFranco; PEIXINHO, Manoel Messias. Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 485

² Idem, p. 485.

³ Idem, p. 485

⁴ Idem, p. 485

⁵ CÁCERES, Eliana. Os Direitos Básicos do Consumidor: uma contribuição. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima. Direito do Consumidor. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 901.

conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
V - defesa do consumidor”

Ainda na Constituição Federal, o art. 23, VIII, atribui competência concorrente à União, aos Estados e Distrito Federal para legislar sobre responsabilidade por dano gerado ao consumidor; a do art. 150, §5º, que determina que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos.

Também o art. 175, parágrafo único II, que dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços públicos, as normas do art. 220, §4º sobre propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos etc. na imprensa, rádio e televisão e o art. 221, sobre as diretrizes a serem observadas na produção e a difusão de programas de rádio e televisão.⁶

Apesar das diferentes espécies de normas que tratam do consumidor, merece especial destaque o art. 5º, XXXII, que se insere no rol dos direitos fundamentais, e a do art. 170, V, que inclui o direito do consumidor como princípio da ordem pública.⁷ Tais normas, possuem especial importância por definirem o lugar do consumidor no sistema constitucional brasileiro.⁸

Quanto às demais disposições, Fábio Konder Comparato ressalta que “Pelo seu caráter específico, devem ser interpretadas à luz dos resultados hermenêuticos a que chegarmos quanto àquelas outras”.⁹

Nesse contexto, a proteção jurídica conferida ao consumidor é realizada por intermédio do Código de Defesa do Consumidor, que possui fundamento na Constituição Federal.¹⁰

Destaca-se que a Constituição Federal instituiu a defesa do consumidor como direito fundamental, cláusula pétrea constitucional e princípio da ordem econômica (arts. 5º, XX-XII e 170, V, da CF), normas estas que estabelecem as diretrizes de toda legislação infraconstitucional quanto à proteção do consumidor.¹¹

⁶ Idem, p. 901.

⁷ Idem, p. 901.

⁸ COMPARATO, Fábio Konder. A proteção ao consumidor na Constituição Brasileira de 1988. In RDM 80, Ed. RT, São Paulo, p. 68.

⁹ Idem, p. 68.

¹⁰ FILGUEIRAS, Marina Ferreira; LIMA, Rita de Castro Hermes Meira; MATTOZO, Nicolas Eric; SANTANA, Héctor Valverde; PINTO, Leonardo Arêba; MUNIZ, Ana Cândida. Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto. In: Revista de Direito do Consumidor. n. 100. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 116.

¹¹ Idem, p. 116.

2.1 ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO

A partir da análise do Código de Defesa do Consumidor, Antônio de Pádua Ferraz Nogueira explica que o consumo pode ser definido como “a utilização ou aquisição racional do produto ou do serviço pelo destinatário final”.¹²

A identificação da relação de consumo e dos seus elementos é critério básico para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Assim, destaca-se a importância do estudo da definição de cada elemento caracterizador da relação de consumo.¹³

2.1.1 CONSUMIDOR

Segundo Bruno Miragem, o consumidor padrão possui definição no art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, e pode ser classificado como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Ou seja, conclui-se que o consumidor padrão pode ser tanto pessoa física quanto jurídica, bem como, quem adquire ou utiliza, isto é, a relação de consumo pode ser resultada tanto de um contrato quanto de uma relação meramente de fato.¹⁴

O art. 2º do Código de Defesa do Consumidor dispõe que “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Para Cláudia Lima Marques essa definição legal traz apenas uma característica restritiva, que seria a utilização do bem como “destinatário final”.¹⁵

Assim, como pondera Antônio de Pádua Ferraz Nogueira, em sendo a pessoa jurídica destinatária final de produtos ou serviços, assim como a pessoa física, também poderá figurar como consumidora.¹⁶

¹² NOGUEIRA, Antonio de Pádua Ferraz. Considerações sobre os princípios do Código de defesa do consumidor. In: Revista Forence. vol. 348, 1999, p. 39.

¹³ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2018, p. 166.

¹⁴ Idem, p. 166.

¹⁵ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. 8. ed. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 111.

¹⁶ Op.cit. p. 39.

Diante do termo “destinatário final” como critério para identificação do consumidor, Cláudia Lima Marques identifica a existência de duas correntes doutrinária quanto à definição do consumidor: os finalistas e os maximalistas.¹⁷

Segundo a autora, os maximalistas enxergam o Código de Defesa do Consumidor como um Código para todos os agentes do mercado, e não como normas orientadas para proteger o consumidor não profissional.¹⁸

Por outro lado, os finalistas propõem a interpretação da expressão “destinatário final” de maneira restrita por entenderem que a tutela concedida aos consumidores só existe diante da sua característica de parte vulnerável, sendo necessário, portanto, delimitar claramente quem efetivamente necessita dessa tutela.¹⁹

Segundo a última corrente, não basta que destinatário final seja o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, a pessoa física ou jurídica deve retirar este bem ou serviço da cadeia produtiva, não utilizando-o para uso profissional ou revenda.²⁰ Atualmente a teoria finalista é a majoritária e consolidada pela jurisprudência brasileira.

Para José Geraldo Brito Filomeno: “o consumidor é, pois, de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, os empresários”.²¹

Na visão de Bruno Miragem, o Código de Defesa do Consumidor traz o conceito de “consumidor padrão”, o qual vai ser completado por outras três definições, cuja doutrina majoritária qualifica como espécies de “consumidores equiparados”, que são os que embora não pratiquem um ato material de consumo, podem usufruir da tutela protetiva do Código de Defesa do Consumidor.²²

Pode ser considerado “destinatário final” não somente quem retira o produto ou serviço do mercado de consumo, mas aquele que ao fazer, exaure a sua vida econômica, tornando-se o destinatário fático e econômico do produto ou serviço. Ou

¹⁷ Op.cit. p. 111.

¹⁸ Idem, p. 111.

¹⁹ Idem, p. 111.

²⁰ Idem, p. 111-112.

²¹ FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 24.

²² Op.cit. p, 166

seja, aquele que não apenas retira o bem ou serviço do mercado, mas também não volta a reemprega-lo.²³

Juntamente com conceito de consumidor padrão, o Código de Defesa do Consumidor previu três definições de consumidor equiparado, ou seja, aqueles que embora não sejam consumidores padrão, usufruem da equiparação para permitir a aplicação das normas protetivas prevista no Código.²⁴

Os consumidores equiparados podem ser identificados no artigo 2º (integrante de uma coletividade de pessoas); parágrafo único, no artigo 17 (vítima de acidente de consumo) e artigo 29 (destinatário de práticas comerciais, e de formação e execução do contrato) do Código de Defesa do Consumidor, que embora não exista ato de consumo praticado por esses sujeitos, basta que os sujeitos estejam expostos às situações previstas no Código para que haja incidência da norma consumerista.²⁵

O primeiro consumidor equiparado pode ser identificado como “a coletividade”. O artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor prevê: “equipara-se a consumidores a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

Ainda no que tange a abordagem proposta, Cláudia Lima Marques afirma que das normas de extensão, o parágrafo único do artigo 2º do CDC é a mais geral, equiparando o consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que tenha intervindo na relação de consumo.²⁶

O segundo tipo de consumidor equiparado, quais sejam, as vítimas de acidentes de consumo, é descrito da seguinte maneira pelo artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor: “para os efeitos desta seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”.

Nesse aspecto, conforme leciona Bruno Miragem, todas as vítimas de acidente de consumo, independentemente de terem realizado ou não o ato de consumo, são

²³ Idem, p. 167.

²⁴ Idem, p. 167.

²⁵ Idem, p. 169.

²⁶ Op. cit., p. 129.

equiparados a consumidor, bastando que tenham sofrido danos advindos de um acidente de consumo (fato do produto ou do serviço)²⁷.

O terceiro e último tipo de consumidor equiparado, são aqueles expostos às práticas comerciais abusivas, e encontram respaldo legal no art. 29 do Código de Defesa do Consumidor, ao dispor que “equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às praticas nela previstas”.

Sob o ponto de vista de Cláudia Lima Marques, a hipótese trazida pelo artigo 29 do CDC é, atualmente, a norma extensiva mais importante do campo de aplicação da lei, haja vista que supera a definição jurídica de “consumidor” com o intuito de harmonizar os interesses dos presentes no mercado de consumo, reprimir abusos de poder econômico e proteger interesses dos consumidores finais²⁸.

Nesse sentido, diante dessa norma extensiva, mesmo não se enquadrando na definição de consumidor, esses sujeitos serão agasalhados pelas normas especiais do CDC, bem como seus princípios e ética de responsabilidade social no combate às praticas comerciais abusivas²⁹.

2.1.2 FORNECEDOR

O art. 3º, caput, do Código de Defesa do Consumidor ao definir o Fornecedor dispõe o seguinte:

“Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

Para Antônio de Pádua Ferraz Nogueira (1999, p. 39), apesar da amplitude contida no referido dispositivo, o fornecedor é toda pessoa que possui atuação do trato comercial para o fornecimento do produto ou do serviço.³⁰

²⁷ Op. cit. 170.

²⁸ Op. cit. p. 131.

²⁹ Op. cit. p. 131-132.

³⁰ Op. cit. p. 39.

Nesse contexto, Cláudia Lima Marques chama atenção para o fato da legislação prever uma diferenciação entre os pressupostos do fornecedor de produtos e do fornecedor de serviços.³¹

Para a autora, enquanto o fornecedor de produtos possui diversos elementos caracterizadores que pressupõem o desenvolvimento de atividades tipicamente profissionais e habitualidade, objetivando evitar a aplicação das normas consumeristas entre dois sujeitos de uma relação puramente civil, o fornecedor de serviços possui uma definição mais sucinta, admitindo, desse modo, uma interpretação mais aberta.³²

A amplitude legal do dispositivo, segundo Bruno Miragem, é visível na medida em que não há distinção da natureza, regime jurídico ou nacionalidade do fornecedor, abrangendo pelo conceito, tanto empresas estrangeiras ou multinacionais, quanto o Estado, diretamente, ou por meio de seus Órgãos ou Entidades, quando realizando atividades de fornecimento de produto ou serviço no mercado de consumo.³³

Segundo o autor, tal ampliação se dá ao fato do Código de Defesa do Consumidor ter estendido a gama de ações com relação ao fornecimento de produtos e prestação de serviços, de modo que, são fornecedores para os efeitos da legislação todos os membros da cadeia de fornecimento, estendendo, portanto, os deveres jurídicos, sobretudo em matéria de responsabilidade civil.³⁴

2.1.3 OBJETO DA RELAÇÃO DE CONSUMO

No que se refere à relação de consumo, José Geraldo Brito Filomeno explica que como toda relação essencialmente jurídica, as relações de consumo possuem dois polos de interesses (consumidor e fornecedor) e a coisa, objeto desses interesses.³⁵

Em face ao exposto, Bruno Miragem afirma que ao lado dos sujeitos da relação de consumo (consumidor e fornecedor), o Código de Defesa do Consumidor determina

³¹ Op. cit. p. 133.

³² Idem, p. 133.

³³ Op. cit. p. 187.

³⁴ Idem, p. 187.

³⁵ Op. cit. p. 48.

o objeto da relação de consumo, que pode ser tanto um produto quanto um serviço.³⁶

O artigo. 3º, §1º do Código de Defesa do Consumidor define o produto como “todo bem móvel ou imóvel material ou imaterial”. Para Cláudia Lima Marques o produto pode ser definido como: “qualquer bem, consumível fisicamente ou não, móvel ou imóvel, novo ou usado, material ou imaterial, fungível ou infungível, principal ou acessório”.³⁷

O serviço encontra definição no artigo 3º, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, sendo caracterizado como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Levando em consideração a definição trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, José Geraldo Brito Filomeno explica o serviço como uma utilidade usufruída pelo consumidor e prestada pelo fornecedor por meio de um fazer.³⁸

A abordagem de Cláudia Lima Marques explicita que em detrimento do artigo 3º, §2º do Código de Defesa do Consumidor, exigir a “remuneração” do serviço como único elemento caracterizador, levanta o questionamento e discussão sobre a possibilidade de aplicação das normas consumerista diante do fornecimento de um serviço gratuito.³⁹

A expressão “remuneração”, no entanto, é utilizada de maneira sabia, levando em conta que permite incluir aqueles contratos com contraprestação escondida, isto porque, atualmente, diversos contratos considerados unilaterais possuem um sinalagma escondido e são altamente remunerados.⁴⁰

³⁶ Op. cit. p. 194.

³⁷ Op. cit. p. 135.

³⁸ Op. cit. p. 50.

³⁹ Op. cit. p. 135.

⁴⁰ Idem, p. 136.

2.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA RELAÇÃO DE CONSUMO

Como se sabe, os princípios basilares do Código de Defesa do Consumidor nasceram no intuito de conferir maior harmonia às relações entre consumidores e fornecedores. Os princípios refletem uma fonte basilar de aplicação das normas jurídicas e orientam todo o ordenamento jurídico, de forma que, o legislador infraconstitucional deve ater-se aos mesmos na edição de normas legais, sob pena da invalidade da legislação proposta.

Tais princípios, conforme assevera Daniele Medina Maia, possuem íntima ligação com os princípios constitucionais, retratando a “base orientadora” para aplicação de determinado ordenamento.⁴¹

Quando se trata do Código de Defesa do Consumidor, a autora menciona a referida lei possuir diversas “cláusulas abertas” que demandam certa subjetividade do aplicador da norma. Nesse contexto, a aplicação dos princípios ganham importância a fim de evitar abusos e conquistar certa uniformidade na aplicação da lei, garantindo sua instrumentalidade.⁴²

Desse modo, conforme leciona Henrique Alves Pinto, o Código de Defesa do Consumidor criou uma principiologia contida de mandamentos nucleares, como o princípio da vulnerabilidade do consumidor, o princípio da equidade e a cláusula geral de boa fé, o princípio da proibição do abuso do direito e a função social do contrato.⁴³

Nesses termos, a defesa do consumidor é uma garantia constitucional que engloba diversos direitos e princípios também envolvidos pela Constituição e outros regimes.⁴⁴ Tendo isto em vista, a análise mais aprofundada dos princípios, que figuram como mandamentos nucleares possui caráter essencial na extração da interpretação normativa mais assertiva e condizente com o ordenamento jurídico pátrio.

⁴¹ Op. cit. p. 486

⁴² Idem, p. 486

⁴³ PINTO, Henrique Alves. Princípios nucleares do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor e sua extensão como princípio constitucional. In: Revista de Direito Administrativo. vol. 236. Rio de Janeiro, 2014, p. 83-84

⁴⁴ Idem, p. 90

O Código de Defesa do Consumidor reporta-se ao princípio da equidade em dois momentos: inicialmente, no art. 7º do CDC⁴⁵, e posteriormente, no art. 51 do CDC⁴⁶ ao tratar das cláusulas abusivas.

Sergio Cavalieli Filho, ao definir o termo “equidade”, afirma que a palavra possui um caráter multissignificativo, relacionando-se, portanto, com diversos significados, como: justiça, liberdade, igualdade, adequação, proporção, retidão, simetria, e relevando, em detrimento disso, uma dificuldade em lhe atribuir uma definição rigorosa.⁴⁷

Diante disso, modernamente, a equidade guarda íntima relação com a ideia fundamental da igualdade real, de justa proporção, atribui o sentimento de justiça fundado no equilíbrio, na equanimidade, na serenidade, na imparcialidade, na retidão.⁴⁸

A equidade é valor intrínseco ao modelo ideal de justiça. Na função valorativa, a equidade está presente em todos os princípios do Direito, fundamentando a coesão e a harmonia social e é instrumento do legislador no estabelecimento de normas jurídicas e na escolha de meios adequados, necessários e proporcionais.⁴⁹

Com a evolução do direito no século XX, Bruno Miragem explica que a noção de igualdade processual acompanhou a releitura do princípio da igualdade do direito de uma maneira que a ciência jurídica passou a levar em conta a definição aristotélica de “tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente na medida da sua desigualdade”.⁵⁰

⁴⁵ Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

⁴⁶ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

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

⁴⁷ CAVALIERI Filho, Sérgio. Programa de direito do consumidor. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 54.

⁴⁸ Idem, p. 55.

⁴⁹ Idem, p. 55.

⁵⁰ Op. cit. p. 737.

Para Miragem: “Nesse momento é que o juiz passa a ter um papel decisivo na efetivação dos direitos em jogo, por intermédio da própria efetivação da prestação jurisdicional, de modo à produção de uma decisão justa”.⁵¹

Diante disso, Ada Pellegrini Grinover chama de “significado social do princípio” a previsão de novos instrumentos de tutela de direitos e o ativismo do magistrado, a fim de colocar a parte mais vulnerável da relação em condições de paridade, de modo a reequilibrar uma relação processual desigual.⁵²

O segundo princípio pertinente nesta análise é o princípio da vulnerabilidade, que na visão de Henrique Alves Pinto, é um dos princípios mais importantes, senão o mais importante do sistema de proteção consumerista é o princípio da vulnerabilidade do consumidor.⁵³

Nesse contexto de busca pela igualdade nas relações exercidas pelos socialmente desiguais, Daniele Medina Maia explica que a rigidez do ordenamento protetivo se firma através do princípio da vulnerabilidade do consumidor.⁵⁴

O princípio da vulnerabilidade encontra respaldo legal no art. 4º, I, CDC, que estabelece, entre os princípios informadores da Política Nacional das Relações de Consumo, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.⁵⁵

Henrique Alves Pinto pontua que o princípio da vulnerabilidade atua como elemento formador da Política Nacional das Relações de Consumo e pode ser considerado um núcleo base de onde se originam todos os demais princípios consubstanciados no Código de Defesa do Consumidor.⁵⁶

Compartilhando a mesma posição, Bruno Miragem explica que o princípio da vulnerabilidade é tido como um princípio básico que fundamenta a própria existência

⁵¹ Idem, p. 737.

⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual: de acordo com a constituição de 1988*. São Paulo: Forense Universitária, 1990. p. 11.

⁵³ Op. cit. p. 84.

⁵⁴ Op. cit. p. 53.

⁵⁵ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

⁵⁶ Op. cit. p. 96.

das normas de proteção ao consumidor e com isso, a existência de regras especiais para a proteção do sujeito mais fraco da relação, qual seja, o consumidor.⁵⁷

A pertinência do princípio da vulnerabilidade se verifica na necessidade de controle das disparidades existentes entre o consumidor e o fornecedor, afinal, conforme expõe Henrique Alves Pinto, o consumidor é o elemento mais fraco da cadeia de consumo e, por não conhecer de maneira profunda o processo de produção dos produtos, acaba se submetendo ao poder dos detentores destes.⁵⁸

A vulnerabilidade do consumidor, inclusive, conforme assevera Bruno Miragem, constitui presunção legal absoluta, na medida em que há um desequilíbrio entre dois agentes econômicos, o consumidor e o fornecedor, nas relações jurídicas que firmam entre si.⁵⁹

Segundo Henrique Alves Pinto, a vulnerabilidade é “qualidade ontológica (essencial, nuclear e intrínseca) e indissociável do consumidor numa relação de consumo”, portanto, averiguada na figura do consumidor, independe da sua condição social, cultural, econômica, ou do consumidor ser pessoa física ou pessoa jurídica.⁶⁰

A respeito da presunção de vulnerabilidade do consumidor em detrimento do fornecedor, João Batista de Almeida tece as seguintes considerações:

“É facilmente reconhecível que o consumidor é a parte mais fraca na relação de consumo. A começar pela própria definição de que consumidores são ‘os que não dispõem de controle sobre bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes’. Para satisfazer suas necessidades de consumo, é inevitável que ele compareça ao mercado e, nessas ocasiões, submeta-se às condições que lhe são impostas pela outra parte, o fornecedor”.⁶¹

Diante disso, conforme sintetiza Bruno Miragem, o princípio da vulnerabilidade é aquele que presume uma situação de fraqueza ou debilidade do consumidor frente ao fornecedor, justificando a existência de normas protetivas para proteger e orientar a relação de consumo.⁶²

Outro princípio extremamente relevante para a presente análise é o princípio da boa-fé. Segundo Silvio Rodrigues, a boa fé é “um conceito ético, moldado nas ideias de

⁵⁷ Op. cit. p. 136.

⁵⁸ Op. cit. p. 96.

⁵⁹ Op. cit. p. 136.

⁶⁰ Op. cit. p. 96.

⁶¹ ALMEIDA, João Batista de. A proteção jurídica do consumidor. 6ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 24.

⁶² Op. cit. p. 139.

proceder com correção, com dignidade, pautando sua atitude pelos princípios da honestidade, da boa intenção e no propósito de a ninguém prejudicar”.⁶³

Henrique Alves Pinto explica que o princípio da boa fé traz um padrão comportamental que deve ser praticado nas relações de consumo e encontra-se amplamente difundido pela lei 8.078.⁶⁴

Nesse sentido, Nelson Nery Júnior esclarece que conforme preceitua o art. 4^a, III do CDC⁶⁵, o princípio da boa fé funciona como um dos pilares fundamentais das relações de consumo, e deve estar presente em todas as relações de consumo, independente de convenção entre as partes nas tratativas contratuais.⁶⁶

Além do art. 4^o, III, a cláusula geral de boa fé, também encontra respaldo legal no art. 51, IV do CDC, que dispõe que são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que sejam incompatíveis com a boa fé e equidade.

Outro princípio cuja análise mostra-se pertinente é o princípio da conservação dos contratos. Segundo Nelson Nery Júnior (1992, p. 295), o princípio da conservação dos contratos mitiga a tradicional princípio do *pacta sunt servanda*, que estipulava a intangibilidade do contrato.⁶⁷

Havendo excessiva onerosidade ou imprevisão, se aplica a cláusula *rebus sic stantibus* nos contratos de consumo, sendo facultado, ao consumidor, o direito à modificação ou revisão da cláusula contratual forçada judicialmente, tendo em vista o direito conferido à manutenção do contrato.⁶⁸

⁶³ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. vol. 3. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 60.

⁶⁴ Op. cit. p. 99-100.

⁶⁵ Art. 4^o A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

III - 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;

⁶⁶ JÚNIOR, Nelson Nery. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima. Direito do Consumidor. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 294.

⁶⁷ Op. cit. 295.

⁶⁸ Idem, p. 295.

O Código de Defesa do Consumidor inovou no sistema contratual do direito privado ortodoxo, tendendo sempre a possibilidade de manutenção dos contratos ao invés da resolução do contrato como ocorria anteriormente.⁶⁹

Diante disso, será facultado ao consumidor o direito a modificação das cláusulas contratuais diante de desproporcionalidades, assim como, o direito básico de revisão das cláusulas contratuais que diante de fatos supervenientes, se tornem excessivamente onerosas para os consumidores.⁷⁰

2.3 DIREITOS BÁSICOS DOS CONSUMIDORES

Os direitos básicos dos consumidores foram fixados pelo Código de Defesa do consumidor. Tais direitos, vinculam todos os participantes do mercado de consumo e encontram harmonia com a política nacional de relações de consumo, constante da Constituição Federal nos arts. 5º XXXII, 150, §5º e 170, V e no CDC nos arts. 4º e 5º.

Tendo tais previsões em mente, Antônio de Pádua Ferraz Nogueira elenca que os consumidores, encontram-se resguardados por estes institutos o direito à dignidade, à saúde e à segurança.⁷¹

Apesar de disciplinado em diversos setores do ordenamento jurídico como no direito constitucional, direito civil, direito administrativo, tendo em vista seu caráter disciplinar, os direitos do consumidor foram sintetizados pelo legislador no art. 6º do Código de Defesa do Consumidor.⁷²

O primeiro direito básico do consumidor encontra-se disciplinado no inciso I do art. 6 do CDC⁷³, que dispõe sobre a proteção da vida, saúde e segurança dos

⁶⁹ Idem, p. 295-296.

⁷⁰ Idem, p. 296.

⁷¹ Op. cit. p. 42.

⁷² SATO, Luciana Akie. SANTOS, Silas Silva. A força normativa dos princípios e os direitos básicos do consumidor no CDC. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/issue/view/99>.

Acesso em: 25 de set de 2020, p. 10.

⁷³ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos.

consumidores, determinando que consumidores e terceiros não devem ser expostos a perigos que atinjam sua incolumidade física e/ou mental.

O inciso II do art. 6º do CDC⁷⁴ dispõe acerca da educação do consumidor, que conforme esclarecem Luciana Akie Sato e Silas Silva Santos, pode ser dividido em duas vertentes: a educação formal, que é a oferecida por instituições de ensino para instruir os indivíduos ao consumo consciente, envolvendo os termos legais e ambientais, e a educação informal, que deve ser promovida pelos próprios fornecedores quanto às características dos produtos e serviços ofertados.⁷⁵

Destaca-se, nesse quesito, o papel dos órgãos públicos de proteção e defesa dos consumidores, a exemplo do PROCON, bem como das entidades privadas, promovendo debates e discussões para que os consumidores adquiram conhecimento sobre os seus direitos e papel na sociedade de consumo.⁷⁶

Ademais, em razão do dever de informação vinculado ao fornecedor, devem os mesmos prestar corretas especificações de quantidade, características, composição, qualidade e preço de produtos e serviços, bem como os riscos que apresentem.⁷⁷

Outro direito cujo consumidor também é resguardado é contra a publicidade enganosa e abusiva, práticas comerciais condenáveis e práticas e cláusulas abusivas, conforme dispõe o art. 6º, IV⁷⁸.

O capítulo V do CDC elenca as práticas comerciais abusivas, disciplinando sobre a oferta, a publicidade, as práticas abusivas, a cobrança de dívidas e aos registros de dados e cadastros dos consumidores.

Quanto à oferta, Luciana Akie Sato e Silas Silva Santos ressaltam que é atribuído caráter vinculante, devendo corresponder as expectativas criadas no consumidor a respeito do produto ou serviço sob pena do cumprimento forçado do contrato, entrega de outro produto ou execução de serviço semelhante ou rescisão contratual.⁷⁹

⁷⁴ II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações.

⁷⁵ Op. cit. p. 12.

⁷⁶ Idem, p. 12.

⁷⁷ Idem, p. 13.

⁷⁸ IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

⁷⁹ Op. cit. 13.

De mesmo modo, que os fornecedores não podem utilizar métodos comerciais coercitivos ou desleais, que estejam em dissonância com o princípio da boa fé, que ocorrem: durante a aquisição/contratação de produtos/serviços, na propaganda veiculada ao público infantil, na cobrança de dívidas e no uso indevido de registros de dados desabonadores.⁸⁰

Quanto aos contratos que sejam identificados cláusulas abusivas, diferente dos demais contratos onde há uma presunção de autonomia das partes na negociação, nos contratos de consumo, houve uma preocupação do legislador em conferir maior proteção ao consumidor, de forma mais precisa, nos chamados contratos de adesão.⁸¹

Nesses contratos de adesão, há maior facilidade de constatar cláusulas abusivas, haja vista que o consumidor não possui conhecimento técnico para compreendê-las ou não lhe é dada oportunidade de informação, levando em conta que tal modalidade contratual é formulada de maneira única pelo fornecedor.⁸²

A respeito das práticas comerciais abusivas, Bruno Miragem tece as seguintes considerações:

“Por práticas abusivas considera-se toda a atuação do fornecedor no mercado de consumo, que caracterize o despeito a padrões de conduta negociais regularmente estabelecidos, tanto na oferta de produtos e serviços, quanto na execução de contratos de consumo, assim como na fase pós contratual. Em sentido amplo, as práticas abusivas englobam toda a atuação do fornecedor em desconformidade com padrões reclamados, ou que estejam em desacordo com a boa-fé e a confiança dos consumidores”.⁸³

As práticas abusivas, segundo definição de Rizzatto Nunes, podem ser compreendidas como “ações e/ou condutas que, uma vez existentes, caracterizam-se como ilícitas, independentemente de se encontrar ou não algum consumidor lesado ou que se sinta lesado. São ilícitas em si, apenas por existirem de fato”.⁸⁴

Nas relações de consumo, elucida Bruno Miragem que as práticas abusivas se verificam a partir de condutas negociais praticadas pelos fornecedores, no exercício

⁸⁰ Idem, p. 14.

⁸¹ Idem, p. 14.

⁸² Idem, p. 14.

⁸³ Op. cit. p. 227.

⁸⁴ NUNES, Rizzatto. O conceito de prática abusiva no Código de Defesa do Consumidor. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/abc-do-cdc/299592/o-conceito-de-pratica-abusiva-nocodigo-de-defesa-do-consumidor>. Acesso em: 06 de nov. 2020.

de sua liberdade comercial, onde acabam impondo ao consumidor condições negociais desfavoráveis ao violar a boa-fé ou os usos e costumes.⁸⁵

Como estratégia para tentar equilibrar a relação de consumo, Luciana Akie Sato e Silas Silva Santos relatam que o CDC previu o direito do consumidor à informação previa, a interpretação mais favorável ao consumidor diante de cláusulas obscura ou ambígua, o caráter vinculante das disposições contratuais para os fornecedores, o direito de arrependimento e a legalidade da garantia contratual.⁸⁶

O inciso VI⁸⁷ do art. 6º do CDC prevê ainda o direito básico do consumidor à reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, que por se tratarem de normas de ordem pública, é vedado seu afastamento por cláusula contratual.⁸⁸

Frisa-se, ainda, quanto ao direito à reparação, a possibilidade conferida pela lei de acumulação dos danos patrimoniais e morais, seja em casos contratuais como extracontratuais, bem como, a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, mesmo inexistindo abuso, a fim de atingir a proteção efetiva dos consumidores de maneira ampla.⁸⁹

Por fim, destaca-se, ainda o artigo 6º, VIII, do CDC, que prevê a possibilidade do magistrado inverter o ônus da prova (quando há verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor).⁹⁰

Tendo esses dois requisitos em mente, Bruno Miragem esclarece que a hipossuficiência do consumidor pode ser identificada quando a parte se mostra prejudicada em razão da falta de condições materiais de instruir adequadamente a defesa de sua pretensão.⁹¹

⁸⁵ Op. cit. 317-318.

⁸⁶ Op. cit. p. 14.

⁸⁷ VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos

⁸⁸ Idem, 15.

⁸⁹ Idem, p. 15.-16.

⁹⁰ VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências

⁹¹ Op. cit. 244.

Já verossimilhança, se apresenta como espécie de juízo de probabilidade, isto é, se as informações dispostas no processo estariam ou não em consonância com um juízo de razoabilidade ou de probabilidade do que se tenha verificado.⁹²

2.4 NOÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR DE SERVIÇOS

Conforme memora Sergio Cavalieri Filho, ao longo do século XX houve uma evolução da responsabilidade civil em decorrência das mudanças sociais, políticas e econômicas enfrentadas pela sociedade.⁹³

Nesse contexto, Felipe Peixoto Braga Netto relata a particular relevância do Código de Defesa do Consumidor ao disciplinar a responsabilidade civil, tendo em vista que inovou a responsabilidade civil clássica disciplinada pelo Código Civil de 1916, trazendo instrumentos novos e flexíveis.⁹⁴

Levando em consideração os novos princípios e fundamentos trazidos pelo CDC, Sergio Cavalieri Filho explica que a responsabilidade civil tradicional mostrou-se insuficiente, haja vista que até sua implementação, não havia legislação eficaz para manejar as situações provenientes de acidentes de consumo e conferir proteção aos consumidores.⁹⁵

Diante disso, conforme pontua Leonardo Roscoe Bessa, o Código de Defesa do Consumidor afastou as deficiências da tutela do comprador enfrentadas com o Código Civil de 1916, além de ter reconhecido a vulnerabilidade do consumidor no mercado.⁹⁶

Assim, conforme esclarece Felipe Peixoto Braga Netto, o Código de Defesa do Consumidor adotou a responsabilidade objetiva do fornecedor, respondendo este independente de culpa, pelos danos que cause no mercado de consumo.⁹⁷

⁹² Op. cit. 244.

⁹³ Op. cit. 307-308.

⁹⁴ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Manual de Direito do Consumidor: à luz da jurisprudência do STJ. Salvador: Edições Juspodivm, 2007, p. 65.

⁹⁵ Op. cit. 308.

⁹⁶ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. 8. ed. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 224.

⁹⁷ Op. cit. p. 72.

A responsabilidade civil objetiva do fornecedor encontra respaldo na teoria do risco proveito, que compreende que quem auferir os bônus (lucros) da atividade, deve arcar com os ônus (danos) que possam causar aos consumidores. Ou, ainda, a teoria do risco criado, que entende que aquele que cria um risco, em razão da sua atividade, deve responder pelos danos dele decorrentes.⁹⁸

Desse modo, em detrimento do Código de Defesa do Consumidor ter aderido à teoria do risco do empreendimento, aqueles que exercem atividade no mercado de consumo responder, independentemente de culpa, pelos eventuais vícios ou defeitos dos produtos e serviços.

Para isto, conforme assevera Sergio Cavalieri Filho, a sistemática no CDC foi dividida em responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto ou serviço, que encontra respaldo nos artigos 12 a 14 do CDC e diz respeito aos defeitos de segurança, e a responsabilidade pelo vício do produto ou serviço, disciplinada nos artigos 18 a 20 e compreende os vícios por inadequação.⁹⁹

Ao distinguir o vício do produto ou serviço do fato do produto ou serviço a palavra defeito é utilizada como ponto chave. Embora ambos decorram de um defeito no produto ou serviço, enquanto no fato do produto ou serviço o defeito compromete a segurança do produto ou serviço, provocando um acidente, no vício do produto ou serviço o defeito é menos grave, causando apenas um mau funcionamento ou não funcionamento.¹⁰⁰

Nesse contexto, levando em conta que “Defeito é, portanto, uma ruptura entre a legítima expectativa do consumidor e a ‘performance’ do produto ou serviço”¹⁰¹, pertinente se mostra a análise da responsabilidade civil pelo vícios dos serviços, conforme disposição dos artigos 20 a 25 do Código de Defesa do Consumidor.

Segundo definição de Paulo Luiz Netto Lobo: “Vício, pois, é todo aquele que impede ou reduz a realização da função ou do fim a que se destinam o produto ou o serviço, afetando a utilidade que o consumidor deles espera”.¹⁰²

⁹⁸ Idem, p. 72-73.

⁹⁹ Op. cit. p. 310.

¹⁰⁰ Idem, p. 310-311.

¹⁰¹ TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. Temas de Direito Civil. Tomo. II. Rio de Janeiro: Renovar. 2006, p. 97.

¹⁰² Op. cit. p. 52.

Leonardo Roscoe Bessa explica que enquanto na responsabilidade pelo fato há uma preocupação com a segurança dos produtos e serviços, na responsabilidade pelo vício o foco seria a adequação aos fins que originalmente se destinam os produtos e serviços.¹⁰³ O vício do serviço está contemplado no art. 20 do Código de Defesa do Consumidor¹⁰⁴, sendo dividido pela doutrina em vício de qualidade e de quantidade.

João Batista de Almeida explica que os vícios de qualidade dos serviços são os que tornam o serviço impróprio a seu desfrute, ou lhes diminuem o valor, assim como, aqueles em que se verifica uma disparidade de qualidade entre o serviço ofertado e o executado. Já os vícios de quantidade dos serviços, menciona que decorrem da disparidade quantitativa entre o serviço ofertado e o efetivamente prestado.¹⁰⁵

Diferentemente do art. 18, que dispõe sobre o vício do produto, Leonardo Roscoe Bessa observa que o art. 20 não se posiciona quanto à solidariedade dos fornecedores em relação à responsabilidade.¹⁰⁶ Todavia, sobretudo em razão do disposto nos art. 7º e 25, §1º, a doutrina sustenta a existência de solidariedade na hipótese do serviço ser prestado por diversos fornecedores.¹⁰⁷

Compartilhando do mesmo entendimento, Felipe Peixoto Braga Netto afirma que embora o CDC não explicita como fez com o fato do produto ou serviço, a responsabilidade pelo vício é objetiva, independendo do elemento “culpa” no vício do produto ou serviço.¹⁰⁸

Já segundo João Batista de Almeida, a regra geral da lei de proteção ao consumidor é de responsabilizar todos os fornecedores, de maneira solidária, não apenas o vendedor ou comerciante, que realizaram o contato direto com o consumidor, conforme o art. 25, §2º.¹⁰⁹

¹⁰³ Op. cit. p, 219.

¹⁰⁴ Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

III - o abatimento proporcional do preço

¹⁰⁵ Op. cit. p. 100.

¹⁰⁶ Op. cit. P. 244.

¹⁰⁷ Idem, p. 244.

¹⁰⁸ Op. cit. p. 68.

¹⁰⁹ Op. cit. p. 100-101.

A possibilidade de responsabilizar os fornecedores, em cadeia, foi uma inovação que conferiu maior garantia ao consumidor, haja vista que possibilitou ao consumidor acionar, indistintamente, o fornecedor mais próximo e acessível.¹¹⁰

Havendo vício no serviço executado, os incisos I, II e III do art. 20 do CDC facultam ao consumidor a possibilidade de escolher, alternativamente, à sua escolha: a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível, a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos, ou ainda, o abatimento proporcional do preço.

O Código cuidou ainda de estabelecer o prazo decadencial para reclamar dos vícios dos produtos e serviços em seu art. 26 e o prazo prescricional para requerer indenização decorrente dos acidentes de consumo em seu art. 27.

Como explica Leonardo Roscoe Bessa, a lei é bastante clara ao estabelecer o prazo decadencial de 30 dias (para os produtos e serviços não duráveis), 90 dias (para os produtos e serviços duráveis) relativos aos vícios dos produtos e serviços e o prazo prescricional de 5 anos referente à pretensão indenizatória decorrente dos danos sofridos em virtude de fato do produto ou serviço (acidentes de consumo).¹¹¹

A contagem do prazo decadencial, deve observar uma importante condição para estabelecer o seu termo inicial. Se tratando de vício aparente ou de fácil constatação, a contagem do prazo decadencial tem início com a entrega efetiva do produto ou término da execução dos serviços. Todavia, se tratando de vício oculto, o início do prazo se dá somente quando fica evidenciado o defeito.¹¹²

Segundo João Batista de Almeida, a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço pode ser excluída diante de algumas situações: no caso do produto, quando o fornecedor provar que não colocou o produto no mercado, ou no caso de serviço, que não o executou, que tendo colocado o produto no mercado ou executado o serviço, que o vício é inexistente, quando ocorre culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, e por último, quando se tratar de caso fortuito ou força maior.¹¹³

Quanto à responsabilidade pelo vício, embora o Código seja omissivo nesse tópico, seu entendimento é que exclui-se a responsabilidade do fornecedor pelo vício do

¹¹⁰ Idem, p. 101.

¹¹¹ Op. cit. p. 247.

¹¹² Idem, p. 250.

¹¹³ Op. cit. 92-94.

produto ou serviço quando provar que não colocou o produto no mercado, que o vício inexistente, houver decadência, culpa exclusiva do consumidor ou terceiro, ou, ainda, em hipótese de caso fortuito ou força maior.¹¹⁴

¹¹⁴ Idem, p. 104.

3 DIREITO À SAÚDE COMO OBJETO DA RELAÇÃO DE CONSUMO

A saúde é caráter essencial aos seres animados, sendo completamente indispensável para se usufruir de uma boa qualidade de vida. Diante da sua indispensabilidade, o direito cuidou de tutelar e garantir a todos os seres humanos o direito fundamental social e intrínseco à saúde.

Todavia, embora a saúde seja um direito garantido a todos, por lei, diante de um contexto de crise de financiamento do Estado Social e do princípio da reserva do possível, não é novidade que alguns direitos acabam sendo suprimidos.

Nesse contexto de incertezas quanto à prestimosidade do Estado à saúde de todos, a saúde acabou se tornando objeto de relação de consumo, haja vista que aqueles com condições financeiras para tanto, passaram a contratar planos de saúde, com o fim de resguardar a sua vitalidade.

3.1 DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA

A Constituição Federal, dispõe em seu título II, os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, prevendo em seu capítulo I, os direitos e deveres individuais e coletivos.

Os direitos individuais, segundo definição de Dirley da Cunha Júnior (2015, p. 549), podem ser compreendidos como “todos aqueles que visam a defesa de uma autonomia pessoal no âmbito da qual o indivíduo possa desenvolver as suas potencialidades e gozar de sua liberdade sem interferência indevida do Estado e do particular”.¹¹⁵

Já os direitos coletivos, conforme expõe o autor, “destinam-se, não à tutela da autonomia da pessoa em si, mas à proteção de um grupo ou coletividade, onde a defesa de seus membros é apenas reflexa ou indireta”.¹¹⁶

¹¹⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

¹¹⁶ Idem, p. 549.

Conforme se verifica na análise do dispositivo, o art. 5º da Constituição Federal é composto de 78 incisos, contemplando, segundo o autor, uma das maiores declarações de direitos do mundo e refletindo a cautela da Magna Carta com a proteção dos direitos humanos.¹¹⁷

O caput do art. 5º da Constituição Federal dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

O direito à vida pode ser definido como “o direito legítimo de defender a própria existência e de existir com dignidade, a salvo de qualquer violação, tortura ou tratamento desumano ou degradante”.¹¹⁸

Para além da sua concepção como direito fundamental autônomo, o direito à vida, atua, ainda, como “pressuposto fundante de todos os demais direitos fundamentais”, “verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente”, ou ainda, “base vital da própria dignidade da pessoa humana”.

119

Ao relacionar o direito à vida com outros direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet considera que a relação mais forte que pode ser estabelecida é entre o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.¹²⁰

Além da dignidade da pessoa humana, o direito à integridade física e psíquica também deve ser considerado, haja vista que ambos possuem desenvolvimento histórico similar, consagrando uma “quase identidade” desses dois direitos e dos seus âmbitos de proteção.¹²¹

Ademais, o direito à saúde, também apresenta forte ligação com o direito à vida, e isto se deve ao fato de que a partir do último, são deduzidos os deveres estatais de proteção e promoção da saúde.¹²²

¹¹⁷ Idem, p. 549.

¹¹⁸ Idem, p. 550.

¹¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 2017, p. 448.

¹²⁰ Idem, p. 448.

¹²¹ Idem, p. 447.

¹²² Idem, p. 449.

Frente a intrínseca relação do direito à vida com os demais direitos mencionados, afirma-se a possibilidade do direito à vida assumir papel de destaque na seara dos direitos sociais, independentemente de previsão expressa, na Constituição Federal.

123

Isto ocorre, porque assume relevância a noção de um mínimo existencial, compreendendo a obrigação do Estado em assegurar a todos as condições materiais mínimas para uma vida com dignidade.¹²⁴

3.2 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Os direitos sociais, segundo concepção de Dirley da Cunha Júnior, podem ser compreendidos desta maneira por viabilizarem ao indivíduo as prestações sociais necessárias para viver com dignidade.¹²⁵ Segundo o autor:

“Os direitos sociais tem por objeto um atuar permanente do Estado, ou seja, um facere, consistente numa prestação positiva de natureza material ou fática em benefício do indivíduo, para garantir-lhe o mínimo existencial, proporcionando-lhe, em consequência, os recursos materiais indispensáveis para uma existência digna, como providência reflexa típica do modelo de Estado do Bem-Estar Social, responsável pelo desenvolvimento dos postulados da justiça social”.¹²⁶

Diante disso, embora a prestação dos direitos sociais independam de expressa previsão em lei, vez que estão fundamentados no princípio da dignidade da pessoa humana, o direito constitucional reconhece, de maneira expressa, os direitos fundamentais sociais mais importantes à garantia do mínimo existencial.¹²⁷

Assim, levando em conta a indispensabilidade da saúde como garantia do mínimo existencial, o título II da Constituição Federal, que trata dos direitos e garantias fundamentais, reconhece seu art. 6º, o direito a saúde enquanto direito social do indivíduo.

¹²³ Idem, p. 449-450.

¹²⁴ Idem, p. 450.

¹²⁵ Op. cit. p. 603.

¹²⁶ Idem, p. 603.

¹²⁷ Idem, p. 604.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, “é no âmbito do direito à saúde que se manifesta de forma mais contundente a vinculação do seu respectivo objeto com o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana”.¹²⁸

Sob a ótica de Dirley da Cunha Júnior¹²⁹, por estar intrinsecamente ligado ao direito à vida, o direito à saúde nem precisaria de reconhecimento explícito. Nada obstante, o art. 196 da Constituição Federal previu:

“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Ademais, o art. 197 considerou de relevância pública as ações e serviços de saúde, determinando que o Poder Público disponha, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, sendo sua execução ser realizada diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Muito embora a atribuição seja do Poder Público, o art. 199 da CF¹³⁰ facultou a assistência à saúde à iniciativa privada, sendo possibilitado que as instituições privadas participem de maneira complementar ao sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Por se tratar de um direito ligado ao mínimo existencial, Carlos Eduardo Silva e Souza e Victor Lucas Alvim esclarecem que o direito à saúde possui duas dimensões, sendo uma negativa, que consiste no dever do Estado e particulares em não prejudicar a saúde dos indivíduos, e uma positiva, compreendida pela obrigação de prestação de serviços ou benefícios associados à saúde.¹³¹

Em detrimento disso, o direito fundamental social do indivíduo a saúde, por estar submetido ao mesmo regime dos demais direitos fundamentais, está intimamente

¹²⁸ Op. cit. p. 671-672.

¹²⁹ Op. cit. p. 611.

¹³⁰ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

¹³¹ SOUZA, Carlos Eduardo Silva; ALVIM, Victor Lucas. A eficácia horizontal do direito fundamental (social) à saúde nas relações de consumo: uma análise do Recurso Especial 1.330.919/MT. Revista de Direito do Consumidor. Vol. 117. Ano 27. P. 303-321. São Paulo: Ed. RT maio-jun. 2018, p. 318-319.

ligado ao mínimo existencial, além de ser blindado contra toda e qualquer intervenção advinda do Estado e da sociedade.¹³²

3.3 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ESFERA DAS RELAÇÕES PRIVADAS

Além dos órgãos estatais, conforme destaca Ingo Wolfgang Sarlet, os particulares também estão sujeitos à força vinculante dos direitos fundamentais, temática habitualmente versada sob o rótulo da constitucionalização do direito privado ou, ainda, da eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas.¹³³

Segundo Dirley da Cunha Júnior, tal incidência e aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações firmadas entre os particulares é também compreendida por eficácia horizontal dos direitos fundamentais, “eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas”, “eficácia privada dos direitos fundamentais” ou ainda “eficácia externa dos direitos fundamentais”.¹³⁴

Como se sabe, inicialmente, os direitos fundamentais foram direitos de defesa outorgados aos indivíduos como forma de proteção contra a opressão do Estado. Assim, a doutrina sempre se posicionou pela aplicação dos direitos fundamentais nas relações protagonizadas pelos indivíduos e Estado.¹³⁵

Todavia, com a complexidade das relações sociais, agravada pela desigualdade entre os homens, observou-se que a opressão das liberdades não ocorria apenas do Estado, mas também do próprio semelhante.¹³⁶

Diante disso, mostrou-se necessária a extensão da eficácia dos direitos fundamentais às relações entre os particulares, “com a intenção de proteger o homem da prepotência do próprio homem, em especial de pessoas, grupos e organizações privadas poderosas”.¹³⁷

¹³² Idem, p. 308.

¹³³ Op. cit. p. 449-450.

¹³⁴ Op. cit. p. 512.

¹³⁵ Idem, p. 512.

¹³⁶ Idem, p. 513.

¹³⁷ Idem, p. 513.

No Brasil, verifica-se uma tendência da doutrina e jurisprudência do STF em se adotar a teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, especialmente pelo que determina o art. 5º, §1º, que dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.¹³⁸

Nesta esteira, muito embora a inegável repercussão dos direitos sociais em relação a entidades privadas, Ingo Wolfgang Sarlet assevera a necessidade de maior cautela com a natureza de tais efeitos e o modo de sua manifestação em cada situação concreta.¹³⁹

Nesse contexto, o direito fundamental à saúde não vincula apenas os entes estatais, mas também opera efeitos nas relações privadas, a exemplo daquelas intermediadas por contratos de plano de saúde, é o instrumento de concretização e promoção do direito fundamental à saúde, estando também vinculado ao mínimo existencial.¹⁴⁰

Diante disso, admitida essa eficácia, destaca-se importância conferida constitucionalmente ao objeto tutelado nos contratos privados de assistência à saúde, uma vez que estes buscam resguardar os bens de maior relevância jurídica: a saúde, e por consequência, a vida, compreensão máxima do mínimo existencial.

A respeito da interveniência dos direitos fundamentais a saúde nas relações protagonizadas por particulares, Carlos Eduardo Silva e Souza e Victor Lucas Alvim assim se manifestam:

"No que diz respeito aos contratos de plano de saúde – agora concebidos como “pontos de encontro de direitos fundamentais” –, seja pela parte necessária do mínimo existencial que encerra em si – mormente no que tange à dimensão positiva do direito à saúde -, seja pela dimensão objetiva dos aludidos direitos fundamentais e os consequentes deveres de tutela, desamparado não há de ficar o usuário”.¹⁴¹

Nesse mesmo sentido, o Relator Ministro Luis Felipe Salomão no julgamento do Recurso Especial Nº 1.330.919 – MT¹⁴² se manifestou quando a eficácia do direito fundamental à saúde no âmbito das relações travadas entre os particulares.

¹³⁸ Idem, p. 513-514.

¹³⁹ Op. cit. 450.

¹⁴⁰ Op. cit. 309.

¹⁴¹ Op. cit. p. 312.

¹⁴² Conquanto a Carta da República se refira, por excelência, ao Poder Público, sabe-se que a eficácia do direito fundamental à saúde ultrapassa o âmbito das relações travadas entre Estado e cidadãos - eficácia vertical -, para abarcar as relações jurídicas firmadas entre os cidadãos, limitando a autonomia das partes, com o intuito

Ademais, defronte da proteção constitucional consagrada pela Magna Carta, em relação aos objetos tutelados na relação contratual de plano de saúde, flagrante a abusividade perpetrada pela operadora de saúde em face do consumidor, é impossibilitado ao Estado a sua omissão.

Tal impedimento, segundo Carlos Eduardo Silva e Souza e Victor Lucas Alvim, se deve ao fato da Constituição Federal conferir especial proteção ao consumidor¹⁴³, impondo ao Estado o dever de proteção e de segurança em detrimento dos outros entes privados.¹⁴⁴

Desta forma, na seara da dimensão objetiva dos direitos fundamentais à saúde¹⁴⁵, surgem, para o ente estatal, deveres de proteção ao sujeito vulnerável, os quais devem ser implementados, por meio da legislação, da atuação administrativa ou via provimento jurisdicional.¹⁴⁶

Nesse aspecto, assevera-se a preponderância do direito fundamental social à saúde e da proteção ao consumidor em detrimento do *pacta sunt servanda* quando a operadora de plano de saúde impõe cláusulas abusivas em um contrato de adesão.¹⁴⁷

Tal preponderância, conforme se verificou, é fundada à luz da principiologia e disposições normativas trazidas pelo ordenamento pátrio, que reconhecem, sobretudo, a vulnerabilidade do consumidor, conferindo-lhe proteção a fim de atingir a equidade.

de se obter a máxima concretização do aspecto existencial, sem, contudo, eliminar os interesses materiais. Suscita-se, pois, a eficácia horizontal do direito fundamental à saúde, visualizando a incidência direta e imediata desse direito nos contratos de plano de saúde.

¹⁴³ Art. 5º - XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

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

¹⁴⁴ Op. cit. p. 319.

¹⁴⁵ Art. 6º 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.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

¹⁴⁶ Idem, p. 319.

¹⁴⁷ Idem p. 312.

3.4 CONTRATO DE PLANO PRIVADO DE ASSISTENCIA A SAUDE

No Brasil, a Constituição Federal, por meio do seu art. 199¹⁴⁸, dispõe que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada. Diante disso, em virtude de se tratar, portanto, de atividade econômica, a assistência à saúde deve se submeter a todos os princípios gerais contidos no art. 170 da Constituição Federal, dentre os quais se encontra a defesa do consumidor.

Nesse contexto, o sistema privado de saúde funciona por intermédio das operadoras de planos de saúde ou seguradoras especializadas atuam, sob a égide da lei 8.078/1990, prestando, em caráter suplementar, serviços de cobertura de riscos de assistência à saúde.

Uma pertinente diferenciação que deve ser realizada no âmbito da assistência à saúde é a entre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Em síntese, o plano privado de assistência à saúde, segundo Aurivaldo Sampaio, pode ser definido como o negócio jurídico através do qual a operadora, mediante o pagamento de contraprestações pecuniárias periódicas pelo consumidor, se obriga a fornecer atendimento médico em rede própria ou de terceiro, arcando com o respectivo ônus financeiro.¹⁴⁹

Já o seguro privado de assistência à saúde, é um pacto por meio do qual a seguradora se compromete, mediante pagamento de prêmios, a cobrir os riscos de assistência à saúde, estes escolhidos de maneira livre pelo segurado, obrigando-se o prestador de serviços a efetuar o reembolso das despesas a este título.¹⁵⁰

Assim, enquanto no plano privado de assistência a saúde a operadora se obriga a prestar atendimento ao consumidor, por meio de rede própria ou credenciada, no seguro de saúde a seguradora compromete-se a reembolsar as despesas com assistência à saúde escolhidas livremente pelos consumidores.

Todavia, apesar dessa diferenciação, a lei dos LPS aboliu a diferenciação entre os seguros e planos de assistência à saúde, entendendo o autor a possibilidade de

¹⁴⁸ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada

¹⁴⁹ SAMPAIO, Aurivaldo Melo. O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 189.

¹⁵⁰ Idem, p. 189.

afirmar que diante da extensão dos contornos definidos legalmente para os planos de saúde, ser possível afirmar que seu conceito abarca o seguro saúde como espécie do primeiro, e sendo ambos submetidos ao mesmo regramento jurídico.¹⁵¹

Assim, a lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, estabeleceu no art. 1º, I, a seguinte definição para “Plano Privado de Assistência à Saúde”:

“prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor”.

Ademais, o inciso II do art. 1º da lei nº 9.656/98, tratou de definir também a “Operadora de Plano de Assistência à Saúde”, ao dispor como a “pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo”.

A relação entre consumidor e operadoras de plano de saúde é estabelecida, desse modo, contratualmente, devendo ser observados, como já visto, alguns diplomas normativos, a exemplo da Constituição Federal, Código Civil, Código de Defesa do Consumidor e a lei nº 9.656/98.

Tendo em vista a relação contratual firmada entre o consumidor e a operadora do plano de saúde, Aurisvaldo Sampaio explica que o contrato de plano de saúde pode ser compreendido como:

“aquele por meio do qual uma das partes, a operadora, obriga-se diante da outra, o consumidor, a proporcionar a cobertura dos riscos de assistência à sua saúde, mediante a prestação de serviços médicos-hospitalares e/ou odontológicos em rede própria, reembolso das despesas efetuadas, ou pagamento direto ao prestador dos referidos serviços”.¹⁵²

Já jurista Claudia Lima Marques tece as seguintes considerações a respeito dos contratos de plano de saúde:

“O objeto principal destes contratos é a transferência (onerosa e contratual) de riscos referentes a futura necessidade de assistência médica ou

¹⁵¹ Idem, p. 190-191.

¹⁵² Idem, p. 187.

hospitalar. A efetiva cobertura (reembolso, no caso dos seguros de reembolso) dos riscos futuros à sua saúde e de seus dependentes, a adequada prestação direta ou indireta dos serviços de assistência médica (no caso dos seguros de pré-pagamento ou de planos de saúde semelhantes) é o que objetivam os consumidores que contratam com estas empresas. Para atingir este objetivo os consumidores manterão relações de convivência e dependência com os fornecedores desses serviços de saúde por anos, pagamento mensalmente suas contribuições, seguindo as instruções (muitas vezes, exigentes e burocráticas) reguladoras dos fornecedores; usufruindo ou não dos serviços, a depender da ocorrência ou não do evento danoso à saúde do consumidor e seus dependentes (consumidores-equiparados)".¹⁵³

Aurisvaldo Sampaio complementa ainda que tais contratos tratam-se de contratos de prestação de serviços por prazo indeterminado, obrigando o destinatário ao pagamento de contraprestações mensais estipuladas de maneira previa.¹⁵⁴

Tais contratos, em virtude do extenso vínculo de duração, bem como, da tutela de direito de caráter existencial do indivíduo (cujo tratamento indevido pode gerar a eliminação da vida) exigem uma rigorosa fiscalização das normas que os tutelam, sendo inviável que uma relação com tal magnitude seja submetida a um vínculo comum.¹⁵⁵

Al lei nº 9.656/98 apresenta cinco modalidades de planos de assistência à saúde que devem ser ofertadas ao consumidor: o plano referência e os planos mínimos (ambulatorial, hospitalar, hospitalar com obstétrica e odontológico).

Ademais, o contrato de plano de saúde, conforme pontuam Carlos Eduardo Silva e Souza e Victor Lucas Alvim, por se tratar de um instrumento que possui como fim a prestação de serviços ou benefícios relacionados à saúde (atributo de caráter fundamental e social), está intrinsecamente ligado ao mínimo existencial, sendo possível afirmar que “o instrumento realizador de tal direito acaba tendo como o mínimo existencial como sendo uma parte necessária de si”.¹⁵⁶

Além da proteção no que concerne o direito fundamental à saúde, a relação advinda desses contratos, encontra proteção na lei 9.656/1998 e no Código de Defesa do

¹⁵³ MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações de contratuais. 5. ed. São Paulo: ED. RT, 2005, p. 38.

¹⁵⁴ Op. cit. p. 187-188.

¹⁵⁵ SILVA, Joseane Susart Lopes da. Os reflexos da pandemia (COVID-19) nas relações de consumo: A proteção dos destinatários finais nos serviços públicos essenciais e em contratos referentes a relevantes bens jurídicos. Revista de Direito do Consumidor. vol 130. Ano 29. P. 27-61. São Paulo: Ed. RT, jul-ago./2020, p. 45.

¹⁵⁶ Op. cit. p. 310.

Consumidor, haja vista a relação de consumo protagonizada entre o usuário e a operadora do plano de saúde.¹⁵⁷

Apesar da influencia de outras legislações, conforme ressalta Armando Wesley Pacanaro, é inarredável que a relação entre as operadoras de planos de saúde e os consumidores é contratual, se submetendo, portanto, às normas previstas na legislação consumerista.¹⁵⁸

Apesar de ser facultado ao consumidor, por força do art. 35 da lei 9.656/98, a possibilidade de aplicação das disposições contidas na referida lei aos contratos em curso, em razão de serem normas de ordem publico, essa dispensa não se aplica quanto às disposições do CDC, sendo vedado que o consumidor dispense a tutela protetiva, principalmente em força do estipulado no art. 6º, II, parte final, da lei 8.078/90.¹⁵⁹

Acerca da aplicabilidade do CDC, ressalva-se, o entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça, inclusive, sumulado, no sentido de aplicação das disposições do CDC aos contratos de plano de saúde, com exceção daqueles administrados por entidades de autogestão.¹⁶⁰

Além da comunicação do CDC com as legislações espaciais, o Enunciado nº 167 da III Jornada de Direito Civil dispôs sobre a aproximação entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor:

“Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos”.

Nesse contexto, conforme menciona Armando Wesley Pacanaro, é inexorável ligação entre o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil e as legislações esparsas, sendo completamente necessário dialogo das fontes entre tais disposições normativas.¹⁶¹

¹⁵⁷ Idem, p. 311.

¹⁵⁸ PACANARO, Armando Wesley. Aplicabilidade do princípio da função social nos contratos de seguro-saude e planos de saúde. Revista de Direito do Consumidor. vol. 105. ano 25. P. 155-173. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2016, p. 163.

¹⁵⁹ Idem, p. 164.

¹⁶⁰ Súmula 608 - Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão. (Súmula 608, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/04/2018, DJe 17/04/2018)

¹⁶¹ Op. cit. p. 164.

3.5 FUNÇÃO SOCIAL DOS PLANOS DE SAUDE

Como se sabe, o Código Civil de 2002 inaugurou um novo panorama normativo, impondo novas obrigações negociais e regras comportamentais a serem observadas nos negócios jurídicos firmados.

Conforme leciona Armando Wesley Pacanaro, o modelo até então utilizado ganhou novos contornos abertos aos interesses coletivos e sociais. Assim, a atuação individualista deu espaço a um arquétipo colaborativo, baseado na boa-fé objetiva e suas figuras decorrentes.¹⁶²

Essa nova linha principiologica encontra respaldo nos arts. 421 a 426 do CC/2002, que prevê cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados que readaptam as relações privadas, propondo a redução da autonomia privada e o *pacta sunt servanda*, em determinados casos.¹⁶³

Dentre tais normas que devem ser observadas negocialmente, o art. 421 do CC/2002 merece especial atenção, tendo em vista que propõe limites ao exercício da autonomia privada ao dispor que “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”.

Além da previsão expressa do Código Civil, o princípio da função social também encontra agasalho na Constituição Federal, considerando que a Magna Carta resguarda como princípios fundamentais do Direito Civil Constitucional a proteção à dignidade da pessoa humana, solidariedade social, isonomia ou igualdade *lato sensu*.¹⁶⁴

Pertinente frisar a influência do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF) nas relações privadas, afinal, uma das premissas básicas da aplicação do Direito Civil Constitucional é a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.¹⁶⁵

Juntamente com os princípios da solidariedade social e da isonomia ou igualdade *lato sensu*, destaca-se a importância do princípio da dignidade humana, afinal, para

¹⁶² Op. cit. p. 156.

¹⁶³ Idem, p. 156.

¹⁶⁴ Idem, p. 159-160.

¹⁶⁵ Idem, p. 165.

o autor, o mesmo consubstancia a aplicação e caracterização do princípio da função social do contrato.¹⁶⁶

A função social do contrato, como destacam diversos autores, possui origem constitucional, fundamentado na função social da propriedade, que possui previsão no art. 5º, XXIII e art. 170, III. Ao estabelecer a função social da propriedade, apropriada a sua aplicação, também, aos instrumentos da sua circulação na sociedade capitalista, qual seja, os contratos.¹⁶⁷

Assim, apesar do art. 421 do CC/2002 ter reconhecido, de maneira expressa, a função social do contrato, para o autor, a esse dispositivo não se deve a introdução no sistema jurídico brasileiro, haja vista que a norma constitucional já dispunha, de maneira implícita, ao refletir a função social da propriedade e a função social do contrato consagrar valores constitucionais como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a solidariedade (art. 3º, I) e a justiça social (art. I).¹⁶⁸

Diante disso, todo contrato deve cumprir sua função social, corolário da função social da propriedade consagrado na Constituição Federal (art. 5º, XXIII e art. 170, III), com o intuito de formalizar princípios constitucionais da maior magnitude como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da solidariedade (art. 3º, I) e da justiça social (art. 170, caput), além da previsão expressa no direito civil geral no art. 421 do Código Civil.¹⁶⁹

Nesse aspecto, a função social atenua os interesses puramente individuais e egoísticos na negociação para levar em consideração os interesses da coletividade, funcionando como um instrumento de efetivação dos princípios.¹⁷⁰

A respeito do tema, frisa-se o entendimento contido no enunciado 23 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, no sentido de que a função social do contrato não suprime a aplicação do princípio da autonomia contratual, “mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”.

¹⁶⁶ Idem, p. 165.

¹⁶⁷ Op. cit. p. 82.

¹⁶⁸ Idem, p. 82.

¹⁶⁹ Idem, p. 199.

¹⁷⁰ Idem, p. 82.

A respeito da função social do contrato, Giovanni Ettore Nanni tece as salutares considerações:

“a interpretação do contrato é ilimitada e não pode ter apenas uma função social de princípio de garantia de circulação de riquezas, mas de proporcionar uma justa relação jurídica obrigacional, equilibrada, que atenda aos primados da relação jurídica fundamental e que seja proporcionalmente sopesada a participação das partes contratantes de forma comutativa. Nos dias atuais, em que a república assegura a dignidade da pessoa humana e tem o objetivo fundamental de construir uma sociedade livre, justa e solidária, não é lícito desenvolver-se uma doutrina contratual que não esteja jungida a esses valores sociais preponderantes, em que exsurge a função social do contrato e o conceito de solidariedade que deve reger a circulação jurídica e circunscrever a autonomia privada. A noção de justiça está ínsita nesta teoria”.¹⁷¹

Importante observar também a existência de uma dupla atuação da função social, haja vista que, conforme leciona Aurisvaldo Sampaio ao tempo em que a função social atua como instrumento viabilizador do convívio social, vetando o exercício de contratar em prejuízo de outrem, funciona também como ferramenta de preservação dos interesses da coletividade, impondo o dever de exercê-lo em benefício do outro ou de terceiros.¹⁷²

Ao revés da irrestrita liberdade de contratar, o reflexo da função social nas relações, a realização do negócio assume relevante dimensão social, como ocorre nas relações de consumos, nas hipóteses relacionadas à preservação do mínimo existencial.¹⁷³

Nesse contexto, a aplicabilidade do princípio da função social nos contratos de saúde, celebrados pelas operadoras de plano de saúde e seus segurados, assume sua importância como limitadora da autonomia privada e do *pacta sunt servanda*, em face da proteção ao direito fundamental à saúde e a dignidade da pessoa humana.

Assim, o contrato sofreu mitigação, não sendo permitido que estes nasçam unicamente da vontade das partes, de modo a evitar eventuais injustiças e desequilíbrios com sacrifício de uma parte em detrimento da outra.¹⁷⁴

De igual modo, o STJ também se manifestou quanto à observância do princípio da função social em relação aos negócios jurídicos firmados na área da saúde e a

¹⁷¹ NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do Direito Civil obrigacional: a concepção do Direito Civil Constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. Cadernos de autonomia privada. n. 2. Curitiba: Juruá, 2001, p. 183.

¹⁷² Op. cit. p. 83.

¹⁷³ Idem, p. 85.

¹⁷⁴ Idem, p. 87.

necessidade de amparo necessário ao consumidor, quando aos riscos inerentes à saúde:

“Os contratos de seguro e assistência à saúde são pactos de cooperação e solidariedade, cativos e de longa duração, informados pelos princípios consumeristas da boa-fé objetiva e função social, tendo o objetivo precípua de assegurar ao consumidor, no que tange aos riscos inerentes à saúde, tratamento e segurança para amparo necessário de seu parceiro contratual”.¹⁷⁵

Diante disso, conforme menciona Pacanaro, inegável conotação social aos negócios jurídicos firmados no âmbito da saúde, especialmente, pela magnitude do direito fundamental que se visa tutelar. Nesta senda, além do conteúdo do art. 421 do CC/2002, diversas regras positivas são aplicáveis a tais negócios, em um nítido diálogo das fontes com outros enunciados protetivos.¹⁷⁶

Nesse aspecto, Aurisvaldo Sampaio, destaca que a saúde merece uma especial atenção enquanto objeto do contrato, seja em razão da sua preeminência no campo normativo constitucional, seja em razão da relevância pública dos serviços de assistência à saúde implementados pela iniciativa privada, conforme disciplina o art. 197 da Constituição Federal.¹⁷⁷

Em razão da caracterização do contrato de plano de saúde, há observância da função social quando é assegurado ao consumidor, quando há prestação de serviços de assistência à saúde, com qualidade e presteza, nos limites da modalidade do plano contratado, mediante o pagamento da operadora ao prestador ou sendo efetuado o reembolso das despesas.¹⁷⁸

Por fim, Pacanaro, oportunamente enfatiza a pertinência do tratamento diferenciado para tutelar a discussão judicial das disposições excessivamente restritivas inseridas em tais negócios jurídicos, com o intuito de resguardar a isonomia material, isto porque, para o autor, é inegável a recorrente tentativa de sobreposição dos interesses empresariais puramente econômicos em face da dignidade da pessoa humana e do direito a saúde.¹⁷⁹

¹⁷⁵ REsp n. 962.980/SP, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 13/3/2012, DJe 15/5/2012.

¹⁷⁶ Op. cit. p. 168.

¹⁷⁷ Op. cit. p. 199-200.

¹⁷⁸ Idem, p. 200.

¹⁷⁹ Op. cit. 168.

4 PRÁTICAS ABUSIVAS DOS PLANOS DE SAÚDE EM TEMPOS DE PANDEMIA

Com o surgimento da COVID – 19, o excesso de demandas aos planos de saúde tornou-se evidenciado, de forma que, as principais demandas relativas à pandemia, foram inicialmente para os exames de detecção da contaminação ou não com o vírus.

A partir de então, o Ministério da Saúde, através da Agência Nacional de Saúde – ANS, adotou uma série de protocolos para tentar estancar o problema criando regulamentações a serem seguidas pelo segmento de saúde nacional.

Nesse contexto, muitos planos de saúde negaram-se a realizar os exames de identificação do vírus, contrariando patentemente a determinação vigente da ANS, caracterizando assim uma prática ilegal a ser coibida para garantia do direito fundamental a saúde e a vida dos indivíduos, conforme será visto a seguir,

4.1 BREVE HISTÓRICO DA PANDEMIA ENFRENTADA EM 2020 (COVID-19)

Em 31 de Dezembro de 2019, a Organização Mundial da Saúde (OMS) na China foi informada de casos de pneumonia de causa desconhecida, detectada na cidade de Wuhan, localizada da China.¹⁸⁰

Ainda na primeira quinzena de janeiro de 2020, as autoridades chinesas identificaram a presença do vírus responsável pelas infecções, partilhando a sua sequência genética utilização pelos países no desenvolvimento de kits de diagnóstico específicos: trata-se do SARS-CoV-2 (coronavírus), que é um patógeno respiratório responsável por causar a doença infecciosa COVID-19.¹⁸¹

O vírus SARS-CoV-2, causador da COVID-19 é altamente contagioso e de fácil propagação. Se espalha entre as pessoas, principalmente quando há contato direto ou próximo com uma pessoa infectada. O vírus pode se espalhar pela boca ou nariz

¹⁸⁰ WORLD HEALTH ORGANIZATION. Novel coronavirus (2019 –nCov) – Situation Report – 1to 21 January 2020. Disponível em: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200121-sitrep-1-2019-ncov.pdf?sfvrsn=20a99c10_4

Acesso em 20 de out. de 2020.

¹⁸¹ Idem.

de uma pessoa infectada em pequenas partículas líquidas quando tossir, espirrar, falar, cantar ou respirar pesadamente, sendo contraída a doença quando o vírus entra em sua boca, nariz ou olhos.¹⁸²

O vírus também pode se espalhar depois que pessoas infectadas espirram, tosse ou tocam em superfícies ou objetos, como mesas, maçanetas e corrimãos. Outras pessoas podem ser infectadas ao tocar nessas superfícies contaminadas e, em seguida, tocar os canais de recepção viral sem ter realizado a devida higienização das mãos.¹⁸³

No Brasil, em 03 de fevereiro de 2020, o Ministério da Saúde editou a portaria nº 188, que declarou Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV), nos termos do art. 2º do Decreto 7.616/2011.

Em seguida, foi sancionada a Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, que dispôs sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus responsável pelo surto de 2019.

Na referida lei, foram previstas medidas necessárias para a prevenção e o combate à pandemia que podem ser agrupadas em 03 (três) conjuntos: o afastamento físico dos indivíduos, a realização de investigações e tratamentos em seres humanos e a utilização e aquisição de bens na modalidade excepcional.¹⁸⁴

Os blocos das medidas preventivas adotadas pela Lei nº 13.979 podem ser especificados da seguinte maneira: no primeiro bloco encontram-se o isolamento, a quarentena e a restrição do traslado de pessoas, no segundo estão os exames, as vacinas e os tratamentos, e no último, as requisições e contratações pelo setor público.¹⁸⁵

Em 11 de março de 2020, com 118.000 casos confirmados da doença, em 114 países, tendo sido atingida a marca de 4.291 mortes, a Organização Mundial da

¹⁸² WORLD HEALTH ORGANIZATION. Q&As on COVID-19 and related health topics. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub>
Acesso em 20 de out. de 2020.

¹⁸³ Idem.

¹⁸⁴ SILVA, Joseane Op cit. p. 32.

¹⁸⁵ Idem, p. 32.

Saúde decretou a pandemia do COVID-19, sendo considerada a primeira pandemia causada por um coronavírus.¹⁸⁶

Na mesma data, no Brasil, o Ministério da Saúde editou a Portaria 356, dispendo sobre a regulamentação e operacionalização do disposto na Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020.

Em 20 de março de 2020, o Congresso Nacional aprovou o Decreto Legislativo nº 6, que reconheceu, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020.

Muito embora até o presente momento não haja uma vacina segura e eficaz contra a COVID-19, muitas vacinas potenciais para COVID-19 estão sendo estudadas, e segundo a Organização Mundial da Saúde, se uma vacina for comprovadamente segura e eficaz, ela deve ser aprovada pelos reguladores nacionais, fabricada de acordo com padrões exigentes e distribuída.¹⁸⁷

Além de ter afetado a saúde da população, a pandemia desencadeou impactos sociais e econômicos, em escala mundial. Diante disso, aponta o professor Bruno Miragem, que o atual panorama vivido trata-se de uma situação excepcional, cujas sequelas sociais e econômicas, bem como as restrições à liberdade e propriedade individual nunca foram vislumbradas na história brasileira recente.¹⁸⁸

Tais repercussões associam-se, sobretudo, as medidas estimuladas pelas autoridades, especialistas em saúde e meios de comunicação, com o intuito de evitar a propagação da moléstia, reduzindo a circulação e aglomeração de pessoas, ampliando a permanência das pessoas, o quanto possível, em suas residências.¹⁸⁹

¹⁸⁶ WORLD HEALTH ORGANIZATION. WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020 Disponível em: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>

Acesso em: 24 de out. de 2020.

¹⁸⁷ WORLD HEALTH ORGANIZATION. Coronavirus disease (COVID-19): Vaccines. Disponível em: [https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-a-detail/coronavirus-disease-\(covid-19\)-vaccines](https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-a-detail/coronavirus-disease-(covid-19)-vaccines)

Acesso em 28 de out. de 2020.

¹⁸⁸ MIRAGEM, Bruno. Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil. Revista dos Tribunais. vol. 1015. 2020. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/openweb/documents/pdf/Brazil/white-paper/covid-miragem.pdf>. Acesso em: 01 de nov. de 2020, p. 01.

¹⁸⁹ Idem. p.1.

Ademais, as medidas de polícia administrativa, adotadas pelo poder público, determinando restrições de funcionamento de diversas atividades e estabelecimentos empresariais e suspendendo, temporariamente, a prestação de determinados serviços públicos e privados também contribuíram para tais efeitos no âmbito socioeconômico.¹⁹⁰

De acordo com a Organização para cooperação e desenvolvimento Econômico (OCDE), a pandemia desencadeou a recessão econômica mais profunda em quase um século, ameaçando a saúde, interrompendo a atividade econômica e prejudicando o bem-estar e os empregos.¹⁹¹

Nesse contexto, são notórios os efeitos provocados pelo coronavírus nas relações obrigacionais, isto porque, como recorda Bruno Miragem: “No âmbito dos contratos já celebrados, de trato sucessivo ou diferido no tempo, há questões relativas às dificuldades do seu cumprimento, e danos que possam resultar, a exigir respostas do direito obrigacional”.¹⁹²

Diante dos diversos impactos desencadeados pela pandemia, de suma importância revela-se a análise das relações de consumo nesse contexto, sobretudo, aquelas protagonizadas entre as operadoras de plano de saúde e seus beneficiários quanto à cobertura dos exames para diagnóstico da COVID-19.

4.2 REFLEXOS DA COVID-19 NA ASSISTÊNCIA SUPLEMENTAR À SAÚDE

Apesar dos impactos trazidos pela pandemia no âmbito dos negócios jurídicos celebrados entre fornecedores e consumidores, conforme pontua Joseane Susart Lopes da Silva, as normas que estão sendo editadas jamais poderão desprezar as normas contidas na lei 8.078/90, especialmente, os direitos básicos contidos no microsistema consumerista.¹⁹³

¹⁹⁰ Idem, p. 1.

¹⁹¹ Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). A economia mundial enfrenta um difícil caminho para a recuperação. Disponível em: <https://www.oecd.org/fr/presse/a-economia-mundial-enfrenta-um-dificil-caminho-para-a-recuperacao.htm>

Acesso em: 28 de out. de 2020.

¹⁹² Op. cit. p. 1.

¹⁹³ Op. cit. p. 32.

Conforme já esclarecido de maneira pormenorizada, o contrato de plano de saúde, muito embora seja celebrado no âmbito privado, possui repercussões constitucionais, haja vista a sua finalidade precípua de resguardar a vida e a saúde dos indivíduos, direitos fundamentais intimamente ligados às noções de mínimo existencial.

Diante disso, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), alinhada com as demais autoridades de saúde do País, atua na busca pela resposta brasileira ao coronavírus, discutido, com o setor de planos de saúde medidas para enfrentamento da pandemia e reforçando que a cobertura dos planos de saúde.¹⁹⁴

No contexto pandêmico, o Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020, que regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais, em seu art. 3º, §1º, I, ao disciplinar sobre exercício e o funcionamento dos serviços públicos e atividades essenciais, buscou incluir a assistência à saúde e os serviços médicos e hospitalares nesse rol.

Em razão dessa inclusão, a assistência à saúde e os serviços médicos e hospitalares foram classificadas como indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

Ademais, o art. 10 da lei 9.656/1998¹⁹⁵ assegurou a cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar da moléstia causada pelo coronavírus por meio do plano-referência, uma vez que a enfermidade encontra-se no rol das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde.

Diante disso, após a instauração do cenário de pandemia no mundo e no Brasil, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) vem editando atos para expedir orientações, dentre as quais está englobada a obrigatoriedade para que se realize o exame para identificação da COVID-19.

¹⁹⁴ AGENCIA NACIONAL DA SAÚDE. Coronavírus (Covid-19). Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/coronavirus-covid-19>

Acesso em: 30 de out. de 2020.

¹⁹⁵ Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei

Inicialmente, a Resolução Normativa nº 453, de 12 de março de 2020 da ANS alterou a Resolução Normativa - RN nº 428, de 07 de novembro de 2017, que dispõe sobre o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde no âmbito da Saúde Suplementar, para regulamentar a cobertura obrigatória e a utilização de testes diagnósticos para infecção pelo Coronavírus, através da pesquisa por RT-PCR, apenas “quando o paciente se enquadrar na definição de caso suspeito ou provável de doença pelo Coronavírus 2019 (COVID-19) definido pelo Ministério da Saúde”.

O exame “Pesquisa por RT-PCR”, segundo a ANS é teste laboratorial considerado padrão ouro para o diagnóstico da infecção pela Covid-19 e deverá ser feito nos casos em que houver indicação médica. A avaliação do paciente deverá ser realizada pelo médico de acordo com o protocolo e as diretrizes definidas pelo Ministério da Saúde, a quem compete definir os casos enquadrados como suspeitos ou prováveis de doença pelo Coronavírus (Covid-19) que terão direito ao teste.¹⁹⁶

A ANS determina ainda que sendo verificada pelo médico a indicação do exame, o mesmo “deverá orientar o paciente a procurar sua operadora para pedir indicação de um estabelecimento de saúde da rede da operadora apto à realização do teste”.

Posteriormente, com a finalidade de ampliar as possibilidades de diagnóstico da Covid-19, especialmente em pacientes graves com quadro suspeito ou confirmado, em 28 de maio de 2020, a Resolução Normativa nº 457 da ANS, incluiu mais 06 exames que auxiliam no diagnóstico e tratamento do novo Coronavírus (COVID-19).¹⁹⁷

Com a referida Resolução Normativa, foram acrescentados os seguintes itens no rol de procedimentos e eventos de cobertura obrigatória: Dímero D (dosagem), Procalcitonina (dosagem); pesquisa rápida para influenza A e B e PCR em tempo real para os vírus Influenza A e B; pesquisa rápida para Vírus Sincicial Respiratório e PCR em tempo real para Vírus Sincicial Respiratório.¹⁹⁸

¹⁹⁶ AGENCIA NACIONAL DA SAÚDE. ANS inclui exame para detecção de Coronavírus no Rol de Procedimentos obrigatórios. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/coronavirus-covid-19/coronavirus-todas-as-noticias/5405-ans-inclui-exame-para-deteccao-de-coronavirus-no-rol-de-procedimentos-obrigatorios> Acesso em: 01 de out. de 2020.

¹⁹⁷ AGENCIA NACIONAL DA SAÚDE. ANS inclui mais seis exames no Rol para auxiliar no diagnóstico e tratamento do novo Coronavírus. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/coronavirus-covid-19/coronavirus-todas-as-noticias/5546-ans-inclui-mais-seis-exames-no-rol-de-coberturas-obrigatorias-para-auxiliar-na-deteccao-do-novo-coronavirus> Acesso em: 01 de out. de 2020.

¹⁹⁸ Idem.

Segundo a ANS, “Dímero D (dosagem)” é um procedimento que já era de cobertura obrigatória pelos planos de saúde, porém, ainda não era utilizado para casos relacionados à Covid-19. Sua importância se dá para diagnóstico e acompanhamento do quadro trombótico, além de possuir papel importante na avaliação prognóstica na evolução dos pacientes com Covid-19.¹⁹⁹

A “Procalcitonina (dosagem)”, conforme esclarece a ANS, é um procedimento “recomendado entre as investigações clínico-laboratoriais em pacientes graves de Covid-19, auxiliando na distinção entre situações de maior severidade e quadros mais brandos da doença”.²⁰⁰

A “pesquisa rápida para Influenza A e B e PCR em tempo real para os vírus Influenza A e B”, segundo a ANS, testes são indicados para diagnóstico da Influenza. “A pesquisa rápida é recomendada para investigações clínico-laboratoriais em pacientes graves. O diagnóstico diferencial é importante, pois a influenza também pode ser causa de Síndrome Respiratória Aguda Grave (SARS)”.²⁰¹

Por fim, a “pesquisa rápida para Vírus Sincicial Respiratório e PCR em tempo real para Vírus Sincicial Respiratório”, são “testes indicados para diagnóstico da infecção pelo Vírus Sincicial Respiratório (VSR). O teste rápido para o VSR é útil no diagnóstico diferencial de Covid-19 em crianças com infecção viral grave respiratória”.²⁰²

Acerca dessa segunda inclusão de procedimentos proporcionada pela Resolução Normativa nº 457 da ANS o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde no âmbito da Saúde Suplementar, o diretor-presidente substituto da ANS Rogério Scarabel, explicou:

“A ANS permanece atenta às mudanças no cenário do enfrentamento da Covid-19 e está alinhada aos protocolos do Ministério da Saúde. A maioria dos testes diagnósticos citados nas diretrizes do órgão já são de cobertura obrigatória no âmbito da saúde suplementar. No entanto, observamos que alguns testes destinados à atenção de pacientes graves, que podem impactar na conduta terapêutica, não estavam listados no rol de coberturas mínimas dos planos de saúde ou, quando já incluídos, não contemplavam pacientes com quadro suspeito ou confirmado da Covid-19. Dessa forma, estamos incluindo esses exames para ampliar as possibilidades de

¹⁹⁹ Idem.

²⁰⁰ Idem.

²⁰¹ Idem.

²⁰² Idem.

diagnóstico e, assim, buscar uma resposta mais rápida e efetiva para salvar vidas”²⁰³

Em 26 de junho de 2020, a Resolução Normativa nº 458 alterou a Resolução Normativa nº 428, de 07 de novembro de 2017, que dispõe sobre o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde no âmbito da Saúde Suplementar, para regulamentar a cobertura obrigatória e a utilização de testes sorológicos para a infecção pelo Coronavírus (COVID-19), em cumprimento a determinação judicial proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 0810140-15.2020.4.05.8300.

Diante disso, por meio da resolução normativa acima, O Anexo I da Resolução Normativa nº 428, de 07 de novembro de 2017, passou a vigorar acrescido do item “SARS-CoV-2 (Coronavírus COVID-19) - Pesquisa de anticorpos IgA, IgG ou IgM (com diretriz de utilização)”.

Todavia, em 13 de agosto de 2020, a Resolução Normativa nº 460 da ANS alterou a Resolução Normativa nº 428, que dispõe sobre o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde no âmbito da Saúde Suplementar, para regulamentar a cobertura obrigatória e a utilização de testes sorológicos para infecção pelo Coronavírus, revogando a Resolução Normativa nº 458, de 26 de julho de 2020.

Com a referida Resolução Normativa, o Anexo I da RN nº 428, de 2017 passou a vigorar acrescido do item “SARS-CoV-2 (Coronavírus COVID-19) - Pesquisa de anticorpos IgG ou anticorpos totais (com Diretriz de Utilização)”.

4.3 PRÁTICAS ABUSIVAS RELATIVAS À NEGATIVA DE COBERTURA DO EXAME PARA DIAGNÓSTICO

Como é sabido, o Código de Defesa do Consumidor veda expressamente a prática de condutas abusiva pelos fornecedores nas relações de consumo. No contexto normativo, as práticas abusivas estão dispostas no art. 39 do Código de Defesa do Consumidor.

Atualmente, a redação do caput do art. 39 do CDC não deixa dúvidas quanto ao caráter exemplificativo das situações e condutas que menciona, vez que estabelece

²⁰³ Idem.

que: “É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas”, seguindo sua numeração específica.²⁰⁴

A enumeração exemplificativa das práticas consideradas abusivas, foi adotada em homenagem ao princípio da vulnerabilidade do consumidor e ao sistema protetivo conferido pelo Código, marcada pela boa-fé informadora das relações de consumo.²⁰⁵

Com a adoção da técnica de anúncio exemplificativa, de extrema relevância se mostra a interpretação dessas práticas segundo um sentido comum. Com a utilização da expressão “abusividade” da conduta, ao tempo que promove a unicidade conceitual às condutas infirmadas na norma, facilita a identificação de outras que demonstrem condições semelhantes.²⁰⁶

Na caracterização da prática abusiva, três critérios devem ser considerados: a anormalidade ou o excesso do exercício da liberdade negocial do fornecedor, a repercussão coletiva que caracteriza a prática abusiva, e por fim, a deslealdade e violação da boa-fé.²⁰⁷

A anormalidade ou excesso é aferida a partir de um critério quantitativo, quando o fornecedor pretende obter vantagem manifestamente excessiva do consumidor em virtude da sua posição dominante; ou a partir de um critério qualitativo, quando ocorre prática desleal, violadora de boa-fé, mediante dissimulação ou se aproveitando da vulnerabilidade, dependência ou catividade do consumidor.²⁰⁸

A dimensão ou repercussão coletiva das práticas abusivas, também é um critério que deve ser observado para qualificar a conduta como proibida, haja vista que conforme assevera Bruno Miragem, “o efeito da proibição explica-se por seus efeitos para a coletividade”.²⁰⁹

²⁰⁴ MIRAGEM, Bruno. Op. cit. p. 318.

²⁰⁵ idem p. 318.

²⁰⁶ Idem, p. 318.

²⁰⁷ Idem, p. 323-324.

²⁰⁸ Idem, p. 324.

²⁰⁹ Idem, p. 324-325.

Por fim, as praticas abusivas, ainda trazem consigo a violação dos deveres de lealdade, colaboração do fornecedor com o consumidor e respeito às legítimas expectativas que decorrem da boa-fé objetiva.²¹⁰

Nesta senda, a preocupação da abusividade perpetrada pelos planos de saúde mostra-se essencial, sobretudo, em virtude do bem jurídico de extrema relevância tutelado na relação contratual: a saúde dos indivíduos.²¹¹

O novo cenário imposto pela Pandemia do Covid-19 tem agravado o cenário de abusividade praticado pelos fornecedores, que valendo-se do momento de excepcionalidade, abusam de seu poder econômico ou de suas técnicas profissionais, impondo condições vantajosas sobre o consumidor.²¹²

Nesse contexto, revela-se a fundamental importância da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que atua como agência reguladora responsável pelo setor de planos de saúde no Brasil, provendo um conjunto de medidas e ações do Governo envolvendo a criação de normas, o controle e a fiscalização de segmentos de mercado explorados por empresas, assegurando o interesse público.²¹³

Dentre as incumbências da ANS, está a regulação da lista de consultas, exames e tratamentos, intitulada “Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde”, cujos planos de saúde contratados a partir de 02 de janeiro de 1999 ou aqueles contratados antes dessa data, mas que foram adaptados à Lei dos Planos de Saúde, são compelidos a oferecer, conforme cada tipo de plano.²¹⁴

Assim, os exames, consultas, cirurgias e demais procedimentos contemplados no “Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde” são considerados mínimos e obrigatórios, sendo as operadoras compelidas a disponibilizar aos consumidores beneficiários de planos novos ou adaptados à Lei nº 9.656, de 1998.

²¹⁰ Idem, p. 326.

²¹¹ SILVA, Ana Clara Suzart Lopes da; SILVA, Joseane Suzart Lopes da. Op. cit. p. 7

²¹² FREITAS, Maria Luisa Schneider; FREITAS, Eliete Vanessa Schneider; FREITAS, Fernanda Serrer. Práticas abusivas e tempos de Pandemia COVID-19. Jornada de Extensão - Ciências Humanas. v. 6 n. 6 (2020): Salão do Conhecimento UNIJUI, 2020. Disponível em:

<https://publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salaconhecimento/article/view/17806>

Acesso em: 03 de nov. 2020, p. 01.

²¹³ ANS. Quem somos. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos>

Acesso em 01 de nov. de 2020.

²¹⁴ Art. 4º Compete à ANS:

III - elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades

Quanto aos planos antigos, isto é, aqueles contratos celebrados antes da vigência da lei 9.656/1998 que não tenham sido adaptados às suas regras, algumas regras trazidas pela LPS resultam da positivação de garantias que já eram asseguradas aos consumidores – inclusive a amplitude de cobertura – e de condutas que eram tidas como abusivas pela jurisprudência formada a partir da aplicação da Constituição Federal e, particularmente, do Código de Defesa do Consumidor.²¹⁵

Diante disso:

“deve ser parcimonioso o acatamento da afirmação lançada – literalmente verdadeira – de que a LPS não incide sobre os contratos antigos. Numa análise mais detida, é possível concluir que, embora incorra a incidência direta, haverá repercussão indireta, na medida em que os seus ditames forem utilizados para orientar a aplicação, a esses negócios, das disposições do CDC que reprimem as práticas e cláusulas abusivas, pois condutas das operadoras na atualidade expressamente vetadas há muito já estavam proibidas pelos princípios que orientam as relações de consumo”.

²¹⁶

Com a instauração do cenário pandêmico, alguns itens foram incorporados, pela ANS, ao “Rol de Procedimentos e Eventos”, que contempla os procedimentos considerados indispensáveis ao diagnóstico, tratamento e acompanhamento de doenças e eventos em saúde, em cumprimento ao disposto na Lei nº 9.656, de 1998.

Atualmente, sete exames para detecção do Coronavírus foram incluídos no “Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde”. São eles: “pesquisa por RT – PCR”, “Procalcitonina, Dosagem”, “pesquisa rápida para influenza a e b”, “PCR em tempo real para influenza A e B”, “Pesquisa rápida para vírus sincicial respiratório”, “PCR em tempo real para vírus sincicial respiratório” e “SARS-COV-2 (coronavírus covid-19) - pesquisa de anticorpos IGG ou anticorpos totais”.²¹⁷

Muito embora a inclusão dos referidos exames pela ANS no “Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde” implique na obrigatoriedade de cobertura dos mesmos para os consumidores beneficiários dos planos novos, ou antigos que foram adaptados à Lei dos Planos de Saúde, algumas diretrizes de utilização também foram estabelecidas e devem ser observadas.

²¹⁵ SAMPAIO, Aurisvaldo. Op. cit. p. 214-215.

²¹⁶ Idem, p. 214-215.

²¹⁷ Disponível em:

https://www.ans.gov.br/images/stories/Legislacao/rn/Anexo_II_DUT_Rol_2018_Alterado_pela_RN_453_RN_457-Revog_458-RN_460_ACP_GO_AC.pdf

Acesso em: 24 de out. de 2020.

Conforme o anexo II das “diretrizes de utilização para cobertura de procedimentos na saúde suplementar”, a “pesquisa por RT – PCR” deve ser obrigatoriamente coberto pelo plano “quando o paciente se enquadrar na definição de caso suspeito ou provável de doença pelo Coronavírus 2019 (covid-19) definido pelo Ministério da Saúde”.²¹⁸

Segundo a ANS, o exame deverá ser realizado nos casos que houver indicação médica, devendo o médico assistente avaliar o paciente de acordo com o protocolo e as diretrizes definidas pelo Ministério da Saúde, a quem compete definir os casos enquadrados como suspeitos ou prováveis de doença pelo Coronavírus (Covid-19) que terão direito ao teste.²¹⁹

Quanto aos exames “Procalcitonina, Dosagem”, “pesquisa rápida para influenza a e b”, “PCR em tempo real para influenza A e B”, “Pesquisa rápida para vírus sincicial respiratório”, “PCR em tempo real para vírus sincicial respiratório”, segundo o referido anexo, terão “cobertura obrigatória para avaliação hospitalar ou em unidades de emergência de pacientes com pneumonia ou síndrome respiratória aguda grave, com quadro suspeito ou confirmado de infecção pelo SARS-CoV-2 (COVID-19)”.²²⁰

Por fim, o anexo dispõe ainda que a “pesquisa de anticorpos IGG ou anticorpos totais” possui “cobertura obrigatória, conforme solicitação do médico assistente, quando preenchido um dos critérios do Grupo I e nenhum dos critérios do Grupo II”.²²¹

Na hipótese de indicação médica para realização do exame, a ANS determina que o médico deve orientar o paciente a contatar sua operadora para pedir indicação de um estabelecimento de saúde da rede da operadora apto à realização do teste.²²²

²¹⁸ Idem.

²¹⁹ Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/coronavirus-covid-19/coronavirus-todas-as-noticias/5405-ans-inclui-exame-para-deteccao-de-coronavirus-no-rol-de-procedimentos-obrigatorios>
Acesso em: 24 de out. de 2020.

²²⁰ Disponível em:
https://www.ans.gov.br/images/stories/Legislacao/rn/Anexo_II_DUT_Rol_2018_Alterado_pela_RN_453_RN_457-Revog_458-RN_460_ACP_GO_AC.pdf
Acesso em: 24 de out. de 2020.

²²¹ Idem.

²²² Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/coronavirus-covid-19/coronavirus-todas-as-noticias/5405-ans-inclui-exame-para-deteccao-de-coronavirus-no-rol-de-procedimentos-obrigatorios>
Acesso em: 24 de out. de 2020.

Em consonância com o art. 6º, inciso III, as operadoras de plano de saúde devem indicar, de maneira clara e inteligível, os locais de atendimento, através dos canais de atendimento da operadora, bem como através de cartas e SMS para os consumidores.²²³

Ademais, conforme estipula a Resolução nº 259/2011 da ANS, em seu art. 3º, IX²²⁴, os exames devem ser oferecidos no prazo máximo de três dias úteis após a solicitação pelo consumidor, sendo vedado que a operadora imponha um prazo, contrariando a mencionada resolução, sob pena de aplicação de multa pela ANS, mediante reclamação feita pelo consumidor.

Nesse panorama, não obstante o arcabouço jurídico plenamente favorável à cobertura do exame para diagnóstico da COVID-19 pelas operadoras de saúde, verificou-se na edição Boletim COVID-19, divulgado em outubro de 2020 pela ANS, uma quantidade expressiva de reclamações dos usuários acerca da dificuldade de acesso aos testes para diagnóstico da referida doença.²²⁵

Muito embora as medidas empregadas pela reguladora, segundo a ANS, a respeito das demandas relacionadas especificamente à Covid-19, de março até setembro foram registrados 16.503 pedidos de informações e 12.631 reclamações sobre o tema. Do total de reclamações, 59% dizem respeito a dificuldades relativas à realização de exames e tratamento.²²⁶

A dificuldade enfrentada pelos usuários dos planos de saúde no acesso aos testes para diagnóstico da COVID-19, restou, inclusive, reconhecida na Recomendação nº 50, de 24 de julho de 2020, pelo Presidente do Conselho Nacional de Saúde (CNS), Fernando Zasso Pigatto:

“os usuários de planos de saúde estão encontrando barreiras de acesso para realização do teste RT-PCR, o que retarda a realização do exame dentro da janela ideal, conforme recomenda o Protocolo do Ministério da

²²³ SILVA, Ana Clara Suzart Lopes da; SILVA, Joseane Suzart Lopes da. Op. cit. p. 9.

²²⁴ Art. 3º A operadora deverá garantir o atendimento integral das coberturas referidas no art. 2º nos seguintes prazos:

IX – serviços de diagnóstico por laboratório de análises clínicas em regime ambulatorial: em até 3 (três) dias úteis.

²²⁵ Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/coronavirus-covid-19/coronavirus-todas-as-noticias/5998-ans-divulga-nova-edicao-do-boletim-covid-19>

Acesso em: 03 de out. de 2020.

²²⁶ Disponível em: https://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/covid_19/Boletim_COVID-19_ANS_outubro.pdf

Acesso em: 03 de out. de 2020.

Saúde sobre manejo de paciente com Covid-19 e as Orientações sobre Diagnóstico, Tratamento e Isolamento de Pacientes com Covid-19, do Grupo Força Colaborativa Covid-19 Brasil".²²⁷

Nesse cenário, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública, com pedido de tutela de urgência, sob o nº 1029663-70.2020.8.26.0100, em face de seis operadoras de plano de saúde, pretendendo a concessão da tutela de urgência consistente na imediata liberação para seus segurados do tratamento médico prescrito, independentemente do cumprimento do prazo de carência de 180 dias, em se tratando de situação de urgência ou emergência.

Na sentença, o Juiz Fabio de Souza concedeu a tutela de urgência para determinar a liberação imediata, pelas requeridas, de cobertura para o atendimento e tratamento prescrito por médico, em favor de todos os seus segurados que sejam suspeitos ou efetivos portadores do vírus Covid-19, independentemente do cumprimento do prazo de carência de 180 dias, devendo ser considerando juridicamente todos esses casos como de urgência.

Ou seja, em síntese, o momento presente é de total excepcionalidade e permite, juridicamente, a interpretação de que é abusiva a negativa de cobertura por plano de saúde a pacientes suspeitos ou efetivamente portadores do vírus Covid-19 em razão de carência contratual, pois todos esses casos, sem distinção, devem ser considerados urgentes, não só para tratamento de cada paciente individualmente atendido, buscando-se evitar o agravamento de seus quadros clínicos (eis que não há certeza, mesmo para não integrantes de grupos chamados "de risco"), mas também para que assim haja maior facilidade de contenção da propagação da doença, possibilitando identificação e isolamento de eventuais contagiadores em potencial, fazendo com que os contratos de plano de saúde cumpram não só a sua finalidade em relação aos seus segurados, mas também a sua finalidade social de ferramenta do sistema de saúde em geral.

Ademais, considerando, juridicamente, todos os suspeitos ou portadores do vírus Covid-19, como casos de urgência, entendeu-se, por consequência, que será abusiva toda e qualquer negativa de cobertura pelos planos de saúde aos referidos pacientes, nos termos dos artigos 12, V, "c" e artigo 35-C, II da Lei nº 9.656/98.

A respeito da carência, deve-se frisar o disposto no art.12,v,c da lei 9.656/98, que fixa o prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência, o que notoriamente seria o caso de cobertura do exame de detecção de covid-19, haja vista a gravidade da moléstia.

²²⁷ Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/recomendacoes-cns/1279-recomendacao-n-050-de-24-de-julho-de-2020>

Acesso em 03 de out. de 2020.

No acórdão proferido nos autos da Apelação Cível nº 1010948-83.2020.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, pela Rel. Des. Fernanda Gomes Camacho foi reconhecida a abusividade na recusa do plano na cobertura à internação e realização do exame para detecção da COVID-19, sob alegação de que o autor estaria cumprindo prazo de carência e que o teste para o coronavírus somente seria realizado após a internação, conforme protocolo do Hospital.

“PLANO DE SAÚDE. Internação e cobertura de exame para detecção de covid-19. Alegação da ré de prazo de carência e que o teste só é realizado quando o paciente se encontra internado. Abusividade. Procedimento de caráter emergencial. Prazo de carência que pode ser de, no máximo, 24 horas, nos termos do artigo 12, V, “c”, da Lei 9.656/98, e da Súm. 103 do TJSP. Alegação de que a cobertura se limitaria às 12 primeiras horas, conforme Resol. 13/98 do CONSU. Não cabimento. Resolução que não pode criar limitações não disciplinadas pela Lei 9.656/98. DANOS MORAIS. Não configuração. Despesas de internação cobertas pelo plano, sem comprovação da necessidade de permanência do autor por mais tempo. Não agravamento do estado de saúde decorrente do tratamento domiciliar. Eventual transtorno que foi minorado pela autorização para realização do exame, concedida após a tutela de urgência. Descumprimento contratual que, por si só, não gera dano moral. Sentença reformada para afastar os danos morais. Sucumbência recíproca e proporcional. Recurso parcialmente provido”.

Na referida decisão, frisou-se que as cláusulas contratuais devem ser interpretadas em favor da parte vulnerável visando estabelecer o equilíbrio do contrato, assim, levando em conta que o artigo 35-C, inciso I, da Lei 9.656/98, estabelece que configuram situações de emergência aquelas que “implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente”, sendo, de acordo artigo 12, inciso V, item “c”, da Lei 9.656/98, os prazos máximo de carência em casos de urgência e emergência 24 horas, conforme súmula 103 do TJSP, entendeu-se abusiva a conduta do plano de saúde.

Ainda sobre o assunto, o acórdão proferido nos autos da Apelação Cível nº 1053944-90.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, pelo Rel. Des. Alexandre Marcondes, condenou a Associação de Beneficência e Filantropia São Cristóvão e Hospital e Maternidade São Cristóvão a custear o tratamento da autora, desde que prestado na rede credenciada, bem como de quaisquer exames por ela realizados.

Também incidiu no caso concreto o enunciado da Súmula nº 103 do Tribunal de Justiça de São Paulo, que reconhece que: “É abusiva a negativa de cobertura em atendimento de urgência e/ou emergência a pretexto de que está em curso período de carência que não seja o prazo de 24 horas estabelecido na Lei n. 9.656/98”.

A essa decisão foi aplicada a Súmula nº 96, da mesma Corte, que estabelece que “Havendo expressa indicação médica de exames associados à enfermidade coberta pelo contrato, não prevalece a negativa de cobertura do procedimento” para determinar o custeio do tratamento da autora pela autora.

No estado da Bahia, no julgamento do agravo de instrumento nº 8021437-48.2020.8.05.0000, proferido pela Rel. Des. Silvia Carneiro Santos Zarif, restou deferida a antecipação da tutela recursal para determinar a autorização e custeio da realização dos exames de sorologia para covid-19 e PCR para covid-19 na secreção respiratória, pelo Estado da Bahia, através do PLANSEV, em estabelecimento credenciado na cidade de Feira de Santana.

O agravado PLANSEV sustentou que em virtude de ser classificado como plano de saúde de autogestão, dotado de autonomia, não estaria submetido às regras da ANS, sendo dotado de regra da própria entidade, ao estabelecer critérios de categoria profissionais específicas para atendimento de cobertura dos exames.

Contudo, em seu entendimento, a desembargadora frisou os direitos à vida e à saúde, previstos na Constituição Federal, consubstanciados como garantias fundamentais, das quais o Poder Público não pode se furtar em cumprir, obrigando-o, dessa forma, a assegurar a efetiva proteção ao paciente, ressaltando o princípio maior da dignidade humana.

Acerca do tema, também versou a demanda tombada sobre o nº 0004068-62.2020.8.05.0103, que tramitou na 2ª vara do sistema dos juizados da comarca de Ilhéus. Após atendimento médico no posto de triagem da prefeitura municipal e encaminhamento para realização do exame de detecção do vírus, a autora teve sua solicitação indeferida por carência contratual.

Quanto à realização do exame RT-PCR, alegou a Ré ter sido o expediente correto para diagnóstico da enfermidade realizado pela paciente, que teria sido devidamente negado em virtude da promovente não se enquadrar nas diretrizes de utilização para cobertura do referido exame.

Na sentença, a juíza Adriana Tavares Lira destacou que conforme estabelece a ANS, o exame RT-PCR deve ser realizado nos casos em que houver indicação médica. Ademais, entendeu ter falhado a acionada ao negar sua autorização para realização do exame RT-PCR, condenado a demandada a indenizar a demandante

na importância correspondente a R\$2.000,00 (dois mil reais), à título de danos morais, face da negativa indevida à liberação do exame.

A respeito da limitação ou a própria negativa de tratamento indicado pelo médico a relatora ministra Nancy Andrichi proferiu as seguintes considerações:

“Somente ao médico que acompanha o caso é dado estabelecer qual o tratamento adequado para alcançar a cura ou amenizar os efeitos da enfermidade que acometeu o paciente; a seguradora não está habilitada, tampouco autorizada a limitar as alternativas possíveis para o restabelecimento da saúde do segurado, sob pena de colocar em risco a vida do consumidor”.²²⁸

Nesta esteira, conforme demonstrado, o exame deve ser realizado nos casos em que houver indicação médica, onde o mesmo deverá avaliar o paciente de acordo com o protocolo e as diretrizes definidas pelo Ministério da Saúde, a quem compete definir os casos enquadrados como suspeitos ou prováveis de doença pelo Coronavírus (Covid-19).

Não obstante a previsão dos exames para detecção de COVID-19 no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, a respeito da indicação médica, frisa-se, a Súmula 102 do Tribunal de Justiça de São Paulo, que estabelece que:

“Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS”.

4.4 A ASSISTÊNCIA SUPLEMENTAR À SAÚDE E A OBRIGATORIEDADE DE COBERTURA DO EXAME PARA DIAGNOSTICO

Não obstante os esforços empreendidos pela ANS na regulação dos planos privados de assistência a saúde com intuito de prover aos seus usuários uma adequada prestação de serviço, sobretudo no atual contexto de incertezas quanto à saúde, a reclamação dos consumidores frente à dificuldade na realização dos exames para detecção da COVID-19 é significativa.

²²⁸ Recurso Especial 1053810/SP, relatora ministra Nancy Andrichi, da terceira turma do STJ.

Conforme dados da ANS, as reclamações acerca da dificuldade no acesso aos exames para diagnóstico da COVID-19 pelos usuários do plano de saúde representa a maioria das queixas ligadas à pandemia²²⁹. Ademais, as demandas ajuizadas a respeito do tema demonstram a recorrência, sob diversas motivações advindas das operadoras.

Nesse cenário, diversos aspectos devem ser analisados a fim de se concluir acerca da abusividade nas condutas praticadas pelos planos de saúde que dificultam a cobertura do exame de diagnóstico da COVID-19, no contexto da pandemia.

Inicialmente, haja vista a inequívoca natureza de relação de consumo que dota os contratos de plano de saúde, por força da súmula 608 do STJ, algumas peculiaridades previstas no CDC devem ser observadas no cumprimento do contrato.

Como se sabe, a Política Nacional das Relações de Consumo, consagrada no artigo 4º, caput, do CDC²³⁰, tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, à sua saúde e à sua segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e a harmonia a elas inerente.

O referido artigo reconhece em seu inciso I²³¹ a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, haja vista sua situação de desequilíbrio na relação contratual, e em seu inciso III²³² a necessidade de observância da boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

Por esse prisma, as operadoras de planos de saúde devem ser transparentes e agir de boa-fé, assegurando o equilíbrio nas relações de consumo com o atendimento das necessidades dos seus contratantes, especialmente atual contexto da pandemia.

²²⁹ Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/coronavirus-covid-19/coronavirus-todas-as-noticias/5998-ans-divulga-nova-edicao-do-boletim-covid-19>

Acesso em: 30 de out. de 2020.

²³⁰ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo.

²³¹ I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

²³² III - 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

Nesse aspecto, conforme pontuou relator o Ministro Luis Felipe Salomão, a expectativa do consumidor no ato de contratação da assistência à saúde, relativa ao serviço que será prestado deve ser considerado:

“Os artigos 18, § 6º, III, e 20, § 2º, do CDC preveem a necessidade da adequação dos produtos e serviços à legítima expectativa do consumidor de, em caso de pactuação de contrato oneroso de seguro de assistência à saúde, não ficar desamparado no que tange a procedimento médico premente e essencial à preservação de sua vida”.²³³

A respeito da cobertura contratual no contexto da pandemia, Bruno Miragem chama atenção que: “Tratando-se do objeto principal do contrato a assistência à saúde e os riscos a ela inerentes, é de exigir-se interpretação que preserve a própria causa do contrato, bem como que se interprete restritivamente as exceções à regra geral”.²³⁴

Nesse aspecto, conclui o autor haver, portanto, uma legítima expectativa de cumprimento do contrato por parte dos consumidores dos planos de assistência à saúde, tutelada pelo Direito.²³⁵

Quanto aos direitos básicos do consumidor, o art. 6º estabelece que direitos básicos do consumidor a proteção da vida, saúde e segurança, a proteção contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços e a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

Com efeito, a proteção à saúde, além de direito básico dos consumidores é um direito social constitucionalmente assegurado a todos, cuja premissa daqueles que prestam tal assistência, deve ser a redução de riscos de doenças, para a sua promoção, proteção e recuperação, seja no plano privado, seja na esfera da administração pública.²³⁶

Além da inobservância quanto às normas previstas no Código de Defesa do Consumidor, deve-se ter em mente também que os contratos de plano de saúde contratos que tutelam direitos fundamentais, isto é, a saúde, e por consequência, a vida, que compreendem direitos mínimos existenciais, relacionados com a dignidade da pessoa humana.

²³³ REsp 962.980/SP, relator o insigne Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma em 13/03/2012, DJe de 15/05/2012.

²³⁴ Op. cit. p. 5.

²³⁵ Idem. p. 5.

²³⁶ Recurso Especial 1053810/SP, relatora ministra Nancy Andrichi, da terceira turma do STJ

Nesse aspecto, conforme pontuou a relatora ministra Nancy Andrighi:

“o interesse patrimonial da seguradora de obtenção de lucro, deve ser resguardado, por se tratar de um direito que lhe assiste, desde que devidamente prestado o serviço ao qual se obrigou, isto é, desde que receba o segurado o tratamento adequado com o procedimento médico ou cirúrgico necessário, que possibilite a garantia da saúde por inteiro, prestado de forma eficiente, integral e com qualidade, conforme assumido contratualmente e estabelecido constitucionalmente”²³⁷

Dessa maneira, a negativa de cobertura dos exames para diagnóstico da COVID-19 pelos usuários do plano de saúde, além de ir contra a resolução expedida pela ANS, fere o direito à saúde, sendo tal direito de grande relevância na medida em que previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, haja vista que configura-se como direito social prestacional.²³⁸

Ademais, os contratos de plano de saúde, assim como qualquer contrato, sob a égide inaugurada pelo Código Civil de 2002, devem estar pautados na função social. Assim, “assegura-se o lucro, desde que assumidos os riscos inerentes à tutela da saúde, tais como expostos na Constituição Federal, que não podem ficar somente a cargo do consumidor-segurado”.²³⁹

Nesse aspecto, presença de a anormalidade ou o excesso do exercício da liberdade negocial do fornecedor, a repercussão coletiva que caracteriza a prática abusiva, e a deslealdade e violação da boa-fé,²⁴⁰ caracterizada encontra-se a prática abusiva, perpetrada pela operadora do plano de saúde, devendo, por consequência repercutir os seus respectivos efeitos legais.

Numa análise pormenorizada, a anormalidade ou excesso é aferido quando o plano de saúde propõe dificuldade para prestar um serviço devido ao consumidor levando em conta o pagamento das prestações pelo contratante na expectativa do fornecimento do serviço, quando necessário. Não sendo recebida a contraprestação pelo consumidor, incorre o fornecedor em tentativa de obtenção de vantagem manifestamente excessiva do consumidor em virtude da sua posição dominante.²⁴¹

²³⁷ Recurso Especial 1053810/SP, relatora ministra Nancy Andrighi, da terceira turma do STJ

²³⁸ OLIVEIRA, Giovanna de Carvalho; COELHO, Marcus Filipe Freitas. Plano de saúde não pode se recusar a cobrir tratamento da Covid-19. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mai-05/opiniaoplane-saude-nao-recusar-cobrir-tratamento#_ftn2

Acesso em 06 nov. de 2020.

²³⁹ Recurso Especial 1053810/SP, relatora ministra Nancy Andrighi, da terceira turma do STJ

²⁴⁰ MIRAGEM, Bruno. Op. cit. p. 323-324.

²⁴¹ Idem, p. 324.

Ademais, a dimensão ou repercussão coletiva das práticas abusivas²⁴² encontra-se presente levando em consideração a reclamação em massa apurada por meio dos dados fornecidos pela ANS relativo às reclamações dos consumidores, bem como, ao constante ajuizamento de ações a respeito do tema.

Por fim, a notoriamente verifica-se a violação dos deveres de lealdade, colaboração do fornecedor com o consumidor e respeito às legítimas expectativas que decorrem da boa-fé objetiva.²⁴³

Sobre as legítimas expectativas que decorrem da boa-fé objetiva relativas a negativa de cobertura, a Min. Nancy Andrighi, menciona o seguinte:

“Em situações de debilidade, solicitar a cobertura do plano de saúde e após dias constatar que seu “pedido ainda não foi autorizado”, aparecendo como alternativa para concretizar um direito previsto contratualmente a busca pelo Poder Judiciário, demonstra que a saúde do beneficiário não possui o valor esperado de uma relação construída na boa-fé e no equilíbrio de prestações e contraprestações”.

Diante isso, extrai-se que a negativa indevida da cobertura para realização do exame de detecção de COVID-19 pelo plano de saúde além de se contrapor as Resoluções Normativas da ANS, viola diversos dispositivos, inclusive a vedação do Código de Defesa do Consumidor à prática considerada abusiva.

Nesse aspecto, reconhecido o caráter ilícito da violação da proibição de práticas abusivas e tendo sido gerado dano ao consumidor, à operadora de plano de saúde é gerado o dever de indenizar.²⁴⁴

Ademais, como se sabe, a relação obrigacional não decorre apenas da prestação do produto ou serviço, sendo imprescindível que o fornecedor observe os deveres decorrentes da boa-fé, tendo em vista que sua inobservância também gerará o dever de indenizar o consumidor:

“nas relações de consumo onde se desenvolveu primeiro – no direito brasileiro – a noção doutrinária assentada da obrigação como totalidade, compreendendo o exame da relação entre os contratantes não apenas em vista do dever principal de prestação (o produto ou o serviço), mas também de outros deveres definidos por lei ou decorrentes da boa-fé, em vista do comportamento concreto das partes. Há, na relação de consumo, deveres acessórios e anexos reconhecidos, que não dependem, necessariamente, da possibilidade ou não de cumprimento da prestação principal. A violação

²⁴² Idem, p. 324-325.

²⁴³ Idem, p. 326.

²⁴⁴ Idem, p. 323.

deste deveres, que independem da prestação principal, geram responsabilidade do fornecedor”.²⁴⁵

Um dos argumentos utilizados pelos planos de saúde na recusa do plano na cobertura à internação e realização do exame para detecção da COVID-19, conforme demonstrado, foi a necessidade de cumprindo prazo de carência e que o teste para o coronavírus.

Todavia, nos termos dos artigos 12, V, "c" e artigo 35-C, II da Lei nº 9.656/98, entende-se, jurisprudencialmente, pela abusividade da negativa de cobertura em atendimento de urgência e/ou emergência a pretexto de que está em curso período de carência que não seja o prazo de 24 horas estabelecido na Lei n. 9.656/98”.

Nesse sentido, completamente oportuna a decisão que permitiu, juridicamente, a interpretação de que é abusiva a negativa a suspeitos ou efetivos portadores do vírus Covid-19, independentemente do cumprimento do prazo de carência de 180 dias, considerando juridicamente todos esses casos como de urgência.

Afinal, tal interpretação, considerou a maior facilidade de contenção da propagação da doença, possibilitando identificação e isolamento de eventuais contagiadores em potencial, possibilitando que os contratos de plano de saúde cumpram não só a sua finalidade em relação aos seus segurados, mas também a sua finalidade social de ferramenta do sistema de saúde em geral.

Ademais, em relação á negativa de cobertura do teste de diagnostico para covid-19 pelo plano de saúde de autogestão, embora dotado peculiaridades e regras própria da entidade para estabelecer critérios de categoria profissionais específicas para atendimento de cobertura dos exames, os direitos à vida e à saúde, previstos na Constituição Federal, consubstanciados como garantias fundamentais, das quais o Poder Público não pode se furtar em cumprir, devendo assegurar a efetiva proteção ao paciente, ressaltando o princípio maior da dignidade humana.

Na visão de alguns, com a imediata vigência da RN 453/2020, os operadores de plano de saúde não foram contemplados com um período razoável de adequação para se prepararem para a nova regra.²⁴⁶

²⁴⁵ MIRAGEM, Bruno. Op. cit. p. 7.

²⁴⁶ OLIVEIRA, Giovanna de Carvalho; COELHO, Marcus Filipe Freitas. Plano de saúde não pode se recusar a cobrir tratamento da Covid-19. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mai-05/opiniaoplano-saude-nao-recusar-cobrir-tratamento#_ftn2

Contudo, em razão da supremacia dos interesses tutelados no contrato de plano de saúde, conforme demonstrado, a justificativa da falta de tempo hábil para a devida organização no que se refere ao pleno atendimento das medidas estipuladas pela ANS, pelas operadoras de planos de saúde, em razão do rápido impacto gerado pela pandemia²⁴⁷ não deve prosperar.

4.5 O PAPEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DO USUÁRIO DO PLANO PRIVADO DE SAÚDE

Para a defesa dos seus direitos subjetivos, o consumidor pode se valer da via judicial, fundada na garantia constitucional de acesso ao poder público e da via administrativa, de competência dos entes federados, conforme dispõe o art. 55, §1º do CDC²⁴⁸.²⁴⁹

Conforme disposição do art. 105 do CDC, “Integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor”.

O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) está regulamentado pelo Decreto Presidencial nº 2.181, de 20 de março de 1997, e conforme dispõe seu art. 2º, é integrado pela Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e os demais órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal, municipais e as entidades civis de defesa do consumidor.

A defesa administrativa do consumidor, comporta três modalidades de expressão do poder de polícia: o caráter preventivo, com a celebração de compromissos de ajustamento (art. 6º do Dec. 2.181/97) ou por meio das iniciativas de educação do consumidor (art. 55, caput, do CDC e art. 3º, IV do Dec. 2.181/97), a fiscalização do

Acesso em 06 nov. de 2020.

²⁴⁷ Idem.

²⁴⁸ Art. 55. A União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixarão normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços.

§ 1º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios fiscalizarão e controlarão a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem-estar do consumidor, baixando as normas que se fizerem necessárias

²⁴⁹ MIRAGEM, Bruno. Op. cit. p. 847.

cumprimento das disposições do Código de Defesa do Consumidor e legislações correlatas (art. 9º a 11 do Dec. 2.181/97) e a repressão às infrações às normas de proteção ao consumidor (art. 18 e ss. do Dec. 2.181/97).²⁵⁰

A atuação administrativa da União, não se restringe, contudo, às competências estabelecidas no CDC, sendo estendida ao campo da regulação da atividade econômica, por intermédio das agências reguladoras, que no âmbito dos serviços privados de assistência à saúde, é exercido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).²⁵¹

A ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar) foi criada pela Lei nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000, tendo entre suas atribuições: elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, fiscalizar a atuação das operadoras e prestadores de serviços de saúde com relação à abrangência das coberturas de patologias e procedimentos, fiscalizar o cumprimento das disposições da Lei no 9.656, de 1998, e de sua regulamentação e aplicar as penalidades pelo descumprimento, dentre outras.²⁵²

Frisa-se, ainda, que o art. 4º, XXXVI, que cumpre a ANS articular-se com os órgãos de defesa do consumidor visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde, observado o disposto na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990.

No atual contexto pandêmico, caso o plano dificulte a realização do exame, e nenhuma tratativa preliminar seja possível, é facultado ao beneficiário do plano deve registrar a queixa pelos canais oficiais da agência.

Conforme definição prevista na Resolução Normativa nº 388/2015, as demandas de reclamação dos consumidores passam pela mediação de conflitos realizada através da Notificação de Intermediação Preliminar (NIP), sendo possibilitada, a partir da mediação, reparação da conduta irregular e a resolução dos problemas dos

²⁵⁰ Idem. p. 854.

²⁵¹ Idem, p. 848.

²⁵² Art. 4º Compete à ANS:

III - elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei no 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades
XXVI - fiscalizar a atuação das operadoras e prestadores de serviços de saúde com relação à abrangência das coberturas de patologias e procedimentos

XXIX - fiscalizar o cumprimento das disposições da Lei no 9.656, de 1998, e de sua regulamentação;

XXX - aplicar as penalidades pelo descumprimento da Lei no 9.656, de 1998, e de sua regulamentação;

beneficiários pelas operadoras, evitando, a abertura de processo administrativo e judicial.

Segundo a edição do Boletim Covid-19 divulgado pela ANS em 21 de outubro de 2020, entre os meses de março a julho de 2020, a NIP alcançou 92,7% de resolutividade, considerando todas as demandas cadastradas na ANS no período, que foram passíveis de mediação, bem como 91,3% de resolutividade quando consideramos somente as demandas relacionadas à Covid-19.²⁵³

Ademais, inegável a importância do poder judiciário na efetivação dos direitos dos consumidores, proporcionando o resgate do equilíbrio entre os sujeitos da relação de consumo e combatendo flagrantes abusos praticados pelos fornecedores.

Assim, inquestionável a atuação da administração pública e do poder judiciário na proteção dos direitos dos consumidores, sobretudo, diante do atual cenário pandêmico vivenciado.

²⁵³ Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/Boletim_COVID-19_ANS_outubro.pdf
Acesso em: 30 de out. de 2020.

5 CONCLUSÃO

Em face de todo exposto, conclui-se que, no capítulo 2, as inegáveis mudanças proporcionadas na sociedade, em detrimento da consolidação do Código de Defesa do Consumidor.

Tais transformações propiciaram o maior diálogo entre os consumidores e fornecedores, bem como, o maior exercício dos direitos dos consumidores, com inclusive, a possibilidade de se recorrer a órgãos de proteção e defesa dos consumidores e ao próprio poder judiciário para efetiva-los.

A defesa do consumidor evidencia sua pertinência, também, na medida em que a Constituição Federal no art. 5º, XXXII, previu o dever do estado em promover a sua proteção, além de ter a consolidada, no art. 170, V, como um princípio da ordem econômica.

Diante disso, a relação de consumo é definida como a utilização ou aquisição do produto ou serviço pelo destinatário final. Tais relações devem ser interpretadas à luz da principiologia e direitos básicos dos consumidores, consagrados pela Lei nº 8.078/90, dos institutos consagrados pelo direito privado, além dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal.

No campo dos princípios e direitos básicos do consumidor afamados pelo Código de Defesa do Consumidor, especial destaque merece a vulnerabilidade presumida do consumidor, a boa-fé objetiva, cujas relações devem sempre observar, além do direito à vida, saúde e segurança, proteção contra práticas e cláusulas abusivas conferidas ao consumidor.

Já no capítulo 3, observou-se que os direitos básicos à vida e a saúde, como se sabe, possuem previsão constitucional, figurando como direitos fundamentais, levando em conta, sobretudo, sua relação com as noções de dignidade da pessoa humana e com o mínimo existencial.

Tais princípios, muito embora resguardados constitucionalmente, em virtude da eficácia dos direitos fundamentais nas esferas das relações privadas, compreendida pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais, operam efeitos nas relações privadas, vinculando-se, as partes, a observarem tais previsões.

No Brasil, a assistência à saúde é livre a iniciativa privada, diante disso, o contrato de plano privado de assistência à saúde, atua como objeto da relação de consumo protagonizada entre as operadoras e seus beneficiários, e devem, tais relações, observar tanto os princípios consolidados pela Magna Carta, quanto os princípios e direitos específicos das relações de consumo.

Ademais, o Código Civil de 2002 inaugurou um novo panorama normativo, prevendo um padrão de regras comportamentais que devem ser observados nos negócios jurídicos firmados, dentre os quais se destaca o dever cumprimento da função social do contrato.

Diante da função social do contrato, exige-se uma readaptação das relações privadas, sendo a autonomia privada e o *pacta sunt servanda* minimizado com o fim de ser atingido um bem maior coletivo.

No capítulo 4, identificando a existência do problema, constatou-se que em meio ao contexto pandêmico, buscando colaborar da forma mais efetiva possível na resposta brasileira ao Coronavírus, não obstante a publicação de algumas resoluções normativas alterando o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde no âmbito da Saúde Suplementar, para regulamentar a cobertura obrigatória e a utilização de testes diagnósticos para infecção pelo Coronavírus, contudo, a dificuldade no acesso aos referidos exames por meio do plano de saúde foi relatada pelos consumidores.

Apesar da assistência a saúde no Brasil ser livre à iniciativa privada, os contratos de plano de saúde sofrem intervenção da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), agente reguladora dos planos de saúde, que dentre as suas competências esta a elaboração do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde e a fiscalização da atuação das operadoras e prestadores de serviços de saúde com relação à abrangência das coberturas de patologias e procedimentos.

Em meio ao contexto pandêmico, buscando colaborar da forma mais efetiva possível na resposta brasileira ao Coronavírus, a reguladora publicou algumas resoluções normativas alterando o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde no âmbito da Saúde Suplementar, para regulamentar a cobertura obrigatória e a utilização de testes diagnósticos para infecção pelo Coronavírus, contudo, a dificuldade no

acesso aos referidos exames por meio do plano de saúde foi relatada pelos consumidores.

Diante dessa dificuldade no acesso aos exames de diagnóstico da COVID-19 pelos planos de saúde, é de fundamental importância o papel da Administração Pública, por intermédio do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), e da Agência Reguladora responsável pelo setor de planos de saúde no Brasil (ANS), além do Poder judiciário, na efetivação dos direitos dos consumidores.

Como se sabe, a pandemia afetou não somente a saúde da população, provocando também diversas repercussões no campo do bem-estar, emprego e faturamento das empresas. Inenarráveis foram os impactos socioeconômicos desencadeados pela pandemia, em escala mundial.

Todavia, deve-se reconhecer que os contratos de planos privados de assistência à saúde possuem como objeto da relação de consumo a tutela do bem jurídico de maior relevância no ordenamento jurídico, e em razão disso, com o intuito de resguardar valores protegidos constitucionalmente, como a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, está sujeito à sua função social.

Em detrimento disso, não é temerário afirmar que os contratos de planos privados de assistência à saúde, em respeito ao princípio da boa-fé objetiva, devem proporcionar aos seus contratantes o que dentro da razoabilidade, minimamente se busca resguardar no ato da sua contratação: a saúde.

Nesse aspecto, entendeu-se pela abusividade dos planos de saúde, ante a negativa de cobertura pelos planos de saúde de exame elencado no “rol de procedimentos e eventos”, sobretudo em tempos de pandemia, onde o contexto de incertezas fragiliza, ainda mais a figura do consumidor.

Nesse contexto, averiguou-se a importância da atuação da administração pública na efetivação dos direitos dos usuários dos planos privados de saúde, que atuam, no caso de planos de saúde, tanto por intermédio do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, quando por meio da ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar).

Por fim, conclui-se que criação de leis mais severas, a fim de se evitar a infringência dos fornecedores às normas protetivas, sobretudo, quando possuem como objeto da

relação de consumo a tutela de um bem de extrema relevância jurídica, resguardado constitucionalmente, como no caso em questão.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 6ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

AGENCIA NACIONAL DA SAÚDE. **ANS inclui exame para detecção de Coronavírus no Rol de Procedimentos obrigatórios**. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/coronavirus-covid-19/coronavirus-todas-as-noticias/5405-ans-inclui-exame-para-deteccao-de-coronavirus-no-rol-de-procedimentos-obrigatorios>
Acesso em: 08 nov. de 2020.

AGENCIA NACIONAL DA SAÚDE. **ANS inclui mais seis exames no Rol para auxiliar no diagnóstico e tratamento do novo Coronavírus**. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/coronavirus-covid-19/coronavirus-todas-as-noticias/5546-ans-inclui-mais-seis-exames-no-rol-de-coberturas-obrigatorias-para-auxiliar-na-deteccao-do-novo-coronavirus>
Acesso em: 01 de out. de 2020.

AGENCIA NACIONAL DA SAÚDE. **Coronavírus (Covid-19)**. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/coronavirus-covid-19>
Acesso em: 30 de out. de 2020.

AGENCIA NACIONAL DA SAÚDE. **Quem somos**. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos>
Acesso em 01 de nov. de 2020.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Agravo de Instrumento nº 8021437-48.2020.8.05.0000. Primeira Câmara Cível. Relatora: Silvia Carneiro Santos Zarif. Julgado em: 03 de agosto de 2020.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Ação indenizatória nº 0004068-62.2020.8.05.0103. 2ª vara do sistema dos juizados da comarca de Ilhéus. Juíza: Adriana Tavares Lira. Julgado em: 16 de outubro de 2020.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. 8. ed. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de Direito do Consumidor: à luz da jurisprudência do STJ**. Salvador: Edições Juspodivm, 2007.

BRASIL. **Código Civil**. Brasília, DF. 10 de jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm
Acesso em: 30 ago. 2020.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF. 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm.
Acesso em: 31 ago. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997. **Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de**

aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto Nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20organiza%C3%A7%C3%A3o%20do,1993%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs.

Acesso em: 10 de nov. de 2020.

BRASIL. Decreto nº 7.616, de 17 de novembro de 2011. Dispõe sobre a declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional - ESPIN e institui a Força Nacional do Sistema Único de Saúde - FN-SUS. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7616.htm

Acesso em: 24 de out. de 2020.

BRASIL. Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020. Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm

Acesso em: 30. de out. de 2020.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 6, de 2020. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm

Acesso em: 24 de out. de 2020.

BRASIL. Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm

Acesso em: 24 de out. de 2020.

BRASIL. Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2020. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MjMx>

Acesso em: 01 de out. de 2020.

BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm.

Acesso em: 24 de out. de 2020.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm

Acesso em: 24 de out. de 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Disponível em:

<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro->

de-2020-241408388

Acesso em: 24 de out. de 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 356, de 11 de março de 2020. **Dispõe sobre a regulamentação e operacionalização do disposto na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que estabelece as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19).** Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/PRT/Portaria%20n%C2%BA%20356-20-MS.htm

Acesso em 24 de out. de 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 428, de 07 de novembro de 2017. **Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999; fixa as diretrizes de atenção à saúde; e revoga as Resoluções Normativas – RN nº 387, de 28 de outubro de 2015, e RN nº 407, de 3 de junho de 2016.** Disponível em:

<https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzUwMg==>

Acesso em: 24 de out. de 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Resolução Normativa - RN nº 453, de 12 de março de 2020. **Altera a Resolução Normativa - RN nº 428, de 07 de novembro de 2017, que dispõe sobre o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde no âmbito da Saúde Suplementar, para regulamentar a cobertura obrigatória e a utilização de testes diagnósticos para infecção pelo Coronavírus.** Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/RES/RES-453-20-MS-ANS.htm.

Acesso em: 30 de out. de 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Resolução Normativa - RN nº 457, de 28 de maio de 2020. **Altera a Resolução Normativa - RN nº 428, de 07 de novembro de 2017, que dispõe sobre o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde no âmbito da Saúde Suplementar, para regulamentar a cobertura obrigatória e a utilização de testes diagnósticos para a infecção pelo Coronavírus (COVID-19).** Disponível em:

[http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzkwOQ==#:~:text=Altera%20a%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20Normativa%20%2D%20RN,Coronav%C3%ADrus%20\(COVID%2D19\).](http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzkwOQ==#:~:text=Altera%20a%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20Normativa%20%2D%20RN,Coronav%C3%ADrus%20(COVID%2D19).)

Acesso em: 30 de out. de 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Resolução Normativa - RN nº 458, de 26 de junho de 2020. **Altera a Resolução Normativa - RN nº 428, de 07 de novembro de 2017, que dispõe sobre o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde no âmbito da Saúde Suplementar, para regulamentar a cobertura obrigatória e a utilização de testes sorológicos para a infecção pelo Coronavírus (COVID-19), em cumprimento a determinação judicial proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 0810140-15.2020.4.05.8300.** Disponível em: [https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-normativa-rn-n-458-de-26-de-junho-de-2020-263971789#:~:text=Altera%20a%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20Normativa%20%2D%20RN,19\)%2C%20em%20cumprimento%20a%20determina%C3%A7%C3%A3o](https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-normativa-rn-n-458-de-26-de-junho-de-2020-263971789#:~:text=Altera%20a%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20Normativa%20%2D%20RN,19)%2C%20em%20cumprimento%20a%20determina%C3%A7%C3%A3o)

[https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-normativa-rn-n-458-de-26-de-junho-de-2020-263971789#:~:text=Altera%20a%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20Normativa%20%2D%20RN,19\)%2C%20em%20cumprimento%20a%20determina%C3%A7%C3%A3o](https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-normativa-rn-n-458-de-26-de-junho-de-2020-263971789#:~:text=Altera%20a%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20Normativa%20%2D%20RN,19)%2C%20em%20cumprimento%20a%20determina%C3%A7%C3%A3o)

[https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-normativa-rn-n-458-de-26-de-junho-de-2020-263971789#:~:text=Altera%20a%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20Normativa%20%2D%20RN,19\)%2C%20em%20cumprimento%20a%20determina%C3%A7%C3%A3o](https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-normativa-rn-n-458-de-26-de-junho-de-2020-263971789#:~:text=Altera%20a%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20Normativa%20%2D%20RN,19)%2C%20em%20cumprimento%20a%20determina%C3%A7%C3%A3o)

Acesso em: 30 de out. de 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Resolução Normativa - RN nº 460, de 13 de agosto de 2020. **Altera a Resolução Normativa - RN nº 428, de 07 de novembro de 2017, que dispõe sobre o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde no âmbito da Saúde Suplementar, para regulamentar a cobertura obrigatória e a utilização de testes sorológicos para infecção pelo Coronavírus e revoga a Resolução Normativa - RN nº 458, de 26 de julho de 2020.** Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=Mzk0Ng==#:~:text=RESOLU%C3%87%C3%83O%20NORMATIVA%20%2D%20RN%20N%C2%BA%20460%2C%20DE%2013%20DE%20AGOSTO%20DE%202020&text=A%20Diretoria%20Colegiada%20da%20Ag%C3%Aancia,e%20incis%C3%A3o%20II%20do%20art.>

Acesso em: 30 de out. de 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1286704.** Recorrente: Transbrasil S.A. Linhas Aéreas, General Electric Capital Corporation e outros e AerCap Ireland Limited e outro. Recorrido: Transbrasil S.A. Linhas Aéreas, General Electric Capital Corporation e outros e AerCap Ireland Limited e outro. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DJ 22 out. 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24580852/recurso-especial-resp-1286704-sp-2011-0242696-8-stj/relatorio-e-voto-24580854>

Acesso em: 08 out. 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.053.810-SP.**

Recorrente: A Marítima Companhia de Seguros Gerais, Armando Ribeiro Gonçalves Junior e outro(s), Amauri Alonso Ielo e outro(s). Recorrido: José Antônio Gomes da Silva. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DJ 15 mar. 2010. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271053810%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271053810%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271053810%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271053810%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)

Acesso em: 11 out. 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº REsp 962980-SP.**

Recorrente: Diego de Carvalho Ferreira. Recorrido: Sul América Companhia de Seguro Saúde. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DJ 13 mar. 2012.

Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%27962980%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%27962980%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%27962980%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%27962980%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)

Acesso em: 11 out. 2020.

CÁCERES, Eliana. Os Direitos Básicos do Consumidor: uma contribuição. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima. **Direito do Consumidor.** v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

COELHO, Marcus Filipe Freitas; FREITAS, Gilberto Passos de. **Breves notas sobre o impacto da pandemia da Covid-19 nas relações contratuais.** Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2020-mar-31/opinio-impacto-pandemia-covid-19-relacoes-contratuais>

Acesso em: 06 de nov. de 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. **A proteção ao consumidor na Constituição Brasileira de 1988**. In RDM 80, Ed. RT, São Paulo.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

FERREIRA FILHO, Manuel Golçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. Saraiva, 1992.

FILGUEIRAS, Marina Ferreira; LIMA, Rita de Castro Hermes Meira; MATTOZO, Nicolas Eric; SANTANA, Héctor Valverde; PINTO, Leonardo Arêba; MUNIZ, Ana Cândida. Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto. In: **Revista de Direito do Consumidor**. n. 100. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FREITAS, Maria Luisa Schneider; FREITAS, Eliete Vanessa Schneider; FREITAS, Fernanda Serrer. **Práticas abusivas e tempos de Pandemia COVID-19**. Jornada de Extensão - Ciências Humanas. v. 6 n. 6 (2020): Salão do Conhecimento UNIJUÍ, 2020. Disponível em: <https://publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salaocohecimento/article/view/17806>
Acesso em: 03 de nov. 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual: de acordo com a constituição de 1988**. São Paulo: Forense Universitária, 1990.

JÚNIOR, Nelson Nery. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima. **Direito do Consumidor**. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade por vício do produto ou do serviço**. Brasília: Brasília Jurídica. 1996.

MAIA, Daniele Medina. Princípios Constitucionais do Direito do Consumidor. In: NASCIMENTO FILHO, Firly; GUERRA, IsabellaFranco; PEIXINHO, Manoel Messias. **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações de contratuais**. 5. ed. São Paulo: ED. RT, 2005.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2018.

MIRAGEM, Bruno. **Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil**. Revista dos Tribunais. vol. 1015. 2020. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/openweb/documents/pdf/Brazil/whit-e-paper/covid-miragem.pdf>.
Acesso em: 01 de nov. de 2020.

NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do Direito Civil obrigacional: a concepção do Direito Civil Constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. **Cadernos de autonomia privada**. n. 2. Curitiba: Juruá, 2001.

NUNES, Rizzatto. **O conceito de prática abusiva no Código de Defesa do Consumidor**. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/abc-do->

cdc/299592/o-conceito-de-pratica-abusiva-nocodigo-de-defesa-do-consumidor.
Acesso em: 06 de nov. 2020.

NOGUEIRA, Antonio de Pádua Ferraz. Considerações sobre os princípios do Código de defesa do consumidor. In: **Revista Forence**. vol. 348, 1999.

OLIVEIRA, Giovanna de Carvalho; COELHO, Marcus Filipe Freitas. **Plano de saúde não pode se recusar a cobrir tratamento da Covid-19**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mai-05/opiniaoplano-saude-nao-recusar-cobrir-tratamento#_ftn2
Acesso em 06 nov. de 2020.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **A economia mundial enfrenta um difícil caminho para a recuperação**. Disponível em: <https://www.oecd.org/fr/presse/a-economia-mundial-enfrenta-um-dificil-caminho-para-a-recuperacao.htm>
Acesso em: 28 de out. de 2020.

PACANARO, Armando Wesley. Aplicabilidade do princípio da função social nos contratos de seguro-saude e planos de saúde. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 105. ano 25. P. 155-173. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2016.

PINTO, Henrique Alves. Princípios nucleares do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor e sua extensão como princípio constitucional. In: **Revista de Direito Administrativo**. vol. 236. Rio de Janeiro, 2014.

RIZZATO, Luiz Antônio Nunes. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2000.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. vol. 3. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RUGGIERO, Roberto. **Instituições de direito civil**. v. 1. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1971.

SAMPAIO, Aurivaldo Melo. **O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ação Civil Pública nº 1029663-70.2020.8.26.0100. Trigesima segunda vara cível. Juiz de Direito: Fabio de Souza Pimenta. Julgado em 16 de abril de 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1010948-83.2020.8.26.0001. 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relatora: Fernanda Gomes Camacho. Julgado em 28 de outubro de 2020.

SATO, Luciana Akie. SANTOS, Silas Silva. **A força normativa dos princípios e os direitos básicos do consumidor no CDC**. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/issue/view/99>.
Acesso em: 25 de set de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 2017.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. Os reflexos da pandemia (COVID-19) nas relações de consumo: A proteção dos destinatários finais nos serviços públicos

essenciais e em contratos referentes a relevantes bens jurídicos. **Revista de Direito do Consumidor**. vol 130. Ano 29. P. 27-61. São Paulo: Ed. RT, jul-ago./2020.

SILVA, Ana Clara Suzart Lopes da; SILVA, Joseane Suzart Lopes da. Os impactos da pandemia covid-19 nos contratos de assistência suplementar à saúde: a proteção dos usuários em esteio do microsistema consumerista. **Rev. De Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo**. e-ISSN:2526-0030. Evento virtual. v. 6. n.1. p. 1-21. Jan/jun.2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadgrc/article/view/6466/pdf>
Acesso em 01 de nov. de 2020

SOUZA, Carlos Eduardo Silva; ALVIM, Victor Lucas. A eficácia horizontal do direito fundamental (social) à saúde nas relações de consumo: uma análise do Recurso Especial 1.330.919/MT. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 117. Ano 27. P. 303-321. São Paulo: Ed. RT maio-jun. 2018.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. **Temas de Direito Civil**. Tomo. II. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Coronavirus disease (COVID-19): Vaccines** Disponível em: [https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-a-detail/coronavirus-disease-\(covid-19\)-vaccines](https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-a-detail/coronavirus-disease-(covid-19)-vaccines)
Acesso em 28 de out. de 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Novel coronavirus (2019 –nCov) – Situation Report – 1to 21 January 2020**. Disponível em: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200121-sitrep-1-2019-ncov.pdf?sfvrsn=20a99c10_4
Acesso em 20 de out. de 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Q&As on COVID-19 and related health topics**. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub>
Acesso em 20 de out. de 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020** Disponível em: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>
Acesso em: 24 de out. de 2020.