



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RODRIGO MACHADO GURJÃO ALONSO

**AS NEGATIVAS DE COBERTURA POR PLANOS DE SAÚDE
DAS DEMANDAS NA PANDEMIA: UMA ANÁLISE DOS
DANOS AO CONSUMIDOR**

Salvador
2021

RODRIGO MACHADO GURJÃO ALONSO

**AS NEGATIVAS DE COBERTURA POR PLANOS DE SAÚDE DAS DEMANDAS
NA PANDEMIA: UMA ANÁLISE DOS DANOS AO CONSUMIDOR**

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

Orientador: Prof. Flavia Marimpietri

Salvador
2021

TERMO DE APROVAÇÃO

RODRIGO MACHADO GURJÃO ALONSO

AS NEGATIVAS DE COBERTURA POR PLANOS DE SAÚDE DAS DEMANDAS NA PANDEMIA: UMA ANÁLISE DOS DANOS AO CONSUMIDOR

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

Nome: _____

Titulação e
instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição:

Nome: _____

Titulação e
instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2021.

Aos meus queridos pais e avós
por sempre acreditarem em mim
e nunca medirem esforços para
me proporcionar o melhor.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente gostaria de agradecer aos meus pais e avós, sem eles nada seria possível, o apoio deles me dá coragem para seguir em frente, os conselhos me fazer ser uma pessoa melhor, eles são os meus maiores exemplos de pessoas dignas, batalhadoras e que prezam pela família. Obrigada por todas as oportunidades, por acreditarem em mim e sempre estar ao meu lado nos momentos bons e ruins.

Também gostaria de agradecer ao meu irmão Ricardo Alonso, que está no céu torcendo por mim, e nos momentos em que esteve presente, sempre esteve ao meu lado.

Gostaria de agradecer à Manuela Bittencourt, minha namorada, por todo amor, paciência, ajuda e por acompanhar de perto o desenvolvimento desse trabalho.

Aos meus amigos Danilo, Thales, Leonardo, Pedro, Bernardo, Rafael e Carlão que compartilharam comigo toda a vida acadêmica e pessoal.

Ao meus queridos colegas e amigos Renan, Danilo, Suelha, Yan e Walter do escritório Pessoa e Pessoa que sempre me incentivaram, me inspiraram, me ensinaram e fizeram ver a vida com outros olhos. Meu todo respeito e apreço a estes grande amigos e profissionais, que são exemplares.

Meu todo agradecimento a Dra. Larissa Sento Se Rossi e a Victor Graça do escritório Pessoa e Pessoa, por me dar a oportunidade de crescer profissionalmente.

À minha orientadora, Professora Doutora Flavia Marimpietri, pelo empenho e paciência o com o qual me guiou no desenvolvimento desse trabalho, em que pese, infelizmente o contato tenha sido virtual, lembro-me dos bons momentos das aulas presenciais em que ela ministrou.

A todos os professores da Faculdade Baiana de Direito, por todo conhecimento que foi compartilhado e pelos ensinamentos que vão muito além da sala de aula.

Seja você quem for, seja qual for a posição social que você tenha na vida, a mais alta ou a mais baixa, tenha sempre como meta muita força, muita determinação e sempre faça tudo com muito amor e com muita fé em Deus, que um dia você chega lá. De alguma maneira você chega lá.”

Ayrton Senna

RESUMO

A presente monografia trata das negativas de cobertura por planos de saúde das demandas na pandemia, assim como suas implicações jurídicas na área de consumo, a possibilidade de responsabilização no âmbito judicial e a aplicabilidade da indenização por dano moral. O objetivo do presente trabalho, é analisar a negativa de cobertura de demandas por parte dos planos de saúde brasileiros em tempos normais e em tempos de pandemia e suas possíveis implicações do ponto de vista: social e jurídico. Foi necessário então realizar uma análise no sistema de saúde suplementar brasileiro sob o ponto de vista social e jurídico; Apontar evolução contratual dos planos de saúde no Brasil, suas aplicações, consequências jurídicas; Apontar as falhas nos instrumentos particulares entre o beneficiário e operadora de plano de saúde que possam acarretar prejuízos aos consumidores beneficiários; Identificar as principais consequências geradas aos consumidores quando há negativa demanda por parte da operadora; Apontar os meios de tutela que o consumidor possui a partir da demanda negada; Apontar quais os principais danos gerais e adicionais gerados ao consumidor beneficiário.

Por fim, se busca a confrontação das negativas de demanda a partir da intensa fiscalização estatal ou a partir de demandas judiciais uma vez que violam os princípios que norteiam o direito do consumidor e a função social do contrato.

Palavras-chave: direito a saúde, planos de saúde, cobertura assistenciais, negativa de cobertura, implicações, judicialização.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 CONTRATO E RELAÇÃO DE CONSUMO	12
2.1 A RELAÇÃO DE CONSUMO E SEUS SUJEITOS	
2.2 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO CDC	19
2.2.1 Da Vulnerabilidade	27
2.3 DIREITOS BASICOS DO CONSUMIDOR	31
2.2.1 Direito básico à Vida, à Saúde e a Segurança	32
2.2.2 Direito básico à informação	38
2.2.3 Direito à proteção contra práticas e cláusulas abusivas	39
3 CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE	42
3.1 DO DIREITO BÁSICO DE ACESSO À SAÚDE	43
3.2 HISTÓRICO DA SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL	49
3.3 SISTEMA REGULATÓRIO DOS PLANOS DE SAÚDE	54
3.4 DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE	58
3.4.1 Conceito	58
3.4.2 Características	62
3.4.3 Das limitações do contrato de plano de saúde	65
3.5 A LEI Nº 9.656/1998 SOB O PRISMA DO CDC	67
4 NEGATIVAS DE COBERTURA POR PLANOS DE SAÚDE NA PANDEMIA	70
4.1 SOBRE A NEGATIVA DE COBERTURA	
4.2 DA NEGATIVA DE COBERTURA NO PERÍODO DA PANDEMIA	78
4.3 DA CONSEQUÊNCIA ADICIONAL DA NEGATIVA DE COBERTURA	85
INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS SOFRIDOS	
5 CONCLUSÃO	96
REFERÊNCIAS	106

1 INTRODUÇÃO

A saúde sempre foi uma preocupação do ser humano, visto que várias civilizações foram dizimadas por epidemias e doenças. Tais fatos fizeram com que a população, ao longo do tempo, por questão até mesmo de sobrevivência, ressaltasse a sua importância, pois, caso contrário, a própria vida humana estaria comprometida.

O acesso à saúde é um direito constitucional, foi elencado pelo constituinte nos chamados direitos sociais que informa no artigo 6.º da constituição federal que são direitos sociais o acesso à saúde. Ou seja, o estado precisa garantir a sua fruição por meio da concepção de políticas sociais e econômicas capazes de promover a redução do risco de doenças e de outros agravos e, assim, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Porém, mesmo sendo o acesso à saúde um serviço público o constituinte também referiu à possibilidade da sua execução pela iniciativa privada no art. 199 da carta magna. Ao que se percebe, por conta da ampla desigualdade social que atinge o país, muito possivelmente o constituinte já reconhecia que o Estado enfrentaria dificuldades para assegurar ao cidadão a sua integral e tempestiva fruição do sistema de saúde.

Pois bem, atualmente o acesso à saúde é uma dificuldade diariamente enfrentada no Brasil, devido à ineficiência do Estado em garantir a todos os cidadãos este direito fundamental tão importante à concretização da dignidade humana.

Nesse diapasão, a saúde suplementar privada tem um importante papel junto ao sistema de saúde brasileiro, pois assume a condição de bem público, como um enorme sistema privado.

Ou seja, no Brasil, o sistema suplementar de saúde é fundamental para a manutenção do direito à saúde na população brasileira, tendo em vista, a ineficiência do Estado em garantir este direito.

Esse sistema de possui regulamentação recente, uma vez que, foi publicado a lei de planos de saúde (Lei n.º 9656/98) após 10 anos da promulgação da carta magna.

Essa lei é extrema importância, pois regulou o mercado de saúde suplementar e ainda criou a ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar) que é uma agência

responsável por organizar o mercado, implementar políticas e regular a relação entre consumidores (beneficiários) e fornecedores do serviço prestado.

Esse sistema suplementar é composto por seguradoras de saúde, que são, na verdade, empresas de medicina de grupo, cooperativas médicas e empresas de autogestão que comercializam planos de saúde que propiciam o acesso dos beneficiários a serviços privados de saúde.

Ocorre que, tal sistema não é perfeito, pois, são inúmeras as queixas de beneficiários, consumidores dos serviços, à negativa de demandas médicas (procedimentos, medicamentos, próteses, órteses e materiais especiais) por várias operadoras brasileiras. Mesmo havendo fiscalização por parte do poder estatal através de uma agência nacional, é evidente as queixas dos beneficiários quanto a negativa de demandas por parte dos planos de saúde cerca de 52% das ações judiciais com demandas na área de saúde que tramitam no território, são somente referentes a exclusão de cobertura ou negativa de tratamento.

Ou seja, a negativa de demanda está diretamente relacionada à falta de fiscalização ou regulamentação das demandas dos pacientes, bem como, também está relacionada a falta de transparência por partes das empresas responsáveis por gerir esses planos.

As negativas de cobertura por planos de saúde das demandas em tempos de pandemia, ganhou notoriedade. Atualmente a problemática é ainda maior, uma vez que, o país passa por uma pandemia do vírus SARS-CoV-2 ("coronavírus"), causador da doença COVID-19 e os consumidores continuam recebendo negativas infundadas dos planos de saúde o que os faz buscar, no Judiciário, o amparo aos seus direitos.

A demanda pela utilização dos planos de saúde, tempos de pandemia, cresceram exponencialmente, isso ocorreu por haver o aumento de sinistros e de pessoas que precisaram de atendimento e com isso desencadeou um movimento por parte das operadoras privadas de planos de saúde no sentido de negar cobertura à realização de demandas, principalmente no que tange a exames clínicos para diagnóstico e aos procedimentos terapêuticos necessários as enfermidades do coronavírus, bem como impôs limites a período de internação em hospitais.

Diante disso, chega-se ao seguinte problema de pesquisa: podem as operadoras de planos de saúde privado restringir o acesso dos seus beneficiários as demandas de

saúde, principalmente em tempos de pandemia? Até que ponto pode um plano de saúde negar demandas por tratamento na área de saúde?

O objetivo desse trabalho, é analisar a prática de negativa de cobertura de demandas por parte dos planos de saúde brasileiros, analisando a negativa em tempos de normalidade e de pandemia. Através do olhar do direito do consumidor, seus direitos e princípios em conjunto com o direito fundamental à saúde, analisaremos as implicações sociais e jurídicas dos contratos privados de plano de saúde. Para tanto, iremos descrever os direitos básicos do consumidor, os principais princípios que norteiam a relação de consumo, o direito fundamental a saúde, as categorias de contratos de plano de saúde privado, suas características e como se funciona os seguros de saúde sob a ótica do CDC. Por fim, deve-se investigar as negativas de demanda de procedimentos a partir de demandas judiciais e averiguar a incidência ou não do dano moral quando há uma negativa de cobertura.

A metodologia eleita para realização desse trabalho, foi o método hipotético dedutivo proposto pelo filósofo Karl Popper, em que as hipóteses passarão pelo processo de falseamento. Além disso, do ponto de vista da abordagem do problema, a pesquisa será na forma qualitativa, trazendo hipóteses que deverão ser interpretadas com base na legislação vigente, doutrina, periódicos, internet e artigos já publicados.

O 1.º capítulo irá trazer um resumo sobre o contrato e a relação de consumo, pontuando a relação de consumo e seus sujeitos, os direitos básicos do consumidor, sendo intrínsecos na relação entre consumidor e fornecedor e os principais princípios fundamentais recepcionados para os consumidores.

O 2.º capítulo traz um breve histórico dos passos iniciais do reconhecimento da saúde no Brasil e do Sistema Único de Saúde (SUS), desde a década de 60 até a promulgação da Constituição Federal de 1988. Trará a caracterização do sistema de saúde brasileiro, permeado por sua dualidade, típica do arranjo público-privado existente no Brasil. Para melhor compreender o universo das negativas de cobertura, foram expostas informações sobre o segmento da saúde suplementar. Ademais, será efetivada análise da regulamentação jurídica aos contratos de planos privados de assistência à saúde, enfocando a saúde suplementar, trazendo, ainda, alguns aspectos da Agência Nacional de Saúde Suplementar, autarquia especial cuja finalidade é promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulamentando as relações jurídicas entre as operadoras de planos de saúde

e os usuários. O capítulo se finalizará abordada a aplicação prática do Código de Defesa do Consumidor em várias situações contratuais entre as operadoras e usuários de planos de saúde, intitulada como cláusulas abusivas em contratos de planos privados de assistência à saúde.

O 3.º capítulo traz as implicações da negativa de cobertura assistencial por parte dos planos privados. Será realizado um breve resumo sobre a negativa de cobertura no Brasil, a discussão acerca da aplicabilidade do ROL de procedimentos estipulados pela ANS, uma vez que, há uma discussão doutrinária e jurisprudência se o Rol deve ser exemplificativo ou taxativo. Ademais, será discutido acerca da negativa de cobertura no período pandêmico, instaurado pela OMS (Organização Mundial Saúde) devido ampliação dos casos de COVID-19.

Por fim, será exposto uma análise jurisprudencial acerca do entendimento dos tribunais brasileiros quanto a possibilidade de indenização ou não quando há a negativa de cobertura por demanda assistencial de saúde.

2 CONTRATO DE RELAÇÃO DE CONSUMO

2.1 A RELAÇÃO DE CONSUMO E SEUS SUJEITOS

A expressão direito do consumidor refere-se ao surgimento de uma nova posição jurídica no âmbito da teoria da relação jurídica, cuja identidade está ligada, em muitos sistemas, à realização de um ato de consumo, a fazer parte de uma relação de consumo, ou ainda que esteja expressamente previsto na legislação brasileira ter intervindo ou estar simplesmente exposto às relações estabelecidas no âmbito do mercado consumidor (MIRAGEM, 2016, p.42).

As origens da preocupação com os direitos do consumidor são tradicionalmente apontadas no conhecido discurso, nos Estados Unidos, do presidente John Kennedy no Congresso norte-americano, em 1962, que, ao afirmar a necessidade de proteção ao consumidor, referiu-se ao básico direitos à segurança certa, direito à informação, direito de escolha e direito a ser ouvido (MIRAGEM, 2016, p.42).

Para o autor Júlio Moraes Oliveira (2018, p.1) a mensagem, é o marco histórico na luta pelos direitos dos consumidores nos E.U.A. e nos demais países, uma vez que, ao colocar-se no lugar de consumidor, Kennedy chamou a atenção do legislativo ao

abordar, o direito à segurança, o direito de ser informado, o direito de escolher e o direito de ser ouvido. Nesse sentido a data passou a ser considerada o dia internacional do consumidor e no Brasil.

Então, em 1972, foi realizada em Estocolmo, a Conferência Mundial do Consumidor. No ano seguinte, a Comissão de Direitos Humanos da ONU decidiu que um ser humano, enquanto considerado um consumidor, deveria gozar de quatro direitos básicos (os mesmos que Kennedy havia afirmado anos atrás): o direito à segurança; o direito à informação sobre produtos, serviços e condições de venda; o direito de escolher produtos alternativos de qualidade satisfatória a preços razoáveis; e o direito de ser ouvido na tomada de decisões do governo. (MIRAGEM, 2016, p.43)

Ao que se percebe, após o discurso do presidente que foi brutalmente assassinado, em público, várias leis foram aprovadas nos Estados Unidos e no mundo, contendo regras para a proteção do consumidor.

Pontua-se que a iniciativa do presidente dos estados e conseguinte a da ONU foram de extrema importância, pois, ainda em 1972, a Assembleia Consultiva da Comunidade Europeia adotou a Resolução 543, que deu origem à Carta Europeia de Defesa do Consumidor. Desde então, mais e mais países começaram a desenvolver e aprovar leis para proteger os direitos do consumidor.

No Brasil, por determinação da ordem constante do art. 48 das Disposições Finais e Transitórias da Constituição Federal de 1988, formou-se uma comissão para a elaboração de um anteprojeto de lei do consumidor no prazo de cento e vinte dias. Assim, o Código brasileiro de Defesa do Consumidor, conhecido e abreviado como CDC, foi instituído por lei 8.078/1990, norma para a proteção de pessoas vulneráveis. (TARTUCE, NEVES, p.19, 2017).

Por norma, nosso Código de Defesa do Consumidor é elencado como uma norma especial, é tratado de forma isonômica da norma constitucional do art. 5.º, caput da CF/1988, além disso, o seu conteúdo indica que este é um padrão adaptado às realidades contemporâneas da pós-modernidade jurídica.

Para Bauman (2008, p.9) a pós-modernidade é menos um estado de coisas, justamente por ser uma condição de processamento do amadurecimento social, político, econômico e cultural, que se estenderá por muitas décadas até sua consolidação. Na pós-modernidade jurídica, há abundância de gêneros e espécies,

abundância de sujeitos, direitos e um excesso de fatores que influenciam as relações jurídicas e sucessivas deflagrações de leis.

Nesse sentido, para os autores Flavio Tartuce e Daniel Amorim Neves (2017, p.20) o Código brasileiro de Defesa do Consumidor constitui-se como uma legislação típica das normas pós-modernas, pois reveem conceitos antigos do Direito Privado, tais como o contrato, a responsabilidade civil e a prescrição e as trazem para a nova realidade jurídica caracterizada por normas abertas perfeitamente afeitas a diálogos interdisciplinares, por haver uma pauta mínima de proteção aos consumidores e por sempre dialogar com a boa-fé.

Assim, toda a evolução jurídica que foi recepcionada, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor é uma tarefa que exige um certo cuidado para identificar, principalmente, quem é consumidor e quais as atividades tratadas pela referida Lei.

O CDC não tem aplicabilidade a todas as relações econômicas, mas restringe-se à identificação de atividades econômicas nas quais estejam o consumidor e o fornecedor, e entre eles uma transação envolvendo produto e/ou serviço. (TARTUCE, NEVES, p.21, 2017)

O autor Bruno Miragem (2016, p.48) vai na minha linha de pensamento ao ponto expressa que a regulamentação jurídica do direito do consumidor pressupõe a existência do mercado, da produção, da comercialização e do consumo como fenômenos adequados à realidade histórica e econômica contemporânea. A sociedade de consumo, com seus fenômenos e processos de circulação de riquezas, justifica a existência de direitos do consumidor, cuja principal característica é a regulação desse complexo sistema de trocas econômicas de massa na perspectiva do lado sensível: aquele que compra ou usa produtos e serviços sem ser quem os produz ou promove a sua eficiência, portanto não há domínio ou conhecimento desta relação.

Pois bem, conforme a Constituição Federal e a Lei de Defesa do Consumidor, o consumidor está determinado a ser alvo de atenção e cuidados especiais do mercado. O artigo 170 da Constituição, por exemplo, estabelece que qualquer atividade econômica no Brasil deve considerar a proteção dos consumidores. E a lei especial, ora aqui discutida, determinou no caput do art. 2.º que o consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Desta forma, o CDC, não deixa dúvidas de que um cidadão individual (pessoa física ou natural) é um consumidor na acepção da Lei.

Não se pode perder de vista que quando a lei cita o cidadão, abrange também crianças e jovens, sendo consumidores, desde que suas demandas e reivindicações sejam atendidas com o acompanhamento de uma pessoa responsável.

No entanto, importa referir que, no caso das empresas (e das pessoas que exerçam uma atividade profissional), subsistem algumas dúvidas, tanto doutrinárias como jurídicas, no que se refere à determinação do significado e do alcance do termo destinatário final. (BESSA; MOURA, 2014, p.82).

Para o autor Bruno Miragem (2016, p.152) o simples ato de retirar um produto ou serviço do mercado (o próprio destinatário) já se caracteriza pela proteção do direito do consumidor, independentemente do uso pretendido (denominado maximalista). Essa teoria nos informa que o CDC, seria um código geral sobre o consumo, um código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores.

Ou seja, ao que se percebe a teoria entende o art. 2.º como puramente objetivo, não importando se a pessoa física ou jurídica, obtém lucro ou não o elemento fim de quando se adquire um produto ou utiliza um serviço. Destinatário final para esta teoria, apenas importa se retirou o produto ou consumiu.

Por outro lado, os autores Antônio Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Bessa (2016, p.62) alegam que também há a corrente finalista, que propõe, então, que a expressão “destinatário final” da art.2.º seja aplicada de forma restrita, conforme exigido pelos princípios básicos do CDC, previstos nos arts. 4.º e 6.º.

Destinatário final seria aquele destinatário do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência — é necessário ser destinatário final econômico do bem. Ou seja, não o adquirir para revenda ou para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu, deste caso, não haveria a exigida “destinação final” do produto ou do serviço (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2016, p.63).

Se observa que a teoria finalista, diferentemente da maximalista, consolidou-se por um tempo na jurisprudência brasileira como se observa nas ementas do STJ:

DIREITO DO CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO DE CONSUMIDOR E DE FORNECEDOR. NÃO CARACTERIZAÇÃO EMPRESA DE TRANSPORTE. RELEVÂNCIA, PARA A CONFIGURAÇÃO DA RELAÇÃO DE CONSUMO, DA DISPARIDADE DE PORTE ECONÔMICO EXISTENTE ENTRE PARTES DO CONTRATO DE FORNECIMENTO DE PEÇAS PARA CAMINHÃO EMPREGADO NA ATIVIDADE DE TRANSPORTE. IMPORTÂNCIA, TAMBÉM, DO PORTE DA ATIVIDADE PRATICADA PELO DESTINATÁRIO FINAL. SITUAÇÃO, ENTRETANTO, EM QUE, INDEPENDENTEMENTE ADEMAIS, DE RELAÇÃO DE CONSUMO, HÁ ELEMENTOS DE PROVA A EMBASAR A CONVICÇÃO DO JULGADOR DE QUE PEÇAS AUTOMOTIVAS FORNECIDAS E A CORRESPONDENTE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO NÃO TÊM DEFEITOS. I - Não enquadrável como relação de consumo a prestação de serviços entre empresas de porte, não se caracterizando hipossuficiência da contratante de conserto de caminhão de transporte de cargas, situação em que não se tem consumidor final, mas, apenas, intermediário, afasta-se a incidência do Código de Defesa do Consumidor. II - Ainda que se aplicasse o Código de Defesa do Consumidor, a regra da inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII) não seria suficiente para afastar a prova contrária à pretensão inicial, tal como detidamente analisada, inclusive quanto à perícia, pela sentença e pelo Acórdão. III - O Código de Defesa do Consumidor define consumidor como a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, noção que, como a de fornecedor, é ideia-chave para a caracterização da relação de

consumo. IV - O fato de a pessoa empregar em sua atividade econômica os produtos que adquire não implica, por si só, desconsiderá-la como destinatária final e, por isso, consumidora. No entanto, é preciso considerar a excepcionalidade da aplicação das medidas protetivas do CDC em favor de quem utiliza o produto ou serviço em sua atividade comercial. Em regra, a aquisição de bens ou a utilização de serviços para implementar ou incrementar a atividade negocial descaracteriza a relação como de consumo. Precedentes. V - O reconhecimento da existência da relação de consumo, por si só, não implica presunção de prova. Presentes elementos de prova a indicar que as peças automotivas fornecidas e a prestação do serviço correspondente não são defeituosas, pode o Juiz concluir em favor do fornecedor a despeito da inversão do ônus da prova. VI - Recurso Especial improvido. (STJ - Resp.: 1038645 RS 2008/0051397-6, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 19/10/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/11/2010)

Contudo, a jurisprudência do STJ no Resp. 476428-SC publicado em 19 de abril de 2005, após 14 anos de discussões adotou uma solução interessante ou um método de interpretação seguro para concluir se o CDC é aplicável a empresas ou profissionais que utilizam produtos e serviços para aumentar suas atividades: o finalismo mitigado.

Nota-se a teoria passou a ser aplicada no sistema judiciário brasileiro a partir da decisão acima que ampliou o conceito de consumidor para alcançar a pessoa física ou jurídica que, embora não seja a destinatária final do produto ou serviço, esteja em situação de vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica em relação ao fornecedor.

Nesta corrente, para cada situação específica se esses empresários estão de fato em estado de vulnerabilidade agravada, isto é, se contratam em situação notoriamente de extrema fragilizada com fornecedores que detenham um conhecimento mais profundo do produto. Nesse caso, portanto, estão em um conhecido estado de vulnerabilidade (BESSA; MOURA, 2014, p.83).

Para os autores Antônio Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Bessa (2016, p.66), esta nova linha enaltece o princípio da vulnerabilidade do consumidor, que se baseia critério finalista e subjetivo, expressamente a equiparação do art. 29 do CDC, que se tratando de pessoa jurídica que comprove ser vulnerável e atue fora do âmbito de sua especialidade.

Exemplificou os autores Flavio Tartuce e Daniel Amorim Neves (2017, p.158) que um pequeno agricultor que compra sementes de uma empresa internacional de processamento de alimentos e um dentista interessado em uma radiografia moderna para sua prática, fornecida por um fabricante estrangeiro, devem ser protegidos pelo CDC, em particular devido à evidente vulnerabilidade das partes.

Para além do exposto acima, além do conceito do consumidor padrão, o art. 2 caput CDC, também podem ser consumidores: “uma comunidade de pessoas, ainda que indefinida, que intervieram nas relações de consumo” (parágrafo único do artigo 2.º, empresas do CDC); “Vítimas” sob a Seção 17 do CDC; além de “todas as pessoas que possam ser identificadas ou não, estão expostas a abusos”, a que se refere o art. 29, CDC.

Um dos avanços na legislação moderna, como o CDC, foi o reconhecimento de que existem leis que não apenas ajudam uma pessoa ou indivíduo específico, mas também visam uma comunidade de pessoas específica ou indefinida.

O direito do consumidor é um direito coletivo porque um mercado harmonioso baseado no respeito à sensibilidade interessa a todos. A proteção da saúde, vida e segurança dos consumidores, assente na manutenção da qualidade dos produtos e serviços colocados no mercado da mesma forma, é direito de todos. O CDC no seu Art. 6.º VI e a Constituição Federal no Art. 129 inciso III dispõem expressamente sobre a existência e proteção de direitos coletivos (BESSA; MOURA, 2014, p.84).

Neste sentido, além do chamado consumidor standard ainda estão equiparadas a consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às chamadas práticas abusivas dos fornecedores (art. 29, CDC). A redação do artigo 29 delimita que esta categoria de equiparação só ocorrerá se estiverem presentes as situações contidas neste capítulo (BESSA; MOURA, 2014, p.84).

Assim, o conceito contido no artigo 2.º, parágrafo único, do CDC, informa o consumidor equiparado é aquela pessoa, ou coletividade de pessoas, que não

necessariamente adquiriram produtos ou serviços, mas já passaram a sofrer algum dano (ou mesmo perigo de dano) tão somente ao terem contato com a conduta praticada pelo fornecedor ao anunciar seu produto e serviço. Nesses casos o Código de Defesa do Consumidor, resguarda direitos e proteções a esse grupo. (BESSA; MOURA, 2014, p.85)

Por último, mas não menos importante, o conceito de fornecedores não é difícil. O CDC estipula no Artigo 3 de uma forma muito geral, objetiva e ampla que um fornecedor está “envolvido na produção, montagem, criação, construção, conversão, introdução, distribuição ou comercialização de produtos, ou serviços.”

Nota-se a amplitude da definição jurídica do fornecedor. O legislador não faz distinção entre a natureza, regime jurídico ou nacionalidade do fornecedor.

Este conceito abrange empresas estrangeiras e internacionais, bem como o próprio Estado, diretamente ou através dos seus órgãos e entidades, que atuam na prestação de um produto ou serviço no mercado consumidor. Da mesma forma, no que diz respeito ao elemento dinâmico da definição (desenvolvimento de negócios), o CDC tem procurado vincular uma ampla gama de atividades em relação ao fornecimento de produtos e à prestação de serviços (MIRAGEM, 2016, p.171).

Nesse sentido, é justo indicar que todos os integrantes da cadeia de suprimentos são fornecedores para os fins do CDC, o que será importante para determinar o alcance de suas obrigações legais, principalmente nos processos de responsabilidade civil (MIRAGEM, 2016, p.172).

2.2 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

O conceito de norma jurídica distingue entre as regras da espécie e os princípios jurídicos. Pelas regras jurídicas, são consideradas normas, o estabelecimento de uma hipótese jurídica e a consequência de sua aplicação são percebidos *prima facie*, ou seja, imediatamente identificados como determinantes de uma determinada conduta adequada, uma necessidade normativa. As regras, por outro lado, parecem ser padrões de alto grau de generalidade, que servem como imperativos de otimização, pois exigem que algo seja feito tanto quanto possível, segundo as condições de fato e de direitos existentes. Da mesma forma, o significado do que é considerado um

princípio jurídico também inclui as diretrizes ou o significado a ser dado a determinada disciplina jurídica (MIRAGEM, 2016, p.122).

A Lei 8.078 /1990 adotou um sistema de proteção aberto, baseado em conceitos jurídicos não especificados e construções pouco claras, que permitem uma melhor adaptação dos dispositivos às circunstâncias de um caso específico (TARTUCE, NEVES, 2017, p.31).

Assim, nota-se que o estudo dos princípios contidos no Código de Defesa do Consumidor é um dos pontos de partida para a compreensão do sistema adotado pelo Direito do Consumidor como norma de proteção para indivíduos sensíveis.

É interessante fazer uma comparação adequada do CDC com o Código Civil, até porque muitos dos conceitos contidos na codificação privada de 2002 têm suas raízes na Lei 8.078 /1990. É verdade que devido às diferenças históricas e políticas de regras, o Código de Defesa do Consumidor estava muito distante do Código Civil de 1916, realidade que mudou desde o Código Civil de 2002 (TARTUCE, NEVES, 2017, p.32).

O Código Civil de 1916 era de fato uma norma agrária, paterna e egoísta que não protegia nenhuma parte sensível da relação jurídica estabelecida. Por outro lado, o Código Civil de 2002, além de tutelar a parte contratual como a parte mais fraca da relação (artigos 423 e 424), contém muitos despachos já previstos na lei de proteção, como a proibição de abusos de direitos e encargos excessivos, reconhecimento da boa-fé estrita e proteção da confiança, responsabilidade objetiva, proibição de enriquecimento sem causa, entre outros (TARTUCE, NEVES, 2017, p.32).

Nesse contexto, o novo Código Civil brasileiro, lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, introduz no direito privado brasileiro geral os mesmos princípios que já estão presentes no Código de Defesa do Consumidor (como a função social dos contratos, a finalidade da boa-fé) (CHAVES; ROSENVALD, 2019, p. 232). Isso se deve ao fato de que a convergência de princípios entre o CDC e o CC/2002 está na base para a inexistência de possíveis conflitos de princípios entre os dois direitos, os quais, com igualdade de direitos e equidade, buscam a harmonia nas relações civis. Em geral, e em relações de consumo ou especiais (CHAVES; ROSENVALD, 2019, p. 232).

Na linha de raciocínio dos Autores acima, cabe destacar que, a decisão da III Conferência direito civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal e pelo Superior

Tribunal de Justiça em dezembro de 2004, que promoveram o enunciado nº. 167 que dispõem:

III Jornada de Direito Civil – Enunciado nº 167 - 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

Conforme proposto pelo magistrado paraibano Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha, o pronunciamento doutrinário aponta que, com o advento do Código Civil de 2002, houve uma forte aproximação principal deste Código em relação ao Código de Defesa do Consumidor no que diz respeito à regulamentação contratual, conforme ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos.

Portanto, o direito do consumidor tem uma base principiológica muito importante para a interpretação, compreensão e aplicação de suas disposições. Em geral, os princípios do direito do consumidor estão expressos no próprio Código de Defesa do Consumidor.

No entanto, nada impede o reconhecimento de princípios implícitos, sendo extraídos do contexto normativo do próprio direito ou da diretriz de proteção de um consumidor vulnerável, sendo o fundamento teleológico de todo o microsistema (MIRAGEM, 2016, p.122).

Para Fabricio Bolzan (2014, p.151) de fato há princípios explicitados na Lei n. 8.078/90 mas também nada impede que eventuais princípios implícitos poderão ser identificados no contexto normativo do Diploma Consumerista ou fora dele. Aliás, o caput do art. 7.º do CDC admite expressamente tal possibilidade ao dispor que os direitos previstos no código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais dos quais o Brasil seja signatário, legislação nacional ordinária, regulamentos expedidos por autoridades administrativas competentes, bem como aqueles decorrentes de princípios gerais de direito, analogias, costumes e justiça.

O princípio corolário do direito do consumidor é a sua defesa como fundamento da ordem econômica brasileira, que concebe a defesa do consumidor como fundamento

(impositivo e conformador) da ordem econômica brasileira, conforme preconiza o artigo 170, inciso V da constituição brasileira de 1988 (AZEVEDO, 2017, p.4).

No entanto, há que esclarecer que a defesa do consumidor “divide espaço” com outros princípios constitucionais deste tipo, havendo, portanto, a necessidade de harmonizar esses princípios ou em caso de eventual conflito da defesa do consumidor com outro princípio constitucional de direito econômico a ordem de ponderação dos interesses e bens (individuais e coletivos) de forma a conferir vantagem (razoavelmente justificada) a um deles em determinado caso (AZEVEDO, 2017, p.4).

Entende-se que a interpretação do princípio da proteção ao consumidor no contexto normativo da ordem econômica (constitucional) brasileira (CF, Art. 170) deve ser sempre no sentido de harmonizar seus princípios jurídicos fundamentais. E no caso de um possível conflito destes princípios, a defesa do consumidor pode ser mitigada, caso a caso, considerando a razoabilidade e a proporcionalidade.

Esse parece ser um caminho de raciocínio suficiente para explicar e aplicar a arte do CDC. 4.º, III. É expressamente reconhece que, para garantir o equilíbrio de interesses dos consumidores nas relações de consumo, segue os princípios da ordem econômica brasileira (AZEVEDO, 2017, p.4).

Outros dois princípios também advindos da constituição brasileira e recepcionado pelo CDC é os princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana.

O primeiro não é um princípio exclusivo dos direitos do consumidor, pois seu fundamento está consagrado na Constituição da República de 1988, que estabelece entre os alicerces da República Federativa do Brasil “os valores sociais do trabalho e da livre empresa”, vide artigo 1.º, inciso IV.

O referido princípio estabelece uma orientação genuína de solidariedade no direito e impõe a necessidade de observar os reflexos das ações individuais na sociedade. Sua presença no direito do consumidor não se limita à proteção dos mais fracos nos contratos de consumo, mas também leva em consideração os múltiplos aspectos das relações de consumo e seu impacto social (MIRAGEM, 2016, p.136).

Observa-se também que ele é o responsável pela divisão de riscos estabelecida pelo CDC. A regra de responsabilidade civil objetiva estendida a toda a cadeia produtiva (todos os fornecedores que participam do ciclo econômico do produto ou serviço no mercado) é fruto dos ditames da solidariedade social, pois orienta a adoção de um

critério de quem deve suportar os riscos da atividade econômica no mercado consumidor, afastando a regra de imputação de responsabilidade (MIRAGEM, 2016, p.133).

Portanto, a responsabilidade civil do fornecedor no CDC propõe um novo padrão de compartilhamento dos riscos sociais, justamente pelo impacto de sua atividade econômica no mercado.

Já o da dignidade humana, também recepcionado pelo CDC, consiste no valor fundamental de ordem jurídica constitucional brasileira presente na CF/88, art. 1.º, III), que reconhece na pessoa humana a razão de ser do Direito. Contudo, em que pese, prevalecer na maioria das situações envolvendo colisão de princípios, segundo o autor, não significa que aquela norma deva prevalecer em todas as situações desse tipo (AZEVEDO, 2017, p.8).

Assim, é bastante evidente que a proteção jurídica do consumidor, reforça o “amplo conjunto de condições de precedência” da dignidade humana sobre as normas que atendem a interesses/direitos conflitantes, vinculados, sobretudo, às reivindicações de caráter econômico dos fornecedores de produtos e serviços. Em outras palavras, significa que os interesses/direitos de um consumidor ou grupo de consumidores tendem a prevalecer sobre direitos/interesses opostos, cabendo ao Estado reconhecê-los conforme o art. 5.º, XXXII c / c art. 170, V da constituição federal — devido ao fato de a pessoa humana, inserida no contexto da sociedade de consumo contemporânea, estar exposta a um mercado de consumo cuja dinâmica permite — senão muitas vezes estimula — situações de desprezo ou subestimação da pessoa humana, em especial de quem uma situação específica de vulnerabilidade (vulnerabilidade agravada ou hipervulnerabilidade) (AZEVEDO, 2017, p.8).

Assim, tanto o princípio da solidariedade como o princípio da dignidade da pessoa humana justificam a existência de uma garantia justa e fundamental de defesa do consumidor, portanto, o próprio microssistema do Código de Defesa do Consumidor que, à luz do despacho constitucional de tutela, estabelece conjunto não exaustivo de obrigações básicas para fornecedores (AZEVEDO, 2017, p.8).

Noutro giro, outro e princípio existente na da Lei de Defesa do Consumidor, e que representa seu cerne, é o princípio da boa-fé objetiva, que consiste na linguagem extensa de seu art. 4.º, inciso III.

O conceito de boa-fé é muito importante, principalmente devido à evolução do sistema de sua construção. Não se deve esquecer que o conceito está contido no atual Código Civil e tem sua raiz na estrutura consumista da Lei n.º 8.078 / 1990 (TARTUCE, NEVES, 2017, p.35).

A boa-fé nos contratos cíveis e consumeristas é tamanha importância que na I Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em 2002, reconheceu-se a necessidade de relacionar a boa-fé objetiva prevista no Código Civil com a regra constante do art. 4.º, III, do CDC, pelo teor do Enunciado n. 27:

“na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos”.

Ressalte-se que a declaração doutrinária reconhece a necessidade de diálogo entre duas leis a respeito desse princípio, em uma feliz tentativa de amálgama legislativa (TARTUCE, NEVES, 2017, p.35).

Nesse sentido, quando o assunto é sobre boa-fé objetiva, o objeto de análise não são questões subjetivas, mas regras de conduta, ou seja, a relação é analisada objetivamente, para então concluir se os sujeitos da relação atuaram ou não com boa-fé. Fala-se “sujeitos” porque não apenas os fornecedores devem agir de boa-fé, mas também os consumidores (BOLZAN, 2014, p.164).

Para Judith Martins Costa (2018, p.36) a expressão boa-fé objetiva não traduz, tão somente, um estado de fato (o estar de boa-fé) que afastaria de cara a culpa ou gera determinadas pretensões aquisitivas, ou salvaguarda posições jurídicas (como ao credor de boa-fé). Entende a autora brilhantemente que, diferentemente, o sintagma, quando adjetivado como objetiva ou obrigacional, aponta a um modelo ou instituto jurídico indicativo de (i) uma estrutura normativa dotada de prescritividade; (ii) um cânone de interpretação dos contratos e (iii) um standard comportamental.

A boa-fé objetiva traz a ideia de equilíbrio negocial, que, na ótica do Direito do Consumidor, deve ser mantido em todos os momentos pelos quais, passa o negócio jurídico (TARTUCE, NEVES, 2017, p.36).

Ao aliar a conduta de boa-fé, ao equilíbrio das posições do fornecedor e do consumidor, e ao prever expressamente (art. 51, inciso IV) a nulidade das cláusulas

abusivas, pois transbordam de boa-fé, alcançando tal equilíbrio, a regulação consumista atribui ao princípio da boa-fé uma função corretiva do desequilíbrio contratual de caráter geral (MARTINS-COSTA, 2018, p.210)

Inicialmente, ela está presente no dever da informação por parte do fornecedor que deve informar o consumidor quanto ao perigo e à nocividade do produto ou serviço que coloca no mercado, visando à proteção da sua saúde e da sua segurança. A boa-fé objetiva também regula especificamente as responsabilidades pré-contratual e pós-contratual do negócio de consumo, ou seja, fica muito bem evidenciada a exigência de uma conduta leal dos contratantes em todas as fases do negócio jurídico (TARTUCE, NEVES, 2017, p.36).

E por fim e não menos importante, a boa-fé também regula a noção de transparência como instrumento de tutela de direitos.

A opacidade — sendo o oposto da transparência — é dissipada através de informações adequadas, ou seja, qualificadas diante da vulnerabilidade do consumidor no mercado consumidor. Esta vulnerabilidade informativa pressupõe graus e critérios de mediação da materialização, principalmente tendo em vista as demais eficiências de informação no âmbito do CDC. Ou seja, tanto a transparência quanto os deveres informativos que a implementam decorrem da boa-fé, e a expressam como um instituto jurídico voltado para o direcionamento de condutas. A função otimizadora da boa-fé permite entender que informações adequadas muitas vezes ocorrem processualmente, não se esgotando em um único momento fixo, sendo devido a novas informações que podem afetar as qualidades de um produto, ou modos de uso (MARTINS-COSTA, 2018, p.212).

Isso significa que a incidência da boa-fé é, na verdade, uma multiplicação das obrigações das partes. Portanto, não apenas as principais obrigações da relação obrigatória (por exemplo, a obrigação de pagar o preço ou a entrega da mercadoria) devem ser cumpridas, mas também as obrigações acessórias ou acessórias que não dizem respeito diretamente à obrigação principal, mas sim ao cumprimento do global interesse das partes, como cuidados e obrigações de cuidados, sociais, de segurança, cooperação, informação e até mesmo deveres de proteção e cuidados relacionados à pessoa e propriedade da outra parte (TARTUCE, NEVES, 2017, p.38).

Finaliza Judith Martins Costa (2018, p.36) que a boa-fé objetiva, no código de defesa do consumidor, tem caráter geral, como princípio fundante da Política Nacional das relações de consumo (art. 4.º, inciso III, i n fine) e como critério de aferição da validade das cláusulas contratuais (art. 51, inciso IV).

Nesse caso, pela extremada amplitude do texto legal, a boa-fé acaba por desempenhar função corretora do conteúdo contratual, promovendo o reequilíbrio de uma relação presumidamente assimétrica, por meio da revisão ou pela invalidação de cláusulas que venham a acentuar ou consagrar o desequilíbrio entre as respectivas posições jurídicas cláusulas abusivas (MARTINS-COSTA, 2018, p.36).

Por fim e não menos importante, há ainda os princípios da vinculação de oferta e o da harmonização de interesses. Esses dois somados aos princípios citados no decorrer do subcapítulo, compõem os chamados princípios norteadores do código de defesa consumidor.

O princípio da vinculação de oferta está presente no Art. 30 do CDC e nas palavras de Bruno Miragem (2016, p.150) é o princípio que regula a oferta dos produtos e serviços. Ou seja, oferecida a mensagem, fica o fornecedor a ela vinculado, podendo o consumidor exigir seu cumprimento forçado nos termos do art. 35. Se o fornecedor quiser retroceder na oferta não poderá fazê-lo, até porque, como de resto decorre da estrutura do CDC, a oferta tem caráter objetivo. Feita, a própria mensagem que a veicula é o elemento comprobatório de sua existência e vinculação (BOLZAN, 2014, p.150).

E o princípio da harmonia das relações de consumo é previsto no artigo 4.º, III, do CDC que cita que deve haver a “harmonização dos interesses dos participantes da relação de consumo”.

A harmonia indicada pelo CDC pressupõe a igualdade fundamental das partes, portanto seus princípios, enquanto protegem o consumidor, devem se empenhar em garantir essa igualdade material. No entanto, a proteção de sua harmonia e equilíbrio não impõe encargos excessivos ao fornecedor, mas apenas aqueles relacionados à natureza de seu negócio e à proteção dos legítimos interesses das partes na relação (MIRAGEM, 2016, p.147)

Nesse sentido, é válido considerar que o CDC protege o consumidor de boa-fé, não aquele que se oculta por trás das suas normas para a obtenção de vantagens

indevidas. Nesse sentido, por exemplo, entra as normas de proteção no CDC que não autorizam o enriquecimento ilícito do consumidor face ao fornecedor.

2.2.1 Da vulnerabilidade do consumidor

O art. 4.º I do CDC, que estabelece como valor principal o reconhecimento da sensibilidade do consumidor no mercado consumidor. O motivo dessa proteção é simples e conhecido: o consumidor é o elo mais fraco da economia e é importante que a lei especial (CDC) lhe dê maior proteção. (BESSA; MOURA, 2014, p.77).

A Lei n.º 8.078 / 90 (CDC) assume que o consumidor é uma entidade sensível na hora de adquirir produtos e serviços ou simplesmente por se expor às práticas de mercado. O compliance é um ponto central do CDC e, na prática, leva à inadequação, fragilidade do consumidor em resistir a práticas nocivas sem a intervenção auxiliar de órgãos ou instrumentos de proteção.

Por ser um conceito tão significativo, a sensibilidade permeia, direta ou indiretamente, todos os aspectos da proteção ao consumidor. (BESSA; MOURA, 2014, p.77)

Antes de adentrarmos especificamente no aspecto da vulnerabilidade é importante diferenciarmos esta da chamada hipossuficiência.

Para o autor Bruno Miragem (2016, p.123) é fundamental que haja a distinção entre vulnerabilidade e hipossuficiência, ambas expressamente presentes no CDC. Na hipótese de insuficiência a que se refere o art.4, inciso VIII do CDC este conceito surge como um critério de fiscalização jurisdicional na decisão de transferir ou não o ônus da prova a favor do consumidor. Refere-se ao princípio discutido que indica o direito fundamental do consumidor: “Facilitar a defesa de seus direitos, inclusive deslocando em seu proveito o ônus da prova em processo cível, quando, a critério do juiz, a alegação for crível ou quando for insuficiente, segundo as regras normais de experiência” (MIRAGEM, 2016, p.164)

Ou seja, nem todo o consumidor será hipossuficiente, devendo esta condição ser identificada, pelo juiz no caso concreto.

A noção de vulnerabilidade no direito associa-se à identificação de fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação Jurídica em razão de determinadas condições ou qualidade de que são colocados os indivíduos ou, também a uma

posição de força que pode ser identificada no outro sujeito da relação jurídica. (MIRAGEM, 2016, p.164)

Ou seja, para Fabricio Bolzan (2014, p.153) apesar de ambos os institutos estarem relacionados com a vulnerabilidade do consumidor perante o fornecedor em suas relações no mercado de consumo, a vulnerabilidade é fenômeno de direito material — com presunção absoluta — e a hipossuficiência é fenômeno de direito processual — com presunção relativa.

Desta forma, no plano do direito material, todos os consumidores, pessoas físicas são consideradas vulneráveis, mas na via processual nem todos são hipossuficientes, devendo a fragilidade ser demonstrada no caso concreto. É o que ocorre com a inversão no ônus da prova.

Com efeito, após caracterizar a vulnerabilidade (este sinal de diferença) do consumidor, nota-se que o Estado foi forçado a intervir no mercado com base numa lei que garante aos consumidores o restabelecimento da igualdade e o respeito pela sua existência digna. Um processo histórico semelhante ocorreu no caso do direito do trabalho.

No entanto, é preciso enfatizar com antecedência que o CDC não é uma lei que protege o consumidor a todo custo. A afirmação de que os consumidores estão sempre certos nem sempre é verdadeira. CDC para restabelecer o equilíbrio entre consumidores e fornecedores. Esse é exatamente o objetivo de estabelecer uma relação de consumo coordenada. Portanto, os consumidores devem pagar preços justos e agir de boa-fé (BESSA; MOURA, 2014, p.78).

Neste contexto, verifica-se que o CDC é um microssistema jurídico que determina o domínio do princípio da boa-fé e da transparência nas relações de consumo, de forma a garantir a harmonização dos interesses das partes, restaurando a situação de igualdade onde há uma verdadeira desigualdade (BESSA; MOURA, 2014, p.78).

Tais regras, como já expressamente pontuadas no tópico acima, estão expressamente previstas no art. 4.º do Código e estabelecem que o consumidor e o fornecedor têm lealdade e segurança mútuas.

Nesse sentido, a jurisprudência pátria vem reconhecendo que determinado grupo de consumidores, devido ao alto nível de instabilidade em que se encontram no mercado

de consumo, merece mais cuidado em relação aos demais consumidores em geral (BOLZAN, 2014, p.157).

Recentemente, foi identificada uma nova categoria de pessoas hipervulneráveis esta expressão foi criada pelo STJ que agora é amplamente utilizada.

No voto do REsp. 586.316/MG, o ilustríssimo Ministro do STJ Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, um dos maiores consumeristas, teve a oportunidade de se manifestar acerca da nova classificação dos vulneráveis.

Em seu voto o Excelentíssimo Min. Relator Destacou:

“O Código de Defesa do Consumidor, é desnecessário explicar, protege todos os consumidores, mas não é insensível à realidade da vida e do mercado, vale dizer, não desconhece que há consumidores e consumidores, que existem aqueles que, no vocabulário da disciplina, são denominados hipervulneráveis, como as crianças, os idosos, os portadores de deficiência, os analfabetos e, como não poderia deixar de ser, aqueles que, por razão genética ou não, apresentam enfermidades que possam ser manifestadas ou agravadas pelo consumo de produtos ou serviços livremente comercializados e inofensivos à maioria das pessoas”. STJ – (REsp: 586316 MG 2003/0161208-5, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 17/04/2007, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 20090319 --> DJe 19/03/2009)

Ou seja, a hipervulnerabilidade é aquele estado cuja fraqueza é retratada em maior extensão ou exacerbadamente (BOLZAN, 2014, p.157). É o caso dos consumidores personificados nas gestantes, nas crianças, nos idosos, nos enfermos, nos portadores de necessidades especiais, nos analfabetos, dentre outros (BOLZAN, 2014, p.157).

No caso da criança, a vulnerabilidade é um estado a 'priori', visto que vulnerabilidade é justamente o estado de alguém que pode ter um ponto fraco, que pode ser “ferido” ou facilmente é vítima (MIRAGEM, 2016, p.127).

Essa vulnerabilidade agravada da criança é reconhecida no contexto da publicidade, e o próprio CDC estabelece o caráter abusivo da publicidade que se aproveita da falta de julgamento da criança (Artigo 37, § 2.0) (MIRAGEM, 2016, p.127). Mas igualmente,

mesmo quando não se trata de propaganda, qualquer conduta empresarial do fornecedor que aproveite a fragilidade ou o desconhecimento do consumidor, tendo em vista, entre outras condições de sua idade e conhecimento, será considerada prática abusiva (artigo 39, IV), ilícita, podendo ensejar tanto a imposição das sanções cabíveis, quanto a inefetividade do contrato (ou ato existencial) decorrente desta contratação (MIRAGEM, 2016, p.127).

Quanto aos idosos, a lei abrange as pessoas com 60 (sessenta) anos ou mais (Art. 1.º do Estatuto do Idoso — Lei 10.741 / 2003). Como no caso das crianças e jovens, sua proteção é constitucional, inspirada nos princípios da solidariedade e da proteção (MIRAGEM, 2016, p.129).

A vulnerabilidade dos consumidores mais velhos se manifesta em dois aspectos principais: a) redução ou perda de certas habilidades físicas ou intelectuais, o que a torna mais vulneráveis e fragilizados em relação ao desempenho empresarial dos fornecedores; b) necessidade e escravidão de determinados produtos ou serviços no mercado consumidor, o que a coloca na dependência de seus fornecedores (MIRAGEM, 2016, p.129).

Como bem aponta Flavio Tartuce (2017, p.212) a importância da hipervulnerabilidade no idoso é tamanha que o Estatuto do Idoso no art. 15 § 3.º proíbe a discriminação de idosos nos planos de saúde, cobrando taxas diferenciadas em função da idade, portanto cláusula contratual prevendo hipótese de ampliação da provisão a esse respeito, além de abusos (artigos 51, IV, X, XIII e XV do Código de Processo Penal), constitui violação absolutamente ilícita de dispositivo legal, causando imediatamente a sua nulidade absoluta.

Por fim, outra categoria que merece atenção especial devido à sua fragilidade são os enfermos.

A relação do paciente com o seu médico ou operadora de plano de saúde enquadra-se no âmbito das relações de consumo, protegida assim pelo microssistema CDC (GONÇALVES, 2018, p.61).

Legislativamente, a hipervulnerabilidade do paciente pode ser explicada porque, além da vulnerabilidade já presumida por lei no mercado consumidor (art. 4.º, I, do CDC), outros fatores prejudiciais à humanidade do paciente agravam seu estado de

suscetibilidade, daí o motivo por falar sobre o agravamento da vulnerabilidade em relação aos pacientes doentes (GONÇALVES, 2018, p.61).

Assim, verifica-se que o paciente, consumidor vulnerável e em estado de sofrimento, encontra-se em estado de hipervulnerabilidade. Nesse sentido, pode-se inferir que o paciente é hipervulnerável ao seu médico, pois geralmente estará em um estado de debilidade física e / ou mental ao procurá-lo.

Assim, todo consumidor tem uma susceptibilidade externa, com base no inciso I do artigo 4.º do CDC, porém apenas os pacientes que sofrem de alguma patologia ou com suspeita de uma delas têm susceptibilidade interna, a presença de ambas na mesma pessoa causa hipersensibilidade (GONÇALVES, 2018, p.62).

Portanto, como o paciente é hipervulnerável a relação com o médico ou operadora de plano de saúde deve ser a mais justa e transparente possível.

2.3 DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR

Quando se trata de direitos básicos, existe a presunção precisa de que eles prezam valores e princípios básicos que não podem ser ignorados, pois, fazem parte de uma lista básica ou mínima de condições sob as quais o consumidor pode viver com dignidade no mercado (BESSA; MOURA, 2014, p.90).

A Constituição Federal de 1988 definiu a obrigação do Estado de proteger os consumidores, nos termos do art. 5, item XXXII.

Trata-se, portanto, de um direito fundamental e, como tal, é necessário conceder direitos básicos ao consumidor para concretizar o princípio constitucional (BOLZAN, 2014, p.173).

Nesse contexto a norma especial, ora o Código de defesa do consumidor definiu no seu art. 6º os direitos básicos do consumidor e atua como índice desse ato, pois se refere a quase todas as matérias que nele serão regulamentadas.

Apesar do art. 6.º do CDC enumerar uma série de direitos básicos do consumidor, vale ressaltar que a lista desses direitos é bastante ampla, não se limitando ao dispositivo em epígrafe, nem ao texto do próprio Código do Consumidor (BOLZAN, 2014, p.173).

A este respeito, importa referir que os direitos do consumidor não excluem outras disposições que garantam os mesmos ou outros direitos enumerados em disposições específicas, ou gerais de detalhamento destas possibilidades na legislação extravagante ao CDC. (TARTUCE, NEVES, 2017, p.240).

Por intermédio da técnica do diálogo das fontes, acrescem ao nível de proteção do consumidor as normas que prevejam um maior nível de proteção destes direitos, ou de detalhamento destas possibilidades na legislação extravagante ao CDC (TARTUCE, NEVES, 2017, p.240).

Nesse contexto, pontua Fabricio Bolzan (2014, p.173) que inclusive a ideia acima é a *mens legis* da art. 7º, caput, da Lei n. 8.078 / 90, que dispõe:

“Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, legislação nacional ordinária, regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como aqueles decorrentes de princípios gerais de direito, analogia, costumes e equidade”.

Portanto, percebe-se que a concessão de direitos básicos ao consumidor é um pré-requisito sem o qual não haveria relação jurídica de consumo harmoniosa e equilibrada (BOLZAN, 2014, p.173).

2.3.1 Direito básico à vida, à saúde e a segurança

Arte. 6.º do Código de Defesa do Consumidor prevê no inciso I como direito básico do consumidor “proteger a vida, a saúde e a segurança contra os riscos decorrentes de práticas relacionadas com o fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos” (BOLZAN, 2014, p.174).

Inicialmente, temos direito à vida. Este constitui o mais essencial entre os direitos básicos do consumidor. O artigo 6.º I do CDC dispõe sobre esse fato, relacionando o direito à proteção à vida como o primeiro direito fundamental do consumidor.

O reconhecimento desse direito subjetivo oferece muitas vantagens. Por um lado, determina a proteção da vida de um consumidor individual considerado em uma relação de consumo específica, o que indica a necessidade de proteger sua

integridade física e moral e, nesse sentido, a relação entre a eficácia desta lei com outra proteção de saúde e segurança também fornecida pelo CDC (MIRAGEM, 2016, p.206).

A segunda dimensão deste direito é a dimensão transindividual do direito à vida, sua proteção universalmente e universal para toda a comunidade de consumidores reais e potenciais em relação às ameaças e outras adversidades do mercado de consumo, que neste caso determina a relação entre este direito subjetivo e outros direitos, como o direito a um ambiente seguro e saudável (MIRAGEM, 2016, p.206).

Portanto, seja no âmbito individual ou coletivo, o direito de defesa do consumidor tem os meios para proteger a validade do direito à vida. Além disso, a eficácia é enfatizada nas relações com o consumidor que visam fornecer serviços ou produtos relacionados à saúde do consumidor.

Nestes casos, tendo em vista que o objetivo básico do contrato é a preservação ou melhoria da vida do consumidor, destaca-se o seu direito básico à proteção da vida, seja na determinação das expectativas legítimas a serem satisfeitas com aquele contrato, seja na forma geral proteção contra os riscos de contratação (MIRAGEM, 2016, p.206).

Um caso que elucida o quanto informado acima, seria os casos da venda de medicamentos, ou da prestação de serviços privados de saúde (planos e seguros de saúde), onde a prestação típica do contrato está vinculada à expectativa do consumidor de preservar e melhorar suas condições de vida.

Por outro lado, existe também a proteção da saúde e segurança. O direito fundamental à proteção da saúde e segurança do consumidor está intimamente relacionado, intuitivamente, à proteção do direito à vida, inclusive no mesmo dispositivo normativo, o art. 6º, inciso I do Código de defesa do consumidor (TARTUCE, NEVES, 2017, p.371).

No que diz respeito à saúde, podemos reconhecer o direito de proporcionar ao consumidor, na oferta de produtos e serviços, bem como no seu consumo e utilização, todas as condições adequadas à preservação da sua integridade física e mental (TARTUCE, NEVES, 2017, p.371).

A saúde, que é uma questão de vida individual e coletiva, exige um padrão público e social. Isso pressupõe entendê-lo não como um produto a ser consumível, mas,

sobretudo, traçar um projeto que deve ser um padrão de qualidade de vida para a sociedade e, dentro dela, para cada um de seus cidadãos (SPOSATI, LOBO, 1992, p.3)

Para os autores Aldaiza Sposati e Elza Lobo (1992, p.3), a saúde é mais que uma “coisa”; é um valor e uma perspectiva: “ter saúde é o melhor remédio”.

Portanto, o direito à saúde é mais que o direito de consumir saúde. O direito à saúde é mais que democratizar o uso da assistência médica, embora seja fundamental. A saúde é mais que uma “cesta de serviços”, mesmo que sejam públicos, embora sejam essenciais para a vida da população (SPOSATI, LOBO, 1992, p.3).

No que se refere ao direito à segurança, este consiste essencialmente na lei que protege contra ameaças do mercado consumidor. Pelo direito fundamental à segurança do consumidor, podemos concluir o que proporciona ao consumidor proteção contra os riscos decorrentes da oferta de um produto ou serviço, desde o momento de sua introdução no mercado consumidor, incluindo o consumo efetivo, até a fase de descarte das sobras, embalagens e outros seus resíduos (MIRAGEM, 2016, p.207).

Neste caso, a proteção jurídica abrange os riscos pessoais e patrimoniais, reconhecendo o direito à segurança como uma espécie de direito geral a não prejudicar, que corresponde à obrigação geral de proteção da vida, da pessoa e do patrimônio do consumidor.

Observa-se que, a evolução do próprio direito obrigacional resultou na obrigação de indenizar as partes a não ser considerada com base em contrato, nem com base na clássica distinção entre obrigação de meio e resultado, mas sim devido ao seu propósito de evitar danos ao outro contratante (MIRAGEM, 2016, p.207).

O CDC, ao tratar da defesa do consumidor, providenciará expressamente a preservação do seu direito à saúde e segurança em diversos dispositivos. A segurança dos produtos ou serviços oferecidos por fornecedores no mercado consumidor é consagrada no Código em diversos momentos.

A garantia da segurança também será o princípio da ação do Estado, conforme prevê o art. 4, inciso II, d alínea e direito básico do consumidor, vide art. 6., ambos do CDC. Caberá ao fornecedor, no que se refere aos produtos e serviços oferecidos no mercado (Art. 8.º a 10), na proibição da propaganda abusiva (Art. 37, § 2.º).

Ao mesmo tempo, em caso de descumprimento por parte do fornecedor isso justificará a imposição de sanções administrativas e penais, sendo solucionais viáveis que visam uma punição para que a prática continue ocorrendo.

No âmbito da responsabilidade do fornecedor, o não cumprimento da obrigação de fornecer uma garantia pode resultar na obrigação de pagar uma indenização pelo estado dos bens ou serviços (artigo 12.º a 14.º). Nesse caso, a proteção da segurança visa a preservação de sua integridade corporal, embora os danos passíveis de indenização não se limitem aos danos físicos e possam decorrer de lesões corporais, violação da própria integridade moral e até mesmo o reconhecimento exclusivo, de forma autônoma, dos danos causados na esfera moral dos consumidores (MIRAGEM, 2016, p.207).

No entanto, a missão de determinar o âmbito da obrigação de indenizar o fornecedor será confrontada com jurisprudência, partindo do princípio que será determinada em função das circunstâncias reais relacionadas com a atividade de fornecimento de bens e serviços (MIRAGEM, 2016, p.208).

Conforme leciona o autor Fabrício Bolzan (2014, p. 175) a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem estado muito atenta à proteção dos direitos do consumidor de, a ponto de reconhecer a relativização da carência de um contrato de seguro saúde, quando a vida do consumidor está em risco.

AÇÃO INDENIZATÓRIA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RELATIVIZAÇÃO DO CONTRATO. PLANO DE SAÚDE. CARÊNCIA. INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. PARTO DE URGÊNCIA. RISCO DE VIDA. RESPONSABILIDADE PELAS DESPESAS MÉDICAS. DANO MORAL. 1 - A relação jurídica decorrente de contrato de seguro saúde submete-se às normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, ocorrendo a relativização do pacta sunt servanda. Súmula 469 do e. STJ. 2 - A necessidade de intervenção cirúrgica para evitar a morte do seu filho caracteriza-se como emergência, fazendo incidir o prazo de carência de 24 horas previsto nas condições gerais do contrato, em conformidade com os arts. 12, inc. V, alínea c e 35-C, inc. I, da Lei 9.656/98. 3 - A negativa de autorização para o tratamento da apelada/autora, cujo feto se encontrava em

situação de risco de morte, extrapolou o mero aborrecimento decorrente do inadimplemento contratual. Ao contrário, gerou à segurada grande frustração e estresse, aptos a caracterizar o dano moral, abalando, inequivocamente, seu estado psíquico e emocional. 4 - A valoração da compensação moral deve observar o princípio da razoabilidade, a gravidade, a repercussão do dano, bem como a intensidade e os efeitos da lesão. A finalidade compensatória, por sua vez, deve ter caráter didático-pedagógico, evitado o valor excessivo ou ínfimo, objetivando, sempre, o desestímulo à conduta lesiva. Mantido o valor fixado na r. sentença. 5 - Apelação conhecida e não provida. (TJ-DF 20150310053043 DF 0005265-80.2015.8.07.0003, Relator: ANA CANTARINO, Data de Julgamento: 04/05/2016, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 12/05/2016. Pág.: 235/244)

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Terceira Câmara Cível Processo: APELAÇÃO (CÍVEL) n. 8001206-33.2018.8.05.0044 Órgão Julgador: Terceira Câmara Cível APELANTE: CENTRAL NACIONAL UNIMED - COOPERATIVA CENTRAL Advogado (s): ANTONIO EDUARDO GONÇALVES RUEDA APELADO: LILIANE LOBO PINHEIRO DA SILVA e outros Advogado (s):ERITO SILVA MOREIRA, GABRIEL BARRETO MOREIRA EMENTA Apelação Cível. Ação Indenizatória decorrente de cancelamento indevido de plano de saúde. Sentença que julgou procedente a ação, condenando a apelante ao pagamento de indenização ao apelado no valor de R\$ 10.000,00. Em se tratando de contrato de plano de saúde, ainda que coletivo, aplicam-se as disposições do Código de Defesa do Consumidor. Segundo o disposto no artigo 25 do CDC, é solidária a responsabilidade daqueles que causem danos ao consumidor, sendo, ainda, "vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar". E, figurando a

UNIMED como integrante da cadeia de consumo, não se pode afastar sua responsabilidade pelos danos causados ao consumidor. O dano moral caracteriza-se pela violação dos direitos integrantes da personalidade do indivíduo, atingindo valores internos e anímicos da pessoa, tais como, a dor, a intimidade, a vida privada e a honra, entre outros. O cancelamento indevido de plano de saúde, sobretudo, quando se trata de criança, que necessita de assistência médica constante, não pode ser tido como mero aborrecimento, caracterizando dano moral, em razão do sentido de inquietude, angústia e preocupação causados. O arbitramento fixado na Sentença a título de danos morais - R\$ 10.000,00 - mostra-se adequado e proporcional diante das circunstâncias do caso concreto, levando em consideração a situação suportada pelo apelado. Sentença mantida. Apelação não provida. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 8001206-33.2018.8.05.0044, em que figuram como apelante CENTRAL NACIONAL UNIMED - COOPERATIVA CENTRAL, e apelada, K. P. S., representado por LILIANE LOBO PINHEIRO DA SILVA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em negar provimento ao presente Recurso, e assim o fazem pelos motivos a seguir expostos: (TJ-BA - APL: 80012063320188050044, Relator: JOSE CICERO LANDIN NETO, TERCEIRA CAMARA CÍVEL, Data de Publicação: 08/10/2019)

O entendimento que se extrai das jurisprudências acima é que por se tratar de uma situação extrema em que existe uma clara possibilidade de violação do direito fundamental à vida, se um juiz não reconhecer em um caso específico o impacto dos direitos fundamentais nas relações privadas, não só prejudica um direito constitucional objetivo, mas também afirma que, como um órgão estatal, é obrigado a observar.

2.3.2 Direito básico à informação

O Código de Defesa do Consumidor caracteriza o consumidor como insuficiente quanto está inserido numa relação ao consumo, portanto o fornecedor deve tomar todas as medidas e cuidados necessários para garantir que a relação alcance o maior equilíbrio contratual possível. Este equilíbrio deve estar presente em qualquer categoria de contrato, seja um contrato negociável ou um contrato de adesão (ROCHA, FERREIRA, 2014, p.17).

A desigualdade entre consumidores e fornecedores, que é uma desigualdade de meios, uma desigualdade econômica, é também, uma desigualdade informacional. Daí a necessidade de equilibrar a relação pretendida pela legislação de defesa do consumidor e, sobretudo, pelo CDC, para alcançar o que a doutrina alemã atualmente chama de equidade informacional. (MIRAGEM, 2016, p.210).

Entre os direitos afirmados pelo CDC, o direito à informação é um dos que terá maior repercussão prática no cotidiano das relações de consumo. Conforme já ponderado, o direito à informação é suficientemente eficaz para impor uma obrigação geral de informar os fornecedores.

Conforme preconiza Flavio Tartuce (2017, p.109), na nossa legislação, devido à influência significativa da legislação europeia, o desenvolvimento da obrigação de informar decorreu do princípio da boa-fé objetiva.

O tratamento favorável do consumidor, apontado acima, nas relações de consumo se deu, devido a um déficit informacional entre consumidor e fornecedor, visto que este detém todo o conhecimento acerca de dados e demais informações sobre o processo de produção e fornecimento dos produtos e serviços no mercado de consumo (TARTUCE, NEVES, 2017, p.110).

O conteúdo do direito do consumidor à informação não é determinado a priori. É necessário verificar nos respectivos contratos de consumo e relações jurídicas que informação substancial é efetivamente transmitida ao consumidor como dever intransferível do fornecedor. Isso porque não basta cumprir o dever do fornecedor de informar que a informação considerada relevante sobre o produto ou serviço é transmitida ao consumidor (MIRAGEM, 2016, p.210).

Ou seja, deve essa informação ser transmitida adequadamente e eficiente, ou seja, de forma que seja percebida ou pelo menos perceptível ao consumidor.

A eficácia do direito do consumidor à informação não se satisfaz com o cumprimento formal da obrigação de indicar dados e outros elementos de informação, sem cuidado ou preocupação para serem devidamente compreendidos pelos destinatários dessas informações (MIRAGEM, 2016, p.210).

Portanto, o direito fundamental à informação do consumidor é um dos pilares da normativa de proteção ao consumidor no direito brasileiro, pois sua garantia visa promover um equilíbrio de poder de fato na relação entre consumidores e fornecedores, garantindo a equidade das informações as partes.

2.3.3 Direito à proteção contra práticas e cláusulas abusivas

Ao longo da história, o consumidor foi refém de práticas comerciais abusivas, como a publicidade enganosa, e vítima de contratos de consumo elaborados exclusivamente por uma das partes com letras tão miúdas que mal conseguia ler o conteúdo das cláusulas que estava assinando.

Diante desse contexto, surge o CDC com a proibição de toda e qualquer prática comercial ou contratual abusiva. Os comportamentos abusivos atualmente analisados com no Código Civil brasileiro também são amplamente aplicáveis a todo o Direito Privado (BOLZAN, 2014, p.180).

O direito básico do consumidor de ser protegido contra práticas e cláusulas abusivas é um princípio de grande importância prática, visto que o sistema de regras de defesa do consumidor está amplamente orientado para a limitação de abusos por parte do fornecedor (MIRAGEM, 2016, p.210).

Nesse sentido estabelece o artigo 6.º, IV, do CDC: "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".

Entende Bruno Miragem (2016, p. 211) que se configura uma prática abusiva toda a atuação do fornecedor no mercado de consumo, que caracterize o desrespeito 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.

Ou seja, em sentido amplo, as práticas abusivas englobam toda atuação do fornecedor em desconformidade com padrões de conduta reclamados, ou que estejam em desacordo com a boa-fé e a confiança dos consumidores.

A referência e proibição de práticas abusivas no CDC tem caráter exemplificativo, admitindo-se, para além do que estava expressamente previsto na legislação (em particular, a lista do artigo 39) o reconhecimento de comportamentos diversos que pela sua natureza, ou pelos por ocorrerem no curso de uma relação de consumo, são caracterizados como violadores da boa-fé e da confiança dos consumidores (MIRAGEM, 2016, p.212).

O caráter abusivo da conduta dos fornecedores, a este respeito, é observado tanto pelo exercício de posição dominante na relação jurídica, quanto pela contrariedade da conduta sob exame dos preceitos da proteção da confiança e da boa-fé (MIRAGEM, 2016, p.212).

Igualmente, no que se refere à proibição de práticas abusivas, há uma intersecção entre os interesses individuais dos consumidores e os interesses de todos os consumidores e até mesmo do próprio mercado (MIRAGEM, 2016, p.212).

Isso ocorre porque ao examinar a lista de arte. 39 do CC, que enumera abusos proibidos por fornecedores, fica claro que em muitos deles há o objetivo de regulação individual da relação de consumo, além de garantir a confiança do mercado consumidor, devido às repercussões gerais que podem ser causados por comportamento proibido que constitua comportamento abusivo.

Dado que o CDC não menciona explicitamente a sanção imposta aos fornecedores por práticas abusivas, deve-se entender em grande parte que o simples fato de o Código listar a conduta como proibida, a caracteriza como ilícita.

Portanto, essas práticas podem impor responsabilidade civil ao fornecedor, desde que existam outros elementos de responsabilidade civil nas relações de consumo — dano e causalidade. Porém, mesmo que não prejudiquem diretamente o consumidor, os abusos podem (e devem) ser sancionados por autoridades administrativas, como o Programa de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON), sancionando fornecedores que não cumpram as normas do CDC (GONÇALVES, 2019, p.36).

Por outro lado, além de se empenhar em coibir práticas abusivas, o ordenamento jurídico também se preocupou em regulamentar a redação do contrato de consumo, proibindo o uso de cláusulas abusivas (GONÇALVES, 2019, p.36).

Tal como no caso da prática abusiva, também aqui se verifica a forma como o fornecedor faz mau uso da sua posição de poder, visando obter benefícios em detrimento dos consumidores, o que é inaceitável sob o ponto de vista ético e moral.

O artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor contém uma lista ilustrativa de cláusulas abusivas. Eles têm um elemento de forças ou obrigações desproporcionais por parte das partes, como no caso de uma cláusula que permite ao fornecedor alterar unilateralmente o preço ou que lhe dá a opção de não cumprir o contrato, mas ainda vinculando o consumidor. Com esse elemento em mente, o ponto IV deste artigo é uma espécie de “cláusula aberta” que permite ao juiz identificar cláusulas abusivas não enquadradas no Código.

Como nas práticas abusivas, a inclusão de cláusulas abusivas nos contratos de consumo, por serem proibidas pelo ordenamento jurídico, é um ato ilícito que pode gerar responsabilidade civil do fornecedor se comprometer a esfera material ou moral dos consumidores. Independentemente de causarem dano ou não, a principal sanção da inclusão de tais cláusulas é a sua nulidade, paralisação do seu efeito, conforme assinalado, implica a sua rejeição total, sem possibilidade de validação. Esta é obviamente uma reação forte do sistema jurídico, e no campo do direito do consumidor, porque a proteção do consumidor é uma pedra angular da ordem pública e está constitucionalmente prevista (CHAVES; ROSENVALD, 2019, p. 381).

Como ensinam os escritores, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2019, p. 390), a invalidade dos direitos plenos está geralmente relacionada ao não cumprimento dos requisitos básicos para a existência de um contrato válido; ou seja, se for inválido, o contrato não tem efeito legal. No entanto, é preciso lembrar que, no mundo moderno, o consumo é cada vez mais apresentado não como um luxo, mas como uma necessidade, de modo que a manutenção de contratos costuma ser do interesse dos consumidores.

Por esta razão, o Artigo 51, parágrafo 2 do CDC afirma claramente que:

“abusar da invalidade da cláusula contratual não invalidará o contrato, a menos que a falta desta cláusula cause uma carga

excessiva para qualquer uma das partes, apesar dos esforços de integração.”

Portanto, o artigo 6.º inciso V do CDC permite que o judiciário modifique os termos contidos no contrato de consumo a fim de buscar reequilibrar essa relação, ao invés de eliminá-la (CHAVES; ROSENVALD, 2019, p. 381).

Em todo o caso, tanto as práticas como as cláusulas abusivas são relevantes para o exame da responsabilidade contratual do fornecedor, visto que são consideradas ilegais, portanto, podem levá-lo à responsabilidade civil. No entanto, seu caráter abusivo acarreta consequências que vão além da responsabilidade civil, como a possibilidade de punir fornecedores por órgãos administrativos (GONÇALVES, 2019, p.38).

Portanto, não se deve esquecer que o sistema de responsabilidade civil é apenas uma das muitas formas de proteger os consumidores contra abusos por parte dos fornecedores. As sanções administrativas e a invalidade de cláusulas de desequilíbrio contratual de pleno direito são medidas importantes para regular o mercado consumidor, obrigando o fornecedor a atuar conforme a ordem jurídica, mesmo que sua ação — embora ilegal — não cause danos ao concreto (GONÇALVES, 2019, p.38).

3 CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE

O acesso à saúde é um direito constitucional, previsto no art.6º da Constituição Federal de 1988, sendo elencado pelo constituinte nos chamados direitos sociais, ou seja, o estado precisa garantir a sua fruição por meio da concepção de políticas sociais e econômicas capazes de promover a redução do risco de doenças e de outros agravos e, assim, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Porém, mesmo que o acesso à saúde seja um serviço público, o constituinte também referiu à possibilidade da sua execução pela iniciativa privada no art. 199 da carta magna. Ao que se percebe, por conta da ampla desigualdade social que atinge o país, muito possivelmente o constituinte já reconhecia que o Estado enfrentaria dificuldades para assegurar ao cidadão a sua integral e tempestiva fruição do sistema de saúde.

Pois bem, atualmente o acesso à saúde é uma dificuldade diariamente enfrentada no Brasil, devido à ineficiência do Estado em garantir a todos os cidadãos este direito fundamental tão importante à concretização da dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, os contratos de planos de saúde que regem o sistema de saúde privado brasileiro possuem um importante papel, visando assegurar o direito à saúde e a dignidade da pessoa humana.

3.1 DO DIREITO BÁSICO AO ACESSO À SAÚDE

Nas palavras dos autores Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtner Figueiredo (2008, p.2) a consagração constitucional do direito fundamental a saúde, com a efetivação de um vasto ramo de outros direitos fundamentais sociais, certamente pode ser apontada como um dos principais avanços da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que a liga, nesse ponto, ao constitucionalismo de cunho democrático-social desenvolvido, sobretudo, a partir do Pós 2.^a Guerra Mundial.

Antes de 1988, a proteção do direito à saúde ficava restrita a algumas normas esparsas, tais como a garantia de “socorros públicos” ou a garantia de inviolabilidade do direito à subsistência.

Observa-se, que a tutela constitucional da saúde nas décadas passadas se dava indiretamente, no âmbito tanto das normas de definição de competência entre os entes da federação em termos legislativos e executivos, quanto das normas sobre a proteção à saúde do trabalhador e das disposições versando sobre a garantia de assistência social (SARLET, FILCHTNER, 2008, p.2).

Ou seja, ao que se percebe as constituições anteriores não elencavam concretamente o direito à saúde, mas sim em artigos esparsos.

A constituição de 1934, por exemplo, travava sobre o tema nos art. 5.^o, XIX, alínea “c”, art. 10, II, art. 121, § 1.^o, alínea “h”, e art. 138. Os artigos informavam que, era de competência da União a assistência social (que envolvia a saúde) e que caberia aos estados e municípios instituir normas que tentem restringir a moralidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis.

Logo, nota-se que o texto de 1988, diferentemente dos anteriores, inaugura um amplo sistema de seguridade social (MENDES, 2017, p.774).

A garantia de assistência social, foi exatamente um dos marcos da sistemática introduzida em 1988, pois rompeu com as tradições anteriores, tanto legislativas quanto constitucionais. Se observa que houve uma atenção pelo constituinte as reivindicações dos movimentos de reforma sanitária que antecederam a carta magna e que muito influíram o constituinte a partir das discussões travadas durante as conferências nacionais de saúde. (SARLET, FILCHTNER, 2008, p.2).

Nota-se que as ações para combate a doenças classificadas como pandemias foram fundamentais para os movimentos de reforma sanitária e ampliação da legislação.

Nos primeiros anos do século XX, o Rio de Janeiro, por exemplo, não exibia as melhores condições de saúde pública. Segundo as autoras Edilenice Passos e Maria Tereza Machado Teles Walter (2020, p.11) o Rio era uma cidade com graves problemas urbanos e sociais: pobreza, desemprego, lixo amontoado nas ruas, ratos e mosquitos transmitindo doenças. Milhares de pessoas morreram de epidemias como febre-amarela, peste bubônica e varíola. O Rio tinha reputação mundial como uma “cidade praga”.

O presidente Rodrigues Alves, na época, queria marcar seu governo pela modernização e saneamento. O prefeito do Rio de Janeiro, então capital do Brasil, engenheiro Pereira Passos, liderou o processo de urbanização, que incluiria a construção de um novo porto, novas avenidas, preenchimento de praias, demolição de morros, demolição de casas e sobrados, e o embelezamento de praças, jardins e o saneamento foi liderado pelo Dr. Oswaldo Cruz (PASSOS; WALTER, 2020, p.11).

No entanto, em 1917 e em 1918 a situação socioeconômica desvantajosa e uma guerra mundial, acabou por provocar uma crise econômica com preços elevados que revelavam a falta de alimentos; elevaram a precariedade de residências que eram com pouca circulação de ar, sem luz e higiene, o aumento dos preços dos medicamentos e a alta mortalidade infantil (PASSOS; WALTER, 2020, p.11).

Este caldeirão de fatores propiciava o aparecimento e o alastramento de doenças, o que devidamente ocorreu com a chegada da gripe espanhola.

Com o tempo, foi-se necessário então, repensar a saúde pública e o molde para o enfrentamento de outras crises como a provocada pela gripe espanhola. Ou seja, as epidemias escancararam a insuficiência e incompetência de uma organização

sanitária mal aparelhada, mal financiada, sem autonomia e sem prioridade política (PASSOS; WALTER, 2020, p.33).

Como explicam os autores, o primeiro decreto jurídico sanitário foi implementado após a pandemia de gripe. O decreto n.º 3.987, de 2 de janeiro de 1920, que reorganizou os serviços públicos de saúde, criando o Departamento Nacional de Saúde Pública (DNSP), subordinado diretamente ao Ministério da Justiça e Assuntos Internos. O mesmo decreto também criou o Conselho Superior de Higiene e Saúde Pública (PASSOS; WALTER, 2020, p.34).

Nesse sentido, entende os autores Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner (2008, p.2) que a normatização do direito à saúde, assim como a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), decorreu de uma evolução dos sistemas de proteção instituídos nas décadas passadas há nível ordinário como o Sistema Nacional de Saúde, criado pela Lei n.º 6.229/1975 e, em 1987, o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde — SUDS.

Narra ainda os autores Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner (2008, p.2) que além das contribuições citadas acima, o regime jurídico-constitucional do direito à saúde vigente também são reflexos de processos como:

- “a) a conformação do conceito constitucional de saúde à concepção internacional estabelecida pela Organização Mundial da Saúde (OMS), sendo a saúde compreendida como o estado de completo bem-estar físico, mental e social;
- b) o alargamento do âmbito de proteção constitucional outorgado ao direito à saúde, ultrapassando a noção meramente curativa, para abranger os aspectos protetivo e promocional da tutela devida;
- c) a institucionalização de um sistema único, simultaneamente marcado pela descentralização e regionalização das ações e dos serviços de saúde;
- d) a garantia de universalidade das ações e dos serviços de saúde, alargando o acesso até então assegurado somente aos trabalhadores com vínculo formal e respectivos beneficiários;
- e) a explicitação da relevância pública das ações e dos serviços de saúde.

Acreditam Augusto Franke Dahinten e Bernardo Franke Dahinten (2019, P.4) que a Constituição Federal de 1988, inaugurou uma nova era jurídica e constitucional, marcada pelo reconhecimento e pela consagração dos valores humanos e sociais. Fundada no princípio da dignidade da pessoa humana.

Então a Carta Magna positivou uma série de direitos e garantias fundamentais, direcionada à valorização dos seres humanos, aos direitos de personalidade, à igualdade material e aos valores sociais.

Nesse sentido a Constituição Federal de 1988 brilhantemente disciplina em seu artigo 6º e 196º:

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.

No entendimento do art. 196 da Constituição Federal de 1988, o direito a saúde é “direito de todos” e “dever do Estado”, garantido mediante “políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos”, regido pelo princípio do “acesso universal e igualitário” “às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

É possível se perceber que na redação do artigo constitucional ele é tanto um direito individual quanto um direito coletivo, e ele é tratado como um direito público subjetivo assegurado às generalidades das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional.

Assim, para o Gilmar Mendes (2017, p.775) esse direito, na verdade, é assegurado mediante políticas sociais e econômicas. Ou seja, para ele não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize.

Há, na verdade, um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde.

Nota-se também que o texto constitucional deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) (MENDES, 2017, p.775).

Cabe, portanto, aos membros da federação brasileira promover políticas públicas voltadas à redução, promoção, proteção e principalmente à restauração da saúde, conforme expresso na Carta Magna de 1988.

Palavras expressas no art. O artigo 196 da Constituição Federal de 1988 também enfatizava a necessidade de formular políticas sociais e econômicas que especificassem o direito à saúde através de escolhas distributivas, ou seja, por escolhas efetivas e estratégicas, pois o próprio desenvolvimento da medicina planejou o prejuízo ao direito à saúde. Porque haverá sempre novas descobertas, novos exames, novo prognóstico ou cirurgia, novas doenças ou erradicação de doenças.

O texto constitucional elencado no artigo 196 garante também que o direito à saúde deve incluir políticas destinadas a reduzir o risco de adoecimento ou outras doenças de importância preventiva, bem como determina que as políticas expostas sejam universais e igualitárias, devendo, em última instância, zelar para que promovam e protejam e restaure a saúde (MENDES, 2017, p.776).

Gilmar Mendes (2017, p.776) finaliza seu entendimento sobre o assunto, informando que, da análise do art. 196 da CF/88, o direito à saúde deve se efetivar mediante ações específicas (dimensão individual) e mediante amplas políticas públicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos (dimensão coletiva).

Nessa perspectiva, as pretensões formuladas tanto poderão dizer respeito a atos concretos como a políticas e ações administrativas que contribuam para a melhoria do sistema de saúde, incluídas aqui as normas de organização e procedimento.

Para Augusto Franke Dahinten e Bernardo Franke Dahinten (2019, P.4) A positivação do direito à saúde que foi citada acima e que está no rol dos direitos fundamentais positivados no texto da CF/88, elucida direito à saúde, como um direito de todos os cidadãos e um dever do estado com a viabilização de políticas públicas e iniciativas privadas.

Nesse sentido, o direito à saúde comunga, na nossa ordem jurídico-constitucional, da dupla fundamentalidade formal e material da qual se revestem os direitos e garantias fundamentais, em geral, especialmente em virtude do regime jurídico privilegiado que lhes outorgou a Constituição de 1988.

A fundamentalidade no sentido material é, na verdade, a relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional que é tombado pela importância da saúde como pressuposto à manutenção da vida com dignidade. Ou seja, uma vida saudável e com uma certa qualidade. (SARLET, FILCHTNER, 2008, p.5).

Já a fundamentalidade no sentido formal se desdobra a partir do direito constitucional que a constituição brasileira de 1988 desdobra-se em três elementos: como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (portanto, também o direito à saúde), situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico; na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais e materiais como cláusulas pétreas; e por normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis, vinculando imediatamente as entidades estatais e os particulares – comando que alcança outros dispositivos de tutela da saúde (SARLET, FILCHTNER, 2008, p.5).

Assim, como já mencionado para além da condição de direito fundamental, a tutela jus fundamental da saúde efetiva-se também como dever fundamental, conforme positiva o texto do artigo 196 da CF.

Por fim e não menos importante, pontua Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner (2008, p.2) com relação aos destinatários do direito à saúde possuem como sujeito passivo principal o Estado, que cabe realização de medidas voltadas à proteção da saúde das pessoas, efetivando o direito em sua dimensão negativa (notadamente no sentido de não-interferência na saúde dos indivíduos) e positiva (organizando instituições e procedimentos direcionados à tutela individual e coletiva da saúde, tomando providências para o atendimento dos deveres de proteção, fornecendo diretamente os bens materiais necessários à prestação da assistência à saúde) E também cabe enfatizar que são sujeitos da relação, os particulares que se manifesta tanto de maneira indireta, mediante a prévia intervenção do estado através de órgãos estatais, quanto diretamente, cujo exemplo talvez mais conhecido são as normas de proteção ao trabalhador e ao consumidor, já tradicionais no direito constitucional pátrio e na legislação infraconstitucional. (SARLET, FILCHTNER, 2008, p.11).

3.2 HISTORICO DA SAUDE SUPLEMENTAR NO BRASIL

A saúde suplementar no Brasil ao longo das décadas passou por diversas transformações. A sua consagração no Brasil dependeu de um arranjo complexo e hierárquico de normas, além disso dependeu estritamente do sistema único de saúde (SUS).

Houve inicialmente a aprovação da Lei Eloy Chaves, em 1923, que tratava de regular, questões previdenciárias e de saúde, servindo como um marco inicial da transferência da responsabilidade do setor público para o setor privado. (BENTO, 2018, p.22).

Já no Governo de Getúlio Vargas (1933) são criados os Institutos de Aposentadoria e Pensão — IAPs, que prestavam serviços de assistência médica, dando origem à compra de serviços hospitalares. (PIERANTON, 2018, p.05)

Contudo, nota-se que nesse período o que de fato havia eram leis espaciais e institutos que mediavam a saúde brasileira. Ao que se percebe não era nada a ser explorado pelo estado brasileiro, que naquela época era alinhado há uma política intervencionista focada no bem-estar-social.

Os primeiros passos do surgimento da saúde supletiva no Brasil, organizadamente, remontam aos anos de 1940 e 1950, quando os setores público e privado passaram a ofertar aos seus colaboradores serviços médicos e hospitalares. Já no início da década de 1940, destaca-se a criação da Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil - CASSI, entidade de autogestão administradora de planos de saúde destinados a um grupo específico de usuários, que existe até hoje. (NUNES, 2000, p.10)

Na década de 60, já havia delineado uma política de assistência à saúde que culminou no surgimento desse modelo dual, público e privado. Nessa época a assistência privada era paralela à pública, que posteriormente traria constrangimentos a uma reforma mais ampla, conforme proposta da Carta Magna. Nesse contexto, o Sistema Único de Saúde surgiu no Brasil numa fase em que o setor privado já se encontrava amplamente sólido (MACHADO, 2011, p.26).

Para Gilmar Mendes (2017, p.777) a Constituição Federal houve por bem estabelecer o modelo básico de organização e procedimento para realização do direito básico à saúde, visto que período compreendido as décadas de 40,50,60 e 70, anterior a constituição 1988, não havia regulamentações específicas.

Nesses termos a constituição apelada de cidadã, foi importante, pois determinou que, as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado descentralizadamente, com direção em cada esfera de governo, voltado ao atendimento integral, com prioridade para atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços essenciais, assegurando-se a participação da comunidade.

Assim criou-se o sistema único de saúde (SUS), que ficou consagrado nos artigos 198, 199 e 200 da carta magna de 1988.

Observa-se que além de determinar a instituição de um sistema único e unificado de saúde, o constituinte também definiu todas as suas atribuições. (MENDES, 2017, p.775).

Gilmar Mendes (2017, p778) pontua que a criação SUS pelo constituinte rompeu com a tradição que existia na sociedade brasileira e fez-se adotar uma rede regionalizada, hierarquizada e descentralizada como a melhor forma de concretizar o direito social à saúde.

Jeane Regina de Oliveira Machado (2011, p.18) informa que o SUS se constitui numa das principais conquistas da sociedade brasileira nas últimas décadas, muito embora haja inúmeros entraves enfrentados, o sistema mostrou-se como um avanço em descentralização, ampliação rumo à universalização do acesso, direito à saúde e cidadania.

Nas palavras de Celia Regina Pieratoni (2008, p.01), o SUS é “Considerado o maior programa de inclusão social do mundo, o SUS vem-se desenvolvendo ao longo desses 20 anos, independentemente de governos e partidos políticos”.

Assim, ainda que o SUS se constituía como um sistema público, a rede privada pode igualmente integrar o SUS, através de contratações ou convênios firmados com o poder público.

Assim a rede pública e a rede privada após a constituição de 1988 formam uma rede regional, para melhor adequação dos serviços de prestação a saúde que devem estar e acordo com as diretrizes da Organização Mundial da Saúde. (MENDES, 2017, p.781).

Pontua Jeane Regina de Oliveira Machado (2011, P.26) que a Carta Magna de 1988 foi importante, pois definiu a existência de um setor suplementar de saúde regido, composto por planos e seguros de saúde que é exposto de através do artigo 197 e 199.

Assim disciplina a Constituição Federal de 1988 que:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

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.

§ 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Gilmar Mendes (2017, p.782) em sua obra que informa que, a Carta Magna disciplinou a atuação do setor privado em conjunto com o setor público na área de saúde de modo a complementar o sistema de saúde brasileiro. As atividades privadas são realizadas de forma a auxiliar ao sistema de saúde.

E acrescenta Marco Antônio Barbosa de Freitas (2018, p.3) que, na verdade, foi graças ao cenário caótico da saúde pública no Brasil, que se foi necessário impulsionar o mercado privado de saúde através da constituição e das leis.

Para Augusto Franke Dahinten e Bernardo Franke Dahinten (2019, p.4) a consagração do artigo 199 da carta magna de 1988 foi importante, pois mesmo que o texto constitucional tenha assegurado a universalidade do direito à saúde, a ser garantido pelo poder público, é notório que os serviços públicos de saúde são capazes de atender a toda a população, logo o legislador constituinte viu a necessidade de consagrar tal artigo para expandir o acesso à saúde, assim, criando o chamado sistema de saúde suplementar, cujos principais produtos são os seguros e planos de saúde.

Ou seja, trata-se de atividade econômica hiper-regulada, que se submete a regime jurídico próprio e que é hoje protagonista no que concerne aos serviços de saúde.

Mas para Ronei Danielli (2015, p.3), o sistema privado de saúde não passa de um serviço suplementar público, visto que, há apenas uma oferta de serviços paralelos ao sistema público, que se diferenciam somente em hotelaria e maior facilidade de acesso aos procedimentos. Assim entende o autor que é apenas uma duplicação da cobertura dos serviços de saúde.

O que ocorre, na verdade, a partir de todo histórico brasileiro que, na verdade, os serviços públicos de saúde no Brasil podem ser caracterizados como insuficientes e incapazes de atender à integralidade da população.

Nota-se que esta realidade impulsionou, o crescimento e a consolidação do mercado da saúde suplementar, nas últimas décadas, assim podem-se afirmar, com segurança, que os planos de saúde desempenham hoje papel importantíssimo no que tange à satisfação das necessidades dos brasileiros na área de saúde. (DAHINTEN, 2019, p.3).

Pontua Rafael Soares de Cerqueira e Henrique Ribeiro Cardoso (2018, p.10) que seu crescimento e sua consolidação foi de fato devido à insuficiência e incapacidade do setor público suprir toda a demanda populacional, mas outros fatores contribuíram para um crescimento mais acentuado desse segmento, na última década tais como: restrições no financiamento do setor público de saúde, devido às políticas de ajuste fiscal, com conseqüente comprometimento da oferta de serviços do SUS; O oferecimento de planos de saúde aos seus funcionários, por parte de empresas, para atrair recursos humanos, diferenciarem-se no mercado e tornarem-se mais competitivas no setor produtivo; “Busca de rendas adicionais pela profissão médica”

e o baixo poder de custeio direto de serviços pela população em algumas regiões; acréscimo no custo dos serviços de saúde associado aos avanços tecnológicos, impossibilitando o seu pagamento direto; classe média insatisfeita com os serviços prestados pelo SUS, principalmente no tocante à qualidade, agilidade, hotelaria e atendimento personalizado.

Então o que se pode observar que a expansão das empresas de planos de saúde no Brasil está relacionada ao que se chama de “universalização excludente” que é a expulsão do sistema público de saúde do cotidiano da população, decorrente do expressivo racionamento sofrido pelo SUS.

Então em linhas gerais, os serviços de saúde suplementar se conceituam como modalidades organizacionais diversas e complexas que operam planos de saúde, prestadores de serviços representados através de pessoa jurídica ou pessoa física, como os profissionais de saúde, além de beneficiários que fazem uso desses serviços. Tem-se então a cadeia do sistema privado no Brasil. (MACHADO, 2011, p.32).

Atualmente, as operadoras de planos de saúde estão divididas em seis modelos de gerenciamento de planos médico-hospitalares, a saber, gestores, autogestão, medicamentos de grupo, cooperativas médicas, entidades filantrópicas e seguradoras especializadas em assistência médica. Os que se especializam na realização de planos odontológicos são divididos em odontologia de grupo e cooperativas odontológicas. (NASCIMENTO, 2017, p.42).

3.3 SISTEMA REGULATÓRIO DOS PLANOS DE SAÚDE

As medidas regulatórias dos órgãos governamentais responsáveis pela atuação em determinado ramo econômico são necessárias e essenciais para a correta coordenação dos mercados envolvidos (CERQUEIRA, CARDOSO, 2018, p.2).

À medida que aumenta a complexidade das relações sociais, principalmente devido ao progresso tecnológico, o Estado é obrigado a buscar continuamente resultados cada vez mais efetivos, principalmente no exercício de suas funções de fiscalização. Como resultado dessas novas relações sociais, os padrões regulatórios melhoraram significativamente e a atenção das pessoas ao impacto dessas ferramentas regulatórias também está aumentando. Isso porque, uma vez abusados, acabarão por gerar aumentos de preços ou resultados inesperados, não só para os consumidores

e empresas diretamente envolvidas no processo, mas também para toda a sociedade. (CERQUEIRA, CARDOSO, 2018, p.2).

Nesse sentido, a regulamentação da saúde suplementar é um assunto polêmico e muitos a defendem como uma forma de amenizar a chamada falha de mercado de seguros e planos de saúde. Seu objetivo estratégico é melhorar a qualidade dos contratos, promover o desenvolvimento sustentável da empresa e oferecer garantias aos consumidores (MACHADO, 2011, p.46).

As principais características verificadas no campo do seguro saúde são a assimetria de informação entre a empresa e o cliente, a seleção de risco (possibilidade de a operadora optar por utilizar clientes com menor risco de atendimento) e a seleção adversa (os indivíduos tendem a adquirir planos na compra de produtos).

Por conta da assimetria apontada e o de faltarem produtos e serviços de saúde, essas foi razoável a intervenção do Estado para garantir a qualidade destes serviços e as coberturas necessárias, pois o mercado normalmente não os pode garantir sem fiscalização.

Para Augusto Franke Dahinten e Bernardo Franke Dahinten. (2019, P.3) os planos privados de assistência à saúde são caracterizados como relações jurídicas complexas e que, embora se submetam a uma vastidão de normas regulamentadoras, possuem incontáveis aspectos controvertidos.

A primeira norma a que os usuários que assinaram o contrato de saúde suplementar puderam recorrer, foi o Decreto n.º 73, de 1966, que trata do sistema nacional de seguros privados. Esse era o único suporte jurídico profissional na época. Porém, foi somente com promulgação da Lei de Proteção ao Consumidor em 1990, que os usuários de saúde suplementar passaram a possuir mais direitos. (BENTO,2018, P.26)

O marco regulatório da saúde suplementar só entrou em vigor no final da década de 90, com a entrada em vigor da Lei n.º 9.656/1998. Esta legislação específica é o resultado de ações ativas de diversos departamentos e entidades.

Observa-se que a letra da Lei de Planos de Saúde em seu artigo primeiro consagrou, de fato, toda a luta supramencionada, vejamos:

Art. 1º - Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições.

No seu inciso primeiro desse mesmo artigo, teve a importante função de caracterizar o plano de saúde privado, informando que:

I - 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;

Anteriormente à Lei 9.656 /98, o acesso aos procedimentos médicos era definido por contrato entre a operadora de planos de saúde e o beneficiário. Portanto, não havia cobertura mínima obrigatória estipulada e métodos de tratamento de alto custo, e as operadoras excluem doenças crônico-degenerativas, doenças infecciosas, do contrato (MACHADO, 2011, p.50).

Contudo, se observa com a leitura do inteiro teor da lei, pelo fato de ser omissa em certos pontos poderiam ocorrer diversos abusos, resultando num desequilíbrio contratual entre operadores e usuários.

Ou seja, atividades regulatórias propostas na década de 1990 demonstravam claramente a dualidade do sistema, mas se limitava ao setor privado de saúde, porém não atuava na interface entre o setor público e privado, nem atuava no SUS e no hospital (NASCIMENTO, 2017, p.30).

Com a mudança do governo no final da década de 90, houve uma transformação na política do Estado e, as transformações na participação pública e privada facilitaram a reorganização da relação entre esses setores no campo da saúde. Mundialmente, essa etapa é caracterizada pela introdução de mecanismos de mercado na prestação de serviços de saúde.

Nesse caso, o estado adquiriu novos atributos como a regulação, controle e avaliação. A crescente participação do mercado e da sociedade na produção, gastos e financiamento institucionalizou as relações público-privadas (MACHADO, 2011, p.47).

Ou seja, nos anos 90, o Brasil vivenciou um fenômeno crescente de criação e expansão de suas agências reguladoras, inicialmente a partir dos chamados, Reforma do Estado, que culminou no processo de privatização e liberalização dos mercados, promovendo profundas mudanças no funcionamento do estado, deixando o antigo estado de serviço para um novo estado para regular os serviços públicos.

Graças a essa pré-regulamentação, as agências conseguiram não apenas reduzir o valor de tarifas cobradas pelos serviços, por exemplo, mas também criar estabilidade para que as concessionárias possam atuar em seus mercados, reduzindo o risco operacional e facilitando a atração de novos investimentos. Somente a partir dessas experiências iniciais é que o modelo foi estendido a outros setores da economia sujeitos à regulação estatal (CERQUEIRA; CARDOSO, 2018, p.10).

Nesse sentido, a responsabilidade pela regulação de mercado de planos privado de saúde passou a ficar a cargo do Serviço Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Vinculado ao Ministério da Saúde, é importante na fiscalização dos planos de saúde, pois não é apenas responsável pela formulação de normas, mas também pelo controle e fiscalização dos segmentos de mercado pelas operadoras de saúde. O principal objetivo do regulador é garantir o interesse público. (BENTO, 2018, P.27)

A Lei nº 9.961/2000 apresenta a competência da ANS, dentre um dos seus deveres, da sua alçada é, estabelecer as características gerais dos contratos firmados entre os usuários e as operadoras, elaborar e atualizar o rol básico de eventos e procedimentos em saúde, autorizar reajustes e revisão dos valores dos planos de saúde.

Além disso, é também a responsável por fixar critérios para o procedimento de credenciamento e descredenciamento de prestadores de serviços das operadoras,

bem como autorizar o registro dos planos de assistência à saúde e o funcionamento de suas administradoras (BENTO,2018, p.27).

Nesse sentido por se tratar de um contrato privado, a Lei de planos de saúde aliada a agência reguladora ANS, tem como finalidade coibir abusos no setor de saúde suplementar. A lei e agência passaram a dispor sobre os caminhos que serão seguidos pelos sujeitos da relação jurídica (DAHINTEN, 2019, P.9).

Portanto, a regulamentação legal do conteúdo dos contratos tem por objetivo precípua buscar o equilíbrio das partes, quando a uma delas, mais vulnerável, não restar outra opção senão aceitar as determinações da outra.

Entende Marco Antônio Barbosa de Freitas (2018, p. 3) que com o surgimento de procedimentos regulatórios, o panorama da saúde suplementar do país passou por diversas mudanças e os contratos de planos de saúde se tornaram definitivamente, contratos privados de saúde com forte intervenção estatal uma vez que são regulamentados através da legislação vigente, qual seja, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei n ° 9.656/98 e as resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

E quanto a aplicação do CDC nestes contratos, em breve resumo, nota-se que ela é verdadeira e deve se inserir no campo da proteção do consumidor, pois nesta relação há um fornecedor (operadora de plano de saúde) e o consumidor (cliente/paciente) (MADUDEIRA, GARCIA, 2018, p. 4).

Além disso, tal posicionamento já foi positivado na súmula 608 do STJ, ao dispor que se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão.

Ou seja, as legislações citadas são os meios de supervisão do setor privado para garantir uma relação equilibrada entre beneficiários e operadoras (BENTO,2018, P.27).

Se observa então que, no decorrer das décadas os usuários lutaram para obter proteção legal.

Portanto, a própria elaboração e promulgação de leis são consideradas grandes benefícios para a sociedade, pois orientam o escopo da assistência nessa área. (MACHADO, 2011, p.50).

3.4 DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAUDE

3.4.1 Conceito contrato de plano de saúde

Conforme preconiza o autor Rômulo Almeida Carneiro (2016, p. 7), as primeiras disposições no direito brasileiro acerca dos contratos de planos de saúde foi o Decreto-lei n. 73/66, e eram abarcados pelos contratos de seguros. Após alterações advindas pelo Decreto-lei n. 296/67, foi instituído o seguro de saúde abrangendo coberturas à assistência médica e hospitalar, eram administrados por uma Sociedade-Seguradora, onde o assegurado efetuava pagamento em dinheiro do prêmio àquela e em caso de sinistro e a necessidade da utilização do seguro, a seguradora repassaria esse valor ao prestador do serviço médico-hospitalar.

Conforme já comentado no tópico anterior, o entendimento sumulado do STJ (sumula 608 do STJ), no informa que os contratos de plano de saúde são predominantemente contratos de consumo, salvo os administrados por entidades de autogestão.

Nessa perspectiva, fora substituída e cancelada a Súmula 469 do STJ com o seguinte enunciado: “aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”, tendo em vista o enunciado mais recente ser mais completo, excluindo os planos de saúde da modalidade de autogestão da legislação consumerista.

Essa conclusão vem da Lei de Defesa do Consumidor (Lei Federal 8.078 /1990) que define em seu o artigo 4.º como meta da Política Nacional de Relações de Consumo atender às necessidades dos consumidores, respeitando sua dignidade, saúde e segurança e melhorando sua qualidade de vida (MADUDEIRA, GARCIA, 2018, p.3).

Embora o Artigo 4 da Lei do Consumismo, possa ser limitado às normas de conteúdo processual em sua própria forma, ele impõe a aplicação integral das regras e princípios que constituem a Lei do Consumidor sobre intérpretes (executores), e é aplicável Para reivindicações relacionadas à implementação da “Lei de Marcas”. Os consumidores precisam respeitar sua dignidade, saúde e segurança e melhorar a qualidade de vida (MADUDEIRA, GARCIA, 2018, p. 3).

Ou seja, uma vez, sendo oferecidos serviços de seguro à saúde, no mercado de consumo, de forma que seus usuários utilizam de forma a custear as despesas médicas, hospitalares e emergenciais, estão protegidos pelas disposições do Código de Defesa do Consumidor.

Sobre a aplicabilidade do direito do consumidor aos contratos de plano de saúde nota-se que já existe um consenso interpretativo quanto à aplicação do Direito do Consumidor aos contratos de assistência médica celebrados por operadoras de planos de saúde.

Portanto, considerando o conceito trazido pelo acima artigos, bem como o melhor entendimento doutrinário e jurisprudencial, a relação formada com base em contrato entre operadoras de planos de saúde e seus segurados é denominada de relação de consumo, e para isso, Código de Defesa do Consumidor, com todas as suas peculiaridades, deve ser aplicado.

Os planos de saúde foram desenvolvidos para garantir que os indivíduos e suas famílias possam enfrentar as dificuldades associadas aos problemas de saúde de várias maneiras e até mesmo preveni-los (SAMPAIO, 2010, p.157)

E conforme já relatado, sabe-se que o cidadão tem um histórico de saúde pública incerto e os planos de saúde são uma alternativa para quem pode arcar com as mensalidades para ter um plano de saúde digno de você e de sua família.

Um contrato de seguro saúde nada mais é do que uma categoria de contrato de seguro. Por um lado, é uma operadora de seguro saúde - uma seguradora responsável por garantir a segurança de um evento futuro e incerto que possa ocorrer, e por outro, é um consumidor - um segurado que obtém essa proteção mediante pagamento um benefício em dinheiro CHAVES; ROSENVALD, 2019, p. 200)

Disserta Maria Cristina de Barros Cardoso (2015, p. 290), que o contrato de plano de saúde é:

“Aquele por meio do qual uma das partes, a operadora, se obriga frente à outra, o consumidor, a promover a cobertura dos riscos de assistência a sua saúde, mediante a prestação de serviços médicos hospitalares e/ou odontológicos em rede própria, bem como reembolso das despesas efetuadas, ou pagamento direto ao prestador dos serviços em questão.”

Cláudia Lima Marques (2011, p. 495) entende que os contratos de seguro são responsáveis por uma evolução na jurisprudência, enquanto conscientizou a necessidade de que os direitos contratuais devem ser mais sociais, mais

comprometidos com a equidade, com a boa-fé, e sofrer menos influência do dogma da autonomia da vontade.

Bruno Miragem (2016, p.421) o contrato de plano de saúde é um contrato de consumo de grande importância social e econômica por serem dotados de características específicas, desde que o principal serviço do prestador seja vital - como é a saúde, o interesse que o contrato promove é o único a proteger a vida e consumidor de saúde, indissociável da proteção da pessoa humana, e também por se tratar de um contrato muitas vezes excessivamente oneroso para o segurado, atualmente consumidor que sofre de uma doença e precisa de recursos para seu tratamento.

E por fim, conceitua Aurisvaldo Sampaio (2010, p.187 – 188):

É possível conceituar o contrato de plano de saúde 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 saúde, mediante a prestação de serviços médico-hospitalares e/ou odontológicos em rede própria, reembolso das despesas efetuadas, ou pagamento direto ao prestador dos referidos serviços. Trata-se de contrato de prestação de serviços por prazo indeterminado, obrigando o seu destinatário, como regra, ao pagamento de contraprestações mensais previamente definidas.

A natureza do serviço contratado (prestação de cuidados médicos), com a sua característica onerosa (prestação de cuidados médicos pelo setor privado), transforma as partes contratantes em fornecedores (operadoras de planos de saúde) e consumidores (clientes/pacientes). Afinal, conforme as exatas disposições da lei, “um fornecedor refere-se a qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, estatal ou estrangeira, e uma entidade que se tornou impessoal”, entre outras atividades, “prestação de serviços” na forma da lei, e “Consumidor é qualquer pessoa singular ou coletiva que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final (MADUDEIRA, GARCIA, 2018, p. 4).

Nessa linha, afirma-se que o contrato de seguro saúde é uma espécie de contrato, formulado com o objetivo de garantir ao contratante, atualmente consumidor, o direito

à saúde para si ou sua família, para combater doenças ou prevenir a sua ocorrência, mediante o pagamento de uma remuneração monetária.

Portanto, finaliza-se com o entendimento que a partir da arquitetura dos contratos de plano de saúde é possível se perceber a existência de uma multiplicidade de pactos: (I) O contrato mantido entre a operadora de plano de saúde e o consumidor; (II) o contrato mantido entre operadora de plano de saúde e seus conveniados (médicos, demais profissionais de saúde e hospitais); e (III) o contrato mantido entre o consumidor e o profissional ou estabelecimento de saúde escolhidos (que pode envolver serviços prestados em hospital e profissionais de saúde). (KIRCHNER, 2014, p.272)

No caso do plano de saúde se está diante não apenas de contratos conexos, por estarem funcionalmente relacionados entre si, mas sim perante uma verdadeira rede de contratos, uma vez que os pactos agem estruturalmente em conjunto para a formação de um negócio econômico unitário (FERREIRA, PETRY, 2019, p.8).

Assim, o que se percebe é que os contratos que envolvem saúde suplementar são exemplos típicos de modificações na teoria do contrato. Para além das suas finalidades sociais afins, está também sujeito a importantes intervenções do Estado e é um ramo de fiscalização rigorosa e contínua (BENTO, 2018, P.28).

3.4.2 Características

Vale ressaltar que o objetivo deste tópico não é esgotar todas as características dos contratos de seguro saúde, mas sim apresentar aquelas sendo mais importantes para o funcionamento prático desse tipo de contrato.

Os contratos oferecidos pelos planos de assistência privada à saúde são atípicos, mistos, de prestação de serviços, de adesão e caráter aleatório, sinalagmático, onerosos, formais e de execução diferida por prazo indeterminado (FRANÇA, 2019, p.15).

Os ensinamentos de Aurisvaldo Sampaio (2010, p. 225) mostram que a primeira característica de um contrato de plano de saúde é a sua formalidade. Segundo o autor, embora o ordenamento jurídico brasileiro abarque o princípio da liberdade de forma, a legislação brasileira delimita esse princípio ao impor como requisito para a validade

da atividade jurídica certo revestimento formal para sua celebração. Assim, para sua validade, o contrato de seguro saúde deve atender a determinados requisitos especificados em lei, por exemplo, o disposto no art. 16, parágrafo único, da Lei n.º 9.656 / 1.988, caso contrário, nula e sem efeito.

Outra característica identificada pela doutrina nos contratos de planos de saúde é o seu caráter oneroso. Concorrentes com o Sistema Único de Saúde, que deve prestar serviços de saúde gratuitamente, as operadoras de planos de saúde são instituições de direito privado e utilizam, para atingir seus objetivos, contratos onerosos em que o usuário, ou alguém por ele, pagar pelos serviços (DA SILVA, 2007, p.53).

A onerosidade se baseia na ideia de que a ambas as partes são atribuídos vantagens e sacrifícios para a formação da relação jurídica desejada e isso ocorre, uma vez que o consumidor para adquirir o direito aos benefícios de assistência à saúde deverá arcar periodicamente com uma contraprestação pecuniária (SAMPAIO, p. 228).

Portanto, a onerosidade é o contrato que envolve obrigatoriamente pagamento monetário, sucessivo e mensal, de um contratante para o outro. A inadimplência não autoriza a suspensão ou interrupção do atendimento, nem a rescisão unilateral, dos planos de saúde, o que só pode ocorrer com a autorização expressa da ANS, precedida do devido processo administrativo.

Outra característica presente nos contratos de plano de saúde, é o benefício mútuo, ou seja, por meio da constituição de fundos mútuos, os riscos médicos são disseminados por todos os consumidores relacionados à carteira de investimentos mantida pela operadora. Encargos financeiros causados pelos eventos cobertos (FRANÇA, 2019, p.15).

Quando os consumidores fazem um plano de saúde, eles transferem o risco dos custos operacionais médicos, hospitalares ou odontológicos para a operadora, e trocam a possibilidade de grandes perdas por pagamentos regulares em dinheiro; a operadora aloca esse custo para todo o consumo. A rigor, isso será custeado pelos fundos que todas as partes consideram em conjunto. Nesse sentido, pode-se dizer que a solidariedade coletiva é a base de um plano de saúde, pois o consumidor opta por compartilhá-la com outras pessoas, visto que é impossível evitar completamente os riscos do mal que põe em perigo a saúde (FRANÇA, 2019, p.16).

Portanto, pode-se dizer que o contrato de plano de saúde é uma espécie de contrato de cooperação, pois tem um objetivo comum, sua existência pode até ter significados diferentes para o contratante, mas somente através da cooperação ele pode sobreviver (FRANÇA, 2019, p.16).

Nesse sentido, os consumidores obtêm proteção à saúde após obterem o contrato do plano de saúde, e as operadoras de planos de saúde obtêm lucros quando administram fundos mútuos. Portanto, tanto os consumidores quanto as operadoras de planos de saúde apresentam vantagens e desvantagens, o que torna esse tipo de contrato classificado como caro.

Um contrato de seguro saúde também é considerado aleatório, visto que os benefícios obtidos pelas partes no negócio jurídico criado são incertos. Embora as operadoras de planos de saúde tenham lucros significativos e o consumidor se beneficie dos serviços contratados, não se deve esquecer que tudo depende da ocorrência de eventos futuros e incertos. Cumpre esclarecer que nenhuma das partes na altura da assinatura do contrato sabe qual será a realidade desta relação, pois assim como o consumidor raramente pode utilizar os serviços abrangidos pelo contrato, também poderá frequentemente utilizá-los, o que significará redução do lucro das operadoras (SAMPAIO, p. 234).

Além disso, dado que a prestação e o consumo dos serviços abrangidos pelo contrato são em grande escala, é referido como um contrato de massa, ou seja, um modelo de contrato que visa tornar o mercado consumidor economicamente possível para funcionar. Devido à grande demanda por essa categoria de contrato, é necessário atingir todos os indivíduos da sociedade através de um modelo de contrato único (SAMPAIO, pp. 236 – 237).

Por fim, importante e não menos importante, os contratos de saúde também são cativos, longo prazo e de adesão.

São cativos porque há uma relação de dependência dos usuários em face da operadora de planos de saúde. Assentam mais na confiança, na convivência múltipla, na manutenção do potencial econômico e na qualidade dos serviços, visto que implicam a expectativa de mudanças nas condições sociais, econômicas e jurídicas da sociedade ao longo destes vários anos de relações contratuais. Assim, o cumprimento do objetivo perseguido pelo titular e dependente, por exemplo (futura

assistência médica para si e sua família) depende da continuidade da relação jurídica entre as partes do contrato, sendo a continuidade da relação jurídica a fonte das obrigações. Capacidade de se adaptar, cooperar entre contratados, comunicar relações (DA SILVA, 2007, p.56)

São também de longo prazo, visto que o vínculo jurídico estabelecido entre a operadora de planos de saúde e o usuário é classificado como um contrato contínuo, em oposição a um contrato imediato, cuja execução pode ser realizada em um instante (DA SILVA, 2007, p.57).

Ou seja, é compreensível que quem contrata um plano de saúde não o faça porque acaba adoecendo. A maioria dos usuários está em boas condições de saúde ao assinar o contrato e sua intenção é manter esse estado. O objetivo do contrato é cobrir riscos futuros por cuidados de saúde. Portanto, os benefícios da relação contratual perdurarão por muitos anos, se possível, até por toda a vida.

A partir da compreensão, os gestores de planos de saúde são obrigados a assinar contratos por tempo indeterminado. A lei garante aos contratantes o direito de renovar automaticamente seus contratos após o término do período inicial, por pelo menos um ano (LPS, artigo 1340), razão pela qual são contratos exclusivos de longo prazo.

Finalmente, um contrato de plano de saúde é referido como um contrato adesão, dado que a vontade das operadoras, na qualidade de fornecedoras, claramente prevalece sobre o consumidor. O contrato em questão é inteiramente elaborado pelo fornecedor, o qual contém cláusulas de forma a corresponder aos seus interesses, o que no que lhe concerne significa um encargo excessivo para o consumidor, que apenas tem a opção de se submeter às condições impostas ou rejeitar o contrato no na íntegra (SAMPAIO, p. 238).

Desta forma, percebe-se que as operadoras de planos de saúde estipularam suas cláusulas de benefício exclusivo no âmbito do contrato — inclusive cláusulas abusivas, como as cláusulas que excluem tratamentos, medicamentos e exames, que serão exemplificadas neste trabalho.

3.4.3 Das limitações do contrato de plano de saúde

Com o objetivo de prevenir os abusos na área da saúde suplementar, a Lei n.º 9.656/98, conhecida como Lei do Plano de Saúde e os regulamentos da ANS, passaram a dispor os caminhos a serem seguidos pelos sujeitos do mercado da saúde suplementar. Também foi responsável por estabelecer as nuances em que as relações contratuais se firmariam, refletindo um alto grau de intervencionismo (BENTO,2018, p.28).

Essa atuação estatal convencionou ser chamada de dirigismo contratual. E conforme leciona Maria Helena Diniz (2007, p.26) é utilizado para expressar as medidas restritivas formuladas pelo Estado para limitar a supremacia dos interesses coletivos e prejudicar a vontade individual dos contratantes.

O principal objetivo das disposições legais do conteúdo do contrato é a busca do equilíbrio entre as partes, quando uma das partes está mais vulnerável, não há escolha senão aceitar a decisão da outra parte (BENTO,2018, p.28).

O usuário, que deseja contratar um plano de saúde, não sabe dos tratamentos e da quantidade de que necessita. O que diferencia a relação entre o usuário do plano de saúde e a operadora é a imprevisibilidade dos eventos que serão efetivamente utilizados.

Sob essa ótica, a finalidade almejada pelo consumidor é assegurar que, quando necessitar de atendimento médico, estará amparado, e não terá que arcar com valores de surpresa.

Com esse elemento em mente, a proteção dos planos de saúde vincula-se às doenças que serão tratadas caso sejam detectadas. Independentemente da possibilidade de reserva unilateral de seguro — afinal, é regra nos contratos de seguro saúde que sejam compatíveis — o que acarreta inúmeros abusos, a jurisprudência entendeu a exequibilidade dessa exclusão (MARQUES, 2011, p.18).

Se essa exclusão não fosse exercida de forma arbitrária e geralmente tendendo a excluir a cobertura do tratamento daquelas doenças cujos tratamentos demandam maior esforço ou cuja incidência foi maior, não haveria muita discussão, até porque, no momento da tomada de risco, a operadora pode excluir o risco que pode/deseja assumir.

Para coibir práticas abusivas de exclusão de coberturas de doenças que merecem maior atenção, a Agência Nacional de Saúde Suplementar, constantemente, através

de instrução normativa, atualiza a lista de procedimentos e eventos de saúde aos quais os planos de saúde devem obrigatoriamente oferecer cobertura, tendo como parâmetro a Classificação Internacional de Doenças, elaborado pela Organização Mundial da Saúde.

Dessa forma, os planos de saúde podem elaborar sua própria lista de eventos cobertos, embora não possam excluir aqueles cobertos pela ANS. Esta disposição mínima aplica-se apenas aos novos contratos, ou seja, aos celebrados após a entrada em vigor da Lei 9.656 / 98, e mesmo aos antigos contratos que foram adaptados à Lei dos Planos de Saúde.

Essa imposição de cobertura a uma série de doenças, como bem Lembra Aurisvaldo Sampaio é a positivação do dever de cooperação decorrente da boa-fé objetiva (SAMPAIO, 2010, p. 310).

Deve, portanto, avaliar a abusividade da cláusula de exclusão ou não, se ela não limitar a obrigação de cooperar, deixando o usuário, de surpresa, desamparado. Por fim, no que se refere à função limitadora dos direitos, avalia-se também a ilegalidade da limitação da cobertura pelas operadoras de planos de saúde. A prática de oferecer cobertura para um evento específico, mas impondo restrições à cobertura desse evento, é baseada na descrição de venire contra factum proprium (MARQUES, 2011, p.18).

Seja no campo legislativo ou judicial, os contratos relacionados à saúde são regidos por inúmeras leis e regulamentos, com dois propósitos. Por um lado, visam fornecer proteção aos consumidores / empreiteiros. Por outro lado, o oferecimento de condições possibilita às operadoras de planos de saúde enfrentar a concorrência do mercado (BENTO,2018, p.29).

3.5 A LEI Nº 9.656/1998 SOB O PRISMA DO CDC

O projeto que originou a promulgação da Lei 9.656 /98 foi desenvolvido em conjunto pela Associação Brasileira de Medicina do Grupo - ABRAMGE, e pelo Comitê de Integração da Entidade Fechada de Saúde — CEIFAS e pela antiga Fundação Nacional de Seguros Privados. A FENASEG também participou da construção do diploma legislativo.

Na Assembleia Nacional, o projeto de lei acionou o Senado Federal, sob o número PLS 93/1993, sendo aprovado apenas em 12 de maio de 1998, e foi aprovado pelo então Presidente da República em 3 de junho de 1998 (SILVA, 2018, p.15).

Segundo entende Camila Machado de Bento (2018, p. 66) a Lei do Plano de Saúde é relativamente nova, portanto, as relações jurídicas envolvendo saúde suplementar eram basicamente regidas pela Lei de Defesa do Consumidor antes de sua entrada em vigor.

Porém, quando a Lei n.º 9.656/98 foi promulgada, a Lei nº 8.087/90 passou a ser aplicada de forma subsidiária entre os contratos, usuários e operadoras de planos de saúde (BENTO,2018, p.66).

No entanto, há uma certa discussão teórica sobre o posicionamento e a forma da relação contratual que o CDC aplica à saúde suplementar. Isso porque a “Lei de plano de saúde” é especial e atual, devendo obedecer às disposições complementares necessárias. Pelo contrário, há quem considere que a subsidiariedade estabelece uma certa hierarquia na relação entre os instrumentos jurídicos, o que não favorece os interesses do consumidor.

Alguns doutrinadores creem na aplicação cumulativa, sendo que a lei geral seria responsável por conferir a aplicação de comandos principiológicos à relação. Outros doutrinadores chegam inclusive a afirmar a superioridade do CDC quanto à lei especial (BENTO,2018, p.66).

Entende Marco Antônio Barbosa Freitas (2018, p.5) que, dentre a Lei de Proteção ao Consumidor ocupa uma posição de liderança entre outras leis contratuais porque criou uma ordem no direito contratual brasileiro, especialmente nos contratos privados de saúde. Obviamente, embora o artigo 104 e os artigos seguintes da Lei Civil estipulem que um contrato de plano de saúde é um negócio jurídico, na verdade, é um contrato de consumo.

Com efeito, está incluído na relação jurídica contida nas figuras descritas nos artigos 2.º e 3.º do Código do Consumidor: por um lado, o usuário como consumidor (qualquer pessoa individual ou coletiva que adquira ou utilize produtos ou serviços como destinatário final), por outro lado, é classificado como fornecedor (qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, e que realiza produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição

ou produção Entidades de identificação pessoal) de operadoras de planos de saúde que comercializam produtos ou prestam serviços (FREITAS, 2018, p.5).

Entende o autor, que o Código de Defesa do Consumidor carrega contorno nitidamente principiológico, pois se trata de norma cogente, de interesse social, apresentando princípios basilares que objetivam reequilibrar a relação jurídica em razão da unilateralidade da prestação de serviço; tal assertiva pode ser bem observada no artigo 4.º do citado diploma legal (FREITAS, 2018, p.6).

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 (...)

Não obstante, essa proteção legal prevista no estatuto consumerista, posteriormente verificou-se a necessidade de uma norma reguladora mais específica sobre o setor da saúde; por isso, em 3 de junho de 1998, foi sancionada a supracitada Lei n.º 9.656, que prevê no seu artigo 1.º não só a submissão dessas modalidades de empresas aos seus ditames, como ainda à fiscalização mais efetiva por agência de saúde suplementar, esta, como se disse alhures, criada dois anos depois, por intermédio da referida Lei n.º 9.961/00 (FREITAS, 2018, p.6).

Portanto, ao que se percebe entende Marco Antônio Barbosa Freitas (2018, p.5) que a Lei de defesa ao Consumidor possui posição de lei maior e principiológica e as leis que regulam a atividade assistencial privada de saúde ao normas regulamentadoras da atividade.

Assim sendo, devido à sua íntima ligação com a Constituição Federal, o CDC deve ter aplicação conjunta na interpretação de cláusulas contratuais e não subsidiária.

Repise-se que o Código de Defesa do Consumidor é uma resposta ao cenário de excessos do mercado de consumo, trata-se de conteúdo abrangente que possui ampla incidência e coíbe qualquer movimento de restrição aos direitos do consumidor. Tendo por parâmetro a proteção da parte contratante mais frágil, as disposições de proteção possuem princípios fundamentais que não podem ser ignorados.

Apesar disso, existem ainda críticas que a doutrina faz quanto a aplicação das legislações.

Tânia Regina Sanches Telles (2008, p. 33), analisa as consequências de se considerar hierarquicamente superior esta legislação em detrimento daquela, refletindo sobre a problemática gerada na estrutura dos planos de saúde e informa que o ato especial (Código de Defesa do Consumidor) é tão abrangente que pode interferir na atividade econômica do prestador de serviço de saúde a ponto de causar desequilíbrio econômico-financeiro, até o esgotamento, que o levará ao fracasso total. Não se pode dizer que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica a outras atividades que não são regulamentadas, como os planos de saúde, mas merecem o mesmo, mas neste caso em que existem regras claras e precisas, com fundamentação própria. , ditado especialmente por um setor vital da vida humana, não poderá se sobrepor, lamento dizer, para abafar o setor acessório que a população costuma utilizar, exonerando o governo de sua obrigação de garantir a todos os cidadãos o direito à saúde que não tem capaz de realizar de forma satisfatória, exigindo iniciativa privada.

Portanto, entende a Autora, que não há necessidade de análise dos termos do CDC, pois eles têm aplicação complementar à Lei 9.656 / 98. Portanto, havendo lacuna na lei especial ou omissão, os termos devem ser aplicados para resguardar os direitos dos consumidores, sem a necessidade do porquê da norma existe um conflito porque é regulamentado o plano de saúde é totalmente garantido pelos direitos dos consumidores e visa equilibrar o contrato entre às duas partes (TELLES 2008, p. 33).

Contudo, segundo entendimento da maior parte da doutrina a Lei n.º 9.656 / 98 nada mais é do que um meio de refletir os direcionamentos legislativos no contrato de planos de saúde, e sua função é estabelecer parâmetros objetivos para as atividades da secretaria. Portanto, é fácil concluir que seu principal objetivo é tornar a relação contratual mais equilibrada e proteger a entidade mais fraca, que é sem dúvida o consumidor. Pode-se dizer que este diploma normativo é apenas um complemento à Lei de Defesa do Consumidor, e não o contrário (BENTO,2018, p.53).

4 NEGATIVAS DE COBERTURA POR PLANOS DE SAÚDE NA PANDEMIA

4.1 SOBRE AS NEGATIVAS DE COBERTURA

Conforme explicado acima, entre os diversos problemas enfrentados pelos consumidores de planos de saúde, era que a Lei 9.656 introduziu em seu texto que o Código de Defesa do Consumidor só seria aplicado de forma subsidiária, ou seja, somente quando houver brecha a lei sobre o plano de saúde se beneficiaria do CDC subsidiariamente.

Durante anos esse foi um dos problemas que mais gerou controvérsias no judiciário em relação ao mercado de saúde suplementar. Somente no ano de 2012, quatorze anos após a edição da referida lei é que o Superior Tribunal de Justiça, editou a súmula 469 que foi posteriormente substituída pela súmula 608, sanando o problema ao aduzir que o CDC seria aplicado indistintamente aos problemas envolvendo planos e seguros de saúde, com exceção dos seguros de Autogestão.

Porém, mesmo após o surgimento das referidas sumulas, que eliminaria a problemática do uso do CDC e firmaria de uma vez por todas o entendimento de que os contratos de planos de saúde são realmente sobre relações de consumo, as operadoras de planos de saúde ainda se negam a custear despesas de assistência de saúde mesmo atestada por médicos como urgente, alegando que o usuário ainda não cumpriu a carência prevista em contrato, que não estava prevista em seu contrato e também se opoem a orientação médica, muitas vezes afirmando que os casos apresentados não são de emergência. (FERREIRA; ARMOND; SANTOS; ARAUJO, 2014, p.3).

Consumidores que vivenciaram a omissão de tais informações estavam totalmente desprotegidos da operadora de planos de saúde por não saberem quando em caso de enfermidade poderiam exercer seus direitos relativos à contratação dos referidos planos.

Para solucionar esse conflito, a ANS publicou a Relação de Procedimentos e Eventos em Saúde. Essa lista é de exames, tratamentos e consultas que os planos de saúde são obrigados a oferecer, conforme o categoria de plano de saúde (ambulatorio com ou sem obstetrícia, encaminhamento ou atendimento odontológico) (FERREIRA; ARMOND; SANTOS; ARAUJO, 2014, p.18).

Insta salientar que a lista da ANS deve ser atualizada periodicamente e deve ter como parâmetro a Classificação Internacional de Doenças, elaborada pela Organização Mundial da Saúde. Dessa maneira, aos planos de saúde é oportunizada a faculdade de elaboração de seu próprio rol de eventos cobertos, não podendo, contudo, excluir aqueles assegurados pela ANS.

Essa lista é aplicável a todos os planos de saúde contratados a partir do ano de 1999, denominados planos novos, por estarem posteriores à Lei 9.656/98. No entanto, essa lista também se estende aos planos contratados antes de 1999, mas, para isso, esses planos antigos deveriam se adequar à Lei de Planos de Saúde, onde ficou definido que as operadoras de planos de saúde não poderiam discriminar doenças na contratação desses planos se tais doenças fossem descritos no código internacional de doenças da OMS (FERREIRA; ARMOND; SANTOS; ARAUJO, 2014, p.18).

Porém, vale ressaltar que apesar de todas as regulamentações, o tema tem sido bastante polêmico na aplicação de preceitos legais em cada contrato de modo a influenciar diretamente na extensão de sua cobertura.

Como se denota do art. 10 da Lei n.º 9.656/98, o plano-referência oferece cobertura ambulatorial e hospitalar. As coberturas a serem obrigatoriamente proporcionadas pelas operadoras nesse plano são aquelas referidas no art. 12 da mesma lei. O dispositivo é regulamentado pela ANS, que elaborou rol de procedimentos e eventos em saúde — atualmente constante da Resolução Normativa n.º 465/2021 —, atualizado periodicamente, do qual consta o que cada plano deve fornecer bem como os procedimentos considerados indispensáveis ao diagnóstico, tratamento e acompanhamento de doenças e eventos em saúde.

Supostamente encerrará, o objeto da controvérsia, a natureza jurídica do rol de coberturas obrigatórias pelo plano-referência elaborado pela ANS. Contudo, após a elaboração do Rol outro questionamento foi levantado: trata-se de rol taxativo ou exemplificativo, vale dizer, as operadoras estão obrigadas a oferecer os itens do rol, e nada mais, ou podem ser constrangidas ao fornecimento de outras coberturas não elencadas, mas qualificadas como obrigatórias pelo médico assistente? (TERRA, 2020, p.186)

No cotidiano é muito comum a recusa de tratamento pelos planos de saúde ser apoiada no argumento de não fazerem parte do rol de procedimentos mínimos

exigidos pela ANS. É o caso de *home care* (tratamento em domicílio), que ainda não faz parte do referido rol, mesmo sendo um tipo de atendimento bastante utilizado e muitas vezes custeado pelos planos; procedimentos médicos como a gastroplastia e a Opme-Stent; medicamentos a exemplo do Avastin; exames como o PET-SCAN (OLIVEIRA; FORTES, 2013, p.52)

A gastroplastia é um procedimento menos invasivo, indicado para pacientes portadores de obesidades graus 1 e 2, ou para grau 3 com condições clínicas que impeçam a bariátrica. É segura também para crianças e idosos, e apresenta resultados de redução do peso entre 20 e 25% (OLIVEIRA; FORTES, 2013, p.49).

Apesar da carência de informações representativas em âmbito nacional, dados disponíveis sugerem que a obesidade está aumentando a uma taxa alarmante e tende a se tornar o principal problema de saúde, tanto em países desenvolvidos quanto nos países em desenvolvimento obesidade. E por uma doença crônica de difícil tratamento, é um importante problema de saúde pública, afetando mais de 300 milhões de pessoas em todo o mundo (OLIVEIRA; FORTES, 2013, p.49).

Os tratamentos convencionais, baseados em dieta, inibidores de apetite e orientação de atividade física, nem sempre apresentam resultados favoráveis, principalmente nos casos mais graves de obesidade, principal motivo da procura por tratamentos cirúrgicos.

Nesse sentido, as negativas desse tratamento normalmente se devem ao não enquadramento em protocolo do Ministério da Saúde e na Resolução nº 1.766/05, do Conselho Federal de Medicina, que indica o tratamento cirúrgico, somente aos portadores de IMC maior do que 40 kg/m² ou IMC maior do que 35 kg/m² associado à presença de comorbidades, como diabetes, apneia do sono, hipertensão arterial, dislipidemias, doença coronariana, osteoartrites e outras. Ou seja, nota-se que a gastroplastia mesmo sendo um tratamento menos invasivo e benéfico para o ser humano não é aprovado pelo plano de saúde em qualquer circunstância, mesmo quando há orientação médica (OLIVEIRA; FORTES, 2013, p.49).

O OPME-STENT, são endopróteses metálicas que possuem, predominantemente na sua composição, uma liga de aço inoxidável ou de cromo-cobalto. Essas endopróteses são necessárias para reabertura de vasos sanguíneos obstruído mediante procedimento de angioplastia e, em simultâneo, para preservar o vaso no longo prazo.

Nesses casos as negativas são com base na relação custo-efetividade, considerada desfavorável pelas análises disponíveis, e os efeitos colaterais sobre os pacientes, ainda não suficientemente medidos (OLIVEIRA; FORTES, 2013, p.50).

Quanto às negações de cobertura de medicamentos, observa-se que os medicamentos só são cobertos por planos de saúde em internações ou tratamentos ambulatoriais onde haja necessidade de acompanhamento médico, não havendo cobertura obrigatória para uso domiciliar (OLIVEIRA; FORTES, 2013, p.50).

A negação da cobertura de medicamentos, nos casos devidos (ambiente hospitalar e ambulatorial), geralmente ocorre porque o medicamento é importado, sem registro na Anvisa ou sem indicação de uso prescrito (uso chamado off label, ou, em tradução livre, fora da bula), quando considerada experimental (OLIVEIRA; FORTES, 2013, p.50).

O uso off-label não é, por definição, autorizado por uma agência reguladora, mas isso não significa que seja incorreto. Os médicos podem utilizá-lo nessa condição, sempre em benefício do paciente, com base em métodos científicos e evidências médicas, sendo imprescindível o registro de seu uso e efeitos. Porém, a linha que separa o uso experimental do uso indicado é muito tênue, nesses casos, caracterizada como off label (OLIVEIRA; FORTES, 2013, p.50).

No caso do medicamento Avastin, por ser um medicamento de uso, off label para o tratamento de Degeneração Macular Relacionada à Idade (DMRI), sendo a principal causa de perda visual em pessoas com mais de 50 anos e o câncer de mama metastático, sofreu diversas negativas na sua distribuição para os pacientes, visto que, era reconhecido pela Anvisa, mas o uso para as situações indicadas não estava previsto em sua bula (OLIVEIRA; FORTES, 2013, p.52).

Por fim, quanto aos exames, têm-se os sistemas de imagem PET-SCAN, sendo equipamentos complexos e de custo muito elevado. Para a realização do exame, são necessários um aparelho de imagem, usado para aceleração de partículas eletrizadas, e uma unidade de radioquímica. Sua aplicação médica concentra-se em três áreas: oncologia, cardiologia e desordens neuropsiquiátricas (OLIVEIRA; FORTES, 2013, p.52).

Porém, para serem aceites e incluídas nas coberturas, tais aplicações devem apresentar uma vantagem sobre outros testes diagnósticos já consagrados (Raio-x,

Ultrassonografia e Ultrassom). As recomendações também precisam ser baseadas em uma quantidade significativa de pesquisas — estas requerem tempo e metodologia de pesquisa, além de independência e dispensas para novas indústrias de tecnologia — cujos resultados são econômicos. Enquanto essas condições não são preenchidas, as operadoras de planos de saúde não abonam essas coberturas (OLIVEIRA; FORTES, 2013, p.54).

Aline de Miranda Valverde Terra (2020, p.190) traz uma hipótese bastante ilustrativa dos casos acima, e que aparece com certa frequência na jurisprudência nacional, sendo o caso em que o plano de saúde nega a cobertura de determinado tratamento, regularmente prescrito por médico, por considerá-lo experimental com base em alguma literatura médica, mas o plano cobre o tratamento da doença.

Nesses casos, entende-se que, tendo o plano coberto a doença, não pode deixar de custear o tratamento recomendado pelo médico que atende o paciente, pois se presume que o profissional que o acompanha sabe qual o melhor tratamento a ser utilizado.

Logo, os tratamentos, medicamentos e exames citados acima são muitas das vezes negados pelos planos de saúde, levantando o sentimento de que deve haver por parte do poder judiciário um esforço para debater a real natureza o Rol de Procedimentos da ANS. Pois, sendo o rol exemplificativo, não caberia aos Seguros de Saúde tais negativas.

Sobre o tema, se observa que dezembro de 2019, a 4.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) proclamou, por unanimidade, no âmbito do REsp. n.º 1.733.013/PR, a natureza taxativa do rol de doenças estabelecido pela ANS.

Ao se posicionar pelo reconhecimento da taxatividade do rol da ANS, o acórdão proferido pela 4.^a Turma do STJ destacou o quanto disposto pelo artigo 10, §4º, da Lei n.º 9.656/98, o qual dispõe que “A amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS” (BRANDÃO, 2020, p.5).

O autor ilustra que, o acórdão também destacou o teor do artigo 4.º, III, da Lei n.º 9.961/2000, que confere à ANS a competência para “elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei

n.º 9.656/98 de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades” (BRANDÃO, 2020, p.5).

Ou seja, com base nesses argumentos, a 4.ª Turma concluiu que cabe à ANS regulamentar a abrangência das coberturas obrigatórias dos planos de saúde por meio da edição do rol de procedimentos. O que estiver no rol é de cobertura obrigatória, o que não estiver, não é (BRANDÃO, 2020, p.5).

No entanto, a decisão tal como lançada, parece ignorar outros relevantes fundamentos jurídicos que não se harmonizam com tal entendimento (BRANDÃO, 2020, p.6).

A ainda que se admita a competência da agência para normatizar a amplitude de coberturas (e eventualmente excluir expressamente certos procedimentos), a simples ausência de previsão no rol não consiste, por si só, em automática exclusão (BRANDÃO, 2020, p.6).

Em outras palavras, o silêncio da agência reguladora acerca de determinadas coberturas não pode ser interpretado como exclusão tácita do tratamento, quanto mais considerado que a própria Lei assegura o tratamento a todas as doenças previstas na Classificação Internacional (BRANDÃO, 2020, p.5).

Para a 3.ª Turma do STJ no julgado de Recurso Especial n.º 1876630/SP, por exemplo, o rol é exemplificativo, sendo abusiva a negativa de tratamento não previsto pela ANS para doença prevista no contrato do plano de saúde (VITAL, 2021, p.2).

O STJ entendeu que o plano-referência previsto na lei dos planos de saúde impõe a cobertura de tratamento de todas as doenças listadas no CID, observada a amplitude prevista para o segmento contratado pelo consumidor e excepcionadas apenas as hipóteses previstas nos incisos do art. 10, de modo que qualquer resolução que a restrinja mostra-se abusiva, portanto, ilegal, por colocar o consumidor em desvantagem exagerada.

Assim, o tema ainda é controverso e gera divergência no Superior Tribunal de Justiça, onde as turmas que julgam matéria de Direito Privado entendem a temática opostamente (VITAL, 2021, p.2).

Noutro giro, a agora outra problemática instaurada nas coberturas assistenciais. A partir dos parágrafos abaixo, não iremos mais analisar a presença ou não no rol de procedimentos, mas sim o fato de estar presente no rol e ainda haver a negativa.

Ilustra Gabriel De Antoni Gonçalves (2019, p.46) que o plano de saúde, quando acionado, têm a prerrogativa de negar a cobertura exigida pelo usuário, caso entenda que ela não está coberta pelo contrato. A negação, entretanto, será indevida se o plano ou seguro tivesse a obrigação contratual de cobrir a despesa, mas não o fez, colocando-o em mora ou inadimplência.

Contudo, as controvérsias são mais severas não em caso de exclusão de cobertura, mas sim na limitação dessa cobertura.

Deve-se ressaltar que, por ter como objeto desses contratos a proteção e promoção da saúde de seus usuários, a negação da cobertura não pode ser feita de maneira leviana e irresponsável, sob pena de ferir os direitos básicos à vida e à saúde do consumidor.

Os planos e seguros de saúde assumem contratualmente o risco de seus usuários serem afetados por uma doença ou necessitarem de atendimento emergencial. Se, por um lado, a limitação desses riscos - e mais especificamente a exclusão de certos eventos ou doenças do âmbito do seguro - é lícita, a leitura desses contratos através da técnica de diálogo da fonte implica que tais limitações não podem ocorrer na ausência da proteção mínima prevista no art. 12 da Lei nº 9.656 / 98, caso contrário sua finalidade ficará isenta de danos (GONÇALVES, 2019, p.46).

Em qualquer caso, as cláusulas restritivas devem ser escritas e destacadas de forma clara, garantindo que o consumidor tenha total conhecimento de quando e quando não poderá ativar o plano ou seguro (GONÇALVES, 2019, p.46).

Na discussão dos contratos de seguro, a cláusula restritiva somente será abusiva se visar limitar os efeitos jurídicos do risco contratualmente assumido pela operadora. Esse entendimento, que vale também para os planos de saúde, é a hipótese clássica da cláusula abusiva nesses contratos. Quando o plano ou seguro cobre determinada doença, mas em outra cláusula contratual dificulta seu tratamento, entende-se que tal cláusula é abusiva, pois acaba esvaziando o próprio objeto do contrato (GONÇALVES, 2019, p.46).

Limitar a cobertura coloca uma verdadeira suposição do risco remanescente para o usuário. Isso significa que o usuário aluga um plano de saúde justamente para que ele não tenha que sofrer riscos que possam fazer mal à sua saúde, mas esse plano de saúde reembolsa esse risco para o usuário se um determinado limite for atingido, realizando-o em acréscimo aos riscos associados à ocorrência de um evento segurado, o risco da própria atividade (MARQUES, 2011, p.18)

Do ponto de vista da boa-fé objetiva, limitar o alcance constitui violação grave da obrigação de cooperar, uma vez que não é respeitado o tratamento de um evento estipulado no contrato, que pode ser denominado de obrigação principal, no que se refere a uma questão incidental. Para piorar a situação, oferece seguro, mas o faz em parte que, como direito à saúde, não cumpre o objetivo principal de um contrato de seguro saúde.

Para Sarah Caroline Alves pereira gomes e Daisy Crisóstimo Cavalcante (2021, p.15) muito além da controvérsia instaurada quanto ao Rol da ANS, o que, de fato caracteriza a ilicitude da negativa é o simples fato de o fornecedor não cobrir o risco que assumiu, o que não necessariamente se dá por cláusula ou prática abusiva. Pode ocorrer, por exemplo, por interpretação do contrato de maneira desfavorável ao consumidor, em contrariedade ao artigo 47 do CDC,⁴⁹ ou ainda por mero inadimplemento contratual. Em todo o caso, a conduta é ilícita, e capaz de responsabilizar civilmente a operadora do plano ou seguro (GOMES; CAVALCANTE, 2021, p.17).

Do exposto, pode-se concluir que uma recusa injustificada ocorre quando uma seguradora ou seguradora de saúde deixa de cobrir o risco específico a que foi cometida, seja com base em uma cláusula ou prática abusiva, ou como resultado de uma interpretação contratual contrário ao CDC ou mesmo por mero inadimplemento. Além disso, uma recusa injustificada dificulta a promoção do objetivo principal desses acordos, que é a proteção da vida e da saúde do consumidor (GOMES; CAVALCANTE, 2021, p.17).

4.2 DA NEGATIVA DE COBERTURA NO PERÍODO DA PANDEMIA

Os primeiros relatos de pneumonia de etiologia desconhecida foram identificados em Wuhan, uma cidade na província chinesa de Hubei, em dezembro de 2019. Em 29 de

março de 2020, mais de 700.000 casos foram confirmados em todo o mundo. Esses relatórios indicam quão rápido a nova doença (COVID — 19) causada por infecção com o vírus SAR COV 2 pode infectar uma população (NETTO; CORREA, 2020, p.2).

A transmissão do vírus entre humanos ocorre pelo ar, quando o vírus é transmitido como pequenas gotículas do nariz e da boca de pessoas infectadas quando elas falam, expiram, tosse ou espirram. A infecção também pode ocorrer quando uma pessoa toca em superfícies ou objetos contaminados, portanto, toca os olhos, nariz ou boca (NETTO; CORREA, 2020, p.2).

A doença foi classificada como uma pandemia em 11 de março de 2020 por Organização Mundial da Saúde (OMS).

No Brasil, onde uma transmissão comunitária em todo o país foi anunciada em 20 de março de 2020, mais de 17,3 milhões de casos e 484 mil mortes por COVID-19 já foram confirmadas. Medidas de isolamento de caso, contato e distanciamento social da população em geral foram as principais estratégias preconizadas para retardar a expansão do COVID-19 e permitir que os sistemas de saúde se adaptassem ao rápido crescimento da necessidade de leitos hospitalares, principalmente leitos de terapia intensiva, prevenindo colapso dos cuidados de internamento (DAUMAS, 2020, p.1).

O escopo da Lei n.º 13.979/20 abrange a proteção da comunidade durante uma emergência de saúde pública, cuja duração será determinada pelo Ministério da Saúde e não poderá ultrapassar o tempo declarado pela OMS, conforme previsto em seu art. 1º, parágrafos 1 e 2. As medidas necessárias para prevenir e combater uma pandemia estão previstas e podem ser agrupadas em 03 (três) conjuntos: remoção Física de Pessoas; realização de exames e procedimentos em humanos; e a utilização, e aquisição de bens de forma excepcional.

No primeiro bloco, encontram-se o isolamento, a quarentena e a restrição do traslado de pessoas; enquanto, no segundo, estão os exames, as vacinas e os tratamentos; e, no derradeiro, as requisições e contratações pelo setor público (SILVA, 2020, p.7).

Ou seja, a assistência para COVID-19 deve atender às necessidades dos pacientes em diferentes estágios, inclusive no de infecção e em todo o espectro de gravidade, dentro de uma linha de cuidados que inclui, exames, as vacinas, o monitoramento de casos leves em isolamento domiciliar, com orientações para o tratamento de sintomas e identificação de sinais de alerta precoce até a admissão à unidade de terapia

intensiva (UTI) e reabilitação pós-alta (DAUMAS, 2020, p.1).

O aparecimento do vírus surpreendeu a todos. Ninguém está preparado para revolucionar suas vidas da noite para o dia. A COVID-19 exigiu que as autoridades tomassem decisões drásticas para prevenir a propagação do vírus, já que nenhum município estava preparado com equipamento suficiente para tratar a doença simultaneamente (MACHADO, 2020, p.2).

Este momento vivido em todo o mundo afeta diretamente as relações de consumo, pois os consumidores já são considerados vulneráveis por natureza e, devido à situação atual, essa vulnerabilidade acaba por se agravar, dificultando ao consumidor saber como proceder. Os riscos em certas circunstâncias. Esse período exige que as pessoas se olhem e reflitam sobre seus hábitos de consumo (MACHADO, 2020, p.2).

Para Ana Clara Suzart Lopes da Silva & Joseane Suzart Lopes da Silva (2020, p.8) a Saúde complementar, na forma do art. 199 Magna Carta, passou a atrair inúmeros consumidores, fornecendo valores valiosos a saber: segurança, previsibilidade e proteção contra ameaças. Portanto, hoje compreende cerca de 48 milhões de pessoas, ou cerca de 24% da população. Portanto, é imperativo analisar o impacto da pandemia COVID-19 na saúde privada.

Os direitos básicos e os fundamentais consubstanciados no microsistema consumidor nunca podem ser subestimados, embora a análise dos fatores econômicos seja importante, principalmente neste momento em que o equilíbrio das relações contratuais exige preservação, evitando a ruptura das empresas e a influência de milhares de funcionários e prestadores de serviços (SILVA, 2020, p.7).

Salienta-se que a Agência Nacional de Saúde Complementar, após a instalação do cenário pandêmico no mundo e no Brasil, está elaborando os atos e editando as diretrizes, que podem ser coletadas em 05 (cinco) blocos, a saber: a obrigatoriedade de cumprir um estudo para identificar COVID 19; flexibilidade nas regras de registro e credenciamento de operadores; um relaxamento dos requisitos relacionados ao uso de seu capital; aquele intitulado Telessaúde; bem como prorrogar e / ou suspender as datas das consultas, tratamentos e tratamentos (SILVA, 2020, p.8).

Sobre o tema é válido comentar, que a ANS, demorou para regulamentar diretrizes a serem seguidas no período da pandemia. Importante frisar que, por exemplo, o teste PCR-RT, utilizado para identificar a presença ou não da COVID-19 no ser humano,

demorou meses para ser anexado ao Rol de coberturas mínimas que os planos de saúde poderiam oferecer.

E mesmo após a regularizaram, sendo atrasada, as negativas de demanda no período pandêmico, conforme Rodrigo Trisogline Nazareth e Paulo Lascani Yered (2020, p.2) informam aumentaram, pois, atualmente existem 84.462 demandas de beneficiários de planos de saúde sob análise da ANS, sendo que 12.634 demandas são reclamações a respeito do Coronavírus, ou seja, 15% (quinze por cento) do seu total. Destas 12.352 demandas: 7.383 (58,44%) versam sobre exames/tratamento para o Coronavírus.

As demandas analisadas sobre reclamações envolvendo o Coronavírus, variam, sendo a negativa de cobertura para realização de exames a vencedora (NAZARETH; YERED, 2020, p.3).

Atualmente, existem vários testes disponíveis no mercado para o diagnóstico de COVID-19. Por esse motivo, podem surgir dúvidas sobre qual teste seria mais adequado, qual a precisão de cada um e qual o significado dos termos técnicos utilizados.

O teste mais popular e mais utilizado durante a pandemia vivida atualmente pela humanidade é o RT-PCR, considerado o padrão-ouro no diagnóstico do COVID-19, cuja confirmação é obtida pela detecção do RNA do SARS-CoV-2 na amostra analisada, preferencialmente obtida de raspar a nasofaringe.

O teste sorológico, ao contrário do RT-PCR, verifica a resposta imunológica do corpo ao vírus (NAZARETH; YERED, 2020, p.3). Isso é feito a partir da detecção de anticorpos IgA, IgM e IgG em pessoas que foram expostas ao SARS-CoV-2. Nesse caso, o exame é realizado a partir da amostra de sangue do paciente (MACHADO, 2020, p.2).

O teste RT PCR, reconhecido pela Covid-19 como o padrão ouro em diagnósticos laboratoriais, foi incluído na Lista de Procedimentos da ANS de 13/03/2020, enquanto a Agência decidiu incluir, de forma extraordinária, também testes sorológicos para detecção de presença de anticorpos produzidos pelo organismo após exposição ao novo coronavírus, com vigência a partir de 14 de agosto de 2020 (NAZARETH; YERED, 2020, p.3).

Apesar de os exames terem sido incluídos na ANS, absurdamente as solicitações de

exames estavam sendo negadas quando os seguintes requisitos não fossem atendidos: (1) indicação médica; (2) o protocolo e as diretrizes estabelecidas pelo Ministério da Saúde (NAZARETH; YERED, 2020, p.3).

O RT-PCR é indicado para verificar a contaminação pelo COVID19. Contudo, quaisquer sintomas gripais que perdurem mais de dois ou três dias infelizmente podem ser confundidos com os sintomas da COVID19. Conforme se extrai do Anexo I da RN 4531, as Diretrizes de Utilização do exame RT-PCR constam da DUT nº 126, estabelecendo.

“cobertura obrigatória quando o paciente se enquadrar na definição de caso suspeito ou provável de doença pelo Coronavírus 2019 (COVID-19) definido pelo Ministério da Saúde”

Um paciente “provável” com a doença, conforme orientação do Departamento de Saúde, é alguém que teve contato na residência com um caso confirmado de COVID-19 nos últimos 14 dias e que tem febre ou pelo menos um sintoma respiratório, ou sintoma (tosse, dificuldade em respirar, produção de expectoração, congestão nasal ou conjuntival, dificuldade em engolir, dor de garganta, coriza, saturação de oxigênio <95%, sinais de cianose, palpação nasal, constrição intercostal e falta de ar). Um paciente “suspeito” da doença, também conforme as diretrizes, refere-se a uma pessoa que viaja ou tem contato próximo com uma pessoa com os sintomas acima. (ANS; BRASIL, 2020, p.2)

Porém, para os autores, dada a disseminação mundial da doença e a própria transmissão pelo contato com pessoas assintomáticas, o protocolo do Ministério sobre viajantes ou contato próximo torna-se obsoleto ou inofensivo. Ademais, as normas possibilitam uma interpretação errônea para que as operadoras de saúde se neguem a prestar os exames e procedimento necessários para o diagnóstico da COVID-19 (NAZARETH; YERED, 2020, p.5)

Para as autoras, Ana Clara Suzart Lopes da Silva & Joseane Suzart Lopes da Silva, o contrato de saúde suplementar, mesmo firmado na esfera privada, procura a proteção da saúde concebida como bem fundamental. Dessa forma, além de qualificados como vínculos de longo prazo, os planos de saúde tratam do direito essencial das pessoas — cujo tratamento indevido pode levar à eliminação da vida —

exigindo, portanto, uma fiscalização rigorosa do conteúdo das normas que os consagram. Uma relação contratual desse tipo não pode ser tratada como um vínculo comum, razão pela qual o art. 3.º, inciso I, do Decreto n.º 10.282/20 qualificou a assistência à saúde como essencial, incluídos os serviços médicos e hospitalares.

Os planos privados de assistência à saúde, conforme dispõe o art. 1.º, inciso I, da Lei n.º 9.656/98, constituem prestações continuadas de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré, ou pós estabelecidos, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde dos contratantes, englobando atendimento médico, hospitalar e odontológico (SILVA, 2020, p.4)

Da análise do conceito de planos e seguros de saúde podem ser extraídos elementos fundamentais que os diferenciam de outras figuras contratuais que permeiam o universo jurídico. Percebe-se que existem três fatores essenciais para a constituição de um plano e / ou seguro de saúde: o fornecedor, que deve ser sempre uma pessoa jurídica; o consumidor, que assina o contrato e pode ser a pessoa física isolada ou pessoa jurídica que formalize o vínculo jurídico em favor de grupo a ele vinculado, dando origem aos planos coletivos de saúde; e um objeto, que deve ser sempre a busca pela proteção da saúde humana.

Quanto a Resolução Normativa n.º 453, de 12 de março de 2020, que dispõe sobre o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde no âmbito da Saúde Suplementar, para regulamentar a utilização de testes diagnósticos para infecção pelo Coronavírus, tornando-o obrigatório apenas quando “o paciente se enquadrar na definição de caso suspeito ou provável de doença”, entende Bruno Miragem (2020, p.9) que a exceção feita pela lei aos casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente (art. 10, inciso X), não pode afastar ou restringir a cobertura em questão.

Ou seja, não poderia as operadoras de planos de saúde, valesse genericamente dessa exceção para negar os procedimentos de detecção do covid-19.

É preciso exigir uma interpretação que preserve a própria causa do contrato, bem como interpretar restritivamente as exceções à regra geral. Essa observação doutrinária é válida para o cumprimento obrigatório das coberturas relativas às modalidades contratuais existentes, mesmo que o plano seja ambulatorial, bem como estando o paciente internado ou não (MIRAGEM, 2020, p.9).

Salienta os autores, Giovanna de Carvalho Oliveira e Marcus Filipe Freitas Coelho, a relação entre o plano de saúde e o contratante é uma relação típica de consumo, que se desenvolve ao abrigo da Lei n.º 8.078 / 90. Ou seja, a Política Nacional de Relações com o Consumidor que permeia o CDC visa atender às necessidades dos consumidores, respeitar sua dignidade, sua saúde e segurança, proteger seus interesses econômicos, melhorar sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia inerentes aos eles (CDC, artigo 4, caput).

Portanto, as operadoras de planos de saúde devem ser transparentes e atuar de boa-fé (objetiva), garantindo o equilíbrio nas relações de consumo e atendendo às necessidades de suas contratadas, principalmente diante da pandemia (OLIVEIRA; COELHO, 2020, p.2)

Assim, o entendimento é que, com a inclusão pela ANS do teste de detecção de coronavírus no rol de procedimentos obrigatórios para beneficiários de planos de saúde, a negação da cobertura viola não só o disposto na Resolução Normativa n.º 453/20, mas também a Lei 8.078 / 90 (OLIVEIRA; COELHO, 2020, p.2).

A viola ainda é mais agressiva, quando é nos casos urgentes de internação, dado que, têm prioridade devido ao risco sofrido.

Porém, para não atingir o nível de extrema necessidade como a internação, é imprescindível a realização dos exames no início do aparecimento dos sintomas, visando o controle da doença e a consequente piora no quadro de saúde (OLIVEIRA; COELHO, 2020, p.2).

Ou seja, entende-se que os exames devem ser oferecidos em até 3 dias úteis após a solicitação do consumidor, conforme orientação médica, conforme Resolução ANS n.º 259/2011. A operadora de plano de saúde não pode impor prazo maior sob o argumento de autorização do procedimento, pois há previsão na citada Resolução. Vale ressaltar que não pode recusar-se a cobrir o exame do paciente, se houver indicação médica, independentemente se é suspeito ou provável portador de covid e independentemente das diretrizes do Ministério Público, vez que são ultrapassadas. Nesse sentido, está a operadora do plano de saúde obrigada a prestar a cobertura sob pena de incorrer no art. 39, item II, do CDC (SILVA, 2020, p.9).

Além disso, caso o exame tenha sido realizado fora da rede credenciada, o consumidor terá direito ao reembolso, desde que o procedimento esteja previsto no

instrumento contratual ou caso tenha sido indicado pelo médico em situação de urgência e emergência. As condições de reembolso devem estar previstas em contrato e este deve ser realizado no prazo de 30 (trinta) dias. É importante que o consumidor registre todos os comprovantes de pagamento e a assessoria que fizer quanto ao pedido de reembolso (SILVA, 2020, p.10).

Portanto, conclui-se que a negação das operadoras de planos de saúde quanto à realização de exames diagnósticos para infecção por coronavírus, bem como a negação de cobertura nos casos em que o paciente se enquadre na definição de caso suspeito ou provável de doença pelo coronavírus (Covid -19) definida pelo Ministério da Saúde, é uma prática abusiva, baseada no abuso do poder econômico em detrimento da defesa e do respeito ao consumidor (OLIVEIRA; COELHO, 2020, p.2).

A prestação de um tratamento adequado, além de ser a finalidade esperada pelo usuário - que na perspectiva interpretativa imposta pela boa-fé objetiva deve ser privilegiada - é imposta pela efetivação horizontal dos direitos fundamentais, tendo em vista que a garantia do usuário o estado de saúde é assumido pela operadora do plano por ser o objeto do contrato do plano de saúde.

Conclui-se, portanto, que qualquer tentativa de limitar o tratamento com base em custos elevados e que não se enquadram é um anexo defasado do Ministério da Saúde, é um abuso, seja devido a tal curso de ação contrário aos imperativos de boa-fé objetiva ou por um desvio do escopo do contrato, um importante aspecto de sua aleatoriedade natural, visto que os riscos assumidos não se limitam à ocorrência ou não do evento segurado, mas também dizem respeito à abrangência do evento, devendo o principal assumir ambos, dado que está intrinsecamente vinculado ao outro.

4.3 DA CONSEQUÊNCIA ADICIONAL DA NEGATIVA DE COBERTURA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS SOFRIDOS

É importante esclarecer que, quando se trata da relação do paciente hipervulnerável, com seu médico ou mesmo com uma operadora de plano de saúde, são inúmeras as situações que podem causar danos, seja na demora na liberação da autorização (para exame médico ou procedimento cirúrgico), ou no fornecimento de equipamentos relacionados ao tratamento médico. Nesse cenário, a responsabilidade civil pelo dano

também pode ser dos hospitais, no caso, por exemplo, do atraso do procedimento médico estar relacionado à indisponibilidade injustificada de leito pelo paciente (GONÇALVES,2018, p.63).

Com base no exposto, será analisado se e quando a recusa injustificada de cobertura por plano ou seguro de saúde pode causar dano moral ao consumidor.

O conceito de dano moral não é consenso entre os doutrinadores. Para parcela da doutrina é tudo aquilo que não corresponde a uma diminuição patrimonial utilizando-se do critério negativo da exclusão.

Nesse sentido, Wilson Melo da Silva (1969, p.13) define dano moral como o dano sofrido por um indivíduo ou um indivíduo em sua herança ideal, em oposição à herança tangível, uma arrecadação de tudo o que não é suscetível de valor econômico.

Maria Helena Diniz (2010, p.90) define dano moral como o prejuízo ao interesse comum de pessoa física ou jurídica, causado pelo fato lesivo. Já Orlando Gomes (2016, p.49) ensina que o dano moral ocorre quando há dano à propriedade legal que não é suscetível de valor econômico, como no caso de violação de direitos pessoais. E para Pontes de Miranda (1967, p.30) o dano não patrimonial é o que atinge o devedor como ser humano, não lhe atingindo o patrimônio.

Os conceitos contemporâneos procuram definir o dano moral através de seus elementos básicos, resultantes de bens como vida, integridade física e intelectual, paz, paz, espiritual, liberdade individual, honra, reputação, modéstia, segurança, amor-próprio estético, efeitos justificados, decência, fé, proteção contra atos que causam dor, tristeza, humilhação, opressão, incluindo o dano moral afeta a integridade física, a estética, a saúde em geral, a liberdade, a honra, a manifestação de pensamentos. Trata-se de lesão que atinge valores físicos e espirituais da pessoa e que trazem amargura, privação do bem-estar, padecimento, inquietação mental e perturbação da paz (FRANÇA, 2019, p.33).

Para Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2019, p. 363), a abordagem do princípio da violação moral do princípio da dignidade humana é um exercício indispensável, portanto, não se configurará apenas quando o direito pessoal for conquistado. No entanto, ele argumenta que esta seria uma definição incompleta, insatisfatória à luz do numeroso e complexo sistema jurídico. O dano moral pode ser conceituado como

um preconceito a um interesse existencial que merece proteção.

Arte. 5.º, incisos V e X, da CF asseguraram o direito de resposta, proporcional à reclamação, além da indenização por danos materiais, morais ou de imagem e a responsabilidade por danos materiais ou morais do agente que violar os direitos da personalidade de outrem, o que quer que sejam, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, previstas na arte. 11 e segs. do CC.

Arte. 6.º, incisos VI e VII, do CDC, ao enumerar os direitos básicos do consumidor, também previu regras para a reparação de danos morais em consonância com o plano constitucional. Arte. 6.º, inc. VI ao lado da proteção do patrimônio material do consumidor, estabelece, com base no princípio da satisfação ou indenização da vítima, a reparação efetiva dos danos morais individuais e coletivos.

Eficaz é tudo o que atinge o seu real objetivo e, assim, para garantir ao consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos, o CDC implementou um moderno e avançado sistema de responsabilidade civil para os fornecedores de serviços ou produtos. Arte. 6.º, inc. VII, do CDC inscreveu o direito básico do consumidor de ter acesso aos poderes do Estado, seja na esfera jurisdicional ou administrativa, com o objetivo, entre outros, de prevenir e reparar a dor e o sofrimento individual ou transindividual (FRANÇA, 2019, p.35).

A responsabilidade do fornecedor pela reparação do dano material decorrente do defeito ou fato do produto ou serviço é, geralmente, de natureza objetiva, ou seja, independe da comprovação de culpa e / ou dolo, conforme previsto nos artigos 12, caput, 14, caput, 18, caput, 19, caput do CDC e, excepcionalmente, no caso de prestação pessoal por profissional autônomo, será de natureza subjetiva, nos termos do art. 14, §4, do CDC (FRANÇA, 2019, p.36)

A responsabilidade pela indenização por danos morais obedece também à mesma regra, tendo, portanto, caráter objetivo, mesmo quando o agente causador seja o profissional autônomo. Assim, o fornecedor que violar os direitos da personalidade do consumidor responderá independentemente de haver prova de culpa ou intenção, segundo a Teoria da Atividade ou do Risco Empresarial (FRANÇA, 2019, p.37).

A primeira finalidade do dano moral é para compensar (restituir, reembolsar) os bens da vítima que foram diminuídos pela prática do dano por meio de restituição em espécie ou correspondente em dinheiro, objetivando a indenização integral da vítima,

devolvendo ao estado anterior que foi encontrado antes do ilícito. Trata-se do princípio do *restitutio in integrum* a qual foi consagrado pelo CC ao estabelecer no art. 944 que: “a indenização mede-se pela extensão do dano” (CHAVES; ROSENVALD, 2019, p. 390).

Há também o dano moral preventivo que está intrinsecamente ligado à necessidade de adoção de medidas que evitem a eclosão de conflitos no cenário social, com reflexos no subsistema de relações de consumo. A função preventiva, portanto, visa restabelecer a ordem violada e evitar a ocorrência de novas infrações extrapatrimoniais por terceiros (CHAVES; ROSENVALD, 2019, p. 400).

E há também o dano moral punitivo que se inspira no mecanismo de indenização punitiva alienígena, originado no direito inglês baseado na common law, que consiste basicamente em agregar à reparação um valor extra e autônomo daquele destinado à função compensatória para punir o perpetrador causa danos e desencoraja-o de se envolver na conduta ilícita novamente (CHAVES; ROSENVALD, 2019, p. 418).

O primeiro argumento que cabe o dano moral, a ser analisado quanto a negativa indevida de cobertura é aquele que viola o próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

Como exemplo, tem-se a fundamentação Apelação Cível n. 0069691-11.2014.8.19.0001 proveniente do TJRJ que entendeu que:

Ao contrário do sustentado pelo plano de saúde, ora apelante, entendo que os danos morais restaram configurados, diante da frustração da legítima expectativa da parte autora, que celebrou o contrato de seguro saúde no intuito de se resguardar contra os riscos à sua saúde e à sua vida, entretanto, justamente no momento em que mais precisava dos serviços de assistência médica, seu direito foi negado de forma abusiva pela apelante, violando-se o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna vigente. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0069691-11.2014.8.19.0001. Apelante: Unimed Rio - Cooperativa de Trabalho Médico do Rio de Janeiro Ltda. Apelado: Sonia Mejdalani. Relator: Antonio Carlos Arrábida

Paes. Rio de Janeiro, 07 out. 2015. Disponível em:<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004FE93CA50F3BD4399776EC7E4ED570918C50431412056>>. Acesso em: 12 junho. 2021).

APELAÇÃO. CONSUMIDOR, CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO DE OBESIDADE MÓRBIDA. NECESSIDADE DE IMPLANTAÇÃO DE BALÃO INTRAGÁSTRICO. EXISTÊNCIA DE SITUAÇÃO EMERGENCIAL. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E À VIDA. DANO MORAL CONFIGURADO. VALOR DA INDENIZAÇÃO MAJORADA. APELO CONHECIDO E IMPROVIDO. RECURSO ADESIVO CONHECIDO E PROVIDO. (TJ-BA - APL: 05010835420158050001, Relator: LIDIVALDO REAICHE RAIMUNDO BRITTO, PRIMEIRA CAMARA CÍVEL, Data de Publicação: 30/07/2020)

À primeira vista, a invocação do princípio parece adequada. Afinal, percebeu-se que o dano moral pode ser causado por uma ofensa direta à dignidade humana, uma vez que esse princípio visa justamente proteger a integridade da pessoa.

Além disso, como o princípio reconhece a fundamentalidade de certos direitos - como os direitos à vida e à saúde - pode-se dizer que, em última análise, a negação pode, de fato, resultar em violação da dignidade humana. No entanto, deve-se questionar se a invocação do princípio foi metodologicamente correta nos casos analisados (GONÇALVES,2019, p.50).

Entende que um plano de saúde, ao negar indevidamente a cobertura, prejudicaria o valor intrínseco do consumidor, pois desconsideraria o fato de ele estar com saúde precária e precisar de um teto sobre a cabeça. Ignorando as circunstâncias em que o consumidor se encontra no momento da negação, ele o trataria como um ser abstrato, impenetrável para o sofrimento, e não como uma pessoa real fragilizada por sua condição física (GONÇALVES,2019, p.51).

Embora a violação da dignidade humana seja fundamento possível para a concessão de indenização por dano moral, seu uso não deve ser vago, mas estrito, sob pena de

esvaziar seu conteúdo. No entanto, o esforço necessário para invocar a dignidade humana como base para essas decisões faz com que seja melhor, por motivos, buscar alternativas, dado o grande número de casos que devem ser tratados diariamente pelos tribunais (GONÇALVES, 2019, p.51).

O próximo argumento a ser analisado fundamenta a indenização por dano moral no caso de negativa indevida com base na ofensa aos direitos à vida e à saúde do consumidor. Nesse sentido, destaca-se um excerto do seguinte recurso de apelação cível proveniente do TJSP:

“o dano moral existe in re ipsa. Dada a natureza especial do contrato - que envolve direito personalíssimo da vítima (vida, saúde) - o inadimplemento acarreta consequências ensejadoras de dano moral”. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1018557-59.2015.8.26.0562. Apelante: Yasuda Marítima Seguros Saúde S/A; Isaias Cassitas de Moraes Junior. Apelado: Yasuda Marítima Seguros Saúde S/A; Isaias Cassitas de Moraes Junior. Relator: Enéas Costa Garcia. São Paulo, 11 mai. 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=11444864&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_a0bbe7acd95b499e93c2ef106e80ded1&vlCaptcha=uadx&novoVICaptcha=>>. Acesso em: 12 de junho. 2021.

Os planos e seguros de saúde estão intimamente relacionados aos direitos do consumidor à vida e à saúde. São contratos cujo objetivo é protegê-los e promovê-los. A consequência lógica é que a recusa injustificada do seguro tem alta probabilidade de sua violação (GOMES; CAVALCANTE, 2021, p.15).

Nesse sentido, o dano moral pode ser verificado pela violação dos direitos fundamentais, visto que estão diretamente relacionados ao princípio da dignidade humana. Todas as decisões baseadas em direitos fundamentais são baseadas na dignidade humana e não precisam ser explicitamente mencionadas nos fundamentos da decisão. Embora os direitos fundamentais também tenham um conteúdo vago, eles são menos vagos do que o princípio da dignidade humana, portanto, são preferidos, sempre que possível, invocá-los (GONÇALVES, 2019, p.51).

Além disso, não se deve esquecer que os direitos à vida e à saúde, além da regulamentação constitucional, também são fortalecidos no Código de Defesa do Consumidor. Recorde-se que é inaceitável que o fornecedor ponha em risco a saúde do consumidor; e isso se torna mais sério quando é feito por um plano de saúde ou seguradora - o que em teoria deveria promover ao invés de violar esta lei. Além disso, no caso de doenças mais graves que ameaçam a vida do paciente, verifica-se que, além da saúde, também seria violado o direito do consumidor à vida (GONÇALVES,2019, p.51).

Conclui-se, portanto, que a violação dos direitos do consumidor à vida e à saúde constitui fundamento adequado para a atribuição de um dano imaterial em caso de negação infundada, uma vez que estão intimamente relacionadas com a finalidade dos planos e seguros de saúde. Esses direitos estão naturalmente relacionados à própria dignidade humana, mas seu conteúdo é mais fácil de definir, tornando sua referência mais prática e precisa.

Para Augusto Franke Dahinten e Bernardo Franke Dahinten. (2019, p.10) é incorreto dizer que o consumidor só usa plano ou seguro saúde quando está doente e precisa de tratamento, portanto, nesse caso, todas as recusas irrazoáveis ocorrem. Esta pode ser a situação mais comum, mas ainda deve considerar que pode ser recusado a pagar por check-ups de rotina ou tratamento para doenças graves, como câncer.

Assim, tendo em vista que esses contratos incidem invariavelmente sobre os direitos do consumidor à vida e à saúde, seria justo concluir que o mero ato de recusa injustificada causa dano moral? Para responder a essas questões, é necessário analisar um elemento importante que ocorre frequentemente em ações judiciais de planos e seguros de saúde: o estado de vulnerabilidade aguda do consumidor (DAHINTEN, 2019, p.11).

O reconhecimento da necessidade de proteger o consumidor em uma relação jurídica se baseia no reconhecimento das desproporções de poder entre o consumidor e o fornecedor. Em outras palavras, o sistema jurídico pressupõe a indefesa do consumidor, principal base de sua proteção (MIRAGEM, 2020, p.5).

Nesse escopo, há existência de quatro tipos diferentes de vulnerabilidade: a vulnerabilidade técnica, a vulnerabilidade jurídica, a vulnerabilidade fática e a vulnerabilidade informacional (MIRAGEM, 2018, p.232).

Nos casos de recusa injustificada de proteção, o tipo de vulnerabilidade que tende a se destacar é a vulnerabilidade real na forma de “hipervulnerabilidade”, pois o descumprimento de um plano de saúde ou seguro pode ocorrer em um contexto em que o consumidor está aflito com a doença e requer tratamento (GONÇALVES,2019, p.54). As doenças — principalmente as mais graves - fragilizam a pessoa, expondo as fraquezas não só físicas, mas também mentais, pondo em risco a sua saúde e até a vida (GONÇALVES,2019, p.54).

Nesses casos, ao investigar um ato ilícito que possa causar dano moral, o juiz deve analisar a intensidade e a duração do sofrimento vivido pela vítima. Em caso de recusa injustificada da proteção, a intensidade da violação da vida e da saúde do consumidor pode ser verificada tendo em conta a sua vulnerabilidade no momento da recusa.

O exposto acima é justamente o entendimento julgado do Tribunal de Justiça do DFT no julgado nº 0710237-58.2020.8.07.0009.

CIVIL. INDICAÇÃO MÉDICA À URGENTE REALIZAÇÃO DOS EXAMES DE DIAGNÓSTICO DO? COVID-19?. RECUSA DE COBERTURA PELO PLANO DE SAÚDE. NÃO OBSERVÂNCIA DA RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 453 DE 12 DE MARÇO DE 2020 (MINISTÉRIO DA SAÚDE). OBRIGAÇÃO REPARATÓRIA DOS DANOS MATERIAIS E MORAIS. RECURSO IMPROVIDO. I. No caso concreto, o requerente, em 19.6.2020, sentiu-se mal, com dores no corpo, diarreia, ausência de paladar, resfriado e coriza. Em consultas médicas, foi prescrita ao requerente e à sua esposa a urgente realização de exames de COVID-19 (método molecular). Em razão da negativa do plano de saúde à respectiva cobertura, ele arcou com os custos do exame indicado (R\$ 1.050,00). II. A matéria devolvida à turma recursal restringe-se à irresignação da empresa quanto à condenação por danos materiais e morais. III. A questão de direito material deve ser dirimida à luz das normas protetivas do CDC (artigos 6º e 14 e Súmula 608 do STJ). IV. A parte consumidora comprovou suficientemente as solicitações médicas(...). Ademais, o rol de cobertura indicado pela ANS é exemplificativo e não exaure todos os procedimentos que devem ser cobertos por indicação

médica, uma vez que cabe ao médico estabelecer o meio mais adequado ao tratamento (Precedentes do TJDF: 2ª Turma Recursal, acórdão 991640, DJE 03.3.2017; 3ª Turma Recursal, acórdão 993266, DJE 15.02.2017). (...) Lado outro, os danos morais decorrem do abalo a qualquer dos atributos da personalidade, em especial à dignidade da vítima desencadeada pelo evento (CF, art. 5º, V e X e CC, art. 186). IX. Nesse passo, a situação vivenciada pela parte requerente (negativa de cobertura à urgente realização de exame de detecção de COVID-19) supera os limites do mero dissabor decorrente do inadimplemento contratual para configurar dano moral passível de compensação. Deve-se, pois, manter a estimativa razoavelmente fixada (R\$ 2.500,00), uma vez que guardou correspondência com o gravame sofrido (CC, art. 944), além de sopesar as circunstâncias do fato, a capacidade econômica das partes, a extensão e gravidade do dano, bem como o caráter punitivo-pedagógico da medida, tudo, com esteio no princípio da proporcionalidade. Não evidenciada, pois, ofensa à proibição de excesso, apta a subsidiar a pretendida redução. X. Recurso conhecido e improvido. Sentença confirmada por seus fundamentos (Lei 9.099/95, art. 46). Condenado o recorrente ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da condenação (Lei 9.099/95, art. 55). (TJ-DF 07102375820208070009 DF 0710237-58.2020.8.07.0009, Relator: FERNANDO ANTONIO TAVERNARD LIMA, Data de Julgamento: 10/03/2021, Terceira Turma Recursal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 17/03/2021 . Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Nesse caso houve uma recusa irracional quando a pessoa é afetada por uma doença grave, como câncer ou a COVID-19 e foi recusado o tratamento por um plano de saúde, pois ao contrário de um consumidor saudável que realiza exames de rotina, existe a hipótese de que a própria vida e saúde do consumidor estão em risco

(GONÇALVES,2019, p.54).

Assim, o caso acima foi assertivamente analisado, uma vez que, a turma recursal analisou a intensidade e a duração do sofrimento vivido pela vítima em estado avançado de uma doença nova. Nesse sentido, a recusa do tratamento lhe causou um dano moral.

Noutro giro, nos casos dos exames rotineiros, o consumidor normalmente se encontra saudável, ele não está em estado de vulnerabilidade agravada, pois sua vida e sua saúde não se encontram em risco. Logo, a negativa indevida de cobertura não ultrapassa a esfera do mero dissabor, pois incapaz de lesionar esses atributos.

Quando a negativa indevida se dá em um contexto em que a vida e a saúde do consumidor não estão em risco, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se consolidado no sentido de que não há dano moral. Como exemplo:

“Na hipótese, o procedimento cirúrgico foi realizado sem qualquer empecilho por parte da operadora de plano de saúde, sendo que o autor somente tomou conhecimento da negativa de cobertura dos stents utilizados quando teve alta hospitalar, ao argumento de que o referido material possuía natureza de prótese, não estando, portanto, coberto pelo respectivo contrato. Dessa forma, embora tenha sido reconhecido pelas instâncias ordinárias que a conduta da operadora de negar a cobertura dos stents foi abusiva, esse fato não comprometeu a saúde do recorrente, tampouco acarretou atrasos ou embaraços em seu tratamento, o que afasta a ocorrência de dano moral.”. In: (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.800.758/SP. Recorrente: Nicolau Balbino Filho. Recorrido: Bradesco Seguros S/A. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 07 mai. 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1821101&num_registro=201900669759&data=20190510&formato=PDF>. Acesso em: 20 mai. 2019)

Por outro lado, a questão da duração da recusa injustificada deve ser revista nos

casos em que o plano de saúde muda de posição e oferece seguro espontaneamente. Dependendo da gravidade da doença e da urgência do tratamento, pode acontecer que, mesmo que o plano seja retirado no mesmo dia da recusa, o choque moral do consumidor já esteja estabelecido. Em qualquer caso, trata-se de um elemento que, se presente, pelo menos auxiliará o juiz na determinação do valor da indenização (GONÇALVES,2019, p.54).

Do exposto, pode-se concluir que, diante de um pedido de indenização por recusa injustificada de seguro, o juiz deve estar atento aos seguintes pontos: a saúde do consumidor quando ocorreu a recusa (incluindo a gravidade da doença, se for o caso), a urgência do tratamento ou procedimento negado no plano, ou seguro e, eventualmente, se e quando a operadora optou espontaneamente após ter sido negado.

Vale destacar que o próprio fato de o consumidor estar doente no momento da recusa já se traduz em potencial dano à sua saúde, configurando-se em prejuízo moral, mas ainda é importante que o juiz considere os demais elementos, em de acordo com um caso específico (GONÇALVES,2019, p.54).

Em suma, o aumento da vulnerabilidade do consumidor nos casos de recusa injustificada não é um elemento que está sempre presente em todos os casos e deve ser analisado de forma sucinta. Quando for esse o caso, entretanto, é muito mais do que um mero pedido de indenização; também atuando como um balizador que verifica a gravidade da violação à saúde e à vida do consumidor (GONÇALVES,2019, p.55).

Como visto, muitas hipóteses de negativa indevida consagradas na jurisprudência se dão em razão de cláusulas e práticas abusivas das operadoras de plano ou seguro de saúde.

No entanto, a negação ofensiva tem um objetivo diferente que é o comportamento ilegal de um provedor ou plano de seguro saúde. Assim como a vulnerabilidade do consumidor, os abusos são argumentos circunstanciais que devem ser verificados caso a caso. O que caracteriza uma recusa injustificada é a quebra de contrato por parte do fornecedor - que pode ocorrer não só por abuso, mas também por simples inadimplência (MADUREIRA,2017, p.08).

Posto isto, convém notar que abusivo, por si só, não é base suficiente para a atribuição de uma indenização por danos extrapatrimoniais. É imprescindível que essa conduta

efetivamente atente os direitos do consumidor à vida e à saúde (GONÇALVES,2019, p.57).

No entanto, pode-se supor que a reincidência de abusos na rejeição de plano ou convênio de saúde contra o mesmo consumidor, mesmo que ele não esteja em risco, pode causar dano moral. A base, no entanto, deixa de ser o dano à vida e à saúde, passando a ser a instabilidade provocada pelo fornecedor por uma relação contratual que invariavelmente diz respeito a direitos fundamentais. Nesses casos, a volatilidade é especialmente séria, pois cria medo e incerteza para os consumidores que não confiam mais na possibilidade de ativar seu plano ou seguro quando precisarem de proteção com urgência (GONÇALVES,2019, p.58).

Por outro lado, se existe de fato uma função repressiva de indenização por dano imaterial, pode-se concluir que a violação dos atributos extrapatrimoniais do consumidor por uma cláusula ou comportamento abusivo justificaria uma indenização arbitrária maior que a danos causados por mero inadimplemento. Nesses casos, porém, o juiz deve dedicar especial atenção à quantificação da indenização, pois em nenhum caso ela pode servir de fonte de enriquecimento ilegal para a vítima (GONÇALVES,2019, p.59).

Por fim, a principal função da indenização por dano moral é reparar uma violação aos direitos da personalidade — isto é, o juiz deve, antes de tudo, observar a intensidade da violação dos direitos extrapatrimoniais da parte lesada ao decidir sobre o valor da indenização (BOLZAN, 2014, p.100).

No entanto, é importante referir que os abusos cometidos contra a operadora de seguros ou planos de saúde podem ser sancionados administrativamente, em virtude do não cumprimento do disposto no Código de Defesa do Consumidor, designadamente com a aplicação de multa. Isso significa que a mera inclusão de cláusula abusiva em um contrato pode ser sancionada pela administração de defesa do consumidor, independentemente de essas cláusulas causarem danos ou não, pois a pena seria baseada na violação dos direitos do consumidor (TERRA, 2020, p.195). Isso pode ser feito sobretudo nos casos em que as operadoras insistirem na inserção de cláusulas contratuais já consagradas como abusivas pela jurisprudência. (TERRA, 2020, p.195).

Em conclusão, a abusividade da conduta do fornecedor de plano ou seguro de saúde

pode ser fundamento a ser considerado no arbitramento do quantum indenizatório, mas não justifica, por si só, a responsabilização civil, que depende da efetiva ocorrência de dano ao consumidor. (TERRA, 2020, p.195).

5 CONCLUSÃO

O termo direito do consumidor refere-se a um novo estatuto jurídico que emergiu na teoria da relação jurídica, sua identidade está relacionada à atuação do comportamento do consumidor em diversos sistemas, como parte das relações de consumo, ou mesmo se a legislação brasileira estipular claramente a intervenção ou apenas acesso a relacionamentos estabelecidos nos limites do mercado consumidor.

As origens da preocupação com os direitos do consumidor são tradicionalmente apontadas no discurso do presidente John Kennedy ao Congresso dos Estados Unidos em 1962, bastante conhecido nos Estados Unidos, que, confirmando a necessidade de proteger os consumidores, referiu-se aos direitos fundamentais segurança adequada, direito à informação, direito de escolha e direito de ser ouvido.

O objeto da regulamentação do Código de Defesa do Consumidor é a relação de consumo, entendida como relação jurídica, cujos sujeitos são o consumidor e o fornecedor, objetivando a compra de um produto ou a utilização de um serviço, e objetivando a compra de um produto ou prestação de serviços como destinatário final.

O sistema de defesa do consumidor considera os fornecedores, todos aqueles que participam da cadeia de abastecimento de produtos e serviços, independentemente da sua relação direta ou indireta, contratual ou extracontratual com o consumidor, daí a solidariedade entre os participantes da cadeia, dependendo do Art. 18, 20 e 14 “caput” do Código de Defesa do Consumidor.

As operadoras de planos privados de saúde, por exemplo, são pessoas jurídicas de direito privado, com liberdade de organização, prestando serviços próprios ou através de terceiros, mediante remuneração monetária que inclui prevenção e tratamento de doenças, manutenção e reabilitação da saúde. Assim, os prestadores de cuidados de saúde típicos, conforme o art. 3 do Código de Defesa do Consumidor.

Consumidor é a pessoa que compra ou usa um produto, ou serviço como destinatário final. Um consumidor pode ser uma pessoa com uma relação jurídica, um contratante

ou um usuário de um produto, ou serviço. Fica claro, portanto, que os dependentes de planos de saúde são denominados consumidores.

Prevalece a inclusão de pessoas jurídicas como consumidoras, ressalvando-se que apenas estão incluídas aquelas que se enquadram como destinatários finais dos produtos e serviços que adquirem, e não os utilizam como insumos necessários ao desempenho de sua atividade lucrativa. Assim, a interpretação do Código de Defesa do Consumidor, ao contemplar a pessoa jurídica como consumidor, deve ser analisada em cada caso concreto. Não pode partir da interpretação maximalista porque pode levar o aplicador da lei a concluir que as operadoras de planos de saúde são “consumidoras” porque compram serviços de hospitais; que os hospitais são “consumidores” de equipamentos médicos; que os médicos são “consumidores” de serviços de suporte diagnóstico.

O Código de Defesa do Consumidor impõe, assim, no ordenamento jurídico brasileiro, um novo regime jurídico na celebração dos contratos, impondo novos direitos aos consumidores previstos, em especial no artigo 6.º, tais como: proteção à vida, divulgação sobre o consumo, informação adequada, proteção contra publicidade enganosa e abusiva, modificação de cláusulas contratuais, entre outras, e novos deveres para as operadoras, que podem se resumir nos princípios da boa-fé e da transparência. O princípio da transparência impõe uma nova conduta, mais leal e aberta na fase contratual. O objetivo dessas regras do CDC é permitir uma abordagem mais sincera e menos prejudicial e um relacionamento futuro com o consumidor. A boa-fé orienta não só a contratação do consumidor, mas também orientará as práticas comerciais, principalmente de planos de saúde.

O CDC efetivamente rompe com o pensamento individualista e liberal da Lei das Obrigações. Rompe com a função meramente complementar das regras que disciplinam os contratos e introduz um novo conceito que relativizará o dogma da autonomia da vontade, introduzindo novos valores imperativos: transparência, boa-fé, equilíbrio, segurança e respeito pelas relações de consumo.

Além disso, a jurisprudência promove sobremaneira a interpretação deliberada e efetiva das regras do CDC. Em relação a isso, inúmeros trabalhos sobre o assunto afirmam a real validade da lei e sua importância nas relações contratuais, e constituem um instrumento adequado e flexível para a resolução de problemas.

A soberania do contrato não pode ser imposta ao consumidor, pelo que o Código de Defesa do Consumidor introduz toda uma série de arbitragens preventivas, tanto na fase pré-contratual como pós-contratual, de forma a prevenir a ocorrência de desequilíbrio. Os básicos do consumidor como o direito à saúde, a vida, a segurança e à informação faz parte da lei na totalidade.

Observa-se, por exemplo, que a informação deve ser clara e transparente. A aceitação é condicionada por um período de reflexão, e a imposição da contratação dos planos de saúde não pode transmitir a ideia que a conquista da qualidade de vida e saúde do consumidor depende da aquisição de um plano de saúde.

Nesse sentido, os princípios do CDC valorizam tanto a vontade do consumidor quanto a boa-fé, segurança, equilíbrio, lealdade e respeito nas relações com o consumidor. O objetivo da norma é proporcionar maior transparência nas relações com o consumidor, protegendo a confiança do consumidor na relação contratual e nas características do produto ou serviço entregue; ou seja, impondo mais lealdade e boa-fé aos profissionais deste estudo às operadoras de planos de saúde para, em última instância, atingir o equilíbrio necessário no contrato.

Noutro giro, a saúde em si sempre foi uma preocupação do ser humano, visto que várias civilizações foram dizimadas por epidemias e doenças. Tais fatos fizeram com que a população, ao longo do tempo, por questão até mesmo de sobrevivência, ressaltasse a sua importância, pois, caso contrário, a própria vida humana estaria comprometida. Saúde não é apenas ausência de doenças, mas completo bem-estar físico, mental e social. E o direito de todos e o dever do Estado.

O acesso à saúde é um direito constitucional, foi elencado pelo constituinte nos chamados direitos sociais que informa no artigo 6.º da constituição federal que são direitos sociais o acesso à saúde. Ou seja, o estado precisa garantir a sua fruição por meio da concepção de políticas sociais e econômicas capazes de promover a redução do risco de doenças e de outros agravos e, assim, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Não surpreende que a operação do Estado, por meio do Sistema Único de Saúde, esteja falindo, dando lugar à atividade privada voltada para a prestação de serviços de saúde à população através de contratos de convênios privados de saúde. O próprio constituinte ao elaborar a carta magna de 1988, já previa que o sistema público de

saúde não daria conta, ao ponto que, foi instituída a previsão da assistência privada de saúde na CF/88.

Nesse sentido, o setor privado atua no setor justamente porque o sistema público, sem recursos financeiros suficientes, não consegue oferecer serviços de saúde de qualidade à população. A realidade, porém, mostra um quadro de grande insatisfação mesmo entre os convênios privados.

As regras sobre o direito à saúde suplementar devem orientar a saúde privada para impor e garantir que os serviços prestados sejam capazes de remediar eficazmente no tempo e prevenir as doenças de que os usuários possam vir a sofrer.

Considerando a complexidade do mercado, a alta heterogeneidade do setor, a falta de conhecimento técnico sobre o funcionamento do mercado e a disseminação dos planos de saúde, bem como o crescente aumento das reclamações dos usuários sobre as instituições privadas de saúde, verifica-se um consenso sobre a necessidade de intervenção do Estado na implantação dos planos de saúde pelas operadoras.

Mesmo após a promulgação da Lei dos Planos de Saúde 9.656 / 98, o setor de planos de saúde continuou em dificuldades. O regulamento visa corrigir as interrupções nos usuários e operadoras de planos privados de saúde, além de preservar a competitividade do mercado. A lei fará isso, mas as operadoras só buscam o lucro, sem saber que o objeto do contrato é a saúde.

Os avanços no processo regulatório não melhoraram as relações contratuais entre fornecedores, pessoas jurídicas de direito privado, e não podemos deixar de considerar que este usuário é a parte mais fraca na relação contratual.

A Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000, instituiu a Agência Nacional de Saúde Complementar, pessoa jurídica de direito público, integrante da administração indireta do Estado, cujo objetivo é promover a defesa e a saúde do mercado de serviços complementares de saúde.

Nesse sentido, ambas as leis regulam os contratos de planos privados de saúde, bem como os sistemas e modalidades contratuais, mas o mercado muitas vezes exige outras situações não regulamentadas, muitas vezes deixando o usuário sem opção, tornando-se contratualmente vulnerável.

Os contratos de planos de saúde são contratos de longo prazo, pois cobrem o fornecedor e o consumidor por um longo período, o que resulta na promulgação de várias leis que podem reger o contrato.

Quanto aos contratos de plano de saúde, não se aplica o princípio de que uma lei especial é superior à lei geral, visto que o Código de Defesa do Consumidor não é apenas uma lei geral das relações de consumo, mas também uma lei de princípio, subordinando todos os atos que regulam determinado setor das relações de consumo, presentes ou no futuro, ao Código Defesa do Consumidor.

Além disso, para os contratos de planos de saúde privados, celebrados antes da Lei 9.656/98, estes também permanecem sob a égide da Constituição Federal e do Código de Defesa do Consumidor, e as cláusulas abusivas também são nulas. Deve haver, portanto, uma medida indireta, e em caso de descumprimento dos princípios do art. 170 s.V. da Constituição Federal, ou seja, defesa do consumidor, livre iniciativa e autonomia de vontade, deve-se fazer a conciliação entre eles de modo a buscar a proteção dos mais frágeis na relação contratual.

Portanto, não há dúvida quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de planos privados de saúde, dada a existência indiscutível de relação de consumo nesses contratos.

Do exame das disposições que impõem obrigações de informação ao operador de subscrição, conclui-se que se trata de uma obrigação autônoma em relação ao contrato de prestação de serviços, vinculando o consumidor à empresa organizadora da rede de serviços de saúde. Além disso, existem obrigações, mesmo na fase pré-contratual e até mesmo durante o seu funcionamento, pois, como já mencionado, os planos de saúde têm a responsabilidade de dar transparência ao consumidor, ao governo e ao mercado em geral.

Por outro lado, a interpretação dos contratos de planos de saúde deve ser feita de forma a resguardar o equilíbrio contratual, divisão de responsabilidades e direitos. O consumidor do contrato de serviço de saúde é considerado parte vulnerável e as operadoras são responsáveis pela qualidade do serviço dada a relação contratual vigente. Portanto, cabe ao Judiciário excluir as cláusulas abusivas, seja a pedido do consumidor ou através de entidades de segurança, do Ministério Público e, eventualmente, de ofício. O fator dominante passa da expressão da vontade para a

verdadeira intenção das partes contratantes, resguardando os legítimos interesses e expectativas dos consumidores.

As operadoras de planos de saúde que exercem o poder econômico estabelece todas as condições para a existência do contrato, as cláusulas são predispostas e rígidas, sendo a parte contratante apenas responsável pela adesão, pelo que estes contratos são formulados exclusivamente por vontade do fornecedor. A doutrina permite um contrato adesivo, mas as partes devem entender as cláusulas contratuais.

Ao aplicar o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de planos de saúde, existem certas medidas cautelares que os consumidores desses contratos devem tomar antes e após assiná-los. O ato legal deve ser impresso de forma clara e legível, o que não é cansativo, não sendo permitidas letras miúdas que dificultem a leitura e o entendimento.

As cláusulas que impliquem alguma restrição ou algum defeito do consumidor devem ser impressas em local visível. Sem essas características, eles serão considerados não escritos ou ineficazes, ainda que aceitos pelo consumidor, de forma implícita ou explícita, o que é necessariamente um plano de referência, com abrangência e ajustes determinados por diferentes faixas etárias.

Além da obrigação de prestação de informações do operador, ele também será responsável por todas as ações de seus representantes. Informações imprecisas, pouco claras, além das contidas no anúncio ou divulgação do plano de saúde, podem levar aos vícios previstos no art. 20 CDC, resultando em reexecução do serviço, redução ou redução do valor pago conforme escolha do consumidor. Porém, na fase pré-contratual, o consumidor precisa saber que em caso de descumprimento das ordens do CDC, as cláusulas contratuais não o vinculam, e ele recebe a interpretação que melhor o favorece (artigos 46 e 47 do CDC).

A quantidade e os tipos de cláusulas abusivas existentes no mercado são infindáveis e estão sendo contestadas pela justiça considerando a relação de consumo e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de planos privados de saúde.

A cláusula de exclusão e limitação de doenças é um abuso, pois é contrária à boa-fé do consumidor, pois além de serem vulneráveis, eles alugam um plano de saúde para usar quando adoecem e não sabem que doença irão sofrer.

A Lei 9.656/98 procurou solucionar esse problema estabelecendo no art. 10 § 2º plano de saúde de referência, que deve ser oferecido por todas as entidades privadas, dispensando-se dessa obrigação apenas as empresas que mantêm assistência à saúde por autogestão e as que atuam exclusivamente no setor odontológico.

Ainda, a Lei 9.656/98 obriga todas as doenças a serem contempladas de acordo com o art. 10, "caput" e 12, I e II. Assim, é estabelecido um plano de referência em saúde para o tratamento das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas de Saúde da Organização Mundial da Saúde, com os requisitos mínimos especificados no art. 12 da Lei 9.656/98. O plano de referência deve incluir cuidados médicos, ambulatoriais e hospitalares, incluindo parto e tratamento em um hospital padrão, unidade de terapia intensiva ou similar onde a hospitalização é necessária.

A exclusão e a limitação de exames, uso de medicamentos, materiais importados e procedimentos de alto tecnologia e custo imposto aos usuários de planos de natureza ambulatorial e com internação hospitalar colide com as disposições do art. 51, IV, da Lei 8.078/90, ao estabelecer que são abusivas as cláusulas que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Se o tempo de internação para tratamento também for respeitado, também é um abuso, pois só pode ser determinado pela equipe médica e não é da vontade do paciente permanecer no hospital além do tempo estritamente necessário para o restabelecimento da saúde. Está em jogo a vida humana, valor e fundamento de todo o ordenamento jurídico, pelo que o tempo de internamento necessário não pode ser determinado com base em cálculos inadequados e abusivos de movimentações econômico-financeiras.

Para agravar ainda a situação que os consumidores de plano de saúde se encontravam, veio a pandemia do COVID-19.

Infelizmente, o mundo vive uma situação sem precedentes que cria "lockdown" e quarentena para as maiores economias do mundo, desafiando ideias e opiniões sobre a melhor forma de lidar com este problema sem ainda ter uma solução comum para o problema.

Momentos como este revelaram uma série de problemas estruturais no Brasil, como a falta de hospitais, a escassez de recursos de saúde, a insensibilidade da classe política e a recusa injustificada de pôr demandas de saúde junto a assistência privada.

No Brasil, em que a rede pública de saúde é escassa e grande parte da população acaba por pagar por planos de saúde particulares para ter uma saúde de melhor qualidade, a situação tem um agravante adicional, já que se abre uma brecha para as operadoras criarem diversos subterfúgios para a negativa de cobertura de determinados procedimentos com amparo contratual e não deveriam ser negados.

Conforme já relatado essa situação já se verifica na ausência de fatores externos, neste momento de pandemia onde o número de sinistros cresce exponencialmente, significando mais gastos para as operadoras, o cerco fica ainda mais fechado ao beneficiário dos planos de saúde.

O usuário do plano de saúde é, na maioria das vezes, um leigo que desconhece quase sempre o verdadeiro significado dos termos, cláusulas e condicionantes dos formulários que lhe são apresentados.

A ANS, após permanecer inerte durante meses, finalmente demonstrou a força reguladora da agência, ao editar a Resolução n.º 453/2020, que declarou estarem cobertas no plano básico os procedimentos e exame de Covid-19 no rol de cobertura de procedimentos obrigatórios em vigor. Tal medida foi para sanar qualquer debate.

Contudo, mesmo após a uniformização observou-se um considerável movimento por parte das operadoras privadas de planos de saúde no sentido de negar cobertura à realização de exames clínicos para o diagnóstico e aos procedimentos terapêuticos necessários as enfermidades do Coronavírus, além de negar suas internações sob a infundada alegação de estarem em período de carência.

Ficou evidente, que a reação imediata das operadoras privadas de plano de saúde se deu pelo fato de do "aumento" no custo da prestação de serviços, haja vista o aumento das reclamações por recusa de cobertura de exame e tratamentos.

Ao que se percebe, um comportamento conforme a boa-fé recai sobre a empresa que presta a assistência, pois ela tem, mais do que ninguém, condições de conhecer as peculiaridades, as características, a álea do campo de sua atividade empresarial, destinada ao lucro e os riscos da sua atividade empresarial. A operadora ao entrar no

ramo visa lucro, mas no ramo de assistência à saúde deve estar ciente que o lucro não sempre é constante, porque primeiro é o direito à vida.

O fato de a Operadora de Saúde agir em desconformidade com as legislações vigentes e em desconformidade com o direito à vida e a saúde, aumenta o número de ações ajuizadas no judiciário brasileiro, principalmente para se deferir a indenização por danos morais nos casos de negativa indevida de cobertura do plano ou seguro de saúde.

Ao analisar a jurisprudência brasileira viu-se que é possível fundamentar a concessão do pleito pela violação da dignidade da pessoa humana, e pelo fato da negativa indevida afrontar os direitos à vida e à saúde do consumidor, uma vez que se trata de direitos intimamente relacionados com os contratos estudados, e possuem conteúdos mais precisos que o princípio da dignidade da pessoa humana.

No entanto, nem todas as negações indevidas prejudicarão o direito dos consumidores à vida e à saúde. Percebe-se que a violação desses atributos depende da severa vulnerabilidade do consumidor no momento da rejeição. Em resumo, quando os consumidores estão doentes e precisam de tratamento, a negação indevida viola a vida e a saúde dos consumidores.

Por fim, que o fato de a recusa ilícita se dever a um abuso do plano ou da seguradora não constitui, por si só, fundamento para a concessão de uma indenização por danos extrapatrimoniais, pois depende do dano real sofrido pelo lesado a esfera de equilíbrio do consumidor, como sua vida e sua saúde. No entanto, verificou-se que uma operadora pode ser multada administrativamente por seu uso abusivo, mesmo que não cause danos específicos aos consumidores.

Conclui-se por fim que, não se pode admitir é que as operadoras de planos de saúde atuem de forma acrítica no recebimento dos benefícios e depois exijam o cumprimento estrito do contrato para afastar a obrigação de custear despesas, devendo sempre respeitar os direitos dos usuários de planos privados de saúde, pessoas vulneráveis das partes à relação contratual, e os tribunais contribuíram para a defesa dos consumidores, no que se refere à função social e à boa-fé que deve permear toda relação contratual.

A recusa indevida de pôr parte do Plano de Saúde pode causar danos morais aos consumidores, pois estão intimamente relacionados à proteção da vida e da saúde de

seus usuários, portanto, a inadimplência da operadora tem grande risco de afetar esses atributos, principalmente quando o paciente está doente e necessita de tratamento.

REFERENCIAS

ANS. **Identificação das reclamações sobre o Coronavírus.** Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiNTMzYjNmZDQtODczOC00ZTFmLWJhNzUtNjdIM2FkMjZjMGJmliwidCI6IjlkYmE0ODBlTRmYTctNDJmNC1iYmEzLTBmYjEzNzVmYmU1ZiJ9>. Acesso em 10.06.2021.

_____. **ANS inclui exame para detecção de Coronavírus no Rol de Procedimentos obrigatórios.** Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/5405-ans-inclui-exame-para-deteccao-de-coronavirus-no-rol-de-procedimentos-obrigatorios>. Acesso em 10.06.2021.

_____. Covid-19: **ANS finaliza análise técnica e determina inclusão de testes sorológicos no Rol de Procedimentos.** Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/coronavirus-covid-19/coronavirus-todas-as-noticias/5872-covid-19-ans-finaliza-analise-tecnica-e-determina-inclusao-de-teste-sorologico-no-rol-de-procedimentos> Acesso em 01.10.2020.

_____. **Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde 2018. Anexo II Diretrizes De Utilização para Cobertura de Procedimentos na Saúde Suplementar (Alterado pelas RN 453/2020, RN 457/2020 e RN 458/2020)** disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/Legislacao/rn/rn458/Anexo_II_DUT_Rol_2018_Alterado_RNs_453-457-458.2020__Suspens%C3%A3o_Dicol_17.07.2020.pdf Acesso em 10.06.2021.

APROVADOS, **Enunciados. Jornadas de Direito Civil.** CFJ-Justiça Federal, 2013. Enunciado 27, I Jornada de Direito Civil

BAUMAN, Zygmunt. Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria, trad. Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2008.
ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINO-AMERICANO, v. 761, 2018.

BENTO, Camila de Fátima. **"A inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de planos de saúde conduzidos por entidades fechadas de autogestão."**, 2018, pag 1-73, Direito em Saúde, Concurso de monografia sobre saúde suplementar da ANS.

BESSA, Leonardo Roscoe; MOURA, Walter José Faiad. Manual de direito do consumidor. **Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor**, 2014.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado®**. Saraiva Educação SA, 2014.

BRANDÃO, Luciano Correia Bueno. Rol da ANS Taxativo ou Exemplificativo - Uma análise à luz do julgamento do REsp 1.733.013/PR. **Rol da ANS Taxativo ou Exemplificativo - Uma análise à luz do julgamento do REsp 1.733.013/PR**, Migalhas.com.br, p. 1-10, 8 abr. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/324068/rol-da-ans-taxativo-ou-exemplificativo--uma-analise-a-luz-do-julgamento-do-resp-1-733-013-pr>. Acesso em: 15 jun. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_10.08.2020/art_199_a_sp Acesso em: 08 novembro 2020.

_____. **Constituição (1934). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, p. 1-44. Disponível em <. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acessado em 09 de novembro de 2020.

_____. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656compilado.htm. Acessado em 28/09/2020. Acesso em: 10 de novembro de 2020

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 10 de novembro de 2020

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.800.758/SP**. Recorrente: Nicolau Balbino Filho. Recorrido: Bradesco Seguros S/A. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 07 mai. 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1821101&num_registro=201900669759&data=20190510&formato=PDF>. Acesso em: 15 junho. 2021

_____. **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**. Diário

Oficial da União, Brasília, DF, 7 fev. 2020d. Disponível em: <https://bit.ly/2A5jQ9h>. Acesso em: 29 maio. 2021.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. In: **REsp: 962980 SP 2007/0144835-5**, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data do Julgamento: 13/03/2012, T4- Quarta turma, data da publicação: DJe 15/05/2012 RSSTJ. Vol 46. P779) Acesso em: 15 junho. 2021

_____. Supremo Tribunal de Justiça - **REsp: 1038645 RS 2008/0051397-6**, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 19/10/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/11/2010. Acesso em: 15 junho. 2021

_____ - Supremo Tribunal de Justiça - **REsp: 476428 SC 2002/0145624-5**, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 19/04/2005, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 09/05/2005 p. 390. Acesso em: 15 junho. 2021

_____ - Supremo Tribunal de Justiça - **REsp: 586316 MG 2003/0161208-5**, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 17/04/2007, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 20090319 --> DJe 19/03/2009. Acesso em: 15 junho. 2021

_____ - Supremo Tribunal de Justiça - **REsp: 1733013 PR 2018/0074061-5**, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 10/12/2019, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/02/2020. Acesso em: 15 junho. 2021

_____. **Sumula 469 da jurisprudência predominante**. Superior Tribunal de Justiça – Anexo ao Regimento interno. Edição: imprensa nacional, segunda seção, julgado em 24/11/2010, DJe 06/12/2010. Acesso em: 15 junho. 2021

_____. **Sumula 608 da jurisprudência predominante**. Superior Tribunal de Justiça – Anexo ao Regimento interno. Edição: imprensa nacional, segunda seção, julgado em 11/04/2018, DJe 17/04/2018. Acesso em: 15 junho. 2021

_____. **TJ-BA - APL: 05010835420158050001**, Relator: LIDIVALDO REAICHE RAIMUNDO BRITTO, PRIMEIRA CAMARA CÍVEL, Data de Publicação: 30/07/2020. Acesso em: 15 junho. 2021

_____. Tribunal de Justiça da Bahia - **TJ-BA - APL: 80012063320188050044**, Relator: JOSE CICERO LANDIN NETO, TERCEIRA CAMARA CÍVEL, Data de Publicação: 08/10/2019. Acesso em: 15 junho. 2021

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal - **TJ-DF 20150310053043 DF 0005265-80.2015.8.07.0003**, Relator: ANA CANTARINO, Data de Julgamento: 04/05/2016, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 12/05/2016 . Pág.: 235/244. Acesso em: 15 junho. 2021

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal -**TJ-DF 07102375820208070009 DF 0710237-58.2020.8.07.0009**, Relator: FERNANDO ANTONIO TAVERNARD LIMA, Data de Julgamento: 10/03/2021, Terceira Turma Recursal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 17/03/2021 . Pág.: Sem Página Cadastrada.). Acesso em: 15 junho. 2021

_____.TJ-RJ. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0069691-11.2014.8.19.0001**. Apelante: Unimed Rio - Cooperativa de Trabalho Médico do Rio de Janeiro Ltda. Apelado: Sonia Mejdalani. Relator: Antonio Carlos Arrábida Paes. Rio de Janeiro, 07 out. 2015. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004FE93CA50F3BD4399776EC7E4ED570918C50431412056>>. Acesso em: 12 junho. 2021.

_____. TJ -SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1018557-59.2015.8.26.0562. Apelante: Yasuda Marítima Seguros Saúde S/A; Isaias Cassitas de Moraes Junior. Apelado: Yasuda Marítima Seguros Saúde S/A; Isaias Cassitas de Moraes Junior. Relator: Enéas Costa Garcia. São Paulo, 11 mai. 2018. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=11444864&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_a0bbe7acd95b499e93c2ef106e80ded1&vlCaptcha=uadx&novoVICaptcha=>. Acesso em: 12 de junho. 2021.

CARNEIRO, Romulo Almeida. **“A vinculação das súmulas e jurisprudências aos contratos de plano de saúde**. Revista jurídica direito, sociedade e justiça”, v. 3, n. 3, 2016.

DA SILVA FERREIRA, Juliana; PETRY, Alexandre Torres. **Operadoras de planos de saúde e o consumidor paciente: coberturas nos serviços de urgência e emergência**. Justiça & Sociedade, v. 4, n. 1, p. 551-578.

DA SILVA, MARIA LÚCIA CÂNDIDO. **A RELAÇÃO DE CONSUMO NOS CONTRATOS DE PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE**.2007, p.1 - 133.

DAHINTEN, Augusto Franke, and Bernardo Franke Dahinten. **"Os planos de saúde e a cobertura de home care."** Revista De Direito Sanitário 20.2 (2020): 177-195

DANIELLI, Ronei. A efetividade do direito à saúde no Estado social: uma análise de direito privado sobre a normatização da saúde suplementar no Brasil pela Lei 9.656/1998 e sua aplicação no tempo. **Revista de Direito Civil Contemporâneo-RDCC (Journal of Contemporary Private Law)**, v. 3, p. 99-113, 2015.

DAUMAS, Regina Paiva et al. O papel da atenção primária na rede de atenção à saúde no Brasil: limites e possibilidades no enfrentamento da COVID-19. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 36, p. e00104120, 2020.

DE AZEVEDO, Fernando Costa. **O direito do consumidor e seus princípios fundamentais**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Pelotas, v. 3, n. 1, 2017.

DE CERQUEIRA, Rafael Soares; CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Análise do impacto regulatório na saúde suplementar**. Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável, v. 4, n. 1, p. 135-152, 2018.

DE DIREITO CIVIL, **Jornadas. Enunciados aprovados**. 2012. Enunciado 167 da II jornada de direito civil

DE OLIVEIRA, José Antonio Diniz; DE CARVALHO FORTES, Paulo Antonio. De que reclamam, afinal? Estudo das ações judiciais contra uma operadora de plano de saúde. **Revista de Direito Sanitário**, v. 13, n. 3, p. 33-58, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 23^o ed. São Paulo: Saraiva, 2007

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 24 ed. São Paulo: saraiva, 2010. v. 7. p. 90

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos :teoria geral dos contratos em espécie**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019. 1151 p. ISBN978-85-442-1963-8

FARIAS, Cristiano chaves de. NETTO BRAGA, Felipe Peixoto. ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 363

FREITAS, Marco Antônio Barbosa de. **A responsabilidade civil nos contratos de plano de saúde em face da dupla intervenção estatal neles realizada: a experiência no Estado de São Paulo**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí,

v.13, n.2, 2º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

GONÇALVES, Tiago de Costa. **As operadoras de planos de saúde e o dano temporal: análise jurisprudencial a partir da hipervulnerabilidade dos pacientes.** 2018

GONÇALVES, Gabriel De Antoni. **A negativa indevida por parte do plano ou seguro de saúde privado gera direito à indenização por dano moral ao consumidor.** 2019.

GOMES, Sarah Caroline Alves Pereira; CAVALCANTE, Daisy Crisóstimo. **Análise legal e jurisprudencial da negativa de eventos, medicamentos e procedimentos pelas operadoras de planos de saúde justificados na ausência do rol da agência nacional de saúde.** JusFARO, v. 2, n. 2, 2021.

GOMES, Orlando. **Obrigações.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 49.

KIRCHNER, Felipe. **A responsabilidade civil das operadoras de saúde suplementar por erro médico: imputação pelo prisma da teoria sistêmica.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v.23, n.91, p. 253-305, jan./fev.2014.

MACHADO, Jeane Regina de Oliveira. **Negativas de cobertura pelas operadoras de planos de saúde: análise das denúncias de beneficiários encaminhadas à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).** Diss. 2011

MADUREIRA, Claudio, and Leonardo de Medeiros Garcia. "O direito do consumidor frente à negativa de cobertura pelos planos de saúde." Revista de Direito do Consumidor (2018): 249-271

MACHADO, Alana Maisa et al. **O IMPACTO DO COVID-19 (NOVO CORONAVÍRUS) NAS RELAÇÕES DE CONSUMO.** 2020, p.1-6

MARQUES, Bruno Pereira. **AS LIMITAÇÕES IMPOSTAS POR OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE SOB A PERSPECTIVA DA BOA-FÉ OBJETIVA.**2017,p.1-24.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação.** Saraiva Jur, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. Saraiva Educação SA, 2017

Ministério da Saúde. **Definição de caso e notificação**. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/definicao-de-caso-e-notificacao> Acesso em 01.10.2020

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2016.

MIRAGEM, Bruno. **Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil**. São Paulo, Revista de Direito do Consumidor, vol. 1015/2020, p. 1-9, maio 2020.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967. v. 6. p. 30.

NASCIMENTO, Cristiana Maria Santana. **A negativa do plano de saúde para o tratamento “Therasuit”: a violação do direito à saúde e proteção integral a criança**. 2017.

NAZARETH, Rodrigo Trisogline; YERED, Paulo Lascani. Coronavírus: Um Panorama das Demandas dos Beneficiários de Planos de Saúde Perante a Agência Nacional de Saúde Suplementar-ANS. **Anais do Encontro Nacional de Pós-graduação**, v. 4, n. 1, p. 385-389, 2020.

NETTO, Raimundo Gonçalves Ferreira; DO NASCIMENTO CORRÊA, José Wilson. Epidemiologia do surto de doença por coronavírus (covid-19). **Desafios-Revista Interdisciplinar da Universidade Federal do Tocantins**, v. 7, n. Especial-3, p. 18-25, 2020.

NUNES, Everardo Duarte. Sobre a história da saúde pública: idéias e autores. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 5, p. 251-264, 2000.

OLIVEIRA, Júlio Moraes. A importância do Discurso do Presidente John Kennedy para o Direito do Consumidor. **Jus. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/47308/a-importancia-do-discurso-do-presidente-johnkennedy-para-o-direito-do-consumidor>**. Acesso em, v. 25, 2018.

OLIVEIRA, Giovanna de Carvalho; COELHO, Marcus Filipe Freitas. Plano de saúde não pode se recusar a cobrir tratamento da Covid-19. **Plano de saúde não pode se recusar a cobrir tratamento da Covid-19**, Conjur.com.br, p. 1-4, 5 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-05/opiniaoplano-saude-nao-recusar-cobrir-tratamento>. Acesso em: 15 jun. 2021

PASSOS, Edilenice; WALTER, Maria Tereza Machado Teles. Pandemias do passado, lições para o futuro e um pouco de legislação. **Cadernos de Informação Jurídica (Cajur)**, v. 7, n. 1, p. 9-61, 2020.

PIERANTONI, Célia Regina. **20 anos do sistema de saúde brasileiro: o Sistema Único de Saúde**. Physis: Revista de Saúde Coletiva, v. 18, p. 617-624, 2008.

ROCHA FERREIRA, Joelida Jullyene et al. OS PLANOS DE SAÚDE E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: O DESRESPEITO AO CONSUMIDOR FRENTE AOS CASOS DE URGÊNCIA E EMERGÊNCIA. **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas**, v. 1, n. 1, 2014.

SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. **Contratos de Plano de Saúde**. v.40. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988**. Revista de Direito do Consumidor, v. 67, p. 125-172, 2008.

SILVA, Marília de Jesus. **A inaplicabilidade do código de defesa do consumidor aos planos de saúde de autogestão: os efeitos da súmula 608 do Superior Tribunal de Justiça**. 2019, Curso de conclusão de Direito, pag 1- 62.

SILVA, Ana Clara; SILVA, Joseane Suzart. OS IMPACTOS DA PANDEMIA COVID-19 NOS CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA SUPLEMENTAR À SAÚDE: A PROTEÇÃO DOS USUÁRIOS COM ESTEIO NO MICROSSISTEMA CONSUMERISTA. **Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo**, v. 6, n. 1, p. 1-21, 2020.

SILVA, Wilson Melo da Silva. **O Dano Moral e sua reparação**. 2. ed. São Paulo: Forense, 1969. p. 13.

SPOSATI, Aldaíza; LOBO, Elza. **Controle social e políticas de saúde**. Cadernos de Saúde Pública, v. 8, p. 366-378, 1992

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual/Flávio Tartuce; Daniel Amorim Assumpção Neves. rev, atual e ampl. **Rio de Janeiro: Forense. Ed. Método. São Paulo, 2018.**

TELLES, Tânia Regina Sanches. **Conflito entre a lei que regulamenta os planos de saúde e o Código de Defesa do Consumidor.** Disponível em: <<http://www.unisalesiano.edu.br/biblioteca/monografias/46269.pdf>>. Acesso em 10 de novembro de 2020.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Planos privados de assistência à saúde e boa-fé objetiva: natureza do rol de doenças estabelecido pela Agência Nacional de Saúde para fins de cobertura contratual obrigatória. **Revista Brasileira de Direito Civil-RBDCivil**, v. 23, n. 01, 2020.

VITAL, Danilo. Antes de definição no STJ, ANS decide que rol de tratamentos é taxativo. **Antes de definição no STJ, ANS decide que rol de tratamentos é taxativo**, Conjur.com.br, p. 1-4, 26 fev. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-26/antes-stj-julgar-ans-define-rol-tratamentos-taxativo>. Acesso em: 15 jun. 2021.