

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO
MESTRADO EM DIREITO

CAROLINE EMMERICH GOMES LEAL DE MOURA

**A REGULAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL DAS OPERADORAS DE
PLANO DE SAÚDE:**

Avaliação de falhas de mercado, consequências e propostas de políticas

São Paulo

2021

CAROLINE EMMERICH GOMES LEAL DE MOURA

**A REGULAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL DAS OPERADORAS DE
PLANO DE SAÚDE: Avaliação de falhas de mercado, consequências e propostas
de políticas**

Dissertação de mestrado apresentada para banca de qualificação do programa de Pós-Graduação *strictu sensu* da Universidade Nove de Julho como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Manoel Pereira Calças

São Paulo

2021

Moura, Caroline Emmerich Gomes Leal de.

A regulação da atividade empresarial das operadoras de plano de saúde: avaliação de falhas de mercado, consequências e propostas de políticas. / Caroline Emmerich Gomes Leal de Moura. 2021.

145 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2021.

Orientador (a): Prof. Dr. Manoel Pereira Calças.

1. Plano de saúde. 2. Saúde suplementar. 3. Judicialização. 4. Regulação. 5. Equilíbrio econômico-financeiro.

I. Calças, Manoel Pereira. II. Título.

CDU 34

CAROLINE EMMERICH GOMES LEAL DE MOURA

**A REGULAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL DAS OPERADORAS DE
PLANO DE SAÚDE:**

Avaliação de falhas de mercado, consequências e propostas de políticas

Dissertação de mestrado apresentada para banca de qualificação do programa de Pós-Graduação *strictu sensu* da Universidade Nove de Julho como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, formada por:

São Paulo, ____ de _____ 2020

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Manoel Pereira Calças – Orientador

Universidade Nove de Julho

Examinador(a)

Examinador(a)

São Paulo

2021

À minha família maravilhosa por estar ao meu lado em todos os momentos e por sempre acreditarem em mim, meu pai Valdomiro, minha mãe Cláudia e meu irmão Raphael.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer aos professores e orientadores, Prof^ª. Dra. Juíza de Direito Renata Mota Maciel e Prof. Dr. Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, pela confiança depositada, desde a primeira entrevista de ingresso no mestrado. Por todo o auxílio prestado na elaboração do presente estudo e por despertar o ânimo de seguir com a carreira acadêmica.

Sou grata imensamente ao I. Desembargador e amigo Álvaro Augusto dos Passos por estar sempre incentivando o meu amor pelo Direito desde a graduação como professor na Fundação Armando Álvares Penteado – FAAP, por contribuir diariamente com aprendizados e participar de todas as minhas conquistas.

Ao I. Desembargador José Joaquim dos Santos, com quem tenho a honra de trabalhar na assessoria desta tarefa árdua e primorosa de distribuir a Justiça no exercício da atividade decisória. Obrigada pelo extenso aprendizado durante todos estes anos no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Agradeço ainda, (*in memorian*), ao I. Sr. Doutor Desembargador e poeta Sebastião Carlos Garcia por ter despertado meu amor e interesse pelo Direito da Saúde, bem como por todos os demais ensinamentos de vida.

Ao diretor e coordenador do mestrado em Direito desta universidade André Lemos Jorge pela organização do curso. Ao Desembargador Luiz Guilherme Costa Wagner, cuja ajuda foi de suma importância. A todos os professores, em especial aos Professores Doutores Wilson Levy e Gabriel Chalita por aulas singulares, extraordinárias e inesquecíveis.

Agradeço aos colegas de mestrado que tornaram as descobertas, angústias e satisfações experiências únicas e que levarei comigo para toda a vida, sobretudo a experiência vivida no módulo internacional em Siena-Itália.

À Dra. Renata Vilhena e sua equipe por disponibilizar material de pesquisa para elaboração do presente estudo em meio à pandemia de Covid-19.

Por fim, agradeço a Deus por todas as oportunidades que a vida coloca em meu caminho e por tudo que está por vir.

Knowing yourself is the beginning of all wisdom.

(Aristóteles)

RESUMO

Trata o presente estudo acerca da regulação da atividade empresarial das operadoras de plano de saúde no Brasil, sobre o seu surgimento, a transferência do dever estatal aos particulares, diferentes tipos de operadoras, aspectos do contrato, legislação aplicável e a judicialização como consequência de um sistema falho, sob a ótica do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. O principal objetivo é apresentar uma reflexão em relação à judicialização da saúde suplementar, chamando a atenção para os efeitos que esse fenômeno provoca na atividade regulatória, bem como propor políticas para corrigir as falhas de mercado. Diante da deficiência do Estado em prestar serviços na área da saúde, esta obrigação foi transferida em parte as empresas particulares. Assim, os sistemas privados de financiamento da cobertura de riscos em saúde intermedeiam a relação entre consumidores e prestadores médico-hospitalares. A regulação exerce um papel fundamental, eis que este mercado só irá se sustentar se todas as partes tiverem os seus interesses atendidos. A judicialização da saúde suplementar exige reflexão sobre o impacto econômico na regulação, eis que, as decisões que impõem, extinguem ou relativizam direitos e obrigações dentro de um contrato de plano de saúde, geram efeitos para todo o universo de beneficiários vinculados a uma operadora e para o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Para tal análise, foram destacadas algumas questões judicializadas com mais recorrência, bem como os efeitos que as decisões decorrentes de tais casos podem causar na atividade regulatória. Conclui-se pela necessidade de aprimoramento da regulação, bem como da fiscalização das atividades dos planos e seguros de saúde e, conseqüentemente de uma maior uniformização da jurisprudência. Por fim, propõe-se políticas a fim de corrigir as falhas de mercado. O trabalho enquadra-se na área de concentração do Programa de Mestrado: Justiça, Empresa e Sustentabilidade.

Palavras-chave: Plano de saúde, saúde suplementar, judicialização, regulação, equilíbrio econômico-financeiro, atividade empresarial, falhas de mercado.

ABSTRACT

This study deals with the regulation of the business activity of health plan operators in Brazil, about the emergence of operators, the transfer of state duty to individuals, different types of operators, regulation, aspects of the contract, principles, applicable legislation and the judicialization as a consequence of a flawed system, from the perspective of the economic and financial balance of the contract. The main objective is to present a reflection in relation to the judicialization of supplementary health, drawing attention to the effects that this phenomenon causes in the regulatory activity. In view of the State's deficiency in providing health services, this obligation was transferred in part to private companies. Thus, private systems for financing health risk coverage mediate the relationship between consumers and medical-hospital providers. Regulation plays a fundamental role, as this market will only be sustained if all parties have their interests met. The judicialization of supplementary health requires reflection on the economic impact on regulation, since the decisions that impose, extinguish or relativize rights and obligations within a health plan contract, generate effects for the entire universe of beneficiaries linked to an operator and for the economic and financial balance of the contracts. For such analysis, some judicial issues with more recurrence were highlighted, as well as the effects that the decisions resulting from such cases can cause in the regulatory activity. It concludes by the need to improve regulation, as well as the inspection of health plan and insurance activities and, consequently, a greater uniformity of jurisprudence. Finally, policies are proposed to correct market failures. The work falls within the concentration area of the Master's Program: Justice, Business and Sustainability.

Keywords: Health plan, supplementary health, judicialization, regulation, economic-financial balance, business activity; market failures.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 - SAÚDE SUPLEMENTAR, SURGIMENTO, MARCO REGULATÓRIO, SISTEMA DE REGULAÇÃO, NATUREZA JURÍDICA E ASPECTOS CONTRATUAIS	13
1.1 O SURGIMENTO DA SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL	13
1.2 MARCOS REGULATÓRIOS.....	16
1.2.1 Legislação aplicável	16
1.2.2 Agência reguladora.....	20
1.3 SISTEMA DE REGULAÇÃO.....	23
1.4 EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO.....	25
1.5 O LUCRO EMPRESARIAL	27
1.6 NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE	28
1.7 MODALIDADES DE OPERAÇÃO NA SAÚDE SUPLEMENTAR	32
1.8 PRINCÍPIOS QUE REGEM O SISTEMA CONTRATUAL	33
1.8.1 Princípio da boa-fé	33
1.8.2 Princípio da autonomia da vontade	36
1.8.3 Princípio da função social do contrato	37
1.8.4 Princípio da obrigatoriedade das convenções	38
1.8.5 Princípio da relatividade dos efeitos do contrato	39
1.8.6 Princípio da vulnerabilidade do Consumidor.....	40
1.9 FORMAS DE CONTRATAÇÃO	41
1.10 SEGURANÇA JURÍDICA NA SAÚDE SUPLEMENTAR	44
CAPÍTULO 2 – ABUSIVIDADE CONTRATUAL, REGULAÇÃO DEFICIENTE E CONSEQUENCIAS.....	46
2.1 CLÁUSULAS ABUSIVAS E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	46
2.2 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR.....	50
2.3 PRINCIPAIS TEMAS LEVADOS AOS TRIBUNAIS NOS ÚLTIMOS TRÊS ANOS.....	53
2.3.1 Reajustes no contrato	53
2.3.1.1 Reajuste por faixa etária.....	54
2.3.1.2 Reajuste por faixa etária em contratos de idosos	58

2.3.1.3 Reajuste aos 59 anos	60
2.3.1.4 Reajuste por sinistralidade	63
2.3.2 Doenças pré-existentes	67
2.3.3 Prazo de carência.....	70
2.3.4 Prazo de Internação – Proibição da Limitação.....	72
2.3.5 Medicamentos Quimioterápicos.....	74
2.3.6 Negativa de cobertura de procedimentos, tratamentos e exames	76
2.3.7 Solidariedade entre cooperativas de trabalho médico da mesma operadora	81
2.3.8 Continuidade do ex-empregado em plano de saúde subsidiado pela ex-empregadora	82
2.3.9 Rescisão unilateral do contrato	85
2.3.10 Migração do contrato coletivo para individual nos casos de rescisão do contrato pela empresa estipulante.....	87
CAPÍTULO 3 – CONSEQUÊNCIAS DA JUDICIALIZAÇÃO, FALHAS NO MERCADO E POSSÍVEIS SOLUÇÕES.....	90
3.1 CONSEQUÊNCIAS DA JUDICIALIZAÇÃO	90
3.2 POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA AS FALHAS DE MERCADO	93
3.2.1 Criação de <i>Benchmarks</i>	94
3.2.2 Formas alternativas de remuneração do mercado de saúde	97
3.2.3 Modelos de Pagamento entre Operadoras de plano de saúde e Beneficiários: coparticipação.....	100
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	1022
REFERÊNCIAS	1055
ANEXO A – Súmulas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.....	12020
ANEXO B - Enunciados da I, II e III Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça	1222

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como temática a análise da regulação da atividade empresarial das operadoras de plano de saúde no Brasil, abordando seu surgimento, a transferência do dever estatal aos particulares, as falhas de mercado sob a ótica jurisprudencial, a exploração da atividade, os diferentes tipos de operadoras e a judicialização como consequência de um sistema falho.

O objetivo é fazer uma análise do mercado de saúde suplementar brasileiro, apresentando as suas falhas, importância e possíveis implementações de políticas e mecanismos de regulação.

O estudo das falhas de mercado traz a compreensão da complexidade e da importância da regulação para o bom funcionamento do mercado de saúde a fim de possibilitar o equilíbrio entre oferta e a demanda.

Sob esse aspecto, objetiva-se abordar a importância da regulação econômica com uma atuação do Estado visando corrigir as falhas do mercado de saúde através de mecanismos de regulação analisados pela literatura econômica, que potencialmente minimizam a assimetria de informações entre operadoras, consumidores e prestadores.

O método de pesquisa utilizado é o hipotético-dedutivo, com a adoção de premissas gerais para se chegar à conclusão sobre o assunto.

Não se pode dizer que a regulação da saúde suplementar no Brasil seja uma atividade trivial, uma vez que não se restringe à regulação econômico-financeira, mas também engloba a regulação assistencial, o que torna a missão atribuída à agência reguladora – Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), ainda mais desafiadora.

O objetivo da ANS é promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais em um contexto de rápidas mudanças demográficas e epidemiológicas, em um país de diferenças regionais marcantes com questões econômicas, sociais e legais bem específicas¹.

A falha na regulamentação provoca discussões, que acabam sendo analisadas pelo Judiciário, que possui a obrigação de dirimir os conflitos e sanar as lacunas das normas que regem o sistema.

A judicialização da saúde é fruto de um sistema mal gerido, sendo criticada pelas operadoras em razão dos altos custos que acarreta. Todavia, além das falhas regulatórias,

¹ ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Quem somos*: Missão. Rio de Janeiro. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/>>. Acesso em 05 Ago. 2020.

observa-se também que deve haver uma maior preocupação em relação à prestação de serviços de qualidade, o que reduziria drasticamente as demandas judiciais.

Observa-se que a judicialização da saúde suplementar tem aumentado substancialmente, sendo que este fenômeno deixa em evidência o Poder Judiciário, cujas decisões possuem inegável impacto na regulação, eis que, em parte considerável das vezes não são observadas as normas editadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

As divergências jurídicas que giram em torno da saúde suplementar acabam por causar instabilidade da atividade econômica das operadoras, sendo este um dos pontos principais de análise do presente estudo.

Objetiva-se ainda, como já salientado, propor alterações na política regulatória, para melhorar o funcionamento do mercado de saúde a fim de possibilitar o equilíbrio entre oferta e demanda.

CAPÍTULO 1 - SAÚDE SUPLEMENTAR, SURGIMENTO, MARCO REGULATÓRIO, SISTEMA DE REGULAÇÃO, NATUREZA JURÍDICA E ASPECTOS CONTRATUAIS

1.1 O SURGIMENTO DA SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL

Antes de adentrar nas falhas de todo o sistema regulatório do mercado de saúde suplementar é salutar tratar-se brevemente sobre a sua evolução histórica.

O mercado de planos de saúde começou a crescer no país na década de 50, quando empresas começaram a usar recursos próprios e dos empregados para financiar a assistência à saúde. Pode-se dizer então que o setor privado de saúde teve sua origem na medicina liberal, bem como nas entidades beneficentes e filantrópicas².

Observa-se que a força do setor privado na área da saúde sempre foi grande no Brasil, tanto que na década de 1950 se constatava que os hospitais privados tinham maior participação na atenção à saúde do que os públicos, representando um percentual de 62,1% do total de leitos existentes no país³.

No entanto, a exploração da saúde suplementar no Brasil teve início a partir de um projeto do governo ditatorial, após o golpe militar de 1964. Em razão do crescimento econômico havia o incentivo de parcerias entre o setor público com o setor privado. Assim, durante um longo período, sendo observado mais no regime militar, foi incentivada a expansão do setor privado da saúde. Todavia, não havia uma estrutura própria, uma vez que o Estado prestava serviços comprando-os no setor privado, em sistema de pós pagamento por produção⁴.

A maior expansão observada no setor se deu durante a crise do Estado Militar, nos anos oitenta, sobretudo com a crise do sistema previdenciário.

Ainda na década de 1980 vieram a surgir dois fatores que moldaram, nos anos seguintes, o panorama da saúde pública no Brasil. O primeiro, ocorrido no começo daquela década, foi o fato de que pacientes que necessitavam de medicamentos antirretrovirais para tratamento de doenças infectocontagiosas como o HIV/AIDS viram-

² MÉDICI, André Cezar. Incentivos Governamentais ao setor privado de saúde no Brasil. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 02, p. 79-115, Abr./Jun. 1992. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8798/7548>>. Acesso em 27 Mar. 2020.

³ ROBBA, Rafael. *Judicialização dos planos de saúde coletivos no Tribunal de Justiça de São Paulo*. 2017, Dissertação (Mestrado em Ciências – Medicina Preventiva) – Universidade de São Paulo, 2017, p. 28.

⁴ *Ibid.*, p. 28.

se obrigados a recorrer ao Judiciário para ter acesso a essas drogas. O sucesso dos seus pleitos levou à popularização e disseminação da prática de buscar nos tribunais a garantia de direitos na área da saúde, tanto pública como privada, dando início ao processo que conhecemos hoje como judicialização da saúde⁵.

O segundo fator foi o fim do regime militar e a reestruturação da democracia. E, com ela, a criação de uma nova Constituição Federal, finalmente reconhecendo o direito universal à saúde em seu artigo 6º, que estabelece os direitos sociais e inclui entre eles a saúde⁶.

Ocorre que, apesar da criação do Sistema único de Saúde (SUS), em 1988⁷, pela Constituição Federal (CF/88), o período foi marcado por uma crise econômica e social, motivo pelo qual, o governo brasileiro mudou de estratégia, optando por desestimular as parcerias entre o setor público e privado, passando a encorajar a exploração dos serviços de saúde pela iniciativa privada.

Portanto, observa-se que a saúde privada no Brasil surgiu como uma alternativa a falta de eficiência do Estado em garantir aos trabalhadores urbanos o acesso à saúde pública em quantidade e qualidade suficientes às necessidades concretas⁸.

A Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988, garante ao cidadão em seu artigo 196⁹ que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Este direito é assegurado mediante políticas sociais e econômicas que objetivam 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 modelo posto pelo constituinte, caberia então ao Estado prestar prioritariamente os serviços de saúde, de modo universal e igualitário. Entretanto, a realidade, como já colocado, revelou deficiências substanciais em quase todos os serviços públicos, de maneira que ainda não foi possível alcançar o propósito da universalização.

⁵ SILVA, Renata Vilhena. O direito à saúde suplementar no Brasil. In: SILVA, Renata Vilhena (Org.). *Vilhena Silva Advogados*. São Paulo: [S.n.], 2019, p. 30-36.

⁶ Ibid.

⁷ BRASIL, Ministério da Saúde. *Sistema Único de Saúde*. Brasília. Disponível em <<https://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude/sistema-unico-de-saude>>. Acesso em 28 Mar. 2020.

⁸ ROBBA, Rafael. *Judicialização dos planos de saúde coletivos no Tribunal de Justiça de São Paulo*, 2017, p. 29.

⁹ Art. 196, CF/88. 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. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 02 Mar.2020).

Assim, a então nova Constituição Federal também assegurou a oferta de serviços de assistência à saúde pela iniciativa privada, sob controle do Estado. A deficiência crônica no setor público, bem como o aumento dos tratamentos e dos custos alavancaram a importância do setor de saúde suplementar, o qual é fundamental para o equacionamento do problema.

Neste mesmo contexto, surgiram novos agentes econômicos como seguradoras, operadoras de planos de saúde, autogestões e cooperativas, desenhando um mercado altamente competitivo e com grande movimentação de valores, ao mesmo tempo em que crescia também a conscientização dos cidadãos em relação à defesa dos seus direitos, sobretudo na qualidade de consumidores¹⁰.

Importante trazer à colação a definição do termo saúde suplementar consignada por Gabriel Schulman:

Entende-se por saúde suplementar a esfera de atuação dos planos de saúde. A locução denomina, por conseguinte, a prestação de serviços de saúde, realizada fora da órbita do Sistema Único, vinculada a um sistema organizado de intermediação mediante pessoas jurídicas especializadas (operadoras de planos de saúde). Em palavras mais adequadas às interfaces entre público e privado, a saúde suplementar configura a prestação privada de assistência médico-hospitalar na esfera do subsistema da saúde privada por operadoras de plano de saúde¹¹.

A Lei nº 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde) define Operadora de Plano de Assistência à Saúde como sendo a pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de 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

¹⁰ MARTINEZ, Lilia Estay. Do Impacto Regulatório da Judicialização na Saúde Suplementar. In: ANS - AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Conhecimento Científico e Regulação – Contribuições para a Saúde Suplementar*. Rio de Janeiro, 2019, p. 115-130. Disponível em <http://www.ans.gov.br/images/LIVRO_de_MONOGRAFIAS_PREMIADAS.pdf>. Acesso em 10 Jun. 2020, p. 117.

¹¹ SCHULMAN, Gabriel. *Direito Fundamental no Plano de Saúde: Do Contrato Clássico à Contratualidade Contemporânea*, 2009. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, p. 201.

contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.

Feitas estas considerações acerca do surgimento da saúde suplementar no Brasil, esclareço que, neste estudo, serão abordados pontos específicos alusivos ao setor de saúde complementar: atividade, regulação e suas limitações, formas de contratação, falhas de mercado, bem como a segurança jurídica nesse campo, acabando por fazer uma análise específica de casos que são levados ao Poder Judiciário com maior frequência. Por fim, objetiva-se propor políticas com o objetivo de corrigir as falhas apontadas.

1.2 MARCOS REGULATÓRIOS

1.2.1 Legislação aplicável

A saúde é o primordial direito social. Sem saúde, não há vida digna. A Constituição Federal, no Título II – Dos Direitos Sociais, em seu artigo 6º, assegura que “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”¹².

Mais adiante, temos, ainda, no Título VIII - Da Ordem Social, Capítulo II – Da Seguridade Social, Seção II – Da saúde, a disposição do artigo 196, que dispõe ser a saúde 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 recuperação¹³.

Por sua vez, o artigo 197 da Carta Magna¹⁴ reza que são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por meio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. A Constituição Federal¹⁵ autoriza a exploração da área da saúde pela iniciativa privada, nos seguintes termos:

¹² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 02 Mar.2020.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

Art. 199, CF/88. 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.

Segundo Celso Antonio Pacheco Fiorillo ¹⁶:

O direito à saúde está interligado com vários outros direitos, como o do saneamento, o da moradia, o da educação, o do bem-estar social, o da seguridade social, o da assistência social, o de acesso aos serviços médicos e o de saúde física e psíquica. Celso Antonio Pacheco Fiorillo, alinha o direito à saúde, enquanto previsto para todos, à categoria de direito difuso (transindividual, de natureza indivisível, tendo como titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato) que visa possibilitar o acesso universal, integrando-se aos componentes básicos que estruturam o Estado Democrático de Direito.

Assim, as ações e serviços de saúde são de relevância pública e, por isso, ficam inteiramente sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, nos termos da lei, ao qual cabe executá-los diretamente ou por meio de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado¹⁷.

Ainda, sobre o artigo 199 da Constituição Federal o Desembargador Maury Ângelo Bottesini¹⁸, menciona que a participação do plano de saúde não será complementar, nem suplementar, mas supletiva, e algumas vezes compulsória.

Depreende-se, portanto, que a atuação dos planos de saúde é permitida pela Constituição Federal.

¹⁶ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco Fiorillo. *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 25.

¹⁷ SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes. *Doença Preexistente nos planos de saúde*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 19.

¹⁸ BOTTESINI, Maury Ângelo. Contratos de Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde: Princípios básicos da atividade-suporte jurídico-legal e constitucional In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org.), *Plano de saúde: Aspectos Jurídicos e Econômicos*, Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 47-65, p. 48.

Quanto à legislação infraconstitucional, a lei que regulamenta a atuação dos planos de saúde é a Lei nº 9.656/98, alterada pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 24 de agosto 2001¹⁹.

A referida lei disciplinou uma cobertura mínima de procedimentos, impedindo exclusões contratuais de atendimento, de procedimentos e patologias.

Cabe destacar que, em 1998, a Confederação Nacional da Saúde (CNS) recorreu ao Supremo Tribunal Federal (STF), arguindo aspectos inconstitucionais da Lei n. 9.656/98 e de demais atos, via Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 1931 - Distrito Federal). A entidade questionou diversos pontos da Lei dos Planos de Saúde, dentre eles, a questão da aplicação retroativa da norma para contratos criados antes da sua vigência.

Apenas em 2018, o Supremo Tribunal Federal, por votação unânime, julgou parcialmente procedente a ADI nº 1931²⁰, considerando válida a maioria dos dispositivos, mas firmando o entendimento de que os contratos celebrados antes da vigência da norma não podem ser atingidos pela referida regulamentação dos planos de saúde.

A decisão reconhece como inconstitucional a incidência retroativa sobre contratos celebrados antes do início da vigência desta lei, que havia determinado obrigações não pactuadas para os contratos antigos, impondo às operadoras custos não previstos, capazes de provocar o seu desequilíbrio orçamentário.²¹

A Lei dos Planos de Saúde veio, em muitos pontos, reafirmar de forma específica o que já era direito dos consumidores, desde a vigência do Código de Defesa do Consumidor. Como assevera Ivan Pinto da Rocha, significa dizer que o fato de o Supremo Tribunal Federal ter entendido inconstitucionais dispositivos da Lei nº 9.656/98 não exclui, absolutamente, o direito dos consumidores, uma vez que este já era albergado pelo Código de Defesa do Consumidor.²²

¹⁹ BRASIL. Medida Provisória nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001. Altera a Lei no 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 Ago. 2001, p. 38. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2177-44.htm#:~:text=2177%2D44&text=MEDIDA%20PROVIS%C3%93RIA%20No%202.177,24%20DE%20AGOSTO%20DE%202001.&text=Altera%20a%20Lei%20no,que%20lhe%20confere%20o%20art>. Acesso em 01 Jul. 2019.

²⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI nº 1931/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. DJe 02 de Ago. 2018. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314542313&ext=.pdf>>. Acesso em 01/07/2019.

²¹ SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes. Op. cit., p. 79.

²² ROCHA, Ivan Pinto. Os efeitos da decisão liminar do STF (Adin 1931) sobre os planos de saúde. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 7, n. 113, 25 Out. 2003. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/4429/os-efeitos-da-decisao-liminar-do-stf-adin-1931-sobre-os-planos-de-saude>>. Acesso em 20 Abr. 2013.

Com efeito, não obstante o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, é inconteste que todos os planos de saúde, independentemente do ano, são regidos pelo Código de Defesa do Consumidor e, assim sendo, entende-se que o consumidor não ficou desprotegido, apesar deste julgado.²³

Importante consignar que, em que pese a decisão do Supremo Tribunal Federal, diversos julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo vêm entendendo pela aplicação da Lei nº 9.656/98 aos contratos celebrados antes da entrada em vigor da referida Lei. Neste sentido, se encontra esta decisão²⁴:

[...] O contrato entabulado pelas partes é de adesão. A apelada não participou de sua elaboração. Portanto, a sua interpretação deve ser mais favorável a ela, conforme os preceitos do Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, é a tendência amplamente dominante da jurisprudência desta Corte, conforme decisões, como, p.ex.: Apelação Cível nº 157.981.4/1-00, 4ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. ARMINDO FREIRE MÁRMORA, v.u., julg. 5/2/04; Apelação Cível nº 132.038.4/6-00, 8ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. JOAQUIM GARCIA, v.u., julg. 19/5/04; Apelação Cível nº 186.627.4/4-00, 7ª Câmara 'A' de Direito Privado, rel. Des. ELCIO TRUJILLO, v.u., julg. 28/6/06; Apelação Cível nº 410.349.4/1-00, 3ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. DONEGÁ MORANDINI, v.u., julg. 4/7/06. Além da análise pelo estatuto supra mencionado, o pacto também deve ser regido, além daquilo que nele está disposto, pela Lei 9.656/98. Entende-se perfeitamente possível a sua aplicação ao presente caso. **Trata-se de contrato de execução continuada, sendo que o ocorrido se deu após o início de vigência da referida lei, o que autoriza a sua imediata aplicação.** Como o contrato celebrado pelas partes se subsume às normas do Código de Defesa do Consumidor, a interpretação sistemática deste permite a aplicação imediata da Lei 9.656/98. Diante disso, a anulação da cláusula que exclui a cobertura para colocação de prótese é medida de rigor. Deve ficar ressaltado, ainda, que não houve ofensa a qualquer princípio constitucional. Ainda que se admitisse um possível conflito, no caso entre o princípio da segurança jurídica e o da dignidade humana, prevaleceria o segundo, posto que este rege a nossa Carta Constitucional. Portanto, perfeitamente possível aqui a mitigação do pacta sunt servanda. [...].²⁵

²³ SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes. *Doença Preexistente nos planos de saúde*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 79.

²⁴ TJSP - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Apelação cível nº 569.780.4/3-00*. Rel. Des. Percival Nogueira. DJe 18 Fev. 08. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3414073&cdForo=0>>. Acesso em 10 Jul. 2019. Grifo nosso.

²⁵ Na mesma linha de consideração, cf.: TJSP. *Apelação nº 0121241-20.2009.8.26.0100*; Rel. Des. Adilson de Andrade, Comarca São Paulo, 3ª Câmara de Direito Privado; DJ 22 Fev. 2011. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4962130&cdForo=0>>. Acesso em 10 Jul. 2019; TJSP. *Apelação nº 9159119-29.2009.8.26.0000*; Rel. Des. Elcio Trujillo; Comarca Mogi-Guaçu; 7ª Câmara de Direito Privado; DJ 22 Fev. 2010). Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4882843&cdForo=0>>. Acesso em 10 Jul. 2019;

Conclui-se, portanto, que parte da doutrina e jurisprudência já se posicionaram no sentido de que as definições de abuso de direito e todos os conceitos protetivos do consumidor, positivados na nova lei, devem ser utilizados para a interpretação dos contratos antigos.

Nessa linha de consideração, é a Súmula 100, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²⁶, de seguinte teor: “O contrato de plano/seguro saúde submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e da Lei n. 9.656/98 ainda que a avença tenha sido celebrada antes da vigência desses diplomas legais”.

O regime regulatório também impôs limitação à autonomia privada e à liberdade de contratar das operadoras, trazendo regras que impedem a discriminação entre beneficiários, a exclusão ou rescisão unilateral e imotivada dos contratos, além de estabelecer um rol mínimo de procedimentos médico-hospitalares de cobertura obrigatória²⁷.

Em junho de 2020 a Lei nº 9.656/98 completou 22 anos e, de acordo com o entendimento da ANS, pode-se concluir que a sua promulgação permitiu avanços expressivos na organização do setor, na ampliação da qualidade dos serviços prestados pelas operadoras e no estabelecimento de garantias aos beneficiários, possibilitando mudanças estruturais que refletiram diretamente na ampliação da assistência à saúde dos brasileiros²⁸.

1.2.2 Agência reguladora

Como mencionado alhures o marco regulatório do setor atualmente é a Lei nº 9.656/98 modificada pela Medida Provisória 2.177-44 de 24/08/2001 e pela Lei nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000 que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar. Ambas

TJSP. *Apelação nº 9125411-56.2007.8.26.0000*; Rel. Des. Alvaro Passos; Comarca Itu; 7ª Câmara de Direito Privado; DJ 23 Fev. 2011. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4969897&cdForo=0>>. Acesso em 10 Jul. 2019.

²⁶ _____, Diretoria de Gestão do Conhecimento Judiciário. *Súmulas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. São Paulo, [20...]. Disponível em <<https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Biblioteca/Biblioteca/Legislacao/SumulasTJSP.pdf>>. Acesso em 10 Jul. 2019. Cf. Anexo B.

²⁷ MARTINEZ, Lilia Estay. Do Impacto Regulatório da Judicialização na Saúde Suplementar. In: ANS - AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Conhecimento Científico e Regulação – Contribuições para a Saúde Suplementar*. Rio de Janeiro, 2019, p. 115-130. Disponível em <http://www.ans.gov.br/images/LIVRO_de_MONOGRAFIAS_PREMIADAS.pdf>. Acesso em 10 Jun. 2020, p. 118.

²⁸Cf. LEI dos planos de saúde completa 22 anos. *Sobre a ANS*. Rio de Janeiro, 03 Jun. 2020. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/sobre-a-ans/5567-lei-dos-planos-de-saude-completa-22-anos>>. Acesso em 14 Jul. 2020.

regulamentam o funcionamento do setor, definem o plano de referência e delimitam as garantias do beneficiário²⁹.

A lei define a ANS como sendo órgão de regulação, controle e fiscalização das atividades que garantem a assistência suplementar à saúde, com finalidade institucional de promover a defesa do interesse público nesse setor, regulando as operadoras, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, e contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no país.

Portanto, pode-se dizer que a regulação da saúde suplementar no Brasil se desenvolveu a partir da criação da Lei nº 9.656/98 e amadureceu com a criação da Agência Reguladora – ANS.

A criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS representou um avanço para o setor tanto do ponto de vista de regulamentação clara e bem definida para os agentes do mercado, bem como para a construção de uma matriz de informações, base para o processo regulatório, com o objetivo de minimizar as falhas deste mercado por meio da intervenção mais intensa do Estado.

A ANS impõe regras para a entrada, permanência e saída das empresas, bem como zela pela performance econômico-financeira das operadoras, tornando esse mercado mais sólido e, conseqüentemente, mais seguro para os consumidores. Produziu, desenvolveu e aperfeiçoou sistemas de informação para saúde suplementar, possibilitando aos usuários de planos de saúde, operadoras e prestadores de serviço maior compreensão e apropriação do setor, tornando-os, dessa forma, menos assimétricos³⁰.

A ANS também age a conciliar interesses e dirimir conflitos, sobretudo nas demandas que envolvem operadoras e beneficiários, avaliar e mediar casos de descumprimento das normas de regulação e obrigações previstas em contrato, além de aplicar penalidades com base nas normas e nos preceitos que guiam a regulação do setor³¹.

As normas infralegais que regulamentam o setor foram inicialmente editadas pelo CONSU (Conselho Nacional de Saúde Suplementar), formado por ministros, e

²⁹ ANS. *Quem somos: Missão*. Rio de Janeiro. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/>>. Acesso em 05 Ago. 2020.

³⁰ MEDEIROS, Marcio Lima. *As falhas de mercado e os mecanismos de regulação da saúde suplementar no Brasil com uma abordagem das novas responsabilidades para os agentes desse mercado*. 2010. 95 f., il. Dissertação (Mestrado em Economia do Setor Público) - Universidade de Brasília, Brasília, 2010, p.07.

³¹ MARTINEZ, Lilia Estay. Do Impacto Regulatório da Judicialização na Saúde Suplementar. In: ANS - AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Conhecimento Científico e Regulação – Contribuições para a Saúde Suplementar*. Rio de Janeiro, 2019, p. 115-130. Disponível em <http://www.ans.gov.br/images/LIVRO_de_MONOGRAFIAS_PREMIADAS.pdf>. Acesso em 10 Jun. 2020, p. 118.

posteriormente pela ANS. Foram 32 resoluções do CONSU e trinta portarias da Secretaria de Assistência à Saúde do Ministério da Saúde, no período pré-Agência. Com a criação da ANS, foram editadas cerca de 95 Resoluções da Diretoria Colegiada (RDC), 150 Resoluções Normativas (RN), dez Súmulas Normativas (expressam o entendimento da Direção Colegiada da ANS sobre aspectos controversos ou vagos da legislação), 454 Resoluções Operacionais (RO), além de 54 Instruções Normativas e 21 Resoluções de Diretoria (RE) das várias diretorias que compõem o organograma da ANS³².

Dentre elas, as RDC's e as RN's são as resoluções de maior impacto sobre o mercado, trazendo maior detalhamento e imprimindo a política institucional. As demais cumprem o papel mais voltado à regulamentação interna da ANS, com função operacional.

Torna-se importante ressaltar que apesar de a criação da ANS ser vista por grande parte da doutrina como um avanço para o setor, duras críticas são feitas à agência reguladora em razão de diversos motivos. Em determinados casos, é acimada de ser excessivamente pró-consumerista e desprezar a lógica econômico-financeira do setor, enquanto, em outros, de defender os interesses das operadoras e ser omissa na defesa do consumidor³³.

As principais críticas dirigidas à ANS são: incapacidade de solucionar o problema dos contratos antigos; pouca intervenção sobre os contratos coletivos; inexistência de mecanismos de maior participação da sociedade; não solução dos problemas dos cidadãos vítimas de abusos das operadoras; e aplicação de poucas punições, recolhendo apenas 1% das multas aplicadas³⁴.

³² SANTOS, Fausto Pereira. *A regulação Pública da Saúde no Brasil: o caso da Saúde Suplementar*. Campinas. 2006. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva) - Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2006.

³³ GUAZZELLI, Amanda Salis. *A busca da justiça distributiva no Judiciário por meio das relações contratuais: Uma análise a partir dos planos de saúde*. 2013. Dissertação (Mestre em Direito) - Universidade de São Paulo, 2013, p. 53.

³⁴ SCHEFFER, Mário. *Os planos de saúde nos Tribunais: Uma análise das ações judiciais movidas por clientes de plano de saúde, relacionadas a negativas de coberturas assistenciais no Estado de São Paulo*. 2006. Dissertação (Mestre em Ciências) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 44/45.

1.3 SISTEMA DE REGULAÇÃO

Para Marcio Lima Medeiros³⁵ no campo econômico, a regulação é a intervenção governamental que busca mudar os resultados de um mercado. A intervenção pode afetar o mercado de modo direto através dos preços, quantidades, variedade de produtos, pelo número de serviços oferecidos ou pelo número de ofertantes. Quando o regulador é incapaz de monitorar todas as atividades relevantes diretamente, o regulador é forçado a prover incentivos indiretos para a firma agir de modo diferente. Os incentivos indiretos são criados baseando-se na compensação da firma em medidas de desempenho observáveis que estão correlacionadas com o comportamento não observado da firma regulada.

A utilização do poder coercitivo governamental por meio da regulamentação é justificada pela existência de falhas de mercado, visando minimizar as distorções e incertezas do ambiente onde são realizadas as transações. Observa-se que nenhuma das condições de perfeita competição está presente no mercado de saúde, e neste caso, justifica-se uma ação mais intensa do Estado.

Importante consignar que, quando existentes falhas no mercado, este não fornece sinais suficientes para garantir as escolhas adequadas ao equilíbrio competitivo, havendo um desequilíbrio entre oferta e demanda, eis que a maioria dos usuários está disposta a contratar um plano de saúde a um preço inferior ao preço médio do mercado. Por outro lado, a precificação dos planos de saúde deve abarcar o risco inerente do negócio, bem como assegurar a solidez das empresas pertencentes ao mercado de saúde.

Portanto, pode-se dizer que a importância da regulação é propiciar a eficiência econômica do mercado, incentivando os investimentos, o desenvolvimento econômico e promovendo o bem-estar dos consumidores.

Assim, deve-se buscar condições de competição, de forma que os preços do mercado se mantenham similares ao nível de preço caso houvesse um ambiente competitivo.

Os problemas observados na regulação do mercado são diversos, entre eles podemos citar: falhas na cobertura e exclusão de procedimentos, prazos de carência irregulares, descumprimento de normas de atendimentos de emergência, falta de

³⁵ MEDEIROS, Marcio Lima. *As falhas de mercado e os mecanismos de regulação da saúde suplementar no Brasil com uma abordagem das novas responsabilidades para os agentes desse mercado*. 2010. 95 f., il. Dissertação (Mestrado em Economia do Setor Público) - Universidade de Brasília, Brasília, 2010, p.31.

cobertura para patologias diversas, rescisão irregular de contrato, dentre outros. A regulação do sistema destina-se, portanto, a corrigir as falhas desse mercado e as condições contratuais que afetam consumidores e empresas.

Na maioria das vezes, as seguradoras calculam os prêmios de acordo com os gastos esperados para cada beneficiário. Esse sistema de tarifação denominado *experience rating* tem como consequência que indivíduos de maior grau de risco paguem prêmios de risco mais elevados, gerando, portanto, efeitos perversos sobre a distribuição de renda no país e, em alguns casos, determinando a exclusão de alguns grupos sociais do mercado de serviços de saúde. Essas estratégias nas quais a operadora exclui segmentos de mais alto risco por meio de sobretaxação são chamadas de *risk avoidance* ou *cream skimming*³⁶.

Na tentativa de proteger os grupos sociais excluídos da assistência privada o governo impõe a impossibilidade de discriminação entre os indivíduos. Nestes casos, ocorre uma precificação mais elevada para indivíduos de mais baixo risco, em alguns casos, maior do que estariam dispostos a pagar, e reduz a precificação para os indivíduos de mais alto risco.

Entretanto, como já explicitado, liberar a discriminação implicaria em excluir uma parcela considerável de pessoas de alto risco, como idosos e mulheres em idade fértil.

O Brasil adota um sistema que não permite a discriminação de usuários por risco, todavia, autoriza a criação de dez faixas etárias com prêmios diferentes, sendo que o valor fixado para a última faixa etária não poderá ser superior a seis vezes o valor da primeira. Além disso, a legislação brasileira obriga que haja equidade na oferta entre os contratos de todas as operadoras com cobertura assistencial completa (é o chamado Plano-Referência³⁷), porém permite que se façam planos de adesão em segmentos como o ambulatorial e o hospitalar, permitindo ao usuário selecionar o grau de cobertura que ele deseja.

Outros dois mecanismos utilizados para atenuar a seleção adversa são as cláusulas sobre doenças preexistentes e prazos de carência para cobertura de tratamentos específicos.

³⁶ CORRÊA, G. - A Necessidade da Regulação do Setor Privado de Saúde no Brasil – Razões e Perspectivas. 1º Prêmio Nacional – 2004: coletânea premiada / Sérgio Francisco Piola, Elias Antonio Jorge, organizadores. – Brasília: Ipea : DFID, 2005.

³⁷ A Resolução Normativa (ANS) RN nº167 trata do rol de procedimentos e eventos em saúde, que constitui a referência básica de cobertura assistencial.

Objetivando disciplinar as ações dos usuários dos serviços as operadoras de saúde utilizam estratégias tais como: I) O direcionamento da clientela para prestadores específicos, II) Disciplinamento e controle da prática dos médicos em seus consultórios, III) Controle e disciplinamento das práticas da rede hospitalar contratada e o IV) Controle/Disciplinamento da utilização do sistema por parte do usuário³⁸.

A ANS³⁹ no seu estudo sobre Microrregulação e modelos assistenciais na saúde suplementar aponta que o Disciplinamento e controle da prática clínica são vitais no processo de racionalização, buscando minimizar a sobreutilização dos serviços induzidos pelos profissionais de saúde.

De acordo com o mesmo estudo a ANS aponta como forma de controle e disciplinamento da utilização por parte dos usuários a utilização de fatores moderadores do consumo, especialmente, a co-participação do beneficiário no custeio de suas despesas e, em situações mais raras, o pagamento de alguma franquia.

Outra forma de controle apontada no estudo feito pela ANS é a elaboração de relatórios de acompanhamento da utilização de serviços pelos beneficiários dos planos. Esse tipo de monitoramento do uso dos serviços pelos clientes é utilizado para eleger os que integrarão os programas de gerenciamento de caso, que consiste na definição de uma equipe de saúde que se responsabiliza pela atenção ao doente durante todo o processo de tratamento e faz julgamentos sobre as necessidades e a propriedade dos serviços prescritos e recebidos.

Por fim, ressalta-se que é necessário o constante aprendizado e capacitação dos técnicos da agência reguladora, diante da dinamicidade e complexidade de regulação do mercado de saúde.

1.4 EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO

A rigidez financeira das operadoras de plano de saúde se mostra fundamental. O motivo é obvio: como os contratos de plano de saúde envolvem situações em que o indivíduo se encontra fragilizado, devido à saúde debilitada, seria grave o fato de não

³⁸ ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar. Duas faces da mesma moeda. Microrregulação e modelos assistenciais na saúde suplementar. Rio de Janeiro: 2005,p.30.

³⁹ Ibid.

conseguir a cobertura contratual requerida em razão de ausência de recursos financeiros da operadora.

Com efeito, de acordo com o previsto no artigo 8º, inciso VI, da Lei nº 9.656/98⁴⁰, um dos requisitos para autorizar as operadoras de plano de saúde a funcionar é a sua viabilidade econômico-financeira. A norma visa resguardar a coletividade e, além disso, o §4º do artigo 9º da Lei⁴¹ autoriza o órgão regulador, a ANS - cuja importância ainda será abordada - a promover a suspensão de planos ou produtos, caso se observe o desequilíbrio econômico-financeiro.

Sem dúvidas, a possibilidade de suspensão das atividades dos planos de saúde demonstra a importância do equilíbrio econômico do contrato. Ademais, o artigo 22 do mesmo diploma legal prevê a realização de auditorias independentes sobre as contas das operadoras de plano de saúde⁴²

O resultado dessas análises é objeto de publicação, nos mesmos moldes a que estão submetidas as companhias de capital aberto. Em hipótese mais graves existe a possibilidade até mesmo de intervenção nas empresas, com o objetivo de contornar a má gestão⁴³.

Observa-se, portanto, que a rigidez financeira dessas empresas está diretamente ligada ao conceito de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de seguro-saúde, sendo requisito para que seu funcionamento seja autorizado.

⁴⁰ Art. 8º, Lei nº 9.656/98. Para obter a autorização de funcionamento, as operadoras de planos privados de assistência à saúde devem satisfazer os seguintes requisitos, independentemente de outros que venham a ser determinados pela ANS: [...] VI - demonstração da viabilidade econômico-financeira dos planos privados de assistência à saúde oferecidos, respeitadas as peculiaridades operacionais de cada uma das respectivas operadoras. (BRASIL. Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. *Diário Oficial da União*, Brasília, 04 Jun. 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm>. Acesso em 10 Jun. 2020).

⁴¹ Art. 9º, Lei nº 9.656/98. Após decorridos cento e vinte dias de vigência desta Lei, para as operadoras, e duzentos e quarenta dias, para as administradoras de planos de assistência à saúde, e até que sejam definidas pela ANS, as normas gerais de registro, as pessoas jurídicas que operam os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, e observado o que dispõe o art. 19, só poderão comercializar estes produtos se: [...] § 4º A ANS poderá determinar a suspensão temporária da comercialização de plano ou produto caso identifique qualquer irregularidade contratual, econômico-financeira ou assistencial. (Ibid.).

⁴² Art. 22, Lei nº 9.656/98. As operadoras de planos privados de assistência à saúde submeterão suas contas a auditores independentes, registrados no respectivo Conselho Regional de Contabilidade e na Comissão de Valores Mobiliários - CVM, publicando, anualmente, o parecer respectivo, juntamente com as demonstrações financeiras determinadas pela Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976. (Ibid.).

⁴³ CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira [et al.]. *Planos de saúde: Aspectos Jurídicos e Econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 12.

Tal afirmativa está inclusive de acordo com o Código de Defesa do Consumidor, o qual, no seu artigo 4º, inciso III⁴⁴, estabelece:

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: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

[...]

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

Por consequência, deve-se preservar o equilíbrio dos contratos que impõe as obrigações reservadas às partes. Isso inclui o respeito, tanto pelas operadoras, quanto pelos beneficiários, das cláusulas que dispõe sobre reajustes, revisões contratuais e limites de cobertura passíveis de negociação.

1.5 O LUCRO EMPRESARIAL

A atividade-meio das operadoras de plano de saúde, de acordo com o previsto no artigo 1º da Lei nº 9.656/98⁴⁵ é a exploração com lucro. Assim, pode-se afirmar ser uma atividade comercial, uma vez que se resume na aquisição prévia dos serviços médico-hospitalares, para revenda aos titulares dos planos privados de assistência à saúde, ou assunção do risco-saúde pela seguradora.

Apesar de este estudo estar focado na atividade empresarial das operadoras de plano de saúde com fins lucrativos, importante consignar que os planos privados de assistência à saúde também podem ser atividade de instituições sem fins lucrativos, como associações e grupos de autogestão, conceitos que ainda serão aprofundados neste estudo.

⁴⁴ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 12 Set. 1990, p. 01 (Suplemento). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em 10 Jun. 2020;

⁴⁵ Art. 1º, Lei nº 9.656. 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: [...]. (BRASIL. Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. *Diário Oficial da União*, Brasília, 04 Jun. 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm>. Acesso em 10 Jun. 2020).

1.6 NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE

Os contratos de plano de saúde possuem natureza econômica e securitária, envolvendo questões atuariais, de mutualidade, onerosidade, solidariedade e aleatoriedade, exigindo-se do julgador, não só a análise dos direitos do beneficiário à luz da Constituição Federal e do Código de Defesa dos Consumidores, mas também a aplicação dos princípios da ordem constitucional econômica e uma adequada análise econômica do direito⁴⁶.

Claudia Lima Marques classifica esses contratos como atípicos, mistos, emergentes da combinação do contrato de assistência médica, profissional, uma locação de serviços médicos e de internação hospitalar, com variedade de serviços médico-auxiliares, cirurgia, fornecimento de alimentos ao sócio ou beneficiário ou aos seus dependentes, pela sociedade contratada⁴⁷.

Portanto, esses contratos *sui generis* indubitavelmente têm como escopo assegurar o consumidor contra riscos relacionados com a saúde e a manutenção da vida.

Claudia Lima Marques⁴⁸ confirma:

A ideia dos seguros, e hoje dos planos de saúde, está intimamente ligada ao anseio humano de controle dos riscos e de socialização dos riscos e de socialização dos riscos atuais e futuros entre todos na sociedade. Se inicialmente os seguros, assim como ainda descritos em nosso Código Civil de 1916 (e também no CCB/02) envolviam apenas o “indenizar”, o “responder monetariamente”, é esta uma visão superada, pois os serviços de seguro evoluíram para incluir também a performance bond, isto é, o contrato de seguro envolvendo a “execução” de uma obrigação, um verdadeiro “prestar”, um fazer futuro muito mais complexo que a simples entrega de uma quantia monetária.

Os contratos de planos e seguros de saúde têm, para alguns doutrinadores, como características, a bilateralidade do contrato e a reciprocidade de obrigações. Muitos alegam simplesmente que a operadora deve cobrir os eventos contratados e o consumidor deve pagar em dia os prêmios ou as prestações acordadas. Todavia essas características

⁴⁶ MARTINEZ, Lilia Estay. Do Impacto Regulatório da Judicialização na Saúde Suplementar. In: ANS - AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Conhecimento Científico e Regulação – Contribuições para a Saúde Suplementar*. Rio de Janeiro, 2019, p. 115-130. Disponível em <http://www.ans.gov.br/images/LIVRO_de_MONOGRAFIAS_PREMIADAS.pdf>. Acesso em 10 Jun. 2020, p. 119.

⁴⁷ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 400.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 412.

são inerentes ao direito civil, pois não podemos deixar de consignar que esses contratos estão sob a égide do direito consumerista, já que são contratos de adesão.⁴⁹

Existe uma divisão na doutrina no que diz respeito à qualificação do contrato de seguro como comutativo ou aleatório.

Para Maria Helena Diniz, o contrato de assistência médica não é comutativo, quando as empresas tenham se obrigado a fazer algo equivalente à contraprestação do conveniado. É contrato aleatório, na realidade, em que a prestação das empresas depende de risco futuro e incerto, não podendo antecipar seu montante.⁵⁰

Os que defendem que o contrato de seguro é comutativo, partem da premissa de que o seu objeto é a garantia e que esta é entregue ao segurado desde o momento da conclusão do contrato. Como exemplo dos que defendem este entendimento podemos citar o acatado Professor Fabio Konder Comparato⁵¹.

Para ele existe equilíbrio entre as prestações das partes, não havendo a chance de ganho ou perda para nenhuma delas. Comparato ressalta que:

[...] a doutrina tradicional, que limita a prestação do segurador ao pagamento da indenização não explica de forma suficiente a ausência de prestação do segurador no caso de não verificação do sinistro, o que feriria o caráter bilateral do contrato. Mais ainda, a teoria tradicional não levaria em conta a própria intenção do segurado ao subscrever uma apólice de seguro, pois é certo que procura a “garantia de supressão do risco que pesa sobre si.”⁵²

Nessa corrente de interpretação encontram-se também Vera Helena de Melo Franco, Ernesto Tzirulnik, Néelson Borges, J.J. Calmon de Passos e Ovídio A. Baptista da Silva.

Para os que defendem que o contrato é aleatório, entendem que a garantia não é o objeto do contrato de seguro segundo dispõe o próprio Código Civil brasileiro em seu artigo 757, mas sim o interesse legítimo do segurado, sendo a garantia apenas a sensação de conforto propiciada ao segurado de que ele estará coberto contra os efeitos econômicos e adversos do risco, materializáveis em sinistro sob o comando da álea. Portanto, nada mais razoável, lógico e até intuitivo, o entendimento de que, sendo a prestação

⁴⁹ SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes. *Doença Preexistente nos planos de saúde*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 80.

⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil: Teoria Geral Das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*, 34ª ed., v. 3. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 75/77.

⁵¹ COMPARATO, Fábio Konder. *O seguro de crédito*. São Paulo: Editora RT, 1968, p. 136.

⁵² *Ibid.*, p. 137.

indenizatória ou de pagamento de um capital segurado pelo segurador dependente da álea, tratar-se de um contrato tipicamente aleatório⁵³.

Nesse mesmo sentido, o entendimento de Pontes de Miranda, Maria Helena Diniz, De Plácido e Silva, Serpa Lopes, Orlando Gomes, Silvio de Salvo Venosa, João Marcos Brito, J.J. Calmon de Passos, Washington de Barros Monteiro, Arnold Wald, Silvio Rodrigues, Carvalho Santos, Clovis Beviláqua, Pedro Alvim, Amilcar Santos, José Augusto Delgado e Candido Rangel Dinamarco⁵⁴.

Realmente, a garantia não se apresenta, diante do nosso Código Civil, como objeto do contrato de seguro. O seu objeto sempre foi o interesse legítimo do segurado, hoje entre nós como tal definido no citado artigo 757 do Código. Ou seja, o interesse legítimo do segurado em proteger um bem (bem aqui no seu sentido mais amplo), contra os efeitos econômicos de um sinistro. O que basta para fazer do seguro um contrato genuinamente aleatório, justo porque a álea é de consequência prospectiva e incerta, sabido que de regra o seguro não cobre riscos pretéritos.

Álea no dicionário jurídico significa a possibilidade de prejuízo simultaneamente a de lucro, ou, em outra palavra, risco. E seguro, sabemos todos, é contrato de risco. E se a álea é elemento presente indelevelmente no contrato de seguro, nada mais pertinente do que dizer que é aleatório por natureza.

O seguro é uma técnica de lidarmos com as incertezas. As perdas são divididas de forma equitativa no grupo.

Importante consignar ainda, que os valores constitutivos do contrato de seguro-saúde estão ligados aos princípios constitucionais da proteção à vida (em sentido lato), à saúde e ao dever do Estado de colocar a dignidade da pessoa humana acima dos interesses monetários dos empresários do setor.

Além disso, como já mencionado, o contrato de plano de saúde é um contrato de adesão. Para Claudia Lima Marques⁵⁵, o contrato de adesão:

⁵³ SANTOS, Ricardo Bechara. Natureza aleatória do contrato de seguro: A comutatividade não é de sua índole, em que pese respeitáveis opiniões em contrário. *Informações - Sindicato das Seguradoras*, [S.l.], [20...]. Artigos de Direito do Seguro. Disponível em: <<https://sindicatodasseguradorasrj.org.br/artigo/natureza-aleatoria-do-contrato-de-seguro-a-comutatividade-nao-e-de-sua-indole-em-que-pese-respeitaveis-opinioes-em-contrario/>>. Acesso em 10 Jan. 2021.

⁵⁴ AZEVEDO, Luis Augusto Roux. *A comutatividade do contrato de seguro*. 2010, 128f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010, p.31.

⁵⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 76.

[...] é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), *ne varietut*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito.

Nos contratos de adesão o consumidor aceita, muitas vezes sem ler completamente, as cláusulas que foram unilateralmente pré-elaboradas pela empresa, assumindo, assim, o papel de simples aderente à vontade manifestada pela empresa no instrumento contratual massificado.⁵⁶

Nelson Nery Júnior⁵⁷ explica que o contrato de adesão não é um novo tipo contratual, mas apenas uma técnica de formação do contrato.

Portanto, pode-se destacar como características do contrato de adesão: a) a sua pré-elaboração unilateral; b) a sua oferta uniforme e de caráter geral, para um número ainda indeterminado de futuras relações contratuais; c) seu modo de aceitação, pelo qual o consentimento se dá por simples adesão à vontade manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais forte.

Além disso, alguns autores fazem distinção entre contrato de adesão e contrato por adesão. Sobre a questão Nilza Rodrigues de Almeida⁵⁸ manifestou-se em seu trabalho acadêmico:

Maria Helena Diniz chama de contrato por adesão, já Orlando Gomes prefere a expressão contrato de adesão.

Roberto Senise Lisboa explica que a distinção não apresenta repercussão prática, todavia, salienta que, no contrato por adesão, as cláusulas não foram discutidas pelas partes, uma das partes aceitou os termos fixados pela outra. Esclarece Senise que, no contrato de adesão, resta a alternativa de contratar ou não contratar, podendo a parte escolher ainda com quem contratar se não for o caso de monopólio.

Depreende-se, portanto, que não há na prática diferença entre a denominação contrato de adesão e contrato por adesão.

⁵⁶ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra. Coimbra: Almedina, 1998, p. 311/312.

⁵⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 3, p. 44-47, Jun. 1992, p. 44.

⁵⁸ ALMEIDA, Nilza Rodrigues de. *Contratos de Plano de Saúde*. São Paulo: Edições Inteligentes, 2007, p. 69/70.

1.7 MODALIDADES DE OPERAÇÃO NA SAÚDE SUPLEMENTAR

A Lei dos Planos de Saúde dá o mesmo tratamento às diferentes formas contratuais e societárias de alocação de riscos e custos em saúde, sob a designação de operadoras de plano de saúde.

Assim, a pessoa jurídica que fornece, de forma continuada, serviços ou cobertura de custas, com o objetivo de garantir assistência à saúde é submetida à regulamentação da ANS e da Lei nº 9.656/98.

As operadoras de plano de saúde são classificadas pela ANS de acordo com o seguimento em que atuam e a sua modalidade, sendo que esta classificação foi estabelecida pela Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 39, de 27 de outubro de 2000, da ANS.

Segundo a RDC mencionada alhures definem-se como Operadoras de Planos de Assistência à Saúde as empresas e as entidades que operam, no mercado de saúde suplementar, planos de assistência à saúde, conforme disposto na Lei nº 9.656/98.

De acordo com a modalidade, o artigo 10 da RDC da ANS⁵⁹ dispõe que as operadoras de plano de saúde são classificadas de acordo com a forma jurídico-institucional pela qual são constituídas, da seguinte maneira⁶⁰:

I) Administradora: são empresas que administram planos de assistência à saúde financiados por outra operadora, sem rede própria credenciada ou referenciada se serviços médico-hospitalares;

II) Cooperativa Médica: sociedades formadas por médicos que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício da atividade econômica, de proveito comum, sem fins lucrativos. As operadoras médicas devem ser constituídas nos termos da Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971.

III) Autogestão: entidades que operam serviços de assistência à saúde que se destinam a empregados ativos, aposentados, ex-empregados, pensionistas ou associados e seus dependentes, integrantes de uma empresa, associação, sindicato, fundação, caixa de assistência ou entidade de classe profissional. O plano de autogestão pode ser administrado pela própria pessoa jurídica da qual fazem parte os beneficiários ou por uma terceira empresa contratada para isso. Pode,

⁵⁹ ANS. Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 39, de 27 de outubro de 2000. Dispõe sobre a definição, a segmentação e a classificação das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde. *Diário Oficial da União*, 27 Out. 2000. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=Mzg>>. Acesso em 20 Jun. 2020.

⁶⁰ GUAZZELLI, Amanda Salis. *A busca da justiça distributiva no Judiciário por meio das relações contratuais: Uma análise a partir dos planos de saúde*. 2013. Dissertação (Mestre em Direito) - Universidade de São Paulo, 2013, p. 30.

además, ser patrocinado ou não-patrocinado pelo empregador. Na maioria dos casos, parte do valor do plano é arcado pelo beneficiário. Trata-se, portanto, de um sistema fechado voltado a um público específico. A autogestão é a modalidade predominante nas empresas estatais e órgãos da administração pública.

IV) Seguradoras especializadas em saúde: as seguradoras que operam planos de saúde afastam-se do modelo tradicional de empresas seguradoras na medida em que elas não apenas cobrem ou reembolsam gastos com assistência médica ao prestador do serviço ou segurado, como também prestam elas próprias serviços médicos por meio de uma rede credenciada de hospitais e profissionais.

V) Filantropia: entidades sem fins lucrativos que operam planos privados de assistência à saúde e que tenham, cumulativamente, obtido certificado de entidade filantrópica junto ao Ministério da Saúde e declaração de utilidade pública federal junto ao Ministério da Justiça ou declaração de utilidade pública estadual ou municipal junto aos órgãos dos governos estaduais e municipais.

VI) Medicinas de grupo: empresas que administram planos de saúde para empresas, famílias e indivíduos, geralmente, mediante o sistema pré-pagamento. Exceção das empresas ou entidades classificadas nas modalidades de Administradora, Cooperativa Médica, Autogestão ou Instituição Filantrópica, de acordo com o artigo 15º da Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 39, de 27 de outubro de 2000.

Depreende-se, portanto, que independentemente da natureza jurídica da operadora de plano de saúde, todas as empresas devem obedecer ao quanto disposto na Lei Nº 9656/98, bem como às normas da ANS. A seguir, o presente estudo irá abordar os princípios que regem esta atividade empresarial.

1.8 PRINCÍPIOS QUE REGEM O SISTEMA CONTRATUAL

1.8.1 Princípio da boa-fé

O princípio da boa-fé impõe às partes o dever de agir de acordo com determinados padrões de correção e lealdade, previstos nas legislações.⁶¹

O Código de Defesa do Consumidor⁶² estabelece, como um dos seus princípios, a boa-fé objetiva que deve permear as relações consumeristas:

⁶¹ SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes. *Doença Preexistente nos planos de saúde*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 31.

⁶² BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 12 Set. 1990, p. 01 (Suplemento). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em 10 Jun. 2020.

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

[...]

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

Além disso, no artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, há a previsão de nulidade de cláusulas que não estiverem de acordo com a boa-fé ou a equidade.

Ademais, no Código Civil⁶³, também há referência expressa ao princípio da boa-fé contratual, *in verbis*:

Art. 113, CC. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

[...]

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

[...]

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

São três as funções desempenhadas pelo princípio da boa-fé: de interpretação, de integração e de controle. Especificamente, em relação à primeira, esta é conceituada como o comando segundo o qual as partes devem proceder de acordo com a boa-fé, quando se trata de determinar o sentido das estipulações contidas no contrato, dando lugar ao princípio da confiança que se desdobra em: a) dar ao contrato o significado que as partes lhe atribuíram; b) interpretar o contrato quando este contiver cláusulas ambíguas, como o estabelecimento de regras próprias para a interpretação destas.⁶⁴

Ainda, Judith Martins Costa⁶⁵ explica a diferença entre boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva, sendo que esta indica maneira de proceder, “estado de consciência” de acordo

⁶³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 Jan. 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em 10 Jul. 2019.

⁶⁴ MANDELBAUM, Renata. *Contratos de adesão e contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 104.

⁶⁵ COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado*, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 411/412.

com o direito. É considerada subjetiva porque leva em consideração a intenção do sujeito. Já, a boa-fé objetiva, significa modelo de conduta de pessoa correta, honesta e leal, que respeita o equilíbrio nas relações contratuais.

No que tange ao princípio da boa-fé nos contratos de plano de saúde, embora a Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, não prever expressamente a aplicação do princípio da boa-fé contratual, esta se impõe em decorrência da aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 35-G, *in verbis*⁶⁶: “Art. 35-G: Aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei as disposições da Lei nº 8.078, de 1990”⁶⁷.

Neste ponto, ressalta-se que, apesar desta disposição legal, antigamente havia um dissenso jurisprudencial e doutrinário acerca da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de plano de saúde, porém, resolvendo a questão, foram editadas a Súmula nº 100, do Tribunal de Justiça de São Paulo⁶⁸, que prevê a aplicação da legislação consumerista para os contratos de plano de saúde, de forma geral, e a Súmula nº 608, do Superior Tribunal de Justiça⁶⁹, no mesmo sentido, apenas afastando a incidência, todavia, no caso de planos de saúde administrados por entidades de autogestão.

Cabe destacar que esta última representa uma mudança de entendimento daquela Corte Superior, haja vista que, com a inclusão desta exceção, restringiu a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos em questão, aplicação esta que era ampla, nos termos da cancelada Súmula nº 469⁷⁰.

No mais, a aplicação do princípio da boa-fé nos contratos de plano de saúde tem anulado diversas cláusulas contratuais como, por exemplo, aquelas cláusulas que preveem

⁶⁶ SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes. *Doença Preexistente nos planos de saúde*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 33.

⁶⁷ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 12 Set. 1990, p. 01 (Suplemento). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em 10 Jun. 2020.

⁶⁸ As Súmulas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo se encontram no Anexo A deste trabalho.

⁶⁹ Súmula 608, STJ. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Súmula 608*, Segunda Seção, DJ 11 Abr. 2018, Dje 17 Abr. 2018. Disponível em <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acesso em 17 Jul. 2019).

⁷⁰ Súmula 469, STJ. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde. (Id. *Súmula 469*, Segunda Seção, DJ. 24 Nov. 2010, DJe 06 Dez. 2010. Disponível em <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acesso em 17 Jul. 2019).

a ausência de cobertura de exames, medicamentos, próteses, procedimentos, dentre outras.

E, ainda, neste sentido, o dano moral vem sendo aplicado em alguns casos, nos contratos de plano de saúde em face de manobra protelatória, má-fé ou exercício abusivo do direito, quando comprovado que resultou sofrimento, angústia ou aflição para o consumidor.⁷¹

Dito isto, certo é que o fornecedor, no caso, as operadoras de planos de saúde, não pode, em detrimento da boa-fé, alegando um critério econômico e sem embasamento jurídico, excluir da cobertura determinadas moléstias, medicamentos, exames ou procedimentos, pois, assim o fazendo, estará agindo de má-fé e indo contra a finalidade do contrato.

Ao adentrar na questão nodal do presente trabalho, qual seja, a judicialização como falha regulatória da atividade empresarial, será demonstrado que o Código de Defesa do Consumidor não agasalha as referidas exclusões.

1.8.2 Princípio da autonomia da vontade

Segundo Álvaro Villaça de Azevedo⁷², a autonomia da vontade se patenteia a cada instante no ambiente dos contratos que nascem sob sua influência direta. É a vontade, que, ao se manifestar, retrata o interesse da pessoa física ou jurídica no meio social. A vontade, assim, é autônoma ao se exteriorizar, reafirmando a liberdade do homem na programação de seus interesses.

A liberdade de contratar é o primeiro princípio informativo dos contratos. No entanto, a plenitude da liberdade dos contratantes vem sendo restringida cada vez mais pela edição de normas de ordem pública.

Claudio Luiz Bueno de Godoy⁷³ entende que o clássico princípio da autonomia da vontade, de fato, tenha dado lugar, hoje, ao que se considera ser mesmo um novo princípio do direito contratual, qual seja, o da assim chamada autonomia privada.

Com efeito, a liberdade de contratar, esteio da autonomia da vontade, classicamente concebida, cedeu a novas formas de contratação. Por exemplo, nos casos

⁷¹ ALMEIDA, Nilza Rodrigues de. *Contratos de Plano de Saúde*. São Paulo: Edições Inteligentes, 2007, p. 224

⁷² AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 23.

⁷³ GODOY, Claudio Luiz Bueno. *Função Social do Contrato*, 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 15/30.

dos contratos de plano de saúde, que, como já mencionado, são contratos de adesão, já que não há discussão pelo consumidor sobre as cláusulas antes da contratação.

1.8.3 Princípio da função social do contrato

O Código Civil ao consagrar a boa-fé objetiva como cláusula geral, trouxe implícito o princípio da função social do contrato, com a possibilidade de diminuir a validade das palavras constantes do instrumento contratual, em benefício da verdadeira intenção dos contratantes – sucumbindo, portanto, o *pacta sunt servanda*. É a vitória da norma social em detrimento do tecnicismo exacerbado.⁷⁴

A função social do contrato vem revelar que o objetivo dos contratos não é o de exclusivamente atender aos interesses das partes contratantes, mas sim o de não se transformar em instrumento para atividades abusivas, causando danos à parte contrária ou a terceiros. Combate-se, assim, os excessos do individualismo, limitando a liberdade contratual pela intervenção do Estado, perante a função econômico-social do ato negocial.

O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 421⁷⁵, estabeleceu que a liberdade de contratar encontra limites na função social do contrato, ou seja, o individualismo, outrora prevalente nas relações contratuais, doravante, deve ser interpretado com fraternidade e solidariedade. Ou seja, o interesse público deve predominar sobre o interesse privado.⁷⁶

Ademais, a função social do contrato tem seu fundamento na Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso IV⁷⁷, ao estabelecer o princípio da iniciativa privada, bem como, no *caput* do artigo 170⁷⁸, que prevê a livre iniciativa. O objetivo da função social do contrato é possibilitar uma ordem social mais justa.

⁷⁴ SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes. *Doença Preexistente nos planos de saúde*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 32.

⁷⁵ Art. 421, *caput*, CC. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 Jan. 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em 10 Ago. 2019).

⁷⁶ ALMEIDA, Nilza Rodrigues de. *Contratos de Plano de Saúde*. São Paulo: Edições Inteligentes, 2007, p. 77.

⁷⁷ Art. 1º, CF/88 A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 02 Mar.2020).

⁷⁸ Art. 170, CF/88. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]. (Ibid.).

Sobre a aplicação do princípio da função social do contrato especificamente nos contratos de plano de saúde, vem se posicionando a jurisprudência no seguinte sentido:

Plano de saúde. Ação de repetição de indébito c.c. dano moral. Sentença de improcedência. Prestação de serviço integral em clínica especializada, nos termos prescritos pelo médico que assiste ao autor. Paciente que sofreu AVC e necessitou dar continuidade ao tratamento intensivo de forma ininterrupta. Internação em clínica especializada/hospital de retaguarda que, no caso, se equipara aos serviços de home care. Súmula 90, TJSP. Negativa de custeio que se mostra abusiva. Conduta que implica na concreta inutilidade do negócio protetivo. Prestadora que confunde boa-fé com interesse próprio e pretende interpretação que fere a boa-fé objetiva e contrapõe-se à função social do contrato (arts. 421 e 422 do CC). Direito subjetivo do consumidor que se conecta ao princípio fundamental da dignidade humana (Art. 1º, III, da CF). Lesão à equidade. Cobertura integral devida. Incidência dos Arts. 4º, caput, 7º, 46, 47 e 51, IV, do CDC. Dano moral evidenciado. Quantum que deve ser fixado com razoabilidade e proporcionalidade. Sentença reformada. Recurso provido.⁷⁹

Portanto, o contrato de plano de saúde, para atender a sua função social, deve atender aos anseios do consumidor no sentido de garantir a cobertura de procedimentos e exames que estejam associados à patologia coberta pelo contrato, garantindo, assim, o direito à vida assegurado pela Constituição Federal.

1.8.4 Princípio da obrigatoriedade das convenções

O contrato firmado pela livre vontade das partes passa a ter valor de lei e, portanto, deve ser cumprido, em observância ao princípio da obrigatoriedade das convenções ou, como também é conhecido, *pacta sunt servanda*. Caso um dos contratantes não realize a obrigação contratada, a outra parte poderá exigí-la judicialmente.⁸⁰

Assim, o contrato através deste princípio é imutável, só podendo ser desfeito se todos os envolvidos concordarem ou por motivos de caso fortuito ou força maior. É também intangível, não pode ser alterado unilateralmente.

⁷⁹ TJSP. *Apelação Cível 1097987-49.2019.8.26.0100*. Rel. Des. Coelho Mendes. 10ª Câmara de Direito Privado. DJ: 30 Jun. 2020. Disponível em

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13705224&cdForo=0>>. Acesso em 20 Jul. 2020.
⁸⁰ ALMEIDA, Nilza Rodrigues de. *Contratos de Plano de Saúde*. São Paulo: Edições Inteligentes, 2007, p. 61.

Segundo dispõe Silvio de Salvo Venosa⁸¹, a obrigatoriedade é o fundamento do direito contratual, sendo que a lei confere poderes ao Judiciário para fazer com que os contratos sejam cumpridos, pois o cumprimento dos contratos evita o caos social.

Todavia, como já mencionado, o Código de Defesa do Consumidor quando se refere aos contratos e a proteção exercida em relação ao consumidor. Neste sentido, a lei rompeu com a tradição do direito privado, cujas características e bases eram o liberalismo, que teve como raízes as codificações europeias do século XIX.

Isto porque, em seus dispositivos⁸², essa legislação consumerista altera o *pacta sunt servanda*, ao instituir a boa-fé como princípio de informação, ao impor ao fornecedor o dever de prestar declaração de vontade, ao estabelecer a execução da oferta como regra, subsidiando a resolução em perdas e danos da obrigação de fazer inadimplida, dentre outras previsões⁸³.

1.8.5 Princípio da relatividade dos efeitos do contrato

O contrato produz efeitos entre as partes contratantes, excluindo terceiros, exceto os herdeiros que, em alguns casos, ficam vinculados ao contrato, de acordo com os artigos 436 e 438 do Código Civil⁸⁴, sendo que o contrato de estipulação em favor de terceiros ali previstos é exceção.⁸⁵ Portanto, somente nos casos previstos em lei o contrato pode produzir efeitos que envolvam terceiros.

⁸¹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*, v. II, 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 376.

⁸² Cf. Artigo 4º, *caput* e inciso III; artigo 6º, inciso V. artigo 51, inciso IV, artigo 30, artigo 35, inciso III e artigo 84, parágrafo primeiro, todos do CDC. (BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 12 Set. 1990, p. 01 (Suplemento). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em 10 Jun. 2020).

⁸³ ALMEIDA, Odete Neubauer. *Abuso do poder no direito privado: Comentários à Lei 9.656/98 - Seguro Saúde*, segundo o Código de Defesa do Consumidor. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2002, p. 190.

⁸⁴ Art. 436, CC. O que estipula em favor de terceiro pode exigir o cumprimento da obrigação. Parágrafo único. Ao terceiro, em favor de quem se estipulou a obrigação, também é permitido exigi-la, ficando, todavia, sujeito às condições e normas do contrato, se a ele anuir, e o estipulante não o inovar nos termos do art. 438; Art. 438, CC. O estipulante pode reservar-se o direito de substituir o terceiro designado no contrato, independentemente da sua anuência e da do outro contratante. Parágrafo único. A substituição pode ser feita por ato entre vivos ou por disposição de última vontade. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 Jan. 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em 10 Jul. 2019).

⁸⁵ ALMEIDA, Nilza Rodrigues de. *Contratos de Plano de Saúde*. São Paulo: Edições Inteligentes, 2007, p. 61.

Por fim, Silvio de Salvo Venosa⁸⁶ explica que, na relação contratual, parte é aquele que participa do vínculo contratual e terceiro é pessoa estranha ao pacto, bem como aos efeitos do contrato.

1.8.6. Princípio da vulnerabilidade do Consumidor

O consumidor, é a parte mais fraca da relação contratual, se fazendo necessária a sua proteção para defesa de seus interesses. Segundo Cláudia Lima Marques⁸⁷:

O primeiro instrumento para assegurar a equidade, a justiça contratual, mesmo em face dos métodos unilaterais de contratação em massa, é a interpretação judicial do contrato em favor do consumidor. Inspirado no art. 1.370 do Código Civil Italiano de 1942, o CDC, em seu art. 47, instituiu como princípio geral a interpretação pró-consumidor das cláusulas contratuais. Relembre-se, porém, que o art. 47 é iluminado pelo princípio da boa-fé, positivado no art. 4º, III, do CDC, e a interpretação de todo o contrato de consumo deve (e será sempre) conforme às imposições da boa-fé objetiva e do mandamento constitucional de promoção dos interesses dos consumidores.

O artigo 47, do Código de Defesa do Consumidor⁸⁸ dispõe “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.

Assim, o referido artigo, bem como, a cláusula geral de boa-fé no controle das cláusulas abusivas, qual seja, o artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor⁸⁹, permitirão que o jurista brasileiro interprete as condições gerais do contrato de maneira a respeitar a confiança e os legítimos interesses dos consumidores que aceitaram estas cláusulas pré-redigidas.⁹⁰

Isso porque, o consumidor é a parte mais fraca da relação contratual. Considera-se, no caso específico dos planos de saúde, que, além de ser um contrato de adesão, é, ainda um contrato de longa duração.

A nova proteção contratual, que é assegurada através da norma de interpretação do artigo 47, do Código de Defesa do Consumidor, traz como grande contribuição o fato

⁸⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*, v. II, 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 377/378.

⁸⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 903.

⁸⁸ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 12 Set. 1990, p. 01 (Suplemento). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em 10 Jun. 2020.

⁸⁹ Art. 51, CDC. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; (Ibid.).

⁹⁰ MARQUES. op. cit., p. 93.

de não distinguir o contrato, como até então fazia a jurisprudência, entre cláusulas claras e cláusulas ambíguas. Nestes casos, a jurisprudência brasileira geralmente lança mão não só do recurso de interpretação mais favorável ao consumidor, com base no artigo 47, do Código de Defesa do Consumidor, mas também da ideia de interpretação do contato teoricamente, com cláusulas claras, conforme sua função econômica. Logo, as cláusulas claras serão interpretadas conforme as expectativas que aquele tipo contratual e aquele tipo de cláusula desperta nos consumidores, conforme as novas imposições da boa-fé⁹¹.

A vulnerabilidade não é apenas financeira, mas envolve fatores técnicos, de modo que deve ser analisada sob vários aspectos, levando-se em consideração que, efetivamente, no momento da doença, o consumidor fica mais vulnerável e, portanto, deve ser tratado com especial atenção⁹².

Claro está que a vulnerabilidade do consumidor do plano de saúde é especial, pois envolve os seguintes fatores: vulnerabilidade de consumidores doentes, idosos, crianças dependentes, trabalhadores demitidos e consumidores aposentados; vulnerabilidade criada pela condição do contrato de trato sucessivo ou cativo de longa duração; vulnerabilidade especial em face da falta de informação e transparência contratual.

1.9 FORMAS DE CONTRATAÇÃO

O contrato de plano de saúde pode ser individual/ familiar ou coletivo.

A Lei dos Planos de Saúde criou um regime jurídico extremamente rigoroso para os planos de saúde de contratação individual e familiar, no qual destacam-se, dentre outras: i) a previsão dos procedimentos médicos que devem constar da cobertura mínima (artigo 10 c.c. artigo 12); ii) a proibição da rescisão unilateral do contrato (artigo 13, parágrafo único, inciso II); e iii) a submissão do reajuste anual das mensalidades à prévia aprovação da ANS, bem como a proibição do reajuste por faixa etária para os beneficiários idosos (Estatuto do Idoso, artigo 15, parágrafo terceiro).⁹³

Para efeito elucidativo, colaciona-se quadro de elaboração própria da especialista na área de Direito da Saúde, Dra. Renata Vilhena Silva, para Revista do Advogado, nº

⁹¹ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno; Benjamin, Antonio Hermam V. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 645.

⁹² ALMEIDA, Nilza Rodrigues de. *Contratos de Plano de Saúde*. São Paulo: Edições Inteligentes, 2007, p. 114.

⁹³ PATULLO, Marcos Paulo Falcone; SILVA, Renata Vilhena. O problema do reajuste por sinistralidade nos planos de saúde empresariais. *Revista de Direito do Consumidor*, [S.l.], v. 91, p. 211, jan.2014.

146, de junho de 2020, que traz as principais diferenças entre planos individuais/familiares e coletivos:

Ilustração 1 – Tabela de diferenças entre Planos de Saúde Individuais/Familiares e Coletivos:

Planos	Individuais/Familiares	Coletivos (empresariais ou por adesão)
Quem pode contratar	A contratação poderá ser feita por qualquer pessoa física.	A contratação poderá ser feita apenas por uma empresa empregadora (plano empresarial), associação ou sindicato (plano coletivo por adesão), com intermediação ou não de uma administradora de benefícios.
Preços	Geralmente são mais caros que os coletivos da mesma operadora e de cobertura equivalente.	Geralmente são mais baratos que os individuais/familiares da mesma operadora e de cobertura equivalente.
Reajustes anuais	Regulados pela Lei nº 9.656/1998 e limitados pela ANS.	Não regulados pela Lei nº 9.656/1998 e pela ANS. Sujeitam-se aos reajustes previstos contratualmente.
Reajustes por mudança de faixa etária	Regulados pela Resolução Normativa nº 63/2003, da ANS.	Regulados pela Resolução Normativa nº 63/2003, da ANS.
Rescisão contratual	A Lei nº 9.656/1998 veda rescisão unilateral pela operadora, com exceção apenas para casos de fraude ou inadimplência superior a 60 dias, com prévia notificação.	A Lei nº 9.656/1998 não veda rescisão unilateral pela operadora. A Resolução Normativa nº 195/2009, da ANS, apenas exige prévia notificação, com antecedência mínima de 60 dias.

Fonte: Revista do Advogado (2020)⁹⁴.

Para escapar da maior fiscalização, os planos de saúde coletivos tornaram-se mais vantajosos para as operadoras de plano de saúde, sendo que muitas delas pararam de disponibilizar contratos individuais/ familiares para os beneficiários.

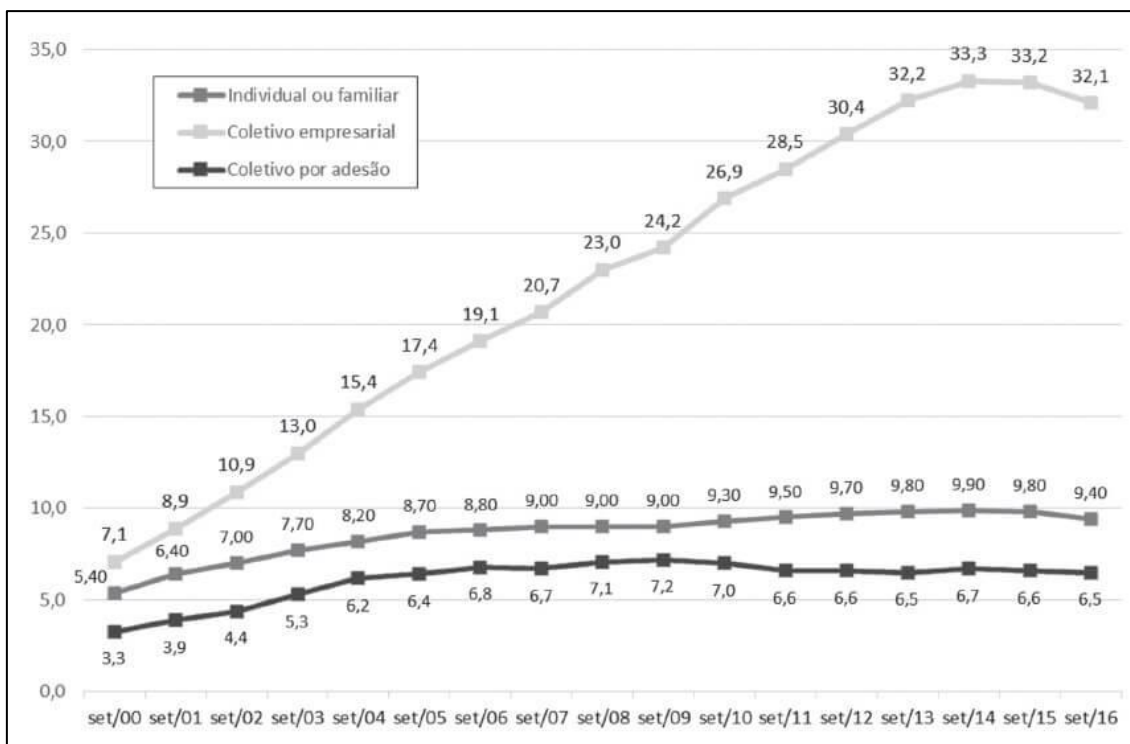
Observa-se que, entre os anos de 2000 e 2016, o número de beneficiários dos planos coletivos foi o que mais cresceu, com aumento mais acentuado na modalidade coletivo empresarial. A quantidade de beneficiários dos contratos coletivos passou de 10,8 milhões (ANS, 2007), para 38,7 milhões (ANS, 2016), o que representa um aumento de 258%, enquanto os planos individuais e familiares, no mesmo período, passaram de 5,5 milhões para 9,4 milhões, um crescimento de 70,9%⁹⁵.

⁹⁴ Cf. SILVA, Renata Vilhena; ROBBA, Rafael. Reajustes por sinistralidade nos contratos coletivos. *Revista do Advogado* – Direito da Saúde. São Paulo, nº 146, p. 142-152, Jun. 2020, p. 145.

⁹⁵ PATULLO, Marcos Paulo Falcone; SILVA, Renata Vilhena. O problema do reajuste por sinistralidade nos planos de saúde empresariais. *Revista de Direito do Consumidor*, [S.l.], v. 91, p. 211, jan.2014, p. 145.

Abaixo gráfico demonstrando a quantidade de beneficiários de planos de assistência médica segundo modalidade de contratação no Brasil, nos anos de 2000 a 2016:

Ilustração 2 – Gráfico da evolução de quantidade de beneficiários de planos de saúde entre 2000 a 2016



Fonte: ANS - SIB/ANS/MS (09/2016)

Importante ressaltar que o crescimento do mercado de plano de saúde coletivo e as lacunas regulatórias dão ensejo a práticas abusivas pela operadora de plano de saúde, aumentando as demandas no Poder Judiciário brasileiro.

No próximo capítulo, serão abordadas questões-chave para o desenvolvimento desta dissertação, passando pela abusividade de cláusulas contratuais, segurança jurídica, judicialização da saúde suplementar como consequência de um sistema falho através da análise de casos pontuais que chegam com frequência ao Judiciário, enfatizando a posição recursal das operadoras de plano de saúde.

1.10 SEGURANÇA JURÍDICA NA SAÚDE SUPLEMENTAR

O preço que se paga por viver em sociedade é o respeito irrestrito às regras estabelecidas, as quais são constantemente interpretadas. Entretanto, a prática não pode desbambiar para se criar o critério do “julgador de plantão”.

As pessoas precisam saber quais são os efeitos advindos de um determinado evento, como o nascimento de um filho, casamento, uma compra e venda, ser admitido em um emprego, para que possam exercer tais atividades de uma maneira proveitosa.

Uma das questões mais importantes que se destaca quando se fala em segurança jurídica é a questão da irretroatividade da norma, já que, em regra, as normas são editadas para viger de forma ulterior e não para reger situações que foram formalizadas segundo a legislação da época.

Cumpra-se a distinção do que é politicamente correto e o juridicamente correto. Assim, sendo a função do Judiciário aplicar o direito, incumbe ao magistrado, encarregado de resolver conflitos sociais, buscar, dentro do arsenal de ferramentas jurídicas, aquelas que permitam efetuar uma leitura que esteja de acordo com o ideal de justiça, sem deixar de ter em mente que, mesmo as soluções que desviam de padrões, precisam se basear no direito posto. Esta observância decorre do fato de as operadoras de planos de saúde viverem sob o risco do que se denomina “jurisprudência paternalista”⁹⁶.

Como um exemplo deste tipo de jurisprudência pode-se citar as decisões que implicam no afastamento dos limites de cobertura previstos nos contratos privados de assistência à saúde até quando são devidamente informados ao contratante, com clareza e destaque na fundamentação, como determinado no Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Observa-se que os termos do contrato entabulado entre as partes estão em consonância com a contrapartida financeira devida por este. Em quaisquer situações, entender que as operadoras são obrigadas a prestar qualquer cobertura que o beneficiário necessite acaba por causar a ruptura do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, situação que, apesar de favorecer quem propôs a ação judicial, pode prejudicar os demais beneficiários do plano de saúde, sobretudo nos casos de plano de saúde coletivo, em que a sinistralidade elevada é costumeiramente repassada ao consumidor final de uma determinada carteira.

⁹⁶ CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira [et al.]. *Planos de saúde: Aspectos Jurídicos e Econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 07.

Outra espécie de jurisprudência paternalista é aquela que revê as formas e métodos de cálculos dos contratos privados de assistência à saúde. O que acontece é que este tipo de interferência do Judiciário acaba por afetar a previsibilidade que norteia o setor, além que impactar negativamente o cálculo atuarial.

Desta feita, compete ao julgador encontrar a interpretação que vá ao encontro dos princípios constitucionais, dentre os quais se destaca o da dignidade da pessoa humana. Do contrário, caso não respeitados esses limites, pode ocorrer a ruptura do sistema em razão de desequilíbrios pontuais.

CAPÍTULO 2 – ABUSIVIDADE CONTRATUAL, REGULAÇÃO DEFICIENTE E CONSEQUÊNCIAS

2.1 CLÁUSULAS ABUSIVAS E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Segundo Claudia Lima Marques⁹⁷, os contratos de plano de assistência à saúde são contratos de cooperação, regulados pela Lei nº 9.656/98 e pelo Código de Defesa do Consumidor, onde a solidariedade deve estar presente não só como mutualidade, mas também como cooperação com os consumidores, como divisão paradigmático-objetiva e não subjetiva da sinistralidade, como cooperação para a manutenção dos vínculos do sistema suplementar de saúde, como possibilidade de acesso ao sistema e de contratar e como organização do sistema para possibilitar a realização das expectativas legítimas do contratante mais fraco.

Como já mencionado anteriormente, foi editada a Súmula nº 608, do Superior Tribunal de Justiça, no seguinte teor: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão”.⁹⁸

O Tribunal de Justiça de São Paulo também já se manifestou sobre o tema, adotando posicionamento mais amplo e irrestrito, através da Súmula nº 100, a seguir exposta: “O contrato de plano/seguro saúde submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e da Lei n. 9.656/98 ainda que a avença tenha sido celebrada antes da vigência desses diplomas legais”⁹⁹.

Pois bem, pode-se afirmar que não há antinomia entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei nº 9.656/98. O Diploma Consumerista representa a ordem pública constitucional, não regulando contratos específicos, mas elaborando normas de conduta gerais e estabelecendo princípios a serem obedecidos em toda relação de consumo. É uma lei de função social, que goza de uma potestade de índole constitucional, pertencendo à categoria dos direitos humanos¹⁰⁰.

Quanto ao contrato de adesão, tão utilizado para firmar a relação entre o consumidor e a operadora de saúde, embora se apresente rígido no momento da

⁹⁷ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 520/521.

⁹⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Súmula 608*, Segunda Seção, DJ 11 Abr. 2018, Dje 17 Abr. 2018. Disponível em <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acesso em 17 Jul. 2019.

⁹⁹ Cf. Anexo A.

¹⁰⁰ SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes. *Doença Preexistente nos planos de saúde*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 55.

contratação, é certo que pode eventualmente sofrer modificação corretiva, com base no Código de Defesa do Consumidor. Aliás, é justamente na questão contratual que o Código se mostra bastante efetivo para o fim de estabelecer equilíbrio e harmonia e, assim, trazer o consumidor ao mesmo patamar de direitos da empresa operadora de saúde. Embora não seja de conhecimento geral da população, o Código de Defesa do Consumidor é um valioso instrumento para estabelecer o devido equilíbrio nas relações travadas entre consumidores e empresas prestadoras de serviços de saúde.

Assim, para que haja uma ampla defesa dentro dos contratos, o Estado atua em relação aos contratantes, ou seja, intervém na relação contratual estabelecida, fugindo desta forma, da prática convencional dessa relação, de modo que o princípio da autonomia privada é limitado pelo poder regulamentador do Estado.

Portanto, o Estado passa a intervir nas relações contratuais e, por conseguinte, o Código de Defesa do Consumidor se torna o conjunto de regras e ordenamentos para disciplinar essas relações¹⁰¹.

O Código de Defesa do Consumidor inova consideravelmente o espírito do direito das obrigações e relativiza a máxima *pacta sunt servanda*. Nesse sentido, as normas proibitórias de cláusulas abusivas são normas de ordem pública, normas imperativas, inafastáveis pela vontade das partes. Essas normas do Código de Defesa do Consumidor aparecem como instrumentos do direito para restabelecer o equilíbrio, para restabelecer a força da “vontade”, das expectativas legítimas do consumidor, compensando, assim, sua vulnerabilidade fática¹⁰².

Na opinião de Caio Mário Pereira¹⁰³, as características básicas da lesão ou da cláusula leonina identificada nos contratos comutativos seriam, em uma análise, a desproporcionalidade das prestações daí resultantes, no que diz respeito aos valores das prestações previstas, e o dolo de aproveitamento ocorrido, representado pelo abuso da inexperiência e da necessidade premente sentida pelo outro contraente em concluir aquele negócio.

Sobre o tema Claudia Lima Marques¹⁰⁴ ensina:

¹⁰¹ ALMEIDA, Odete Neubauer. *Abuso do poder no direito privado: Comentários à Lei 9.656/98 - Seguro Saúde*, segundo o Código de Defesa do Consumidor. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2002, p. 183/184.

¹⁰² MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 933.

¹⁰³ PEREIRA, Caio Mário. *Lesão nos contratos*, 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.196 ss.

¹⁰⁴ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno; Benjamin, Antonio Hermam V. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 147/148.

Note-se que, concluído o contrato entre o fornecedor e o consumidor, quando o pacto deve surtir seus efeitos e ser executado pelas partes, impõe a nova Lei o respeito a um novo princípio norteador da ação das partes, que é o princípio da equidade contratual, do equilíbrio de direitos e deveres nos contratos, para ser alcançada a justiça contratual. Assim, institui o CDC normas imperativas, as quais proíbem a utilização de quaisquer cláusulas abusivas, definidas como as que assegurem vantagens unilaterais ou exageradas para o fornecedor de bens e serviços, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade (v. art. 51, IV, do CDC). O Poder Judiciário declarará a nulidade absoluta destas cláusulas, a pedido do consumidor, de suas entidades de proteção, do Ministério Público e mesmo, incidentalmente, ex officio. A vontade das partes manifestada livremente no contrato não é mais o fator decisivo para o direito, pois as normas do Código instituem novos valores superiores, como o equilíbrio e a boa-fé nas relações de consumo. Formado o vínculo contratual de consumo, o novo direito dos contratos opta por proteger não só a vontade das partes, mas também os legítimos interesses e expectativas dos consumidores. O princípio da equidade, do equilíbrio é cogente. A lei brasileira não exige que a cláusula abusiva tenha sido incluída no contrato por abuso de poderio econômico” do fornecedor, como exigiria a lei francesa, ao contrário, o CDC sanciona e afasta apenas o resultado, o desequilíbrio, não exige um ato reprovável do fornecedor. A cláusula pode ter sido aceita conscientemente pelo consumidor, mas se traz vantagem excessiva para o fornecedor, se é abusiva, o resultado é contrário à ordem pública, contrário às novas normas de ordem pública de proteção do CDC e, portanto, a autonomia da vontade não prevalecerá.

Depreende-se, portanto, que o Código de Defesa do Consumidor dispõe que são nulas as cláusulas abusivas, indicando-as em dezesseis incisos do artigo 51¹⁰⁵, *in verbis*:

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

- I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;
- II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;
- III - transfiram responsabilidades a terceiros;
- IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;
- V - (Vetado);
- VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;
- VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;
- VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

¹⁰⁵ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 12 Set. 1990, p. 01 (Suplemento). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em 10 Jun. 2020;

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

§ 3º (Vetado).

§ 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

Podem ser consideradas cláusulas abusivas em contratos de plano de saúde, por exemplo, aquelas que limitam os direitos do consumidor. Assim, garantindo-se o tratamento pelo seguro-saúde, há cláusula indicando quais os danos cobertos; mas a cláusula seguinte indica quais os danos não cobertos e são tais as exclusões que fazem o segurado ficar praticamente sem cobertura. Isso é cláusula abusiva.

Assim, a apólice indica as causas que admitem internação, como urgência médica, mas, logo após, exclui as mesmas causas, porque adita que não estão cobertas as que decorram de doenças infectocontagiosas ou as que decorram de doenças crônicas. Todas essas exclusões são explicadas, mas o aderente nem sempre sabe o que significam, nem lê a apólice antes de assinar, mesmo porque só lhe mandam (quando o fazem) após a assinatura¹⁰⁶.

Nos contratos, devem-se observar não somente as cláusulas escritas, pré-redigidas unilateralmente pelo fornecedor, mas também aquelas da fase pré-contratual, incluindo-

¹⁰⁶ WALD, Arnold. *Direito Civil: Contratos em espécie*, v.3, 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 295/296.

se a oferta, a propaganda veiculada, as informações prestadas, que se tornam fontes contratuais. Mesmo que o contrato de plano de saúde obedeça às determinações da Lei nº 9.656/98, ainda assim estará sujeito a revisões na sua concreta execução, bem como as práticas e cláusulas abusivas, sujeitas a invalidação.¹⁰⁷

A sanção escolhida para coibir as cláusulas abusivas presentes no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor supratranscrito é a nulidade absoluta. Assim, hoje a jurisprudência reconhece a possibilidade de o juiz declarar a nulidade absoluta de ofício das cláusulas abusivas presentes em contratos de consumo, mesmo se a parte interessada não ter as identificado.

Sobre a possibilidade de declaração de ofício da nulidade de cláusulas abusivas Claudia Lima Marques¹⁰⁸ se manifestou no seguinte sentido:

As normas do CDC são de ordem pública e origem constitucional, de onde se retira que a nulidade de pleno direito aqui deve ser interpretada como nulidade absoluta cominada (art. 145, V, do CC/1916 e art. 166, VI e VII, do CC/2002), proibindo o CDC expressamente estes abusos (arts. 51 e 53). Esta conclusão é de suma importância para permitir a atuação eficaz do Judiciário brasileiro de identificar de ofício tais cláusulas, apesar da passividade e submissão dos consumidores individualmente considerados.

Assim, levando em consideração que a sanção imposta nos casos de cláusula abusiva é a nulidade absoluta, é possível concluir que ela nasce nula, ou seja, é nula desde sempre.

2.2 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR

A judicialização, como um fenômeno de expansão do Poder Judiciário, começou a surgir, no Brasil, a partir da redemocratização do País, com a promulgação da Constituição de 1988. Observou-se, neste período, a existência de transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, quais sejam, o Legislativo e o Executivo. Assim, questões relevantes do ponto de vista político, social e moral passaram a ser decididas pelo Judiciário.

¹⁰⁷ SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes. *Doença Preexistente nos planos de saúde*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 56.

¹⁰⁸ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 943.

Elival da Silva Santos define a judicialização como sendo o uso reputado excessivo dos meios judiciais para dirimir determinadas controvérsias, o que pode representar um problema para o Poder Judiciário, em termos de acúmulo de processos e demora para solucioná-los, acabando por afetar o direito das partes à razoável duração do processo¹⁰⁹.

Sobre a busca pelo Poder Judiciário para implemento de direitos, Luís Roberto Barroso¹¹⁰ afirma:

[...] o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.

A judicialização da saúde já se tornou uma cultura no País e tem ganho cada vez mais destaque nos diferentes âmbitos e debates do setor, com impactos desde a esfera pública até a suplementar, passando pelo ambiente acadêmico, empresas, imprensa e diferentes camadas da sociedade. A discussão é sensível e necessária por distintos motivos.

Levantamento elaborado pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper) para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) mostra que, entre 2008 e 2017, o número de demandas judiciais relativas à saúde registrou aumento de 130%. No mesmo período, o total de processos judiciais no País cresceu 50%¹¹¹.

Assim, grandes debates passaram a surgir em razão da judicialização na área da saúde, sobretudo quanto a legitimidade do Poder Judiciário de interferir nas políticas públicas de saúde e no contrato estabelecido entre as partes, quando se trata de saúde suplementar.

¹⁰⁹ SANTOS, Elival da Silva. A saúde é direito de todos e dever do Estado: Significado e implicações no plano da concretização judicial. *Revista do Advogado* – Direito da Saúde. São Paulo, nº 146, p. 34-52, Jun. 2020, p. 50.

¹¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Jurisp. Mineira*, Belo Horizonte, a. 60, n. 188, p. 29-60, jan./mar. 2009. Disponível em <<http://www.tjmg.jus.br/portal/conhecimento-juridico/artigosjuridicos/detalhe-122.htm>>. Acesso em 05 Jul. 2020.

¹¹¹ Apud MARTINEZ, Lilia Estay. Excesso de processos gera entraves para a regulação da saúde suplementar. *Conjur - Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 10 Set. 2019. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-set-10/judicializacao-gera-entraves-setor-saude-suplementar>>. Acesso em 01 Ago. 2020.

O que acontece é que os gastos em decisões judiciais são maiores do que o previsto quando da celebração do contrato. Observa-se a ocorrência de graves desrespeitos aos contratos firmados, trazendo riscos claros à segurança jurídica das instituições de saúde, à sustentabilidade de todo o segmento e à observância ao marco regulatório determinado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

É possível supor que a regulação e atuação da ANS não espelharam algumas de suas finalidades institucionais, eis que não promoveram melhorias na relação das operadoras com os consumidores, a fim de contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no país, tampouco visaram a eficácia da proteção e defesa do consumidor¹¹².

Observa-se, portanto, que a regulação da atividade de assistência à saúde privada não logrou extinguir as falhas deste mercado, sobretudo no que se refere à assimetria de informação e à concentração de mercado e do poder econômico por alguns agentes, o que, aliado a uma maior conscientização dos beneficiários em relação aos seus direitos e um aumento da organização da sociedade civil pela defesa de direitos da coletividade e dos consumidores, ensejou um aumento significativo de demandas judiciais, fazendo surgir o que hoje se denomina judicialização da saúde suplementar¹¹³.

Com o aumento das ações judiciais na área da saúde, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a partir do ano de 2012 editou algumas súmulas sobre o tema.

Atualmente, são 15 súmulas (Súmulas nº 90 a 97 e nº 99 a 105 – anexo A). As referidas Súmulas versam sobre o entendimento do Tribunal de Justiça em conflitos que envolvem cobertura contratual, carência, rescisão de contrato, responsabilidade das cooperativas médicas, reajustes, manutenção de aposentado em plano de saúde empresarial, aplicação do Código de Defesa do Consumidor e da nº Lei 9656/98 aos contratos antigos e não adaptados e, por fim, a legitimidade do beneficiário final para propor ação judicial contra a operadora de plano de saúde, nos casos de contrato coletivo.

Nos últimos anos, o Judiciário buscou se empenhar de forma mais sistemática sobre o ato de julgar em saúde e tem buscado fazer com que esse ato não seja necessariamente uma decisão solitária.

¹¹² ROBBA, Rafael. *Judicialização dos planos de saúde coletivos no Tribunal de Justiça de São Paulo*. 2017, Dissertação (Mestrado em Ciências – Medicina Preventiva) – Universidade de São Paulo, 2017, p. 45.

¹¹³ MARTINEZ, Lilia Estay. Do Impacto Regulatório da Judicialização na Saúde Suplementar. In: ANS - AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Conhecimento Científico e Regulação – Contribuições para a Saúde Suplementar*. Rio de Janeiro, 2019, p. 115-130. Disponível em <http://www.ans.gov.br/images/LIVRO_de_MONOGRAFIAS_PREMIADAS.pdf>. Acesso em 10 Jun. 2020, p. 119.

Mesmo com esse empenho do Judiciário, ainda há um longo caminho pela frente no que tange a judicialização da saúde suplementar. Há alguns estudiosos do assunto que sugerem a necessidade da presença de um médico perito nas audiências voltadas à saúde, para que a decisão possa ser mais justa e clara, já que o médico teria competência para verificar a situação assistencial do processo.

Nesta toada, é certo que a judicialização da saúde suplementar é um tema tão complexo, que envolve tanto esferas governamentais, como da sociedade em geral, já que necessita da intervenção de diversas categorias. Médicos, farmacêuticos, enfermeiros, diretores de hospitais, magistrados, gestores dos planos de saúde, políticos, órgãos reguladores (como por exemplo, a ANS), e os próprios usuários de planos são alguns dos envolvidos para a melhoria desse processo. Estas categorias precisam pensar juntas em alternativas para que a judicialização da saúde se torne algo mais “justo” para todos.¹¹⁴

A análise da judicialização da saúde é necessária, uma vez que permite identificar falhas e disfunções da regulamentação dos planos de saúde, trazendo elementos para que esta seja aprimorada.

2.3 PRINCIPAIS TEMAS LEVADOS AOS TRIBUNAIS NOS ÚLTIMOS TRÊS ANOS

Levando em consideração apenas as demandas relacionadas ao mercado de Saúde Suplementar e planos privados de assistência à saúde, passa-se a análise dos temas mais judicializados.

2.3.1 Reajustes no contrato

A Lei nº 9.961/2000 atribuiu à ANS a responsabilidade de controlar os aumentos de mensalidade dos planos de saúde e este controle varia de acordo com o tipo de contrato de prestação de serviços de saúde (pessoa física ou jurídica) e com o motivo do aumento¹¹⁵.

¹¹⁴ CIRICO, Priscila Freitas; RESNER, Andrea Aparecida Ribeiro; RACHED, Chennyfer Dobbins Abi. Os impactos da Judicialização na saúde suplementar. *Revista Gestão em Foco*, ed. 11, ano 2019, p. 56-71, 2019, p. 66.

¹¹⁵ ANS. *Reajustes de mensalidade*. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/reajustes-de-mensalidade>>. Acesso em 20 Jul. 2020.

Como já mencionado, a missão do referido órgão é promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regular as operadoras setoriais - inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores - e contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no país.

Nos contratos de plano de saúde existem três tipos de reajustes na mensalidade, são eles: reajuste por sinistralidade, reajuste por idade ou mudança de faixa etária, e reajuste anual previsto pela ANS, este último permitido em todos os contratos individuais/familiares ou coletivos/empresariais.

2.3.1.1 Reajuste por faixa etária

Os custos com o fornecimento de assistência à saúde aumentam significativamente com o envelhecimento do consumidor. Em razão do custo diferenciado de cada consumidor perante o plano de saúde, o valor cobrado segue a mesma tendência: quanto mais idoso o consumidor, maior o valor da mensalidade do plano de saúde.¹¹⁶

O entendimento em relação aos reajustes por faixa etária sofreu substancial alteração em decorrência do julgamento do Recurso Especial (REsp) nº 1568244/RJ, em sede de recurso repetitivo.

Segundo o decidido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, o reajuste de plano de saúde por mudança de faixa etária é válido desde que i) haja previsão contratual, ii) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e (iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, em concreto e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso.

E, em seguida, traz os seguintes parâmetros¹¹⁷:

- a) No tocante aos contratos antigos e não adaptados, isto é, aos seguros e planos de saúde firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/1998, deve-se seguir o que consta no contrato, respeitadas, quanto à abusividade dos percentuais de aumento, as normas da legislação consumerista e, quanto à validade formal da cláusula, as diretrizes da Súmula Normativa nº 3/2001 da ANS.
- b) Em se tratando de contrato (novo) firmado ou adaptado entre 2/1/1999 e 31/12/2003, deverão ser cumpridas as regras constantes na

¹¹⁶ CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira [et al.]. *Planos de saúde: Aspectos Jurídicos e Econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 85.

¹¹⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial nº 1568244/RJ*. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, DJ. 14 Dez. 2016, DJe 19 Dez. 2016. Disponível em 23 Jul. 2020.

Resolução CONSU nº 6/1998, a qual determina a observância de 7 (sete) faixas etárias e do limite de variação entre a primeira e a última (o reajuste dos maiores de 70 anos não poderá ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para os usuários entre 0 e 17 anos), não podendo também a variação de valor na contraprestação atingir o usuário idoso vinculado ao plano ou seguro saúde há mais de 10 (dez) anos.

c) Para os contratos (novos) firmados a partir de 1º/1/2004, incidem as regras da RN nº 63/2003 da ANS, que prescreve a observância (i) de 10 (dez) faixas etárias, a última aos 59 anos; (ii) do valor fixado para a última faixa etária não poder ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para a primeira; e (iii) da variação acumulada entre a sétima e décima faixas não poder ser superior à variação cumulada entre a primeira e sétima faixas.

Segundo informações colhidas no site da ANS, as faixas etárias para correção variam conforme a data de contratação do plano, sendo que os percentuais de variação têm que estar expressos no contrato. Veja a seguir quadro-resumo, sobre a questão dos reajustes:

Ilustração 3 – Tabela de Valores de Reajuste por Faixa Etária

Contratação	Faixa etária	Observações
Até 2 de Janeiro de 1999	-----	Deve seguir o que estiver escrito no contrato.
Entre 2 de Janeiro de 1999 e 1 de Janeiro de 2004	0 a 17 anos 18 a 29 anos 30 a 39 anos 40 a 49 anos 50 a 59 anos 60 a 69 anos 70 anos ou mais	A Consu 06/98 determina, também, que o preço da última faixa (70 anos ou mais) poderá ser, no máximo, seis vezes maior que o preço da faixa inicial (0 a 17 anos) Contratos de consumidores com 60 anos ou mais e dez anos ou mais de plano não podem sofrer a variação por mudança de faixa etária.
Após 1 de Janeiro de 2004 (Estatuto do Idoso)	0 a 18 anos 19 a 23 anos 24 a 28 anos 29 a 33 anos 34 a 38 anos 39 a 43 anos 44 a 48 anos 49 a 53 anos 54 a 58 anos 59 anos ou mais	A Resolução Normativa (RN nº 63), publicada pela ANS em dezembro de 2003, determina, que o valor fixado para a última faixa etária (59 anos ou mais) não pode ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa (0 a 18). A Resolução determina, também, que a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas não pode ser superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima faixas.

Fonte: Site Oficial da ANS¹¹⁸

Portanto, depreende-se da análise da tabela acima, que antes da Lei nº 9.656, de janeiro de 1999, as operadoras comercializavam contratos de assistência à saúde com as cláusulas livremente pactuadas.

Nesses contratos celebrados até o final de 1998, conhecidos como “contratos antigos”, cada operadora definia as faixas etárias e os percentuais de variação do preço a cada mudança de faixa, observando as regras, quando aplicáveis pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) e outras vigentes à época.

E, nos dias de hoje, segundo Luiz Augusto Ferreira Carneiro, os “contratos antigos” continuam sujeitos às cláusulas pactuadas e às normas vigentes à época, em obediência ao que determina a ANS.¹¹⁹ Todavia, o que não pode ocorrer é que o reajuste seja aleatório ou abusivo, análise esta que é feita caso a caso.

Portanto, conforme se verifica, no âmbito da nº Lei 9.656/98, há o reconhecimento da possibilidade de estipulação do valor dos prêmios ou mensalidades dos planos de saúde de forma diferenciada, conforme a idade do consumidor. Adicionalmente, há a garantia de que os contratos celebrados antes da vigência da lei deverão seguir as regras nele previstas.

Assim, os “contratos antigos” podem ser adaptados à nova Lei de Plano de Saúde, não sendo incomum que os planos de saúde façam esta adaptação mediante um acréscimo no valor da mensalidade, uma vez que a referida lei garante a cobertura de procedimentos, exames, dentre outros objetos, que não eram previstos antes nos contratos.

Ocorre que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo vem entendendo ser abusiva essa cobrança pelo plano de saúde. Isto porque, é cobrado o valor para que o beneficiário – muitas vezes, idoso - tenha seu “contrato antigo” adaptado à Lei nº 9.656/98 e, por conseguinte, tenha direito às coberturas que, por sua vez, já são obrigatórias na nova lei.

Assim, em que pese o entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 1931, a respeito da inaplicabilidade da Lei nº 9656/98, o Superior Tribunal de Justiça e os

¹¹⁸ Cf. ANS. *Reajuste por mudança de faixa etária*. Rio de Janeiro. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/reajustes-de-mensalidade/reajuste-por-mudanca-de-faixa-etaria>>. Acesso em 23 Jul. 2020.

¹¹⁹ CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira [et al.]. *Planos de saúde: Aspectos Jurídicos e Econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 86.

Tribunais Estaduais, em sua grande maioria, afastam o reajuste abusivo, em razão da aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Neste sentido, decisão recente do Tribunal de Justiça de São Paulo¹²⁰:

Apelação cível. Plano de saúde individual, antigo, não adaptado à Lei 9656/98. Declaratória de nulidade de cláusula de reajuste por faixa etária. Devolução de valores pagos a maior. Sentença de parcial procedência. Contrato antigo e não adaptado. Inaplicabilidade da Lei 9656/98. Entendimento STF na ADI 1931. Reajuste por faixa etária. Código de Defesa do Consumidor. Relação de consumo configurada. Inteligência da Súmula 608 do C. STJ. Tese definida pelo C. STJ, no âmbito do REsp 1.568.244/RJ. Requisitos não atendidos. Nulidade de cláusula contratual que prevê reajustes por faixa etária, sem indicação dos respectivos índices. Violação ao dever de informação. Cláusula que dificulta compreensão e alcance. Cláusulas restritivas devem ser redigidas de forma clara e objetiva. Inteligência dos arts. 6º, III, 46 e 54, §4º, CDC. Aos seguros e planos de saúde firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/1998, deve-se seguir o que consta no contrato, respeitadas, quanto à abusividade dos percentuais de aumento, as normas da legislação consumerista e, quanto à validade formal da cláusula, as diretrizes da Súmula Normativa nº 3/2001 da ANS. (...)

Ademais, depreende-se do que ficou decidido pelo Superior Tribunal de Justiça que, para que o reajuste por faixa etária não viole o Código de Defesa do Consumidor, este deve estar previsto no contrato, de forma clara e adequada, especificando em quais faixas etárias o beneficiário sofrerá o reajuste, bem como os percentuais que vão incidir em cada faixa.

Por fim, importante consignar que foi afetado ao regime de recursos repetitivos por esta Corte Superior – Tema 1016¹²¹ – a seguinte questão, a saber: (a) Validade de cláusula contratual de plano de saúde coletivo que prevê reajuste por faixa etária; e (b) Ônus da prova da base atuarial do reajuste.

Portanto, apenas os reajustes por faixa etária em contratos de planos individuais e familiares estão sendo analisados por ora no Judiciário, em razão da suspensão determinada em âmbito nacional.

¹²⁰ TJSP. *Apelação Cível 1082279-56.2019.8.26.0100*. Rel. Des. Edson Luiz de Queiróz, 9ª Câmara de Direito Privado, DJ. 22 Jul. 2020. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=13775525&cdForo=0>>. Acesso em 10 Ago. 2020.

¹²¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Tema 1016 - Afetado*. Segunda seção, [S.l.], Dje 10 Jun. 2019. Disponível em <http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1016&cod_tema_final=1016>. Acesso em 25 Jul. 2020.

2.3.1.2 Reajuste por faixa etária em contratos de idosos

Feitas as considerações acima sobre os reajustes por faixa etária, a partir da análise jurisprudencial, observou-se haver grande número de demandas judiciais que objetivam a impugnação de reajuste em contratos de idosos.

Importante consignar que o Estatuto do Idoso¹²², que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2004, foi criado para dar maior proteção às pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, consideradas um grupo vulnerável da sociedade.

A Lei nº 9.656/98, em seu artigo 15¹²³, no entanto, fez uma única ressalva, qual seja, a proibição do reajuste por faixa etária em contratos de idosos com mais de 60 anos de idade ocorreria apenas se estes participassem do plano de saúde há mais de dez anos.

Assim, observou-se que a principal discussão travada sobre tema é aquela em relação a aplicação do Estatuto do Idoso aos contratos de plano de saúde que foram assinados antes da sua vigência.

Em fevereiro de 2012, para consolidar o entendimento que vinha sendo adotado, o Tribunal de Justiça de São Paulo editou a Súmula nº 91¹²⁴, de seguinte teor: “Ainda que a avença tenha sido firmada antes da sua vigência, é descabido, nos termos do disposto no art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o reajuste da mensalidade de plano de saúde por mudança de faixa etária.”

Entretanto, como já explicitado, o entendimento em relação aos reajustes por faixa etária sofreu substancial alteração em decorrência do julgamento do REsp nº 1568244/RJ, em sede de recurso repetitivo.

Depreende-se do julgado que foi preservada a possibilidade de reajuste da mensalidade de plano ou seguro de saúde em razão da mudança de faixa etária do segurado, contudo foram estabelecidas limitações a tais reajustes.

¹²² BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 03 Out. 2003. Disponível em <<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10741&ano=2003&ato=c8egXU610dRpWT951>>. Acesso em 11 Ago. 2020.

¹²³ Art. 15, Lei nº 9.656/98. A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E. Parágrafo único. É vedada a variação a que alude o caput para consumidores com mais de sessenta anos de idade, que participarem dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, há mais de dez anos. (BRASIL. Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. *Diário Oficial da União*, Brasília, 04 Jun. 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm>. Acesso em 10 Jun. 2020).

¹²⁴ As Súmulas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo se encontram no Anexo A.

Ou seja, o reajuste etário, para que possa ser aceito como não abusivo ou discriminatório, deve ser lastreado em cálculos atuariais sólidos, a demonstrar a necessidade e pertinência do aumento, sob pena de ser este considerado meramente lucrativo ou impeditivo de acesso, justamente daqueles segurados que mais precisam do plano de saúde.

Portanto, nos casos de idosos, observa-se que, com o julgamento do recurso repetitivo pelo Superior Tribunal de Justiça, houve superação da Súmula nº 91, do Tribunal de Justiça paulista, sendo considerável possível o reajuste por mudança de faixa etária a partir dos 60 anos, porque previsto contratualmente.

Entretanto, o índice deve estar previsto de maneira clara e não pode ser abusivo, a ponto de submeter o consumidor a desvantagem exagerada, sendo demasiadamente oneroso.

No ponto, insta transcrever ementa de julgado recente do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, que bem tratou da questão¹²⁵:

Apelação cível. Plano de saúde. "Ação ordinária revisional de contrato com pedido de tutela antecipada" (sic). Reajustes anuais e por faixa etária após os sessenta anos. Sentença de procedência. (...) Reajuste por mudança de faixa etária a partir dos 60 anos de idade. Possibilidade no caso concreto. Tese firmada no recurso especial nº 1.568.244/RJ, submetido à sistemática dos chamados recursos repetitivos. Superação da Súmula nº 91 deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Requisitos: previsão contratual, observância das normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e não serem aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso. Hipótese dos autos. Contrato antigo e não adaptado, firmado antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/1998. Contudo, ausência de efetivação do direito básico de informação adequada e clara ao consumidor. Artigo 6º, III, da Lei nº 8.078/1990. Abusividade do percentual utilizado para reajuste do presente caso. Artigo 51, IV c.c. § 1º, III, da Lei nº 8.078/1990. Parte autora submetida a desvantagem exagerada, que se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, mormente em uma economia com inflação estabilizada. (...)

Recurso provido em parte para determinar que o reajuste etário aplicado em julho de 2018 tenha apuração de percentual adequado e razoável em fase de liquidação de sentença através de perícia atuarial, com condenação da apelada à restituição de "diferenças do reajuste ANS" por todo período impugnado nos autos (2013 a 2018), limitando-se a devolução dos valores pagos a maior aos três anos anteriores ao

¹²⁵ TJSP. *Apelação Cível 1020978-41.2018.8.26.0554*. Rel. Des. Rodolfo Pellizari, 6ª Câmara de Direito Privado, DJ. 10 Jun. 2020. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=13633454&cdForo=0>>. Acesso em 12 Ago. 2020.

ajuizamento da ação, mantida a tutela provisória até que se realizem os respectivos cálculos, com posterior compensação de valores.

Decidiu-se, pois, pela legitimidade dos reajustes de mensalidade dos planos de saúde conforme a faixa etária do usuário, mas somente se houver clara e inconfundível previsão contratual e se os percentuais forem razoáveis, além, é claro, da necessidade de observância das normas expedidas pelos órgãos e pelas agências reguladoras.

Ademais, é indispensável que os índices e percentuais de reajuste do valor das mensalidades, valores esses definidos unilateralmente pelas operadoras de planos de saúde, estejam devidamente atrelados à variação dos custos médico-hospitalares e afins, bem como que sejam estabelecidos com base atuarial idônea, vedada por absoluto a utilização de percentual aleatório, atrelado tão somente à expectativa de lucro dos prestadores de serviços¹²⁶.

2.3.1.3 Reajuste aos 59 anos

Não obstante a regra não estar disposta no Código de Defesa do Consumidor, na Lei nº 9.656/98 ou no Estatuto do Idoso, parte da jurisprudência tem se posicionado no sentido da abusividade do reajuste do beneficiário que completa 59 anos.

Ora, é sabido que os reajustes nos planos de saúde por faixa etária se fundamentam no aumento da sinistralidade em razão da idade do segurado, em prol da viabilidade financeira das seguradoras. Entretanto, submeter o reajuste do plano a fórmulas de variação que não permitem ao segurado saber de antemão os seus ônus contratuais já demonstra o evidente desequilíbrio contratual.

Foram encontradas decisões que reconhecem que o alto índice de reajuste aplicado quando o beneficiário completa 59 anos é uma forma de burlar o Estatuto do Idoso, também representando desvantagem exagerada ao consumidor. Neste sentido:

Seguro saúde – Reajuste de 59,94% aplicado aos cinquenta e nove anos de idade – Impossibilidade, por configurar burla ao Estatuto do Idoso – Reajustes anuais de 19,50% e 22,50% desacompanhados de cálculo

¹²⁶ GONÇALVES, Raony Rennan Feitosa de Menezes. A proteção constitucional ao idoso e a (i)legalidade do reajuste das mensalidades dos planos de saúde por mudança de faixa etária. *Jus.com.br*. [S.l.], Dez. 2019. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/78295/a-protecao-constitucional-ao-idoso-e-a-i-legalidade-do-reajuste-das-mensalidades-dos-planos-de-saude-por-mudanca-de-faixa-etaria>>. Acesso em 01 Set. 2020.

atuarial que comportam adequação, como bem decidiu o magistrado – Recurso da ré improvido – Provido o da autora.¹²⁷

APELAÇÃO CÍVEL. Ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais. Sentença de procedência. Inconformismo. Não acolhimento. Ilegalidade do reajuste do prêmio realizado no aniversário de 59 (cinquenta e nove) anos da autora. Reajuste por faixa etária em proporção maior que 100% (cem por cento). Abusividade configurada. Limitação que deve respeitar os índices fixados pela ANS. Burla ao Estatuto do Idoso. Precedentes deste Tribunal de Justiça. Danos morais configurados e bem fixados. Reajustes abusivos que ultrapassam o mero aborrecimento, frustrando a expectativa de cobertura de serviços médicos para os quais contribui mensalmente. Sentença mantida. Decisão bem fundamentada. Ratificação, nos termos do artigo 252, do Regimento Interno. RECURSO NÃO PROVIDO.¹²⁸

De acordo com esta linha de consideração, há o entendimento de que o reajuste exorbitante da mensalidade realizado aos 59, e não aos 60 anos, tem o intuito de burlar o Estatuto do Idoso, pois, este seria o último reajuste por idade permitido por este diploma protetivo, uma vez que o artigo 15, parágrafo único, da Lei nº 9.656/98 veda a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade. Sendo assim, ao estabelecer um aumento substancial no contrato do beneficiário, quando este completa 59 anos, o plano de saúde acaba por tangenciar a figura da lesão, prevista no artigo 157, do Código Civil¹²⁹, e por se aproximar do dolo de aproveitamento, uma vez que nada mais há do que introdução de um aumento diferenciado para os consumidores de 60 anos que farão parte dessa faixa dali há um ano.

De outro lado, existem julgados observados na presente pesquisa que, embora não reconheçam a existência de burla ao Estatuto do Idoso, apuraram descumprimento ou cumprimento do quanto previsto na Resolução Normativa (RN) nº 63, de 22 de dezembro

¹²⁷ TJSP. *Apelação Cível 1083504-82.2017.8.26.0100*. Rel. Min. Luis Mario Galbetti, 7ª Câmara de Direito Privado; DJ. 29 Jul. 2019. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12711312&cdForo=0>>. Acesso em 12 Ago. 2020.

¹²⁸ Id. *Apelação Cível 0005743-78.2014.8.26.0655*. Rel. Min. Penna Machado. 10ª Câmara de Direito Privado. DJ. 28 Mai. 2019. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12546295&cdForo=0>>. Acesso em 12 Ago. 2020.

¹²⁹ Art. 157, CC. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. § 1º. Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico. § 2º. Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 Jan. 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em 10 Jul. 2019).

de 2003, da ANS¹³⁰, de acordo com a tabela colacionada no subitem “3.2.1.1. Reajuste por faixa etária”, como se pode observar de trecho das decisões a seguir:

SEGURO SAÚDE – Plano individual – Reajuste por faixa etária aos 59 anos de idade – Os reajustes por faixa etária têm por fundamento a proporcionalidade entre a incidência de sinistros e a idade do segurado – Validade – **Observância da RN n. 63/2003 - Inaplicabilidade do Estatuto do Idoso – Alteração pretendida que importaria na modificação da porcentagem dos reajustes anteriores e a autora pagaria mais antes – Inexistência de discriminação ou violação ao CDC – Improcedência da ação - Recurso provido.**¹³¹

AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO CUMULADA COM DANOS MORAIS. Plano de saúde. **Pretensão em razão de majoração por faixa etária quando a autora completou 59 anos de idade em 108,73%.** Sentença de improcedência. Apela a autora sustentando a abusividade do reajuste e a existência de danos morais. Cabimento parcial. **Ausente comprovação técnica da razoabilidade do índice e de observância da RN 63/2003 da ANS. Incidência de Tese firmada pelo STJ no Tema 952 e Tese 1 do IRDR nº 0043940-25.2017.8.26.0000 (Tema 11).** Em fase de liquidação deverá ser apurado índice em substituição. Danos morais. Inexistência. Mera desinteligência entre as partes acerca de dispositivo contratual. Inocorrente situação excepcional. Recurso parcialmente provido para determinar apuração em fase de liquidação de índice de reajuste por faixa etária aplicável em substituição, conforme perícia a se embasar na RN nº 63/03, com a devolução pela ré dos valores pagos a maior pela autora, observada a prescrição trienal.¹³²

Existem decisões, ainda, que entendem pela legalidade do reajuste por faixa etária aplicado dos 59 anos do beneficiário, ainda que este tenha incidido em índice alto, *in verbis*:

PLANO DE SAÚDE – Contrato celebrado em 2012 - Reajustes em razão de mudança de faixa etária quando a beneficiária agravada completou 59 anos, no percentual de 88,99% – Decisão que deferiu a liminar para redução do reajuste – Insurgência da ré agravante – Acolhimento - Índice que não é, numa análise perfunctória, patentemente abusivo, observadas as diretrizes do Recurso Especial

¹³⁰ ANS. Resolução Normativa – RN nº 63, de 22 de dezembro de 2003. Define os limites a serem observados para adoção de variação de preço por faixa etária nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 2004. *Diário Oficial da União*, 22 Dez. 2003. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NzQ4>>. Acesso em 24 Jul. 2020.

¹³¹ TJSP. *Apelação Cível 1000849-27.2019.8.26.0474*. Rel. Des. Alcides Leopoldo, 4ª Câmara de Direito Privado, DJ 15 Jul. 2020. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=13754162&cdForo=0>>. Acesso em 12 Ago. 2020. (Grifo nosso)

¹³² Id. *Apelação Cível 1020754-33.2016.8.26.0309*. Rel. Des. James Siano, 5ª Câmara de Direito Privado, DJ 09 Jul. 2020. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=13736415&cdForo=0>>. Acesso em 12 Ago. 2020. (Grifo nosso)

Repetitivo no. 1.568.244-RJ – Reajustes que incidem desde 2017 o que, em princípio, afasta a situação de urgência – Decisão reformada - Recurso provido.¹³³

Observa-se, mais uma vez, são decisões conflitantes do Judiciário sobre a matéria tratada, o que acaba por afetar a atividade empresarial, eis que impossibilita a operadora de plano de saúde de antever qual será o lucro obtido.

2.3.1.4 Reajuste por sinistralidade

Apoiadas em normas administrativas editadas pela ANS, as seguradoras costumam incluir, em seus contratos de planos de saúde, o chamado reajuste por sinistralidade. Este visa a restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A possibilidade para tal espécie de reajuste deve estar prevista em contrato e pode ocorrer tanto em planos antigos quanto em planos novos. Em regra, não ocorrem em planos individuais.

Todavia, apesar de o artigo 35-E, § 2º, da nº Lei 9.656/98¹³⁴ somente condicionar o reajuste dos contratos individuais à aprovação da ANS, tal norma não torna as operadoras de planos coletivos imunes à aplicação da regulamentação da referida agência, sendo admissível seu controle judicial, na hipótese de constatação de abusividade.

É de se consignar que o Regulamento da ANS, aprovado pelo Decreto nº 3.327/2010¹³⁵, dispõe que é de competência da agência:

Art. 3º, Decreto nº 3.327/10. Compete à ANS: XVII - autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, de acordo com parâmetros e diretrizes gerais fixados conjuntamente pelos Ministérios da Fazenda e da Saúde.

¹³³ TJSP. *Agravo de Instrumento 2084283-24.2020.8.26.0000*. Rel. Des. Marcus Vinicius Rios Gonçalves, 6ª Câmara de Direito Privado, DJ 07 Jul. 2020. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13725253&cdForo=0>>. Acesso em 13 Ago. 2020.

¹³⁴ Art. 35-E, §2º, Lei nº 9.656/98. Nos contratos individuais de produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, independentemente da data de sua celebração, a aplicação de cláusula de reajuste das contraprestações pecuniárias dependerá de prévia aprovação da ANS. (BRASIL. Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. *Diário Oficial da União*, Brasília, 04 Jun. 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm>. Acesso em 10 Jun. 2020).

¹³⁵ Id. Decreto nº 3.327, de 05 de janeiro de 2000. Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 06 Jan. 2000. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3327.htm#:~:text=Aprova%20o%20Regulamento%20da%20Ag%C3%AAncia,que%20lhe%20confere%20o%20art.>. Acesso em 21 Jul. 2020.

Sob tal fundamentação, o reajuste deve estar motivado em comprovado aumento dos custos do plano.

Observa-se que, na prática, a ANS não possui controle ou fiscalização adequada dos reajustes dos planos coletivos em geral. Entretanto, em seu site, a agência reguladora impõe condições para a aplicação do reajuste¹³⁶.

Um levantamento feito pelo IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor), em 2013, sobre ações judiciais discutindo o reajuste por sinistralidade em tribunais de todo o país, identificou casos levados à justiça que discutiam aumentos que variavam de 11,78% a 583,27%, entre 2005 e 2013:

Ilustração 4 – Tabela de Variação dos Reajustes analisados em todos os Tribunais

Origem	Tipo de contratação coletiva				Reajuste (em %)	
	Empresarial	Adesão	Não disponível	Total	Mínimo	Máximo
STJ	1	-	2	3	25	583,27
TJSP	18	2	3	23	29,98	317
TJRJ	8	7	4	19	29,99	100
TJRS	10	5	5	20	20	162,5
TJMG	9	3	8	20	30	132
TJPR	6	4	1	11	37	219,38
TJDF	3	6	1	10	31,4	395
TJMS	5	1	2	8	11,78	70
TJBA	-	1	1	2	80	113
TJRN	-	1	-	1	39,95	-
TJAL	-	-	1	1	294,29	-
				118	Média dos reajustes impostos: 81,21%	

Fonte: IDEC (Jun. 2013)

No entendimento do IDEC¹³⁷, sendo uma criação do mercado de planos de saúde, esse tipo de reajuste é ilegal, porque significa uma variação de preço unilateral que não estava prevista no contrato. Diversos tribunais brasileiros, por outro lado, entendem que

¹³⁶ “O percentual aplicado deve ser informado no boleto de pagamento e na fatura. As operadoras são obrigadas a disponibilizar à pessoa jurídica contratante a memória de cálculo do reajuste e a metodologia utilizada com o mínimo de 30 dias de antecedência da data prevista para a aplicação do reajuste. Após a aplicação do reajuste, os consumidores podem solicitar formalmente a memória de cálculo do reajuste e a metodologia utilizada para a administradora de benefícios ou operadora, que terão o prazo máximo de 10 (dez) dias para seu fornecimento. Os percentuais acordados devem ser informados pelas operadoras à ANS a cada trimestre, de acordo com os prazos definidos no Art. 2º da IN nº 13/2006.” (ANS. Reajuste Anual de Planos Coletivos. Rio de Janeiro. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/reajustes-de-mensalidade/reajuste-anual-de-planos-coletivos>>. Acesso em 20 Jul. 2020).

¹³⁷ IDEC. *Reajuste por sinistralidade: Plano Coletivo Novo ou Adaptado*. [S.l.]. Disponível em <<https://idec.org.br/idec-orienta/plano-coletivo-novo-ou-adaptado-reajuste-por-sinistralidade>>. Acesso em 28 Jul. 2020.

reajustes por sinistralidade são legais, desde que a operadora comprove a ocorrência de uso do plano acima do previsto.

Segundo o entendimento de Renata Vilhena e Rafael Robba¹³⁸, o reajuste por sinistralidade consiste em uma fórmula comumente prevista nos contratos de planos e seguros de saúde coletivos, utilizada para calcular um índice de reajuste a ser aplicado sobre a mensalidade, caso a despesa anual que a operadora teve com aquele grupo de beneficiários ultrapasse um determinado percentual da receita do mesmo período. *Break even point* ou “ponto de equilíbrio” é o nome dado para o percentual máximo de sinistralidade e normalmente é fixado pelas operadoras de plano de saúde no percentual de 70% do valor da receita.

Assim, os reajustes são fixados até o ponto de equilíbrio para eliminar o fator risco da atividade.

Ocorre que a doutrina e a jurisprudência têm entendido que o reajuste unilateral em percentual bem superior aos praticados à época ou, ainda, divulgados pelos órgãos oficiais, unicamente baseado em alegado aumento de sinistralidade, viola o quanto disposto no artigo 51, incisos IX e XI, do Código de Defesa do Consumidor¹³⁹, e provoca desequilíbrio na relação contratual estabelecida entre as partes, contrariando a natureza do instrumento firmado e se mostrando abusivo.

Em alguns casos é afastado o argumento de que o reajuste dos prêmios possui respaldo no próprio contrato e na finalidade de manter o seu equilíbrio econômico-financeiro, sob o fundamento de que, se admitido tal argumento, não se estará restabelecendo a estabilidade do instrumento, mas impondo ao consumidor, parte vulnerável da relação contratual, desequilíbrio em seu desfavor.

É de se ressaltar que a Lei Consumerista prevê tanto a possibilidade de modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornam excessivamente onerosas, a teor do artigo 6º, inciso V, quanto a nulidade de cláusula que permita ao fornecedor a variação de valores unilateralmente e que estabeleça obrigação considerada abusiva ou que

¹³⁸ SILVA, Renata Vilhena; ROBBA, Rafael. Reajustes por sinistralidade nos contratos coletivos. *Revista do Advogado* – Direito da Saúde. São Paulo, nº 146, p. 142-152, Jun. 2020, p. 146.

¹³⁹ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 12 Set. 1990, p. 01 (Suplemento). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em 10 Jun. 2020.

coloque o consumidor em desvantagem exagerada, em seu artigo 51, incisos X e IV, respectivamente¹⁴⁰.

Assim, parte da jurisprudência entende que o reajuste por sinistralidade se mostra abusivo, pois acaba por transferir ao consumidor o risco da atividade do plano, já que, se em um determinado período houver queda no número de sinistros previstos pelas empresas, maximizam-se seus lucros sem qualquer redução da mensalidade. Do contrário, nos períodos em que o número de sinistros é maior que o previsto, não há qualquer queda da margem de lucro, mas sim o aumento das mensalidades e a transferência de todo o custo ao consumidor¹⁴¹.

Nesta esteira, Carlos Augusto Guimarães e Souza Júnior¹⁴² cita que é por este motivo que:

[...] esse tipo de reajuste vem sendo considerado, o mais das vezes, nulo, pelos nossos tribunais, principalmente por permitir de modo unilateral o aumento das parcelas devidas aos associados ou segurados de plano e seguros saúde. Também, por que nos contratos de seguro, a cláusula de reajuste por sinistralidade elimina a álea própria dos negócios relativos a seguros.

Desta feita, em grande parte das ações contra os planos de saúde tem se decidido que o percentual aplicado ao contrato por aumento de sinistralidade não pode prevalecer, mesmo considerada a previsão contratual neste sentido, sob pena de manifesta violação da boa-fé contratual e dos direitos do consumidor, eis que exorbitante comparativamente ao reajuste permitido pela ANS.

Entretanto, alguns julgados se posicionam do sentido de que não há que se falar em abusividade da cláusula que prevê o referido reajuste, uma vez que deve ser aferido, caso a caso, se a abusividade do índice de aumento está pautada em cálculos atuariais confiáveis.

¹⁴⁰ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 12 Set. 1990, p. 01 (Suplemento). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em 10 Jun. 2020.

¹⁴¹ Nesse sentido, cf. TJSP. *Apelação nº 0148111-19.2006.8.26.0000*. Rel. Des. José Joaquim dos Santos, 2ª Câmara de Direito Privado, DJ. 02 Ago. 2011. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5300262&cdForo=0>>. Acesso em 15 Jun. 2020.

¹⁴² SOUZA JUNIOR, Carlos Augusto Guimarães. Desafios do envelhecimento e a jurisprudência dos Tribunais. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org.), *Plano de saúde: Aspectos Jurídicos e Econômicos*, Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 268.

2.3.2 Doenças pré-existentes

O artigo 11, da Lei nº 9.656/98¹⁴³ veda, por força cogente, a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data do contrato, após vinte e quatro meses de vigência do ajuste, cabendo à operadora o ônus da prova e a demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou do beneficiário.

O artigo 2º, inciso I, da Resolução Normativa (RN) nº 162, da ANS¹⁴⁴ define que doenças e lesões preexistentes são aquelas “[...] que o beneficiário ou seu representante legal saiba ser portador ou sofredor, no momento da contratação ou adesão ao plano privado de assistência à saúde, de acordo com o art. 11 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, o inciso IX do art 4º da Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000 e as diretrizes estabelecidas nesta Resolução”.

Da definição se extrai a necessidade de dois requisitos cumulativos, para justificar a exclusão de cobertura: (i) um objetivo, de existência da moléstia ou lesão no momento da formação do contrato; (ii) outro subjetivo, de conhecimento da moléstia, por parte do consumidor ou de seu responsável.

Não resta dúvida que não só os contratos em geral, como os de assistência à saúde, em vista de sua natureza relacional, são orientados pela boa-fé objetiva, posta como cláusula geral, nos artigos 113 e 422, do Código Civil¹⁴⁵, cláusula esta que consiste em

¹⁴³ Art. 11, Lei nº 9.656. É vedada a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei após vinte e quatro meses de vigência do aludido instrumento contratual, cabendo à respectiva operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário. Parágrafo único. É vedada a suspensão da assistência à saúde do consumidor ou beneficiário, titular ou dependente, até a prova de que trata o caput, na forma da regulamentação a ser editada pela ANS. (BRASIL. Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. *Diário Oficial da União*, Brasília, 04 Jun. 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm>. Acesso em 10 Jun. 2020).

¹⁴⁴ ANS. Resolução Normativa - RN nº 162, de 17 de outubro de 2017. Estabelece a obrigatoriedade da Carta de Orientação ao Beneficiário; dispõe sobre Doenças ou Lesões Preexistentes (DLP); Cobertura Parcial Temporária (CPT); Declaração de Saúde e sobre o processo administrativo para comprovação do conhecimento prévio de DLP pelo beneficiário de plano privado de assistência à saúde no âmbito da Agência Nacional de Saúde Suplementar; revoga as Resoluções CONSU nº 2, de 4 de novembro de 1998, CONSU nº 17 de 23 de março de 1999, artigos 2º e 4º da Resolução CONSU nº 15 de 23 de março de 1999, a Resolução Normativa 20 de 12 de dezembro de 2002 e a Resolução Normativa RN nº 55, de 2 de novembro de 2003 e altera a Resolução Normativa - RN nº 124, de 30 de março de 2006. *Diário Oficial da União*, 17 Out. 2017. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTIyMw==>>. Acesso em 17 Jul. 2020.

¹⁴⁵ Art. 113, *caput*, CC. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. [...]; Art. 422, CC. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 Jan. 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em 10 Jul. 2019).

uma norma de conduta, um padrão mínimo de comportamento ético e leal, de modo a não defraudar a confiança, as justas expectativas que os atos e negócios jurídicos despertam na contraparte.

Ocorre que a boa-fé aludida no artigo 11 da Lei 9.656/98 é outra, qual seja, a boa-fé subjetiva consistente na crença, um estado de ignorância dos vícios que atingem uma determinada situação jurídica. No caso específico dos planos de saúde, é a ignorância da existência da moléstia ou lesão no momento da contratação. Vê-se que a figura é concebida de modo negativo, como ignorância e não como convicção. Má-fé tem aquele que conhece a moléstia ou lesão, aquele que tem a consciência da ilegitimidade de seu direito à dispensa da carência.

Discute-se sobre a caracterização da boa-fé subjetiva, se basta a ignorância do vício (concepção psicológica), ou, ao invés, é exigível que o estado de ignorância seja desculpável (concepção ética). No caso dos planos de saúde, a lei se inclinou pelo acolhimento da concepção psicológica, criando uma série de mecanismos para que as operadoras apurem a existência das doenças e lesões antes da formação do contrato.

O artigo 5º, da Resolução Normativa nº 162, da ANS¹⁴⁶ dispõe que nos planos ou seguros individuais ou familiares de assistência à saúde o consumidor está obrigado a informar ao fornecedor, desde que expressamente solicitado na documentação contratual, a condição sabida de doença ou lesão preexistente. Disso decorre que confere a norma de regência ao fornecedor o dever de indagar, inexistindo a obrigação de revelação espontânea da doença ou lesão.

Sendo assim, cabe à operadora realizar exames admissionais, de modo que a própria omissão não a favorece.

¹⁴⁶ Art. 5º, RN nº 162. Nos planos privados de assistência à saúde, individual ou familiar, ou coletivos, em que haja previsão de cláusula de agravo ou cobertura parcial temporária, contratados após a vigência da Lei nº 9.656, de 1998, o beneficiário deverá informar à contratada, quando expressamente solicitado na documentação contratual por meio da Declaração de Saúde, o conhecimento de DLP, à época da assinatura do contrato ou ingresso contratual, sob pena de caracterização de fraude, ficando sujeito à suspensão da cobertura ou rescisão unilateral do contrato, nos termos do inciso II do parágrafo único do art. 13 da Lei nº 9.656, de 1998. (ANS. Resolução Normativa - RN nº 162, de 17 de outubro de 2017. Estabelece a obrigatoriedade da Carta de Orientação ao Beneficiário; dispõe sobre Doenças ou Lesões Preexistentes (DLP); Cobertura Parcial Temporária (CPT); Declaração de Saúde e sobre o processo administrativo para comprovação do conhecimento prévio de DLP pelo beneficiário de plano privado de assistência à saúde no âmbito da Agência Nacional de Saúde Suplementar; revoga as Resoluções CONSU nº 2, de 4 de novembro de 1998, CONSU nº 17 de 23 de março de 1999, artigos 2º e 4º da Resolução CONSU nº 15 de 23 de março de 1999, a Resolução Normativa 20 de 12 de dezembro de 2002 e a Resolução Normativa RN nº 55, de 2 de novembro de 2003 e altera a Resolução Normativa - RN nº 124, de 30 de março de 2006. *Diário Oficial da União*, 17 Out. 2017. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTIyMw==>>. Acesso em 17 Jul. 2020.)

Este entendimento está contemplado na Súmula nº 105, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹⁴⁷, *in verbis*: “Não prevalece a negativa de cobertura às doenças e às lesões preexistentes se, à época da contratação de plano de saúde, não se exigiu prévio exame médico admissional.”

Sobre a matéria, a jurisprudência:

Apelação. Ação de rescisão contratual. Plano de saúde. Pretendida rescisão unilateral do contrato. Alegação de doença preexistente. Fraude. Não caracterização, por falta de prova de má-fé do réu revel. Ausência de exame prévio de admissão. Situação em que a operadora assumiu o risco do negócio, diante própria desídia. Súmula 105 deste Tribunal. Sentença mantida. Recurso desprovido.¹⁴⁸

APELAÇÃO CÍVEL. Ação de obrigação de fazer. Negativa de cobertura de cirurgia. Alegação de doença cardíaca preexistente. Ausência de exame admissional da segurada e de evidências de que a autora já estava ciente da necessidade da realização de cirurgia para implantação do marca-passo quando da contratação. Caracterizada a situação de urgência, indevida a recusa de cobertura se já transcorrido o prazo máximo de 24 horas da adesão ao contrato - artigo 12, inciso V, alínea "c", e artigo 35-C da Lei 9.656/98. Aplicação da Súmula nº 103 deste E. Tribunal. R. sentença mantida. Recurso improvido.¹⁴⁹

Sobre o tema, Karyna Rocha Mendes da Silveira¹⁵⁰ menciona que “[...] não obstante o aludido prazo não estar inserido no rol dos prazos de carência, trata-se também de uma limitação à cobertura contratual, durante um determinado lapso temporal, sendo portanto um prazo de carência.”

A Cobertura Parcial Temporária (CPT), junto com o Agravo¹⁵¹, são alternativas que o consumidor dispõe para não suportar o período de 24 meses de suspensão da cobertura de eventos cirúrgicos, leitos de alta tecnologia e procedimentos de alta complexidade, relacionados às doenças e lesões preexistentes¹⁵².

¹⁴⁷ Cf. Anexo A.

¹⁴⁸ TJSP. *Apelação Cível 1009799-97.2017.8.26.0020*. Rel. Des. Coelho Mendes, 10ª Câmara de Direito Privado, DJ. 29 Jul. 2020. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13802443&cdForo=0>>. Acesso em 10 Ago. 2020;

¹⁴⁹ Id. *Apelação Cível 1004000-22.2020.8.26.0100*. Rel. Des. José Joaquim dos Santos, 2ª Câmara de Direito Privado, DJ. 13 Jul. 2020. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13743604&cdForo=0>>. Acesso em 10 Ago. 2020;

¹⁵⁰ SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes. *Doença Preexistente nos planos de saúde*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 96.

¹⁵¹ Agravo é um acréscimo no valor da mensalidade para que o consumidor tenha direito integral a cobertura do plano de saúde contratado, inclusive para a doença ou lesão preexistente declarada.

¹⁵² SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes. *Op. cit.*, p. 117.

2.3.3 Prazo de carência

Foram criados quatro tipos de carência, sendo que o primeiro se trata da Carência de 24 horas, prevista na alínea “c”, inciso V, da Lei nº 9.656/98¹⁵³, consistente no máximo permitido em caso de cobertura de urgência e emergência. Odete Neubauer de Almeida¹⁵⁴, conceitua “urgência” como sendo resultante de acidentes pessoais ou complicações no processo gestacional e “emergência” como sendo aqueles que implicam risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente.

Sobre a questão o Tribunal de Justiça de São Paulo se manifestou através da Súmula nº 103¹⁵⁵, do seguinte teor: “É abusiva a negativa de cobertura em atendimento de urgência e/ou emergência a pretexto de que está em curso período de carência que não seja o prazo de 24 horas estabelecido na Lei n. 9.656/98.

A segunda espécie de carência é a Carência de 300 dias, encontrada na alínea “a”, inciso V, da Lei nº 9.656/98¹⁵⁶, sendo entendida como aquela permitida à instituição no período de trezentos dias, para carências relativa ao atendimentos à partos.

Já o terceiro tipo consiste na Carência de 24 meses, prevista no artigo 11, da Lei nº 9.656/98¹⁵⁷ e, como já mencionado, refere-se à carência para doenças preexistentes à época da contratação do plano.

¹⁵³ Art. 12, Lei nº 9.695. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas: [...] V - quando fixar períodos de carência: [...] c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência [...]. (BRASIL. Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. *Diário Oficial da União*, Brasília, 04 Jun. 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm>. Acesso em 10 Jun. 2020).

¹⁵⁴ ALMEIDA, Odete Neubauer. *Abuso do poder no direito privado: Comentários à Lei 9.656/98 - Seguro Saúde*, segundo o Código de Defesa do Consumidor. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2002, p. 237.

¹⁵⁵ Cf. Anexo A.

¹⁵⁶ Art. 12, Lei nº 9.695/98. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas: [...] V - quando fixar períodos de carência: [...] a) prazo máximo de trezentos dias para partos a termo [...] (BRASIL. Op. cit.).

¹⁵⁷ Art. 11, Lei nº 9.695/98. É vedada a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei após vinte e quatro meses de vigência do aludido instrumento contratual, cabendo à respectiva operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário. Parágrafo único. É vedada a suspensão da assistência à saúde do consumidor ou beneficiário, titular ou dependente, até a prova de que trata o caput, na forma da regulamentação a ser editada pela ANS. (Ibid.).

Por fim, a última espécie é a Carência de 180 dias, encontrada na alínea “b”, inciso V, da Lei nº 9.656/98¹⁵⁸, caracterizando o prazo de 180 dias como sendo o prazo mínimo de carência permitido para todos os demais casos diversos dos acima transcritos.

A Lei nº 9.656/98 ainda prevê que, em alguns casos, pode haver a isenção de carência ou aproveitamento do período desta usufruído pelo titular, as isenções do recém-nascido e do filho adotivo menor de 12 anos.

Pois bem, segundo o artigo 12, inciso II, alíneas “a” e “b”, da Lei dos Planos de Saúde¹⁵⁹, o recém-nascido está isento de carência por trinta dias, contados da data de seu nascimento. Se ao nascer dentro desse prazo de trinta dias, estiver inscrito no plano de saúde está isento de qualquer carência.

Quanto ao filho adotivo menor de 12 anos, nos termos do artigo 12 inciso VII, da mesma Lei¹⁶⁰, ele aproveitará as carências cumpridas pelo consumidor adotante.

Sobre a nulidade de cláusulas contratuais e carência nos contratos de plano de saúde, o seguinte acórdão demonstra o posicionamento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹⁶¹:

Plano de Saúde. Cobertura. Doença preexistente. Prazo de carência. Não obstante o contrato de assistência à saúde, ao qual aderiu o apelante, prever o prazo de carência de 24 meses, a hipótese em tela autoriza a cobertura contratual, tendo em vista o disposto nos arts. 12, V, "c" e 35-C, da Lei nº 9.656/98. Caso em que a situação, enquadrada como urgência/emergência, tem redução do prazo de carência para 24

¹⁵⁸ Art. 12, Lei nº 9.695/98. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas: [...] V - quando fixar períodos de carência: [...] b) prazo máximo de cento e oitenta dias para os demais casos [...] (BRASIL. Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. *Diário Oficial da União*, Brasília, 04 Jun. 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm>. Acesso em 10 Jun. 2020).

¹⁵⁹ Art. 12, Lei nº 9.695/98. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas: III. Quando incluir atendimento obstétrico: a) cobertura assistencial ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, ou de seu dependente, durante os primeiros trinta dias após o parto; b) inscrição assegurada ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, como dependente, isento do cumprimento dos períodos de carência, desde que a inscrição ocorra no prazo máximo de trinta dias do nascimento ou da adoção; [...] (Ibid.).

¹⁶⁰ Art. 12, Lei nº 9.695/98. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas: [...] VII - inscrição de filho adotivo, menor de doze anos de idade, aproveitando os períodos de carência já cumpridos pelo consumidor adotante. (Ibid.).

¹⁶¹ TJSP. *Apelação nº 0022510-18.2011.8.26.0003*. Rel. Des. José Joaquim dos Santos, 2ª Câmara de Direito Privado, DJ. 29 Jan. 2013, DJE 31 Jan. 2019. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=6470723&cdForo=0>>. Acesso em 17 Jul. 2020.

horas. Cobertura integral. Precedentes. Sentença mantida. Recurso improvido.

Conclui-se, portanto, sobre o tema relativo à carência que o plano de saúde não pode deixar de dar cobertura ao tratamento necessitado, se a situação de saúde do beneficiário demandar urgência ou emergência, ainda que o contrato disponha o contrário, tratando-se de mais um caso de relativização do *pacta sunt servanda*.

2.3.4 Prazo de Internação – Proibição da Limitação

A cláusula limitativa de internação é abusiva, visto que é descabida qualquer estipulação prévia de limite de duração da internação.

Neste sentido, é o teor do artigo 12, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 9.656/98¹⁶²:

Art. 12, Lei 9.656/98. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:

[...]

II - quando incluir internação hospitalar:

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

Também é de se considerar o estabelecido na Súmula nº 302, do Colendo Superior Tribunal de Justiça¹⁶³, que prevê ser “abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.”

Ainda sobre a limitação do tempo de internação, dispõe a Súmula nº 92, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹⁶⁴ ser “[...] abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita o tempo de internação do segurado ou usuário”.

Sobre a questão, igualmente se posiciona a jurisprudência:

PLANO DE SAÚDE. Pedido de restituição do valor desembolsado com a contratação de novo plano. Impossibilidade. Parte capaz para contratar. Recurso, neste pronto, improvido. Limitação temporal de internação. Inadmissibilidade. Aplicação da súmula 302 do STJ e da

¹⁶² BRASIL. Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. *Diário Oficial da União*, Brasília, 04 Jun. 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm>. Acesso em 10 Jun. 2020.

¹⁶³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Súmula 302*, Segunda Seção, DJ. 18 Out. 2004, DJe 22 Nov. 2004. Disponível em <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acesso em 22 Jul. 2019;

¹⁶⁴ Cf. Anexo A.

Súmula 92 do TJSP. Devolução em dobro, porém indevida, uma vez que a cobrança se deu com base em cláusulas contratuais. Devolução dos valores pagos a mais, de forma simples. Agravo moral não caracterizado, embora censurável o comportamento da operadora. Descumprimento contratual que por si só não rende ensejo a danos morais. Recurso parcialmente provido¹⁶⁵.

PLANO DE SAÚDE. Dependente químico. Limitação temporal de internação. Inadmissibilidade. Aplicação da súmula 302 do STJ e da Súmula 92 do TJSP. Escolha da clínica fora da rede referenciada. Ausência de comprovação da existência de clínica correspondente na rede credenciada da ré. Sentença reformada. Recurso provido.¹⁶⁶

Por conseguinte, as cláusulas que limitam o tempo de internação não podem prevalecer. Eis que, sendo excessivamente desvantajosas ao consumidor, acabam por desequilibrar a sua relação com o fornecedor de serviços, tornando-se contrárias ao propósito do contrato, que é de preservação da saúde, ou seja, ferindo à função social do contrato. Assim, a limitação temporal de internação importaria no esvaziamento do contrato de prestação de serviços médicos, em nítida desconsideração do bem maior que é a saúde do contratante do plano médico.

Desta feita, é de se concluir, portanto, que a cláusula que limita o tempo de internação é abusiva, visto que não há como se prever o tempo de internação do paciente.

Importante consignar que o Superior Tribunal de Justiça afetou ao regime de recursos repetitivos - Tema 1032¹⁶⁷ – a matéria relativa à definição da tese alusiva à legalidade ou abusividade de cláusula contratual de plano de saúde que estabelece o pagamento parcial pelo contratante, a título de coparticipação, na hipótese de internação hospitalar superior a 30 dias decorrente de transtornos psiquiátricos.

Portanto, em todo o território nacional, até o julgamento do repetitivo pela referida Corte Superior, estão suspensos os julgamentos que envolvam internação psiquiátrica, diante da controvérsia acerca da possibilidade de cobrança de coparticipação do beneficiário nos casos em que a internação exceda o período de 30 dias.

¹⁶⁵ TJSP. *Apelação nº 0001357-16.2008.8.26.0590*. Rel. Des. José Joaquim dos Santos, 2ª Câmara de Direito Privado, DJ. 24 Jul. 2020. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6047984&cdForo=0>>. Acesso em 23 Jul. 2020.

¹⁶⁶ Id. *Apelação nº 0225225-20.2009.8.26.0100*. Rel. Des. José Joaquim dos Santos, 2ª Câmara de Direito Privado, DJ. 24 Jul. 2019. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6047955&cdForo=0>>. Acesso em 23 Jul. 2020.

¹⁶⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Tema 1032 - Afetado*. Segunda seção, [S.I.], Dje 21 Out. 2019. Disponível em <http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp>. Acesso em 23 Jul. 2020.

2.3.5 Medicamentos Quimioterápicos

Não são raras as vezes em que o plano de saúde nega a cobertura de medicamentos quimioterápicos sob a alegação de que se trata de tratamento experimental ou, até mesmo, de que são medicamentos de uso domiciliar.

De fato, se a quimioterapia constitui procedimento coberto e o medicamento é para tal fim, não há como negá-lo com base na alegação de que se trata de tratamento experimental ou com base no local onde será ministrado.

Assim é que, se o contrato não restringe a cobertura quimioterápica, sua interpretação logicamente será a mais favorável ao consumidor, nos termos do artigo 47, do Código de Defesa do Consumidor¹⁶⁸, sob pena de inviabilizar o objeto do próprio ajuste, qual seja, a garantia à saúde, o que viola o inciso II, § 1º, do artigo 51, do mesmo diploma legal¹⁶⁹.

Ademais, cumpre salientar que as cláusulas de exclusão da cobertura em relação à aquisição e fornecimento destes medicamentos são consideradas abusivas, já que deixam o associado em situação de desvantagem, o que fere o princípio da vulnerabilidade, previsto no Código de Defesa do Consumidor.

Sendo assim, é evidente que não pode o plano de saúde limitar o uso destes medicamentos e eleger o tratamento que será realizado no portador da moléstia, cabendo tal escolha ao médico, e não à operadora de saúde.

Pode-se dizer, ainda, que o contrato de plano de saúde deve acompanhar a evolução da medicina, de modo que, se o medicamento, em franco desenvolvimento do tratamento da doença, ao invés de internações hospitalares, agora pode ser ministrado oralmente através de comprimidos, a operadora de plano de saúde também será beneficiada com a redução de seus gastos perante o segurado, ao não ter que lhe disponibilizar internação, nem corpo médico e enfermeiras para a realização do tratamento que, acima de tudo mostra-se mais racional.

¹⁶⁸ Art. 47, CDC. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor. (BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 12 Set. 1990, p. 01 (Suplemento). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em 10 Jun. 2020).

¹⁶⁹ Art. 51, § 1º, CDC: Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: [...] II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; [...]. (Ibid.).

Aliás, assim têm decidido nossos Tribunais¹⁷⁰:

ACÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. Paciente com câncer. Indicação do medicamento Folfirinox. Medicamento registrado pela ANVISA. Indevida a recusa do Plano de Saúde sob alegação de uso off label e de caráter experimental. Súmulas 95 e 96 do TJSP. RECURSO IMPROVIDO.¹⁷¹

Portanto, entende-se que é devida a cobertura de medicamentos quimioterápicos, nos termos da Súmula nº 95 do Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁷², do seguinte teor: “Havendo expressa indicação médica, não prevalece a negativa de cobertura do custeio ou fornecimento de medicamentos associados a tratamento quimioterápico”.

Importante salientar que a atual posição do Superior Tribunal de Justiça é clara no sentido da legalidade da exclusão de cobertura de medicamentos sem registro pela ANVISA. No julgamento do dia 08 de novembro de 2018, a Corte apreciou o Tema Repetitivo nº 990 e julgou que “as operadoras de plano de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela Anvisa”. No julgamento, decidiu-se¹⁷³:

É legítima a recusa da operadora de plano de saúde em custear medicamento importado, não nacionalizado, sem o devido registro pela ANVISA, em atenção ao disposto no art. 10, V, da Lei nº 9.656/98, sob pena de afronta aos arts. 66 da Lei nº 6.360/76 e 10, V, da Lei nº 6.437/76. Incidência da Recomendação nº 31/2010 do CNJ e dos Enunciados nº 6 e 26, ambos da I Jornada de Direito da Saúde, respectivamente, A determinação judicial de fornecimento de fármacos

¹⁷⁰ No mesmo sentido, cf. TJSP. *Apelação Cível* nº 257 025-4/9. Rel. Des. José Roberto Bedran, 2ª Câmara de Dir. Privado, DJ. 23 Ago. 2019. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1822971&cdForo=0>>. Acesso em 10 Jul. 2020; TJSP. *Apelação Cível* nº 337 358-4/0-00. Rel. Des. Álvares Lobo, 8ª Câmara de Dir. Privado, DJ 30 Nov. 2005. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2008590&cdForo=0>>. Acesso em 11 Jul. 2020; TJSP. *Apelação Cível* nº 536.028.4/6. Rel. Des. Elcio Trujillo, 7ª Câmara de Direito Privado, DJ. 30 Jan. 2018. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2461283&cdForo=0>>. Acesso em 11 Jul. 2020; TJSP. *Apelação* nº 495.265.4/0. Rel. Des. Donegá Morandini, 3ª Câmara de Direito Privado, DJ. 29 Jan. 2008. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2452060&cdForo=0>>. Acesso em 11 Jul. 2020; TJSP. *Agravo de Instrumento* nº 522.680.4/3. Rel. Des. Ênio Zuliani, 4ª Câmara de Direito Privado, DJ. 27 Set. 2020. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2336446&cdForo=0>>. Acesso em 11 Jul. 2020.

¹⁷¹ Id., *Apelação Cível* 1000612-17.2019.8.26.0369. Rel. Des. Silvia Maria Facchina Esposito Martinez, 10ª Câmara de Direito Privado, DJ. 31 Jul. 2020. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13813342&cdForo=0>>. Acesso em 10 Jul. 2020.

¹⁷² Cf. Anexo A.

¹⁷³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Tema Repetitivo 990*. Segunda seção, [S.I.], Dje 19 Mar. 2018. Disponível em <http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1726563>. Acesso em 15 Jul. 2020.

deve evitar os medicamentos ainda não registrados na Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei; e, É lícita a exclusão de cobertura de produto, tecnologia e medicamento importado não nacionalizado, bem como tratamento clínico ou cirúrgico experimental. 2.3. Porém, após o registro pela ANVISA, a operadora de plano de saúde não pode recusar o custeio do tratamento com o fármaco indicado pelo médico responsável pelo beneficiário.

Neste caso específico, pode-se dizer que prevaleceu o interesse das operadoras de plano de saúde em detrimento do interesse do consumidor, mantendo-se o quanto disposto no contrato, para preservar o equilíbrio econômico-financeiro, eis que, no mais das vezes, estes medicamentos possuem alto custo e o trâmite para importação é exorbitante, onerando demasiadamente o contrato.

2.3.6 Negativa de cobertura de procedimentos, tratamentos e exames

As operadoras de saúde constantemente negam cobertura à realização de procedimentos, tratamentos e exames.

Todavia, como se verá a seguir, o entendimento majoritário é de que tal limitação contratual não pode prevalecer se a moléstia que acomete o segurado possui cobertura contratual.

Ocorre que, como já mencionado anteriormente, quaisquer cláusulas restritivas de cobertura devem ser examinadas com prudência e interpretadas favoravelmente ao paciente, dada a natureza peculiar do contrato de seguro-saúde, que tem por objetivo a delicada atividade de prestação de serviços médicos, em que, na maioria das vezes, está em jogo a sobrevivência humana, impondo-se proteção do interesse preponderante de risco de vida.

Ora, não se pode permitir que aqueles que buscam auxílio na esfera privada sejam afastados de um direito a ser juridicamente protegido, ainda mais por serem firmados entre as partes contratos de adesão, em que não é dada possibilidade à parte aderente de discutir os termos do contrato.

Com efeito, a negativa de cobertura indevida pelo plano de saúde contraria o quanto disposto no artigo 51, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor¹⁷⁴, pois coloca o consumidor em exagerada desvantagem, retirando-lhe a chance de realizar procedimentos médicos para manutenção de sua saúde. Não obstante, a escolha dos procedimentos, tratamentos e exames não é feita pelo consumidor, mas sim pelo seu médico, de modo que se presume que são necessários.

No mais, mesmo as exclusões previstas no artigo 10, da Lei dos Planos de Saúde¹⁷⁵, por vezes, têm a sua aplicabilidade duvidosa. Nos casos em que o procedimento nem ao menos está inserido nas exclusões de cobertura previstas na referida lei, a negativa de cobertura se mostra abusiva.

Além disso, na maioria das vezes, as operadoras negam a cobertura sob a alegação de existência de cláusula contratual no sentido de que somente os tratamentos, procedimentos e exames previstos no rol da ANS possuem cobertura.

De acordo como definido pela Agência, “O Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde” consiste na lista dos “[...] procedimentos considerados indispensáveis ao diagnóstico, tratamento e acompanhamento de doenças e eventos em saúde, em cumprimento ao disposto na Lei nº 9.656/98”¹⁷⁶.

Nesta toada, o Superior Tribunal de Justiça entende ser um rol mínimo para garantia do direito à vida da pessoa paciente, conforme julgado a seguir:

¹⁷⁴ Art. 51, CDC. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; [...] (BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 12 Set. 1990, p. 01 (Suplemento). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em 10 Jun. 2020).

¹⁷⁵ Art. 10, Lei nº 9.656/98. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto: I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental; II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; III - inseminação artificial; IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados; VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, ressalvado o disposto nas alíneas ‘c’ do inciso I e ‘g’ do inciso II do art. 12; VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes; X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente. (BRASIL. Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. *Diário Oficial da União*, Brasília, 04 Jun. 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm>. Acesso em 10 Jun. 2020).

¹⁷⁶ ANS. *Espaço do Consumidor* - O que é o Rol de Procedimentos e Evento em Saúde. Rio de Janeiro. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/index.php/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/737-rol-de-procedimentos>>. Acesso em 02/07/2020.

O rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para propiciar direito à saúde, com preços acessíveis contemplando a camada mais ampla e vulnerável da população.¹⁷⁷

Até o ano de 2020, a jurisprudência majoritária já havia se posicionado no sentido de que o fato de não estar o procedimento, tratamento ou exame elencado no rol da ANS não possui relevância jurídica, porque, no mais das vezes, o contrato firmado entre as partes não prevê, expressamente, a exclusão daqueles. Os parâmetros dos julgados eram associados ao fato de que tal rol não poucas vezes mostra-se desatualizado tendo em vista os constantes avanços da medicina, bem como que cabe ao médico a determinação do tratamento a ser empregado.

No sentido de que o rol divulgado pela Agência não é taxativo, mas tem apenas o intuito de ser uma referência às operadoras de planos de saúde, confira-se o posicionamento da jurisprudência¹⁷⁸:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - PLANO DE SAÚDE – Plano não adaptado à Lei 9.656/98 - Home Care - Exclusão contratual – Inadmissibilidade – (...) Referência no recurso ao REsp 1733013/PR – Entendimento majoritário do STJ de que o Rol da ANS é exemplificativo - Inexistência de overruling - Recurso desprovido.¹⁷⁹

O entendimento acima esposado está consubstanciado na Súmula nº 102, do Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁸⁰: “Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS”.

E ainda, na Súmula nº 96, do mesmo Tribunal¹⁸¹, do seguinte teor: “Havendo expressa indicação médica de exames associados a enfermidade coberta pelo contrato, não prevalece a negativa de cobertura do procedimento”.

¹⁷⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial nº 1.733.013-PR*. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJ. 10 Dez. 2019, DJe de 20 Fev. 2020. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201800740615&dt_publicacao=20/02/2020>. Acesso em 02 Jul. 2020.

¹⁷⁸ Na mesma linha de consideração, cf. TJSP. *Apelação Cível nº 553.412.4/3-00*. Rel. Des. Luiz Antônio Godoy, 1ª Câmara, DJ. 9 Set. 2018. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3235258&cdForo=0>>. Acesso em 02 Jul. 2020; TJSP. *Apelação Cível nº 576.709.4/7-00*. Rel. Des. Luiz Antônio Godoy, 1ª Câmara, 16 Set. 2018. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3244889&cdForo=0>>. Acesso em 03 Jul. 2020; TJSP. *Apelação Cível nº 654.415.4/3-00*. Rel. Des. Percival Nogueira, 6ª Câmara, DJ. [...].

¹⁷⁹ Id. *Agravo de Instrumento nº 2178640-93.2020.8.26.0000*. Rel. Des. Alcides Leopoldo, 4ª Câmara de Direito Privado, DJ. 31 Jul. 2020. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13817343&cdForo=0>>. Acesso em 01 Jul. 2020.

¹⁸⁰ As Súmulas do Tribunal de São Paulo se encontram no Anexo A.

¹⁸¹ Cf. Anexo A.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou no julgamento do REsp nº 1733013/PR, no sentido de que o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde elaborado pela ANS não pode ser caracterizado como relação exemplificativa. Por ser uma decisão de grande impacto no setor, transcreve-se a ementa do julgado¹⁸²:

PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE. RECURSO ESPECIAL. ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE ELABORADO PELA ANS. ATRIBUIÇÃO DA AUTARQUIA, POR EXPRESSA DISPOSIÇÃO LEGAL E NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DOS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. CARACTERIZAÇÃO COMO RELAÇÃO EXEMPLIFICATIVA. IMPOSSIBILIDADE. MUDANÇA DO ENTENDIMENTO DO COLEGIADO (OVERRULING). CDC. APLICAÇÃO, SEMPRE VISANDO HARMONIZAR OS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E ATUARIAL E SEGURANÇA JURÍDICA. PRESERVAÇÃO. NECESSIDADE. RECUSA DE COBERTURA DE PROCEDIMENTO NÃO ABRANGIDO NO ROL EDITADO PELA AUTARQUIA OU POR DISPOSIÇÃO CONTRATUAL. OFERECIMENTO DE PROCEDIMENTO ADEQUADO, CONSTANTE DA RELAÇÃO ESTABELECIDADA PELA AGÊNCIA. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. INVIABILIDADE.

Não se pode deixar de mencionar que a decisão gera forte insegurança jurídica, entretanto, não possui efeito vinculante. Com efeito, salienta-se que a 3ª Turma da Corte mantém o entendimento majoritário anterior¹⁸³.

¹⁸² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial nº 1.733.013-PR*. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJ. 10 Dez. 2019, DJe de 20 Fev. 2020. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201800740615&dt_publicacao=20/02/2020>. Acesso em 02 Jul. 2020.

¹⁸³ Cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Agravo Interno em Recurso Especial nº 1829583/SP*. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, DJ. 22 Jun. 2020, DJe 26 Jun. 2020. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201902256602&dt_publicacao=26/06/2020>. Acesso em 05 Jul. 2020; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Agravo Interno em Recurso Especial nº 1442296/SP*. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, DJ. 23 Mar. 2020, DJe 25 Mar. 2020.

Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201900377410&dt_publicacao=25/03/2020>. Acesso em 05 Jul. 2020; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Agravo Interno em Recurso Especial nº 1471762/DF*, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, DJ. 23 Mar. 2020, DJe 30 Mar. 2020.

Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201900792344&dt_publicacao=30/03/2020>. Acesso em 05 Jul. 2020; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Agravo Interno em Recurso Especial nº 1849149/SP*. Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJ. 30 Mar. 2020, DJe 01 Abr. 2020. Disponível em

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201903439029&dt_publicacao=01/04/2020>. Acesso em 05 Jul. 2020. Em decisões monocráticas, cf. FERREIRA, Antônio Carlos. *Agravo em Recurso Especial nº 1.572.597/GO*. DJe 12 Mai. 2020. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201902554340&dt_publicacao=1

Importante consignar que um dos argumentos dos adeptos a teoria da taxatividade do rol da ANS é o de que esta característica traria maior previsibilidade para os cálculos atuariais e segurança do equilíbrio financeiro dos contratos.

Entretanto, informações obtidas no site da referida Agência¹⁸⁴ deixam claro que o faturamento das operadoras de plano de saúde apenas aumenta nos últimos anos, Observe-se da tabela abaixo:

Ilustração 5 – Tabela de Receitas das Operadoras de Plano de Saúde entre 2010 e 2019

Receita de contraprestações das operadoras (em Reais) (Brasil - 2010-2019)

Ano	Receita de contraprestações	Outras receitas operacionais	Despesa assistencial	Despesa administrativa	Despesa de comercialização	Outras despesas operacionais
2010	74.539.331.508	18.145.790.904	59.711.429.527	12.338.786.866	2.322.414.750	12.494.352.603
2011	84.821.575.963	19.750.658.043	68.864.809.673	13.204.508.561	2.745.924.331	14.154.092.321
2012	95.853.680.339	20.360.813.441	80.112.826.811	14.261.625.566	3.152.901.509	13.682.829.619
2013	109.927.620.595	14.910.319.352	90.925.302.328	15.017.643.463	3.501.861.811	14.132.771.296
2014	127.777.444.503	14.910.944.501	106.496.081.722	16.816.617.032	4.172.816.917	15.048.990.235
2015	144.701.906.083	15.333.832.284	120.119.877.388	17.830.659.710	4.839.088.798	16.111.089.254
2016	163.246.294.916	17.240.240.037	137.123.914.097	19.372.921.338	5.384.362.883	17.946.513.808
2017	180.893.859.503	17.028.477.006	150.583.574.465	20.176.363.171	5.455.991.738	18.025.945.719
2018	197.438.238.418	13.268.654.502	161.469.397.459	20.578.358.346	5.924.588.751	16.236.544.754
2019	158.774.032.894	9.752.599.709	130.776.315.585	15.908.779.726	4.813.022.814	11.874.727.011

Fontes: DIOPS/ANS/MS (15 Jun. 2020)

Notas: 1. Dados de 2020 referentes ao acumulado do 1º trimestre. 2. Dados preliminares, sujeitos à revisão. 3. Somente a partir de 2007, as operadoras da modalidade Autogestão passaram a enviar obrigatoriamente informações financeiras, com exceção daquelas por SPC (Secretaria Previdência Complementar), obrigadas a partir de 2010. As Autogestões por RH (Recursos Humanos) não são obrigadas a enviar informações financeiras.

Portanto, o alto faturamento das operadoras torna falaciosa a alegação de que a cobertura de procedimentos não presentes no rol da ANS implicaria em desequilíbrio econômico-financeiro.

5/05/2020>. Acesso em 05 Jul. 2020; GALLOTTI, Maria Isabel. *Recurso Especial nº 1.847.233/GO*. DJe 13 Mai. 2020. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisooes/?num_registro=201903316286&dt_publicacao=13/05/2020>. Acesso em 05 Jul. 2020; e BUZZI, MARCO. *Agravo em Recurso Especial nº 1685355/SP*. DJe 01 Jul. 2020. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisooes/?num_registro=202000721446&dt_publicacao=01/07/2020>. Acesso em 05 Jul. 2020.

¹⁸⁴ ANS. *Dados do Setor – Dados Gerais*. Rio de Janeiro. Disponível em <<https://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>>. Acesso em 06 Jul. 2020.

2.3.7 Solidariedade entre cooperativas de trabalho médico da mesma operadora

Nos casos em que a operadora de saúde é uma cooperativa, atuando em diversos Estados do país, entende-se que, não sendo possível a realização do procedimento pretendido dentro da rede credenciada da operadora ou, estando em caso de urgência, as cooperativas terão responsabilidade solidária ainda que o contrato limite a área de abrangência, nos termos da Súmula nº 99, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹⁸⁵.

Sobre a questão, vem entendendo o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no seguinte sentido:

Plano de saúde. Procedimentos médicos de emergência. Demora. Negativa de cobertura de material cirúrgico. Alegação de ilegitimidade passiva afastada. Contrato entabulado com a apelante. Responsabilidade solidária entre as cooperativas de trabalho médico. Súmula nº 99, da Seção de Direito Privado, TJSP.(...) Recurso desprovido.¹⁸⁶

Agravo de instrumento. Decisão agravada que reconheceu a legitimidade da agravante para figurar no polo passivo da demanda. Legitimidade passiva constatada à vista da relação de reciprocidade e colaboração entre as cooperativas que integram o "Sistema Unimed". Recurso improvido.¹⁸⁷

ILEGITIMIDADE "AD CAUSAM" Pretensão à realização e custeio total de angioplastia, com médico e em hospital filiado à UNIMED, porém em outra base territorial Legitimidade passiva Configuração Empresa que, ainda que subdividida em diversas outras, constitui entidade única Existência de cláusula que prevê a possibilidade de atendimento em entidade co-irmã, a indicar haver elo entre as cooperativas médicas que participam da cadeia de fornecimento de serviços.(...)Responsabilidade solidária entre as unidades que compõem o sistema Unimed. Recurso improvido.¹⁸⁸

Importante consignar que, apesar de o entendimento estar consubstanciando em Súmula do Tribunal de Justiça, observa-se que a jurisprudência não é unânime em relação à solidariedade entre as cooperativas, eis que existem julgados nos mais variados sentidos

¹⁸⁵ Cf. Anexo A.

¹⁸⁶ TJSP. *Apelação nº 0222140-29.2009.8.26.0002*. Rel. Des. J. Paulo Camargo Magano, 10ª Câmara de Direito Privado, DJ. 23 Abr. 2013. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6686551&cdForo=0>>. Acesso em 10 Jul. 2020.

¹⁸⁷ Id. *Agravo de instrumento nº 0001000-84.2013.8.26.0000*. Rel. Des. José Joaquim dos Santos, 2ª Câmara de Direito Privado, DJ. 05 Mar. 2013. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6559449&cdForo=0>>. Acesso em 10 Jul. 2020.

¹⁸⁸ Id. *Apelação nº 0120825-81.2011.8.26.0100*. Rel. Des. Alvaro Passos, 2ª Câmara de Direito Privado, DJ. 19 Fev. 2013. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6508474&cdForo=0>>. Acesso em 11 Jul. 2020.

em relação à matéria tratada, o que gera grande insegurança jurídica, dificultando, mais uma vez, a atividade empresarial.

2.3.8 Continuidade do ex-empregado em plano de saúde subsidiado pela ex-empregadora

Por primeiro, é de se consignar que o empregado ou associado que contrata plano de saúde através de entidade de classe ou empregadora possui legitimidade para figurar no polo ativo em casos de demanda contra o seu plano de saúde. Neste sentido, manifestou-se o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo através da recém editada Súmula nº 101¹⁸⁹ que dispõe o seguinte: “O beneficiário do plano de saúde tem legitimidade para acionar diretamente a operadora mesmo que a contratação tenha sido firmada por seu empregador ou associação de classe.”

Nos planos coletivos, o empregado que se desliga da empresa contratante pode continuar como beneficiário, mantendo as condições das quais que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, assumindo o pagamento da sua parcela que até então era de responsabilidade patronal¹⁹⁰.

Vejamos o que assegura a Lei nº 9.656/98, nos seus artigos 30 e 31, *caput*¹⁹¹:

Art. 30, Lei nº 9.656/98. Ao consumidor que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, é assegurado o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral.

§ 1º O período de manutenção da condição de beneficiário a que se refere o caput será de um terço do tempo de permanência nos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, com um mínimo assegurado de seis meses e um máximo de vinte e quatro meses.

§ 2º A manutenção de que trata este artigo é extensiva, obrigatoriamente, a todo o grupo familiar inscrito quando da vigência do contrato de trabalho.

§ 3º Em caso de morte do titular, o direito de permanência é assegurado aos dependentes cobertos pelo plano ou seguro privado coletivo de assistência à saúde, nos termos do disposto neste artigo.

¹⁸⁹ Cf. Anexo A.

¹⁹⁰ ALMEIDA, Odete Neubauer. *Abuso do poder no direito privado: Comentários à Lei 9.656/98 - Seguro Saúde*, segundo o Código de Defesa do Consumidor. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2002, p. 239/240.

¹⁹¹ BRASIL. Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. *Diário Oficial da União*, Brasília, 04 Jun. 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm>. Acesso em 10 Jun. 2020.

§ 4o O direito assegurado neste artigo não exclui vantagens obtidas pelos empregados decorrentes de negociações coletivas de trabalho.

§ 5o A condição prevista no caput deste artigo deixará de existir quando da admissão do consumidor titular em novo emprego.

§ 6o Nos planos coletivos custeados integralmente pela empresa, não é considerada contribuição a co-participação do consumidor, única e exclusivamente, em procedimentos, como fator de moderação, na utilização dos serviços de assistência médica ou hospitalar.

Art. 31, Lei nº 9.695/98. Ao aposentado que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, pelo prazo mínimo de dez anos, é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral.

§ 1o Ao aposentado que contribuir para planos coletivos de assistência à saúde por período inferior ao estabelecido no caput é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, à razão de um ano para cada ano de contribuição, desde que assuma o pagamento integral do mesmo.

§ 2o Para gozo do direito assegurado neste artigo, observar-se-ão as mesmas condições estabelecidas nos §§ 2º, 3º, 4º, 5º e 6º do art. 30.

§ 3º Para gozo do direito assegurado neste artigo, observar-se-ão as mesmas condições estabelecidas nos §§ 2º e 4º do art. 30.

Nos casos em que o empregado foi dispensado sem justa causa e não é aposentado, aplica-se o disposto no artigo 30, da Lei dos Planos de Saúde, de modo que a permanência no plano após o desligamento será de, no mínimo, seis meses e, no máximo, vinte e quatro meses, considerando o cálculo de um terço do tempo de permanência no plano coletivo.

O parágrafo 3º deste dispositivo prevê que, em caso de falecimento do empregado, sendo este inscrito no plano coletivo, assiste aos seus dependentes os mesmos direitos que ele teria se tivesse sido despedido sem justa causa.

O artigo 31 da mesma Lei dispõe que o empregado que se aposenta, ao se desligar da empresa, pode continuar como beneficiário nas mesmas condições das quais gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o pagamento integral das prestações, ou seja, a parte que era descontada do seu salário e, ainda, a parte que antes era subsidiada pela empregadora. Neste caso, a Lei entende que, se o empregado já tiver contribuído por dez anos antes da aposentadoria, poderá continuar no plano indefinidamente, sem limitação temporal. Se tiver contribuído por período inferior a esse, poderá se manter por tempo proporcional, ou seja, um ano para cada ano de contribuição¹⁹².

¹⁹² ALMEIDA, Odete Neubauer. *Abuso do poder no direito privado: Comentários à Lei 9.656/98 - Seguro Saúde, segundo o Código de Defesa do Consumidor*. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2002, p. 240.

Nos dois casos, tanto para obter o benefício previsto no artigo 30, quanto para obter o benefício do artigo 31, é necessário que o beneficiário e ex-empregado tenha contribuído para o pagamento do plano de saúde, através de descontos realizados em sua folha de pagamento. Somente assim nascerá uma relação jurídica direta com o plano de saúde quando o seu contrato de trabalho for rompido e, conseqüentemente, o respectivo contrato de plano de saúde, do qual sua ex-empregadora é estipulante.

Assim, como já mencionado, se o empregado é beneficiário de plano de saúde coletivo/empresarial em que a estipulante é sua empregadora, ele tem legitimidade para propor ação contra o plano de saúde. Todavia, após a rescisão do contrato de trabalho, o empregado somente terá legitimidade para propor ação judicial contra o plano de saúde, se arcou com parte do valor da mensalidade.

Portanto, são requisitos para obter os benefícios dos referidos artigos: a) existência da condição de beneficiário de plano coletivo empresarial decorrente de vínculo empregatício; b) a configuração de contribuição do empregado para o pagamento do prêmio ou contraprestação pecuniária enquanto ativo; c) demissão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa; e, por fim, d) no caso do artigo 31, a condição de aposentado, a qual deve estar cumulada com os requisitos dos itens “a” e “b”.

Todavia, os planos de saúde insistem em argumentar que, em virtude do empregado ter se aposentado e continuar trabalhando após a sua aposentadoria para a mesma empresa, o empregado faria jus ao benefício do artigo 30, e não do artigo 31, uma vez que este último é mais benéfico por prever que o contrato será mantido por tempo indeterminado.

Para dirimir esta questão o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo editou a Súmula 104¹⁹³, *in verbis*: “A continuidade do exercício laboral após a aposentadoria do beneficiário do seguro saúde coletivo não afasta a aplicação do art. 31 da Lei n. 9.656/98.”

Desta feita, o aposentado que continua trabalhando para a mesma empresa e depois é despedido sem justa causa tem direito a usufruir da benesse prevista no artigo 31, da Lei nº 9.656/98, ainda que a causa da rescisão não tenha sido a aposentadoria.

Por fim, é de se consignar que, em razão da controvérsia acerca de quais são as condições assistenciais e de custeio do plano de saúde em relação aos beneficiários inativos, ou seja, aqueles que usufruem da benesse prevista no artigo 31, da Lei de Planos de Saúde, o Superior Tribunal de Justiça afetou a questão ao regime de recursos

¹⁹³ Cf. Anexo A.

repetitivos - Tema 1034¹⁹⁴ –, a saber: “Definir quais condições assistenciais e de custeio do plano de saúde devem ser mantidas a beneficiários inativos, nos termos do art. 31 da Lei n. 9.656/1998”. Assim, os processos em que a matéria estiver sendo discutida restarão suspensos em primeiro e segundo graus.

2.3.9 Rescisão unilateral do contrato

É importante esclarecer, desde já, que, diante da inadimplência do beneficiário, o plano de saúde não pode rescindir o contrato unilateralmente, sem notificação prévia.

Assim, aplica-se a Súmula nº 94, do Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁹⁵, recentemente editada, do seguinte teor: “A falta de pagamento da mensalidade não opera, per si, a pronta rescisão unilateral do contrato de plano ou seguro saúde, exigindo-se a prévia notificação do devedor com prazo mínimo de dez dias para purga da mora”.

Ademais, dispõe o artigo 13, parágrafo único, inciso. II, da Lei nº 9.656/98¹⁹⁶, que são vedadas:

A suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, **desde que o consumidor seja comprovadamente notificado** até o quinquagésimo dia de inadimplência.

O escopo de tal notificação é o de dar conhecimento ao destinatário de seu teor e constituí-lo em mora. Deve ser inequívoca, permitindo ao usuário o exato conhecimento de sua situação e das consequências da persistência do inadimplemento¹⁹⁷.

Segundo Ricardo Bechara Santos¹⁹⁸, para suspender ou rescindir o contrato, de acordo com o artigo supratranscrito, em caso de inadimplência, a operadora há de observar os requisitos determinados na lei, quais sejam:

1) Que o período de inadimplência ultrapasse a sessenta dias, sejam eles consecutivos ou não; 2) que essa inadimplência se dê nos últimos doze

¹⁹⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Tema 1034 - Afetado*. Segunda seção, [S.l.], Dje 05 Nov. 2019. Disponível em <http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp>. Acesso em 15 Jul. 2020.

¹⁹⁵ Cf. Anexo A.

¹⁹⁶ BRASIL. Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. *Diário Oficial da União*, Brasília, 04 Jun. 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm>. Acesso em 10 Jun. 2020. (Grifos nossos).

¹⁹⁷ Nesse sentido, cf. TJSP. *Agravo de Instrumento nº 990.10.336896-7*. Rel. Des. José Carlos Ferreira Alves, 2ª Câmara de Direito Privado do TJSP, DJ. 28 Set. 2019. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4734386&cdForo=0>>. Acesso em 20 Jul. 2020.

¹⁹⁸ SANTOS, Ricardo Bechara. *Direito de Seguro no Novo Código Civil e Legislação Própria*, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 615.

meses de vigência do contrato, podendo, portanto, se somar dias de inadimplência corridos nesses últimos doze meses de vigência com dias de inadimplência ocorridos em outros desses períodos de vigência, como que se não completada a inadimplência em um período de doze meses, não tivesse o segurado direito a outra recontagem iniciada de zero; 3) que antes de completar os sessenta dias de inadimplência, contínuos ou não, seja o segurado (consumidor) comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência, contínuos ou não.

Ademais, é comum a prática da operadora de plano de saúde de rescindir contrato coletivo, sob a alegação de que o artigo 13, inciso II, da Lei nº 9.656/98 não se aplica aos contratos coletivos, mas tão somente aos contratos individuais.

Ocorre que, não é possível, dentro do microsistema do Código de Defesa do Consumidor, fazer-se uma interpretação restritiva ao consumidor, sob pena de grave violação ao sistema protetivo que inegavelmente integra as relações de consumo em benefício da parte hipossuficiente. Não se pode deixar de ter em conta que a rescisão unilateral de contrato de adesão de plano de saúde lesa direitos dos associados, contrariando princípios consagrados nas normas de defesa do consumidor, podendo trazer-lhes prejuízos irreparáveis¹⁹⁹.

Nesse ínterim, não se pode diferenciar os contratos individuais dos coletivos, na medida em que, em última análise, estes também se destinam ao consumidor individual e, por isso, a diferenciação de disciplina implicaria em dar tratamento diferente para situações iguais.

Nesse sentido, precedentes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²⁰⁰.

Assim, dado o seu caráter fundamental de garantir adequado tratamento médico ao usuário não é permissível à seguradora simplesmente interromper o contrato. Um contrato não pode prever a preponderância da vontade de um único contratante, até porque as regras ditadas pela ré contrariariam o bem comum e a boa-fé objetiva, colocando o contratante do plano em condição de total fragilidade contratual.

Ademais, não se afirma que deve ser o contrato perpétuo. Se há desequilíbrio, o dever de cooperação inerente à boa-fé objetiva recomenda a busca consensual do

¹⁹⁹ Nessa mesma linha de consideração, cf. TJSP. *Apelação nº 0164563-56.2010.8.26.0100*. Rel. Des. José Joaquim dos Santos, 2ª Câmara de Direito Privado, DJ. 19 Jul. 2018. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5262164&cdForo=0>>. Acesso em 20 Jul. 2020.

²⁰⁰ Cf. TJSP. *Apelação Cível nº 362.868.4/6*. Rel. Des. Maia da Cunha, 4ª Câmara de Direito Privado, DJ [...]; TJSP. *Apelação Cível nº 429.124.4/9-00*, Rel. Des. Beretta da Silveira, 3ª Câmara de Direito Privado, DJ. [...]; TJSP. *Apelação nº 320.574.4/7-00*. Relator Des. Joaquim Garcia, 8ª Câmara de Direito Privado, DJ. 12 Nov. 2018. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3367246&cdForo=0>>. Acesso em 15 Jul. 2020; TJSP. *Apelação nº 435.244.4/5-00*. Rel. Des. José Roberto Bedran, DJe 02 Mai. 2017. Disponível <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2190261&cdForo=0>>. Acesso em 15 Jul. 2020.

reequilíbrio. Inviável a revisão consensual, se admitida a rescisão extrajudicial por denúncia motivada, acompanhada de planilhas demonstrativas da perda do sinalágma.

O que não se admite, quer em planos familiares, quer em planos coletivos, é a denúncia unilateral e imotivada, violando a confiança na segurança do porvir, inerente aos contratos relacionais.

2.3.10 Migração do contrato coletivo para individual nos casos de rescisão do contrato pela empresa estipulante

A Resolução nº 19, do Conselho de Saúde Suplementar (CONSU), da ANS²⁰¹, reza que as operadoras de planos de saúde que comercializem planos coletivos, em caso de rescisão do contrato, devem disponibilizar plano individual ou familiar ao universo de beneficiários, sem a necessidade de cumprimento de novos prazos de carência.

Com o objetivo de se furtarem ao cumprimento do quanto disposto na referida normativa, as operadoras de plano de saúde alegam que não comercializam planos individuais ou familiares, mas apenas planos coletivos.

Contudo, o entendimento majoritário do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo é no sentido de que, em casos tais, a ré deve cumprir o disposto na Resolução:

PLANO DE SAÚDE. Pedido de manutenção da condição de beneficiário após a rescisão unilateral do plano de saúde coletivo empresarial. Sentença de parcial procedência. Determinação de manutenção da autora na condição de beneficiária em plano individual ou familiar. Recursos das partes. 1. Preliminar de ausência de impugnação específica afastada. 2. Sentença que já reconheceu a validade da rescisão do contrato celebrado entre a operadora do plano de saúde e a empresa estipulante. Irresignação da ré sob tal fundamento que não se sustenta. Aplicação do art. 1º da Resolução do Consu nº 19. Exceção do art. 3º da mesma Resolução que se refere à inexistência de planos individuais no portfólio da operadora, e não à não comercialização atual. Determinação de inclusão da autora em plano

²⁰¹ Art. 1º, Resolução nº 19, CONSU. As operadoras de planos ou seguros de assistência à saúde, que administram ou operam planos coletivos empresariais ou por adesão para empresas que concedem esse benefício a seus empregados, ou ex-empregados, deverão disponibilizar plano ou seguro de assistência à saúde na modalidade individual ou familiar ao universo de beneficiários, no caso de cancelamento desse benefício, sem necessidade de cumprimento de novos prazos de carência. § 1º – Considera-se, na contagem de prazos de carência para essas modalidades de planos, o período de permanência do beneficiário no plano coletivo cancelado. § 2º – Incluem-se no universo de usuários de que trata o caput todo o grupo familiar vinculado ao beneficiário titular. (ANS – Conselho de Saúde Suplementar. Resolução nº 19, de 25 de março de 1999. Dispõe sobre a absorção do universo de consumidores pelas operadoras de planos ou seguros de assistência à saúde que operam ou administram planos coletivos que vierem a ser liquidados ou encerrados. *Diário Oficial* nº 57, 25 Mar. 1999. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=Mjg3>>. Acesso em 25 Jul. 2020).

individual ou familiar mantida. 3. Acolhimento de pedido alternativo de inclusão em plano individual ou familiar. (...) Recurso da ré desprovido e recurso da autora provido.²⁰²

Em sentido oposto, insta colacionar entendimento minoritário:

SEGURO. PLANO DE SAÚDE. COLETIVO. CANCELAMENTO DO PLANO. RESCISÃO UNILATERAL POR PARTE DA OPERADORA. PRETENDIDO O RESTABELECIMENTO DO PLANO, CONDENANDO A RÉ À INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DO CANCELAMENTO REPUTADO ILÍCITO. SENTENÇA PELA PARCIAL PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. INCONFORMISMO MANIFESTADO. CABIMENTO. RESCISÃO UNILATERAL IMOTIVADA DOS CONTRATOS COLETIVOS POR ADESÃO PERMITIDA PELA RESOLUÇÃO N. 195/2009 DA ANS. ART. 13, P. Ú., INC. II DA LEI N. 9.656/98 QUE NÃO SE APLICA AOS CONTRATOS COLETIVOS. CLÁUSULA CONTRATUAL NÃO ABUSIVA OU NULA. IGUALDADE DE PODER DE RESCISÃO. CONTRATO REALIZADO ENTRE DUAS EMPRESAS. AUSÊNCIA DE HIPOSSUFICIÊNCIA. LIVRE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE CONTRATUAL. MIGRAÇÃO PARA CONTRATO INDIVIDUAL OU FAMILIAR, SEM NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DE NOVOS PRAZOS CARENCIAIS. INVIABILIDADE. MALGRADO PREVISTA NA RESOLUÇÃO 19/1999 DO CONSU, TAL POSSIBILIDADE SE CONDICIONA À OFERTA, PELA SEGURADORA, DE PLANOS DE TAL NATUREZA. REQUERIDA QUE, NO CASO, NÃO COMERCIALIZA APÓLICES INDIVIDUAIS OU FAMILIARES. AÇÃO IMPROCEDENTE. RECURSO PROVIDO.²⁰³

Ademais, como ressaltado por Rafael Robba²⁰⁴:

[...] além de reconhecer que os beneficiários dos contratos coletivos que vieram a ser cancelados, podem optar em manter o contrato com a mesma operadora na modalidade individual ou familiar, o Tribunal de Justiça entende, ainda, que o valor da mensalidade a ser cobrada pelo novo plano deve ser adequado e razoável.

Portanto, observa-se que a jurisprudência majoritária aponta que, em caso de rescisão do contrato coletivo pela empresa estipulante, ainda que ausente disposição contratual neste sentido, deve a ré disponibilizar contrato individual para o beneficiário

²⁰² TJSP. *Apelação Cível nº 1127020-21.2018.8.26.0100*. Rel. Des. Mary Grün, 7ª Câmara de Direito Privado, DJ: 16 Jul. 2020. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13757911&cdForo=0>>. Acesso em 25 Jul. 2020.

²⁰³ Id. *Apelação Cível nº 1005908-70.2019.8.26.0126*. Rel. Des. Vito Guglielmi, 6ª Câmara de Direito Privado, DJ.: 27 Jul. 2020. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13790165&cdForo=0>>. Acesso em 30 Jul. 2020.

²⁰⁴ ROBBA, Rafael. *Judicialização dos planos de saúde coletivos no Tribunal de Justiça de São Paulo*. 2017, Dissertação (Mestrado em Ciências – Medicina Preventiva) – Universidade de São Paulo, 2017, p. 99.

que foi atingido pelo cancelamento do contrato, ainda que não comercialize este tipo de carteira, sendo que a mensalidade cobrada pelo novo plano deve apresentar valor razoável. Acrescenta-se que o objetivo desta posição é o de não inviabilizar a nova contratação.

Deve-se notar que tal disposição legal beneficia o consumidor em detrimento da operadora de plano de saúde, criando uma espécie de “manutenção forçada do contrato”, eis que impõe a criação de contrato exclusivo para o beneficiário, o que gera impacto no lucro empresarial, pois a contratação individual possui regramento específico, como por exemplo, a vinculação aos reajustes determinados pela ANS, o que não se observa nos contratos coletivos.

CAPÍTULO 3 – CONSEQUÊNCIAS DA JUDICIALIZAÇÃO, FALHAS NO MERCADO E POSSÍVEIS SOLUÇÕES

3.1 CONSEQUÊNCIAS DA JUDICIALIZAÇÃO

Da análise casuística realizada, observou-se não ser raro as Resoluções editadas pela ANS criarem lacunas regulatórias, eis que, em determinados casos, contrariam disposições do Código de Defesa do Consumidor e da Lei nº 9656/98, bem como são contrárias às Súmulas editadas pelo Tribunal de Justiça e pelos Tribunais Superiores.

Conclui-se que a ANS não promove algumas de suas finalidades institucionais, eis que deixa de realizar melhorias na relação das operadoras de plano de saúde com o consumidor, que teriam objetivo de contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no País.

Em alguns casos, o próprio Judiciário sinaliza que as Resoluções da ANS não podem prever regime menos favorável do que aquele previsto em lei, de modo que se pode extrair que o sistema é falho e concede margem para interpretações normativas de toda natureza que acabam por ferir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Apesar de a judicialização ser um meio lícito e legítimo de se solicitar serviços em saúde não autorizados pelos convênios, se utilizada de forma indevida, pode gerar impactos organizacionais e orçamentários, podendo até falir um plano de saúde.

O que pode ser observado é que, muitas vezes, os planos de saúde estão cumprindo um papel que é do Estado, promovendo saúde fora dos limites do que se é proposto, tendo muitas vezes que custear procedimentos de cifras vultosas, o que põe em risco toda a atividade empresarial.

As sentenças em desfavor das operadoras de Saúde Suplementar, muitas vezes, em sua fundamentação, remetem a princípios e obrigações puramente estatais, sendo que, assim, recaem mais uma vez os desmandos do Poder Público na iniciativa privada, devendo esta arcar com o sucateamento da máquina pública. Com isso, percebe-se que o SUS não cumpre o seu papel por completo, já que, segundo a Constituição Federal, é sua obrigação prestar assistência à saúde para toda a população brasileira. Ou seja, mais uma vez os planos de saúde, além de prestarem o serviço que cabe ao Estado, ainda pagam

parte da conta do SUS. Este é outro impacto financeiro e assistencial que os convênios adquiriram nos últimos anos²⁰⁵.

No mais, a não observância dos limites pactuados no âmbito de contratos de plano de saúde gera efeitos que atingem, simultaneamente, o consumidor de forma individual, a operadora e toda a coletividade de contratantes. Isto porque, verifica-se que os tribunais vêm desconsiderando a autonomia privada nesse tipo de contratação, fazendo-o por nobres preocupações e pela falsa percepção de que não haveria maiores consequências para a rigidez do sistema e para os demais consumidores. Há uma evidência de certo caráter assistencialista na atuação do Judiciário, justificado com base em interpretação excessivamente ampla – e, em certos casos, atécnica – de princípios como a função social do contrato, a boa-fé objetiva e vulnerabilidade do consumidor²⁰⁶.

As decisões judiciais que versam sobre saúde no âmbito privado revelam um perfil pouco consequencialista dos magistrados, o que evidencia a vontade de se prover aos cidadãos um direito que, muitas vezes, não é plenamente garantido por quem deveria fazê-lo: o Estado²⁰⁷.

Para promover o aprimoramento da regulamentação do setor, com redução da judicialização, Rafael Robba²⁰⁸ propõe recomendações pertinentes, dentre elas, a atuação da ANS para promover efetiva proteção ao consumidor; a melhoria na regulamentação acerca das coberturas pelos planos de saúde; a regulamentação efetiva dos reajustes nos contratos coletivos e a revisão da regulamentação de reajustes por faixa etária.

Importante acrescentar que a regulação prévia administrativa de obrigação pela Agência Reguladora – ANS -, bem como a edição de resoluções e normas mais abrangentes e efetivas na proteção do consumidor podem reduzir a judicialização.

Entretanto, não há como preservar o equilíbrio-econômico financeiro do contrato e antever o lucro empresarial, se os Tribunais não uniformizarem a jurisprudência.

²⁰⁵ CIRICO, Priscila Freitas; RESNER, Andrea Aparecida Ribeiro; RACHED, Chennyfer Dobbins Abi. Os impactos da Judicialização na saúde suplementar. *Revista Gestão em Foco*, ed. 11, ano 2019, p. 56-71, 2019, p. 67.

²⁰⁶ TERRA, Aline de Miranda Valverde; ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. A tutela da autonomia privada e a utilização atécnica dos novos princípios contratuais. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v.945, p. 59-78, Jul. 2014.

²⁰⁷ MARTINEZ, Lilia Estay. Excesso de processos gera entraves para a regulação da saúde suplementar. *Conjur - Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 10 Set. 2019. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-set-10/judicializacao-gera-entraves-setor-saude-suplementar>>. Acesso em 01 Ago. 2020;

²⁰⁸ ROBBA, Rafael. *Judicialização dos planos de saúde coletivos no Tribunal de Justiça de São Paulo*. 2017, Dissertação (Mestrado em Ciências – Medicina Preventiva) – Universidade de São Paulo, 2017, p. 109.

Assim, neste sentido, como possível solução, encontra-se o aumento das afetações das matérias aqui tratadas, eis que possuem maior índice de apreciação pelo Poder Judiciário, para o chamado Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), que é um instituo trazido pelo novo Código de Processo Civil, sendo provocado perante os tribunais de segunda instância, quando houver repetição de processos com idêntica controvérsia de direito, assim como o risco de ofensa aos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

Desse modo, os casos semelhantes serão julgados sob uma mesma tese, de forma que não apenas se promove o andamento dos processos, como se uniformiza uma decisão, de forma a evitar o julgamento diferenciado de ações que possuem o mesmo objeto.

Com o mesmo objetivo, ou seja, uniformizar a jurisprudência, serve-se a afetação dos temas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, para o regime de Recursos Repetitivos e de Repercussão Geral.

Por fim, importante trazer à baila o papel do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para efetivação do direito à saúde, por meio da judicialização.

Considerando o elevado número de ações judiciais relacionadas à assistência à saúde e a conseqüente necessidade de aprofundar estudos com vistas à prevenção de litígios e à adequada gestão dos processos em tramitação, o Supremo Tribunal Federal, nos meses de abril e maio de 2009, realizou a Audiência Pública nº 04²⁰⁹.

Dos estudos realizados pelo Grupo de Trabalho criado a partir dos resultados coletados na referida audiência, o Plenário do CNJ aprovou a Resolução nº 107, que instituiu, como um de seus programas, o Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde – Fórum da Saúde, que tem como objetivo elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos na área da Saúde Pública e Suplementar.

Dentre suas atribuições estão o monitoramento das ações judiciais que envolvam a prestação do direito à saúde e daquelas que envolvam o Sistema Único de Saúde; a propositura de medidas concretas e normativas cujo objetivo seja melhorar as rotinas processuais; a propositura de medidas que tenham por objetivo a prevenção de conflitos judiciais; e o estudo de medidas que possam efetivar o objetivo do Fórum Nacional.

²⁰⁹ CNJ – Conselho Nacional de Justiça. *Programas e Ações - Fórum da Saúde*. Brasília. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/forum-da-saude-3/>. Acesso em 10 Ago. 2020.

Do trabalho do Fórum Nacional, já foram produzidas três Jornadas da Saúde, tendo a última delas sido realizada nos dias 18 e 19 de março de 2019. Esta última jornada resultou na aprovação de trinta e cinco novos Enunciados.

O implemento do Fórum e a realização das Jornadas decorrem da necessidade de diálogo de todos aqueles que atuam e têm conhecimento sobre a área da saúde. Atualmente existem 103 Enunciados²¹⁰ (conforme anexo B), os quais possuem relevância para a melhoria na prestação do direito à saúde e para condução do processo de judicialização de forma mais equilibrada, mediante a oitiva de todos os sujeitos envolvidos.

Os Enunciados objetivam orientar as decisões judiciais e contribuem para que as decisões proferidas sejam uníssonas, o que reduz as possibilidades de os julgados serem propagadores de injustiças sociais e ofensores da equidade que deve permear a prestação da saúde²¹¹.

3.2 POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA AS FALHAS DE MERCADO

A crise do mercado de saúde e seus desdobramentos desafiam os analistas de políticas de saúde e os gestores da ANS. Observa-se que nos casos de planos empresariais, a operadora repassa seu custo operacional para o empregador e, em casos de plano individual, o baixo valor pago ao prestador médico-hospitalar implica, geralmente, em uma redução da qualidade dos serviços ou em casos de planos de primeira linha o valor justo pago ao prestador é repassado diretamente ao consumidor.

Em texto elaborado pelo IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - com o objetivo de discutir sobre o mercado em análise, Carlos Octávio Ocké-Reis esclarece que:

[...] após a lei da regulamentação, mantidos a trajetória de custos crescentes do mercado e os baixos salários, é admissível supor que haja uma multiplicação da insolvência das operadoras menores e ineficientes e, por conseguinte, uma provável fusão de carteiras, acarretando uma concentração do mercado de planos de saúde.²¹²

²¹⁰ Os Enunciados das Jornadas da Saúde do CNJ se encontram no Anexo B.

²¹¹ CURY, Camila Santos. *A efetivação do direito à saúde pelo Poder Judiciário: A questão do fornecimento de medicamentos*, 2006. Dissertação (Mestrado) - Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2006, p.100.

²¹² OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. *A reforma institucional do mercado de planos de saúde: uma proposta para criação de benchmarks*. Rio de Janeiro: IPEA, Mar. 2005, p. 11.

Para Carlos Octávio, isso significaria não apenas a fusão dos distintos capitais ou a anexação dos mais débeis aos mais fortes, mas acima de tudo o controle do capital social por um grupo cada vez mais reduzido de capitalistas.

No estudo acima mencionado foi proposta a criação de um projeto sistêmico e democrático, que pressupõe mudanças na Constituição, visando impulsionar uma reforma institucional do mercado. Assim, no caminho da unicidade do SUS, restaria o desafio de apontar mecanismos institucionais concretos para a ANS induzir a refundação de relações mercantis, por meio da formação e criação de benchmarks, procurando fazer valer o direito específico ao acesso à saúde no mercado.

3.2.1 Criação de *Benchmarks*

Passa-se à análise da sugestão fornecida por Ocké-reis²¹³ em seu texto elaborado para o IPEA, para estruturação do mercado de saúde.

Ocké-reis sugere a possibilidade de o Estado criar braços de apoio às atividades regulatórias da ANS com o objetivo de relativizar o poder das grandes operadoras privadas. Nesse sentido, poder-se-ia estimular a formação e a criação de *benchmarking*²¹⁴ para atuar em parceria com a ANS na regulação de certos nichos de mercado.

Como primeira opção o autor traz a criação de um *ranking* para avaliar o desempenho e a responsabilidade social das operadoras, sendo analisado um conjunto de variáveis que vão identificar a melhor performance, posicionando-as em um *ranking*, o qual representaria um suporte acessório das ações regulatórias.

Em um segundo momento o autor traz a seleção de empresas ou de uma modalidade de pré-pagamento, o que consistiria em definir empresas-modelo ou determinadas modalidades de pré-pagamento, quer por suas características gerais, quer por seu comportamento no mercado. Considerando a necessidade de se estimular um papel mais pró-ativo dos empregadores, públicos e privados, na gestão da saúde privada, o autor destaca os planos de autogestão.

²¹³ Ibid., p. 19.

²¹⁴ *Benchmarking* é a busca das melhores práticas na indústria que conduzem ao desempenho superior. É visto como um processo positivo e pró-ativo por meio do qual uma empresa examina como outra realiza uma função específica a fim de melhorar como realizar a mesma ou uma função semelhante. O processo de comparação do desempenho entre dois ou mais sistemas é chamado de benchmarking, e as cargas usadas são chamadas de benchmark (WIKIPÉDIA. *Benchmarking*. [S.l.], 2020. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Benchmarking>>. Acesso em 10 Jan. 2021).

Assim, o autor coloca os planos de autogestão²¹⁵ como opção de benchmarking diante de seu caráter não lucrativo, aplicação do princípio de mutualismo intergeracional do risco com base em subsídios cruzados entre os diferentes grupos de risco e renda.

Essa modalidade de plano de saúde dispõe de vantagens como: relacionamento de longo prazo com seus beneficiários; formatação variável e personalizada ao perfil de cada grupo; baixos custos de comercialização e intermediação.

A autogestão²¹⁶ em saúde é uma forma de organização que se pauta na lógica da solidariedade e mutualismo do risco entre seus associados.

Esta modalidade de gestão em assistência à saúde é o sistema no qual a própria empresa ou outro tipo de organização institui e administra, sem finalidade lucrativa, o programa de assistência à saúde de seus beneficiários, reduzindo os gastos decorrentes com a intermediação dos planos ou seguros especializados em saúde.

O sistema de autogestão permite configurar o plano de saúde de acordo com as características da organização e de seu próprio público beneficiário. Há um incentivo para o desenvolvimento de programas de prevenção e qualidade de vida devido ao vínculo indeterminado e longínquo dos seus usuários contribuintes. Facilita o monitoramento da saúde dos trabalhadores e a efetivação de ações conjuntas com o programa de saúde ocupacional das empresas.

A Lei nº 9.656/98 reconheceu legalmente os sistemas de autogestão em saúde como parte integrante do grupo de empresas e entidades que operam planos privados de assistência à saúde. Na autogestão a contribuição paga pelo beneficiário, durante sua vida ativa, retorna na forma de benefícios e serviços.

Consiste, portanto, em uma forma de assegurar ao usuário benefícios ou serviços quando seja atingido por uma necessidade. Utiliza-se assim, um modelo de mutualismo intergeracional, no qual os mais novos constituem reservas que garantem um equilíbrio diante de uma maior utilização dos mais velhos. Logo, existe uma solidariedade entre os participantes no custeio do plano, cujos valores arrecadados destinam-se aos benefícios futuros.

²¹⁵ As cinco maiores autogestões com personalidade jurídica de direito privado em ordem decrescente são: CASSI, GEAP, Empresa de Correios e Telégrafo-ECT, PETROBRÁS e Caixa Econômica-CEF.

²¹⁶ Formas de administração dos planos de autogestão: a) própria: plano de autogestão tipicamente mutualista (gestão e rede credenciada própria); b) administradora: a firma empregadora contrata uma operadora de saúde, a partir da modalidade de pós-pagamento, para gerir seu plano de saúde; c) seguradora: a firma empregadora contrata uma seguradora especializada de plano de saúde; e d) própria/administradora: a rede credenciada é da própria firma, mas a gestão operacional do plano de saúde é terceirizada.

As autogestões têm a possibilidade de conhecer melhor o seu universo de usuários e com o apoio da ANS experimentar alternativas para gerar incentivos com o objetivo de reformar a dinâmica da competição com foco no resultado ao paciente, e grande possibilidade de influenciar o restante do setor privado. Entretanto existem alguns fatores a serem enfrentados para aperfeiçoar a governança das autogestões antes da efetivação dessa eventual parceria com a ANS, tais como: profissionalização dos gestores, funcionários e da negociação com os prestadores de serviços de saúde, cultura do planejamento de longo prazo e investimento em tecnologia da informação.

Ocké-reis²¹⁷ sugere, também, a criação de novas estruturas organizacionais. A primeira delas seria montar um Fundo de Solidariedade no âmbito de um programa de ajustamento de riscos dos contratos individuais das operadoras de planos de saúde. Sobre esta estrutura, ele traz que:

Esse ajustamento de risco é uma metodologia de apuração dos contratos individuais, que combina o oferecimento de recursos destinados aos tratamentos cobertos pelos contratos com prêmios ajustados aos custos médico-assistenciais. O ajuste de tais prêmios se daria junto com a criação de um Fundo de Solidariedade, que, por sua vez, garante um subsídio aos usuários de alto risco oriundo daqueles de baixo risco. O Fundo de Solidariedade definiria os critérios de alocação do subsídio cruzado, cuja principal função é arrecadar uma contribuição solidária dos usuários de baixo risco para utilizá-la no pagamento dos prêmios dos beneficiários de alto risco.²¹⁸

Já, a segunda estrutura se daria ao criar *sponsors*, isto é, agentes coletivos do lado da demanda para intermediar a contratação das operadoras de planos de saúde visando aumentar o poder de barganha e evitar a seleção de risco.

Por fim, a terceira estrutura aconteceria ao constituir um plano de saúde cogestionário entre servidores públicos e governo federal como um paradigma de apuração do mercado, calibrando preços por meio do poder de oligopsonia decorrente do grande volume de gasto federal com assistência médica dos servidores federais. O apuração seria elaborado a partir de um contrato de referência das autogestões em saúde parceiras, seguindo as recomendações da OMS no que se refere à taxa média de utilização dos serviços médicos-assistenciais: consultas, exames, internações e medicamentos. Os preços de planos e seguros de saúde seriam determinados em um ambiente de concorrência regulada, procurando torná-lo compatível com os custos de

²¹⁷ OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. *A reforma institucional do mercado de planos de saúde: uma proposta para criação de benchmarks*. Rio de Janeiro: IPEA, Mar. 2005, p. 19.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 20

carregamento (administrativo, comercial, financeiro, provisões e margem de lucro) conforme o padrão de qualidade da rede credenciada.

Esse conjunto de medidas traria novos incentivos ao mercado, reduzindo os conflitos de interesse e agregando valor incontestável ao paciente.

3.2.2 Formas alternativas de remuneração do mercado de saúde

Como observado o mercado de saúde apresenta especificidades e falhas que impedem o funcionamento competitivo do mercado, sobretudo, a maneira de impor os preços em seus serviços.

Em um ambiente competitivo, pode-se dizer que as operadoras de plano de saúde não têm capacidade de influenciar na precificação de um determinado produto ou serviço.

Por outro lado, a formação de preços de serviços médico-hospitalares é resultado da opinião de um colegiado de médicos que coloca à disposição uma tabela de honorários e procedimentos e a impõe ao mercado sem, contudo, descrever a metodologia utilizada nesta precificação.

Além disso, alguns prestadores, por sua posição privilegiada no mercado, acabam impondo valores acima do que é considerado como um preço médio costumeiramente aplicado no mercado, sem reduzir o volume de serviços prestados.

A competição no mercado de saúde é diferente da maioria dos outros setores da economia, eis que, diante da hipossuficiência técnica do consumidor, como já abordado neste estudo, este não tem condições de aferir o preço e a qualidade dos serviços disponíveis.

Majoritariamente, os beneficiários dão preferência para contratar um plano de saúde, terceiro pagador, assumindo uma mensalidade regular de valor previamente estabelecido ao invés de ficar exposto a perdas financeiras elevadas decorrentes de gastos com tratamento de saúde.

Adiciona-se o fato de o preço no setor de saúde ser bem superior para um consumidor individual quando comparado com o valor negociado pelas operadoras médias e grandes.

Certamente o maior conflito entre operadoras de planos de saúde e prestadores de serviços de saúde decorre do modelo de remuneração utilizado para o pagamento de serviços médico-hospitalares. No Brasil predomina o modelo *Fee-For-Service* baseado

no pagamento de cada item de serviço prestado de acordo com uma Tabela Médica específica (AMB, CBHPM, LPM, etc), o que gera incentivos para sobreutilização de serviços decorrente de demanda induzida das instituições de saúde, eis que os prestadores ganham mais por atenderem uma demanda maior²¹⁹. Assim, é colocado à disposição do consumidor uma maior quantidade de serviços, o que não resulta, necessariamente, na melhor qualidade na atenção à saúde.

Pelo menos outros quatro modelos de remuneração (Remuneração Global por Eventos – Pacotes, Grupos Relacionados por Diagnósticos – DRG, Capitação e Pagamento por Desempenho – P4P) estão sendo experimentados no mercado de saúde no mundo, sobretudo nos EUA, com o objetivo de compartilhar riscos, incentivar uma oferta adequada, promover eficiência, qualidade e melhores escolhas do consumidor, além de conter o avanço significativo de custos e reduzir o nível de conflito entre prestador de serviços e operadora²²⁰.

Estudo divulgado pela IBM (*International Business Machines*) indica que muitos serviços de saúde do mundo se tornarão insustentáveis até 2015. O relatório mostra que os sistemas públicos e privados de saúde precisam reformular o modo como são financiados, prestados e avaliados, com o objetivo de reduzir custos, melhorar a qualidade e permanecerem competitivos em uma economia global.

O estudo global "*HealthCare 2015: Win-Win or Lose-Lose?*" descreve problemas atuais, como os custos ascendentes, baixa qualidade e os padrões inconsistentes da assistência médica. Também reforça as dificuldades futuras, na medida em que estes fatores se combinam com um ambiente novo, estimulado pela globalização, consumismo, mudanças demográficas, crescente fardo das doenças, novas tecnologias e tratamentos.

Existe um esforço de profissionais competentes dedicados à saúde. E apresenta uma avaliação abrangente dos desafios atuais enfrentados por essa indústria e oferece caminhos para a transformação. Embora inovações médicas, profissionais dedicados e a promessa da genética, medicina regenerativa e medicina baseada em informação tenham implicações promissoras sobre os serviços de saúde, o relatório conclui que os problemas enfrentados pelo setor forçarão mudanças fundamentais na próxima década²²¹.

²¹⁹ MEDEIROS, Marcio Lima. *As falhas de mercado e os mecanismos de regulação da saúde suplementar no Brasil com uma abordagem das novas responsabilidades para os agentes desse mercado*. 2010. 95 f., il. Dissertação (Mestrado em Economia do Setor Público) - Universidade de Brasília, Brasília, 2010, p.67.

²²⁰ Ibid., p. 68.

²²¹ ESTUDO da IBM aborda tendências do mercado de saúde. *Últimas notícias* – CRM-Paraná, Curitiba, 05 Dez. 2006. Disponível em: <<https://www.crmpr.org.br/Estudo-da-IBM-aborda-tendencias-do-mercado-de-saude-11-1249.shtml>>. Acesso em 04 Fev. 2021.

O estudo aponta a necessidade de alterar os níveis de responsabilidade e recomenda novos papéis aos agentes desse mercado, a saber: (i) os prestadores de serviços de saúde precisam ampliar seu atual foco de assistência e incluir a administração mais abrangente de doenças crônicas, a previsão de longevidade e a prevenção de doenças; (ii) os planos de saúde devem se tornar provedores de serviço de valor agregado, tanto para seus associados, quanto para as organizações que prestam assistência a estes associados; (iii) os fornecedores precisam trabalhar em colaboração com as organizações de saúde, médicos e pacientes, para entregar produtos que melhorem ou que forneçam resultados equivalentes e com menores custos; (iv) a sociedade precisa tomar decisões realistas e racionais em relação às expectativas de estilo de vida, comportamentos aceitáveis e analisar a assistência médica, que é um direito social em contrapartida a um serviço de mercado; (v) os governos precisam reconhecer a situação insustentável do sistema atual e exercer a liderança e a vontade política necessária para buscar soluções sustentáveis.

Insta acrescentar recomendações, retiradas do estudo realizado por Marcio Lima Medeiros²²², que acrescenta estratégias e novas ações para inserir a competição com valor ao paciente, visando melhorar a qualidade e reduzir o custo do mercado de saúde.

Para os prestadores de serviços de saúde, traz medidas como redefinir o negócio em torno de condições de saúde; mensurar resultados, experiência, métodos e atributos de pacientes por unidade de prática; e distinguir serviços no mercado em termos de excelência, singularidade e resultados.

Por outro lado, para as operadoras de planos e seguros de saúde, as estratégias são mensurar e comparar os prestadores com base em resultados; e competir em resultados de saúde de seus beneficiários para os demais consumidores.

Já, para fornecedores, se dão ao assegurar que os produtos sejam usados pelos pacientes certos; ao assegurar que os produtos estejam incorporados nos processos certos de prestação de serviços de saúde; e ao oferecer serviços de apoio que agreguem valor, em vez de reforçar a transferência de custos.

Para os consumidores, as novas ações recomendadas são participar ativamente no gerenciamento da saúde pessoal; escolher tratamentos e prestadores com base na excelência de resultados e nos valores pessoais e não na conveniência ou em amenidades; e construir um relacionamento de longo prazo com um plano de saúde.

²²² MEDEIROS, Marcio Lima. *As falhas de mercado e os mecanismos de regulação da saúde suplementar no Brasil com uma abordagem das novas responsabilidades para os agentes desse mercado*. 2010. 95 f., il. Dissertação (Mestrado em Economia do Setor Público) - Universidade de Brasília, Brasília, 2010, p.69.

Por fim, para as empresas, elas são escolher planos com base em resultado na saúde de seus beneficiários; fomentar a competição em resultados entre prestadores; e apoiar e motivar os funcionários para que façam boas escolhas e gerenciem a sua própria saúde.

3.2.3 Modelos de Pagamento entre Operadoras de plano de saúde e Beneficiários: coparticipação

Grande parte das operadoras de planos de saúde estabelece uma rede credenciada que é acessível pelo beneficiário por meio de um pagamento fixo mensal pelo plano de saúde, independentemente da utilização ou não dos serviços. Esse modelo deixa o beneficiário seguro de que não arcará com qualquer despesa no caso de necessitar de assistência médico-hospitalar. Todavia, ao não impor qualquer ônus ao beneficiário nas suas escolhas sobre a intensidade de utilização dos serviços da rede credenciada, o sistema induz a sobreutilização dos serviços.

Observa-se ainda, que a total cobertura reduz a sensibilidade a preços dos beneficiários e, por consequência, modifica o preço de equilíbrio praticado pelos hospitais, que tendem a elevar a sua margem e preço em relação ao que seria praticado se os beneficiários tivessem de pagar parte dos custos dos serviços.

Em estudo realizado no mercado norte-americano²²³ chegou-se à conclusão de que uma elevação da coparticipação (percentual da despesa paga pelo beneficiário) da média de 2- 3% para 25% acarretaria, além da redução da utilização do serviço, uma queda de 16% no preço dos hospitais. Do mesmo modo, se esta coparticipação média de 2-3% fosse reduzida para zero, o preço se elevaria em 3,7%.

Deve-se observar, entretanto, as particularidades do mercado brasileiro, não sendo possível concluir-se que os achados no referido estudo podem se aplicar, eis que, no Brasil, a menor renda dos beneficiários sugere uma coparticipação menor do que aquela estimada para os EUA.

Assim, propõe-se um incentivo a modalidades contratuais com coparticipação, tanto para consultas, como procedimentos e em menor grau para internações. Espera-se,

²²³ GOWRISANKARAN, G., Nevo, A. e Town, R. "Estimating the Price Impact of Hospital Mergers: An Analysis of Inova's Proposed Acquisition of Prince William Hospital," *American Economics Review*, 105(1): 172 -203, 2015.

desta forma, como ocorreu nos Estados Unidos, a ocorrência de redução da sobreutilização de serviços médicos e, portanto, a redução de preços dos serviços.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve como intuito demonstrar aspectos econômicos e contratuais das operadoras de plano saúde.

Para tanto, foi feita análise da natureza jurídica e princípios que regem o contrato, bem como da regulação do sistema, abordando a judicialização como consequência de um sistema falho, que permite interpretações extensivas do contrato.

A regulação constitui-se como o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público.

A regulação, em uma visão mais restritiva, visaria exclusivamente garantir o equilíbrio do mercado, coibindo práticas distorcidas dos agentes econômicos. Isto é, a regulação teria o objetivo de corrigir as falhas de mercado, assegurando o equilíbrio interno do sistema regulado.

Uma vez adotadas medidas regulatórias, supõe-se que os agentes reguladores diminuem ou eliminam as ineficiências geradas pelas falhas de mercado.

Após toda pesquisa exploratória utilizada para este trabalho, pôde-se concluir que realmente há impactos na saúde suplementar no Brasil diante da judicialização da saúde.

A incorporação tecnológica imposta pela ANS ou pelo Poder Judiciário, ou seja, fora do âmbito em que se foi pactuado entre as partes, além de agredir o equilíbrio do contrato, é potencial causadora de risco social e empresarial. Pode-se citar, como efeitos negativos mais graves dessa incorporação dissociada da manutenção do equilíbrio do contrato, a extinção de empresas, a perda da qualidade da cobertura, a diminuição de produtos oferecidos e a diminuição da concorrência.

A busca pelo equilíbrio das relações, assim, não pode prescindir da análise dos efeitos das decisões. Isto é, não se pode ignorar a função social do contrato, no seu sentido mais amplo, principalmente em uma área crítica, como é a área da saúde.

Restou evidente a impossibilidade do SUS em oferecer a assistência à saúde da população, conforme prevê a Constituição Federal do Brasil. Assim, os planos de saúde suplementar garantem, à população assistida, o acesso à saúde que deveria ser realizado pelo Estado.

Portanto, neste contexto, o contrato de plano de saúde tem seus efeitos não só para o grupo de beneficiários que ele contempla, mas também reflete direta e indiretamente em toda a coletividade, em razão da sua relevância social e econômica, que abrange

milhares de pessoas que necessitam da saúde suplementar em decorrência das falhas no sistema público de saúde.

A relativização do contrato, apesar de ser necessária em casos pontuais, gera aumento dos custos do plano de saúde, o que não é benéfico para a atividade empresarial e tampouco para o consumidor, eis que, no mais das vezes, a sinistralidade elevada é repassada ao consumidor através de reajustes que oneram toda a carteira de beneficiários. Além disso, o aumento da mensalidade impossibilita o acesso à saúde suplementar, sobretudo, às pessoas de classe média e baixa.

Por essa razão, é de extrema importância o estudo dos efeitos das decisões judiciais na área da saúde e seus impactos para o mercado e para a regulação do setor.

Também é necessário um olhar crítico sobre a principal forma de remuneração dos serviços médico-hospitalares, que paga por procedimento realizado, *fee-for-service*, premiando a ineficiência e aumentando os custos e preços dos serviços de médio e longo prazo no mercado de saúde suplementar no Brasil.

Conclui-se que este tipo de regulação é ineficiente, pois não diferencia a demanda por atenção primária, preventiva e demais assistências necessárias, do consumo de procedimentos e eventos em saúde induzidos pelo sistema que buscam aumentar os rendimentos dos profissionais e instituições envolvidos.

Assim, buscou-se demonstrar os principais problemas enfrentados pelo mercado, abordando a regulação econômica como meio de corrigir falhas de mercado. Foi observado que não são poucos os casos em que o resultado de demandas análogas, com o mesmo objeto, são divergentes dentro do mesmo Tribunal. Observou-se ainda, a grande divergência de entendimento entre os julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo e o Superior Tribunal de Justiça.

Neste ponto, certo é que a insegurança jurídica constitui fator de desestímulo ao investimento e à criatividade empresarial, eis que não permite à operadora antever quais serão as despesas em determinado período. Seja pela desarmonia das informações que persistem, seja pelas falhas no mercado, a verdade é que a judicialização se tornou uma cultura.

Se, por um lado, o beneficiário aciona a Justiça com a certeza de que sua petição será atendida, de outro, o magistrado — tendo em vista seu poder de decisão — se inclina a impor a obrigação às operadoras, que têm maior poder econômico, ainda que não caiba ao plano de saúde arcar com determinada cobertura.

Importante a análise dos caminhos para redução da judicialização. Como solução para reduzir a judicialização e preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, propõe-se maior atuação da Agência Reguladora – ANS, eis que foi observada sua negligência em regulamentar diversas questões do setor, bem como a edição de resoluções e leis efetivas não conflitantes entre si.

Também como solução para as decisões conflitantes do judiciário foi proposto no presente estudo a afetação das matérias trazidas para regime de recursos repetitivos, o IRDR e a repercussão geral, bem como a reflexão sobre a conciliação de valores, aparentemente opostos, como os valores da ordem econômica constitucional e o direito fundamental à saúde, mas que devem conviver em harmonia para que sejam garantidos, cada um em sua medida.

Apesar de a judicialização ter sido abordada no presente estudo como sendo um fenômeno negativo, pois acaba interferindo na dinâmica do setor, não se pode perder de vista que a abordagem do Judiciário em relação a temas que envolvem interesses sociais e coletivos, como o direito à saúde, revelando as falhas e lacunas na atividade regulatória, é inerente a um Estado Democrático de Direito e contribui, no mais das vezes, para o debate e para o aperfeiçoamento da atividade empresarial das operadoras de plano de saúde, da economia, da sociedade e do próprio sistema regulatório.

Conclui-se, portanto, que, apesar dos apontamentos feitos no presente estudo, são imprescindíveis a realização de novas pesquisas acerca da judicialização dos planos e seguros de saúde individuais e coletivos, com a finalidade de monitorar os conflitos que chegam ao Judiciário, de forma a contribuir para o constante aprimoramento da regulamentação e do setor, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e do aperfeiçoamento do sistema de saúde brasileiro.

Considerando os conflitos decorrentes da ação regulatória e a crise econômica do mercado, foram sugeridas ainda, medidas a serem tomadas pela ANS, bem como pelo Estado, como por exemplo a criação de novas instituições que funcionem como benchmarks, sobretudo para afirmar o interesse público presente na área da saúde e reduzir os preços dos prêmios dos planos de saúde, ou seja, mudar a lógica de ações da ANS e para integrar o mercado ao Sistema Único de Saúde (SUS), resistindo à captura dos oligopólios privados.

REFERÊNCIAS

ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Dados do Setor – Dados Gerais*. Rio de Janeiro. Disponível em <<https://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>>. Acesso em 06 Jul. 2020;

_____. *Espaço do Consumidor - O que é o Rol de Procedimentos e Evento em Saúde*. Rio de Janeiro. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/index.php/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/737-rol-de-procedimentos>>. Acesso em 02/07/2020;

_____. *Quem somos: Missão*. Rio de Janeiro. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/>>. Acesso em 05 Jul. 2020;

_____. *Reajustes de mensalidade*. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/reajustes-de-mensalidade>>. Acesso em 20 Jul. 2020;

_____. *Reajuste por mudança de faixa etária*. Rio de Janeiro. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/reajustes-de-mensalidade/reajuste-por-mudanca-de-faixa-etaria>>. Acesso em 23 Jul. 2020;

_____. *Reajuste Anual de Planos Coletivos*. Rio de Janeiro. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/reajustes-de-mensalidade/reajuste-anual-de-planos-coletivos>>. Acesso em 20 Jul. 2020;

_____. Resolução nº 19, de 25 de março de 1999. Dispõe sobre a absorção do universo de consumidores pelas operadoras de planos ou seguros de assistência à saúde que operam ou administram planos coletivos que vierem a ser liquidados ou encerrados. *Diário Oficial nº 57, 25 Mar. 1999*. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=Mjg3>>. Acesso em 25 Jul. 2020

_____. Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 39, de 27 de outubro de 2000. Dispõe sobre a definição, a segmentação e a classificação das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde. *Diário Oficial da União, 27 Out. 2000*. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=Mzgw>>. Acesso em 20 Jun. 2020;

_____. Resolução Normativa – RN nº 63, de 22 de dezembro de 2003. Define os limites a serem observados para adoção de variação de preço por faixa etária nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 2004. *Diário*

Oficial da União, 22 Dez. 2003. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NzQ4>>. Acesso em 24 Jul. 2020;

_____. Resolução Normativa - RN nº 162, de 17 de outubro de 2017. Estabelece a obrigatoriedade da Carta de Orientação ao Beneficiário; dispõe sobre Doenças ou Lesões Preexistentes (DLP); Cobertura Parcial Temporária (CPT); Declaração de Saúde e sobre o processo administrativo para comprovação do conhecimento prévio de DLP pelo beneficiário de plano privado de assistência à saúde no âmbito da Agência Nacional de Saúde Suplementar; revoga as Resoluções CONSU nº 2, de 4 de novembro de 1998, CONSU nº 17 de 23 de março de 1999, artigos 2º e 4º da Resolução CONSU nº 15 de 23 de março de 1999, a Resolução Normativa 20 de 12 de dezembro de 2002 e a Resolução Normativa RN nº 55, de 2 de novembro de 2003 e altera a Resolução Normativa - RN nº 124, de 30 de março de 2006. *Diário Oficial da União*, 17 Out. 2017. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTIyMw==>>. Acesso em 17 Jul. 2020.

ALMEIDA, Nilza Rodrigues de. *Contratos de Plano de Saúde*. São Paulo: Edições Inteligentes, 2007;

ALMEIDA, Odete Neubauer. *Abuso do poder no direito privado: Comentários à Lei 9.656/98 - Seguro Saúde, segundo o Código de Defesa do Consumidor*. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2002.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002;

AZEVEDO, Luis Augusto Roux. *A comutatividade do contrato de seguro*. 2010, 128f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010;

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 02 Mar.2020;

_____. Decreto nº 3.327, de 05 de janeiro de 2000. Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 06 Jan. 2000. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3327.htm#:~:text=Aprova%20o%20Regulamento%20da%20Ag%C3%Aancia,que%20lhe%20confere%20o%20art.>. Acesso em 21 Jul. 2020;

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 12 Set. 1990, p. 01 (Suplemento). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em 10 Jun. 2020;

_____. Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. *Diário Oficial da União*, Brasília, 04 Jun. 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm. Acesso em 10 Jun. 2020;

_____. Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 29 Jan. 2000. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19961.htm. Acesso em 01 Jul. 2019;

_____. Medida Provisória nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001. Altera a Lei no 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 Ago. 2001, p. 38. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2177-44.htm#:~:text=2177%2D44&text=MEDIDA%20PROVIS%C3%93RIA%20No%202.177,24%20DE%20AGOSTO%20DE%202001.&text=Altera%20a%20Lei%20no,que%20lhe%20confere%20o%20art. Acesso em 01 Jul. 2019;

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 Jan. 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 10 Jul. 2019;

_____. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 03 Out. 2003. Disponível em <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10741&ano=2003&ato=c8egXU610dRpWT951>. Acesso em 11 Ago. 2020;

_____, Ministério da Saúde. *Sistema Único de Saúde*. Brasília. Disponível em <https://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude/sistema-unico-de-saude>. Acesso em 28 Mar. 2020;

BALERA, Wagner. *A Seguridade Social na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Jurispr. Mineira*, Belo Horizonte, a. 60, n. 188, p. 29-60, jan./mar. 2009. Disponível em <<http://www.tjmg.jus.br/portal/conhecimento-juridico/artigosjuridicos/detalhe-122.htm>>. Acesso em 05 Jul. 2020;

BOTTESINI, Maury Ângelo. Contratos de Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde: Princípios básicos da atividade-suporte jurídico-legal e constitucional In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org.), *Plano de saúde: Aspectos Jurídicos e Econômicos*, Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 47-65;

BUZZI, MARCO. *Agravo em Recurso Especial nº 1685355/SP*. DJe 01 Jul. 2020. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoaes/?num_registro=202000721446&dt_publicacao=01/07/2020>. Acesso em 05 Jul. 2020;

CADERNO DE INFORMAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR [recurso eletrônico]: Beneficiários, operadoras e planos. Rio de Janeiro, ANS, ano 10, n. 3, Set. 2016;

CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira [et al.]. *Planos de saúde: Aspectos Jurídicos e Econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012;

CIRICO, Priscila Freitas; RESNER, Andrea Aparecida Ribeiro; RACHED, Chennyfer Dobbins Abi. Os impactos da Judicialização na saúde suplementar. *Revista Gestão em Foco*, ed. 11, ano 2019, p. 56-71, 2019;

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. *Programas e Ações - Fórum da Saúde*. Brasília. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/forum-da-saude-3/>. Acesso em 10 Ago. 2020;

_____. Resolução nº 07, de 18 de outubro de 2005. Disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências. *Diário da Justiça nº 218/2005*, Brasília, 14 Nov. 2005, p. 117. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/187>>. Acesso em 18 Ago. 2020;

COMPARATO, Fábio Konder. *O seguro de crédito*. São Paulo: Editora RT, 1968;

COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado*, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018;

CURY, Camila Santos. *A efetivação do direito à saúde pelo Poder Judiciário: A questão do fornecimento de medicamentos*, 2006. Dissertação (Mestrado) - Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2006;

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil: Teoria Geral Das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*, 34^a ed., v. 3. São Paulo: Saraiva, 2018;

ESTUDO da IBM aborda tendências do mercado de saúde. *Últimas notícias – CRM-Paraná*, Curitiba, 05 Dez. 2006. Disponível em: <<https://www.crmpr.org.br/Estudo-da-IBM-aborda-tendencias-do-mercado-de-saude-11-1249.shtml>>. Acesso em 04 Fev. 2021;

FERREIRA, Antônio Carlos. *Agravo em Recurso Especial nº 1.572.597/GO*. DJe 12 Mai. 2020. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisooes/?num_registro=201902554340&dt_publicacao=15/05/2020>. Acesso em 05 Jul. 2020;

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2000;

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto*, 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000;

GALLOTTI, Maria Isabel. *Recurso Especial nº 1.847.233/GO*. DJe 13 Mai. 2020. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisooes/?num_registro=201903316286&dt_publicacao=13/05/2020>. Acesso em 05 Jul. 2020;

GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Função Social do Contrato*, 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009;

GONÇALVES, Raony Rennan Feitosa de Menezes. A proteção constitucional ao idoso e a (i)legalidade do reajuste das mensalidades dos planos de saúde por mudança de faixa etária. *Jus.com.br*. [S.l.], Dez. 2019. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/78295/a-protecao-constitucional-ao-idoso-e-a-i-legalidade-do-reajuste-das-mensalidades-dos-planos-de-saude-por-mudanca-de-faixa-etaria>>. Acesso em 01 Set. 2020;

GOWRISANKARAN, G., Nevo, A. e Town, R. “Estimating the Price Impact of Hospital Mergers: An Analysis of Inova’s Proposed Acquisition of Prince William Hospital,” *American Economics Review*, 105(1): 172 -203, 2015.

GUAZZELLI, Amanda Salis. *A busca da justiça distributiva no Judiciário por meio das relações contratuais: Uma análise a partir dos planos de saúde*. 2013. Dissertação (Mestre em Direito) - Universidade de São Paulo, 2013;

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Repensando a Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*, 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006;

IDEC- Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Reajuste por sinistralidade: Plano Coletivo Novo ou Adaptado*. [S.l.]. Disponível em <<https://idec.org.br/idec-orienta/plano-coletivo-novo-ou-adaptado-reajuste-por-sinistralidade>>. Acesso em 28 Jul. 2020;

LEI dos planos de saúde completa 22 anos. *Sobre a ANS*. Rio de Janeiro, 03 Jun. 2020. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/sobre-a-ans/5567-lei-dos-planos-de-saude-completa-22-anos>>. Acesso em 14 Jul. 2020;

MANDELBAUM, Renata. *Contratos de adesão e contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996;

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno; Benjamin, Antonio Hermam V. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006;

MARTINEZ, Lilia Estay. Do Impacto Regulatório da Judicialização na Saúde Suplementar. In: ANS -AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Conhecimento Científico e Regulação – Contribuições para a Saúde Suplementar*. Rio de Janeiro, 2019, p. 115-130. Disponível em <http://www.ans.gov.br/images/LIVRO_de_MONOGRAFIAS_PREMIADAS.pdf>. Acesso em 10 Jun. 2020;

_____. Excesso de processos gera entraves para a regulação da saúde suplementar. *Conjur - Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 10 Set. 2019. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-set-10/judicializacao-gera-entraves-setor-saude-suplementar>>. Acesso em 01 Ago. 2020;

MATHIAS, Guilherme Valdetaro. O Código Civil e o Código do Consumidor na saúde suplementar. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org.), *Plano de saúde: Aspectos Jurídicos e Econômicos*, Rio de Janeiro: Forense, 2012;

MEDEIROS, Marcio Lima. *As falhas de mercado e os mecanismos de regulação da saúde suplementar no Brasil com uma abordagem das novas responsabilidades para os agentes desse mercado*. 2010. 95 f., il. Dissertação (Mestrado em Economia do Setor Público) - Universidade de Brasília, Brasília, 2010;

MÉDICI, André Cezar. Incentivos Governamentais ao setor privado de saúde no Brasil. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 02, p. 79-115, Abr./Jun. 1992. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8798/7548>>. Acesso em 27 Mar. 2020;

MELO, Rosena Maria Bastos. *Estudo econômico-financeiro da Agência Nacional de Saúde Suplementar para o equilíbrio da função de órgão regulador*, 2004. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) - Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 3, p. 44-47, Jun. 1992;

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. *A reforma institucional do mercado de planos de saúde: uma proposta para criação de benchmarks*. Rio de Janeiro: IPEA, Mar. 2005;

PATULLO, Marcos Paulo Falcone; SILVA, Renata Vilhena. O problema do reajuste por sinistralidade nos planos de saúde empresariais. *Revista de Direito do Consumidor*, [S.l.], v. 91, p. 211, jan.2014;

PEREIRA, Caio Mário. *Lesão nos contratos*, 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

PINHEIRO, Roseni et al. Demanda em saúde e direito à saúde: liberdade ou necessidade? Algumas considerações sobre os nexos constituintes das práticas de integralidade. In:

PINHEIRO, R.; MATTOS, R. A. de. (Org.) *Construção social da demanda: direito à saúde, 53 trabalho em equipe, participação e espaços públicos*. Rio de Janeiro: Cepesc, 2005.

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola. *Direito da Saúde de acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005;

RAMOS, Elival da Silva. A saúde é direito de todos e dever do Estado: Significado e implicações no plano da concretização judicial. *Revista do Advogado* – Direito da Saúde. São Paulo, n° 146, p. 34-52, Jun. 2020;

REVISTA DO ADVOGADO: Direito da Saúde. São Paulo: AASP – Associação dos Advogados de São Paulo, n° 146, Jun. 2020;

ROBBA, Rafael. *Judicialização dos planos de saúde coletivos no Tribunal de Justiça de São Paulo*. 2017, Dissertação (Mestrado em Ciências – Medicina Preventiva) – Universidade de São Paulo, 2017;

ROCHA, Ivan Pinto. Os efeitos da decisão liminar do STF (Adin 1931) sobre os planos de saúde. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 7, n. 113, 25 Out. 2003. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/4429/os-efeitos-da-decisao-liminar-do-stf-adin-1931-sobre-os-planos-de-saude>>. Acesso em 20 Abr. 2013;

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra. Coimbra: Almedina, 1998;

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. A defesa do consumidor e o paternalismo jurídico. In: CONGRESSO NACIONAL CONPEDI, XVI. 2007, Belo Horizonte. *Anais ... Florianópolis: Fundação Boiteux*, 2007;

SANTOS, Fausto Pereira. *A regulação Pública da Saúde no Brasil: o caso da Saúde Suplementar*. Campinas. 2006. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva) - Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2006;

SANTOS, Ricardo Bechara. Natureza aleatória do contrato de seguro: A comutatividade não é de sua índole, em que pese respeitáveis opiniões em contrário. *Informações - Sindicato das Seguradoras*, [S.l.], [20...]. Artigos de Direito do Seguro. Disponível em: <<https://sindicatodasseguradorasrj.org.br/artigo/natureza-aleatoria-do-contrato-de-seguro-a-comutatividade-nao-e-de-sua-indole-em-que-pese-respeitaveis-opinioes-em-contrario/>>. Acesso em 10 Jan. 2021;

_____. *Direito de Seguro no Novo Código Civil e Legislação Própria*, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008;

SAÚDE NÃO É O QUE INTERESSA. *Revista do IDEC*. [S.l.], Jun. 2013. N. 177, Pesquisa - Planos de Saúde, p. 20-24;

SCHEFFER, Mário. *Os planos de saúde nos Tribunais: Uma análise das ações judiciais movidas por clientes de plano de saúde, relacionadas a negativas de coberturas assistenciais no Estado de São Paulo*. 2006. Dissertação (Mestre em Ciências) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006;

SCHULMAN, Gabriel. *Direito Fundamental no Plano de Saúde: Do Contrato Clássico à Contratualidade Contemporânea*, 2009. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009;

SCHULZE, Clenio Jair. *Números atualizados da judicialização da saúde no Brasil. Empório do Direito*, São Paulo, 11 Set. 2017. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/numeros-atualizados-da-judicializacao-dasaude-no-brasil-por-clenio-jair-schulze>. Acesso em: 14 Jul.2020;

SILVA, José Luiz Toro. *Comentários à Lei dos Planos de Saúde*. Porto Alegre: Síntese, 1998;

SILVA, Renata Vilhena. O direito à saúde suplementar no Brasil. In: SILVA, Renata Vilhena (Org.). *Vilhena Silva Advogados*. São Paulo: [S.n.], 2019, p. 30-36;

_____; ROBBIA, Rafael. Reajustes por sinistralidade nos contratos coletivos. *Revista do Advogado* – Direito da Saúde. São Paulo, nº 146, p. 142-152, Jun. 2020;

SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes. *Doença Preexistente nos planos de saúde*. São Paulo: Saraiva, 2009;

SOUZA JUNIOR, Carlos Augusto Guimarães. Desafios do envelhecimento e a jurisprudência dos Tribunais. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org.), *Plano de saúde: Aspectos Jurídicos e Econômicos*, Rio de Janeiro: Forense, 2012;

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Agravo Interno em Recurso Especial nº 1442296/SP*. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, DJ. 23 Mar. 2020, DJe 25 Mar. 2020. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201900377410&dt_publicacao=25/03/2020>. Acesso em 05 Jul. 2020;

_____. *Agravo Interno em Recurso Especial nº 1471762/DF*, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, DJ. 23 Mar. 2020, DJe 30 Mar. 2020. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201900792344&dt_publicacao=30/03/2020>. Acesso em 05 Jul. 2020;

_____. *Agravo Interno em Recurso Especial nº 1849149/SP*. Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJ. 30 Mar. 2020, DJe 01 Abr. 2020. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201903439029&dt_publicacao=01/04/2020>. Acesso em 05 Jul. 2020;

_____. *Agravo Interno em Recurso Especial nº 1829583/SP*. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, DJ. 22 Jun. 2020, DJe 26 Jun. 2020. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201902256602&dt_publicacao=26/06/2020>. Acesso em 05 Jul. 2020;

_____. *Recurso Especial nº 1568244/RJ*. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, DJ. 14 Dez. 2016, DJe 19 Dez. 2016. Disponível em 23 Jul. 2020;

_____. *Recurso Especial nº 1.733.013-PR*. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJ. 10 Dez. 2019, DJe de 20 Fev. 2020. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201800740615&dt_publicacao=20/02/2020>. Acesso em 02 Jul. 2020;

_____. *Súmula 302*, Segunda Seção, DJ. 18 Out. 2004, DJe 22 Nov. 2004. Disponível em <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acesso em 22 Jul. 2019;

_____. *Súmula 469*, Segunda Seção, DJ. 24 Nov. 2010, DJe 06 Dez. 2010. Disponível em <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acesso em 17 Jul. 2019;

_____. *Súmula 608*, Segunda Seção, DJ 11 Abr. 2018, Dje 17 Abr. 2018. Disponível em <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acesso em 17 Jul. 2019;

_____. *Tema Repetitivo 990*. Segunda seção, [S.l.], Dje 19 Mar. 2018. Disponível em <http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1726563>. Acesso em 15 Jul. 2020;

_____. *Tema 1016 - Afetado*. Segunda seção, [S.l.], Dje 10 Jun. 2019. Disponível em <http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1016&cod_tema_final=1016>. Acesso em 25 Jul. 2020;

_____. *Tema 1032 - Afetado*. Segunda seção, [S.l.], Dje 21 Out. 2019. Disponível em <http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp>. Acesso em 23 Jul. 2020;

_____. *Tema 1034 - Afetado*. Segunda seção, [S.l.], Dje 05 Nov. 2019. Disponível em <http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp>. Acesso em 15 Jul. 2020;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI nº 1931/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Dje 02 de Ago. 2018. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314542313&ext=.pdf>>. Acesso em 01/07/2019;

TARTUCE, Flávio [et al.]. *Direito Contratual - Temas Atuais*. São Paulo: Método: 2007;

TERRA, Aline de Miranda Valverde; ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. A tutela da autonomia privada e a utilização atécnicada dos novos princípios contratuais. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 945, p. 59-78, Jul. 2014.

TJSP - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Agravo de Instrumento nº 522.680.4/3*. Rel. Des. Ênio Zuliani, 4ª Câmara de Direito Privado, DJ. 27 Set. 2018. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2336446&cdForo=0>>. Acesso em 11 Jul. 2020;

_____. *Agravo de Instrumento nº 990.10.336896-7*. Rel. Des. José Carlos Ferreira Alves, 2ª Câmara de Direito Privado do TJSP, DJ. 28 Set. 2018. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4734386&cdForo=0>>. Acesso em 20 Jul. 2020;

_____. *Agravo de instrumento nº 0001000-84.2013.8.26.0000*. Rel. Des. José Joaquim dos Santos, 2ª Câmara de Direito Privado, DJ. 05 Mar. 2019. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6559449&cdForo=0>>. Acesso em 10 Jul. 2020;

_____. *Agravo de Instrumento 2084283-24.2020.8.26.0000*. Rel. Des. Marcus Vinicius Rios Gonçalves, 6ª Câmara de Direito Privado, DJ 07 Jul. 2020. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13725253&cdForo=0>>. Acesso em 13 Ago. 2020;

_____. *Agravo de Instrumento nº 2178640-93.2020.8.26.0000*. Rel. Des. Alcides Leopoldo, 4ª Câmara de Direito Privado, DJ. 31 Jul. 2020. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13817343&cdForo=0>>. Acesso em 01 Jul. 2020;

_____. *Apelação Cível nº 504.990.4/6-00*. Rel. Des. Francisco Loureiro, 4º Câmara de Direito Privado, DJ. 13 Dez. 2017. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2432350&cdForo=0>>. Acesso em 15 Jul. 2020;

_____. *Apelação Cível nº 553.412.4/3-00*. Rel. Des. Luiz Antônio Godoy, 1ª Câmara, DJ. 9 Set. 2018. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3235258&cdForo=0>>. Acesso em 02 Jul. 2020;

_____. *Apelação Cível nº 576.709.4/7-00*. Rel. Des. Luiz Antônio Godoy, 1ª Câmara, 16 Set. 2008. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3244889&cdForo=0>>. Acesso em 03 Jul. 2020;

_____. *Apelação Cível nº 607.025-4/4*. Rel. Des. Percival Nogueira, DJ. 11 Nov. 2008. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3473114&cdForo=0>>. Acesso em 10 Jul. 2020;

_____. *Apelação Cível nº 994.09.299588-0*. Rel. Des. Vito Guglielmi, Sexta Câmara de Direito Privado, DJ. 04 Mar. 2018. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4351170&cdForo=0>>. Acesso em 23 Jul. 2020;

_____. *Apelação nº 9159119-29.2009.8.26.0000*; Rel. Des. Elcio Trujillo; Comarca Mogi-Guaçu; 7ª Câmara de Direito Privado; DJ 22 Fev. 2010. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4882843&cdForo=0>>. Acesso em 10 Jul. 2019;

_____. *Apelação nº 9125411-56.2007.8.26.0000*; Rel. Des. Alvaro Passos; Comarca Itu; 7ª Câmara de Direito Privado; DJ 23 Fev. 2017. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4969897&cdForo=0>>. Acesso em 10 Jul. 2019;

_____. *Apelação nº 0164563-56.2010.8.26.0100*. Rel. Des. José Joaquim dos Santos, 2ª Câmara de Direito Privado, DJ. 19 Jul. 2020. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5262164&cdForo=0>>. Acesso em 20 Jul. 2020;

_____. *Apelação nº 0148111-19.2006.8.26.0000*. Rel. Des. José Joaquim dos Santos, 2ª Câmara de Direito Privado, DJ. 02 Ago. 2020. Disponível em

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5300262&cdForo=0>>. Acesso em 15 Jun. 2020;

_____. *Apelação nº 0001357-16.2008.8.26.0590*. Rel. Des. José Joaquim dos Santos, 2ª Câmara de Direito Privado, DJ. 24 Jul. 2018. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6047984&cdForo=0>>. Acesso em 23 Jul. 2020;

_____. *Apelação nº 0225225-20.2009.8.26.0100*. Rel. Des. José Joaquim dos Santos, 2ª Câmara de Direito Privado, DJ. 24 Jul. 2019. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6047955&cdForo=0>>. Acesso em 23 Jul. 2020.

_____. *Apelação nº 0022510-18.2011.8.26.0003*. Rel. Des. José Joaquim dos Santos, 2ª Câmara de Direito Privado, DJ. 29 Jan. 2013, DJE 31 Jan. 2019. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6470723&cdForo=0>>. Acesso em 17 Jul. 2020;

_____. *Apelação nº 0120825-81.2011.8.26.0100*. Rel. Des. Alvaro Passos, 2ª Câmara de Direito Privado, DJ. 19 Fev. 2018. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6508474&cdForo=0>>. Acesso em 11 Jul. 2020;

_____. *Apelação nº 0222140-29.2009.8.26.0002*. Rel. Des. J. Paulo Camargo Magano, 10ª Câmara de Direito Privado, DJ. 23 Abr. 2017. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6686551&cdForo=0>>. Acesso em 10 Jul. 2020;

_____. *Apelação Cível 0005743-78.2014.8.26.0655*. Rel. Min. Penna Machado. 10ª Câmara de Direito Privado. DJ. 28 Mai. 2019. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12546295&cdForo=0>>. Acesso em 12 Ago. 2020;

_____. *Apelação Cível 1083504-82.2017.8.26.0100*. Rel. Min. Luis Mario Galbetti, 7ª Câmara de Direito Privado; DJ. 29 Jul. 2019. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12711312&cdForo=0>>. Acesso em 12 Ago. 2020;

_____. *Apelação Cível 1020978-41.2018.8.26.0554*. Rel. Des. Rodolfo Pellizari, 6ª Câmara de Direito Privado, DJ. 10 Jun. 2020. Disponível em

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13633454&cdForo=0>>. Acesso em 12 Ago. 2020;

_____. *Apelação Cível 1097987-49.2019.8.26.0100*. Rel. Des. Coelho Mendes. 10ª Câmara de Direito Privado. DJ: 30 Jun. 2020. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13705224&cdForo=0>>. Acesso em 20 Jul. 2020;

_____. *Apelação Cível 1020754-33.2016.8.26.0309*. Rel. Des. James Siano, 5ª Câmara de Direito Privado, DJ 09 Jul. 2020. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13736415&cdForo=0>>. Acesso em 12 Ago. 2020;

_____. *Apelação Cível 1004000-22.2020.8.26.0100*. Rel. Des. José Joaquim dos Santos, 2ª Câmara de Direito Privado, DJ. 13 Jul. 2020. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13743604&cdForo=0>>. Acesso em 10 Ago. 2020;

_____. *Apelação Cível 1000849-27.2019.8.26.0474*. Rel. Des. Alcides Leopoldo, 4ª Câmara de Direito Privado, DJ 15 Jul. 2020. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13754162&cdForo=0>>. Acesso em 12 Ago. 2020;

_____. *Apelação Cível nº 1127020-21.2018.8.26.0100*. Rel. Des. Mary Grün, 7ª Câmara de Direito Privado, DJ: 16 Jul. 2020. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13757911&cdForo=0>>. Acesso em 25 Jul. 2020;

_____. *Apelação Cível 1082279-56.2019.8.26.0100*. Rel. Des. Edson Luiz de Queiróz, 9ª Câmara de Direito Privado, DJ. 22 Jul. 2020. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13775525&cdForo=0>>. Acesso em 10 Ago. 2020;

_____. *Apelação Cível nº 1005908-70.2019.8.26.0126*. Rel. Des. Vito Guglielmi, 6ª Câmara de Direito Privado, DJ.: 27 Jul. 2020. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13790165&cdForo=0>>. Acesso em 30 Jul. 2020;

_____. *Apelação Cível 1009799-97.2017.8.26.0020*. Rel. Des. Coelho Mendes, 10ª Câmara de Direito Privado, DJ. 29 Jul. 2020. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13802443&cdForo=0>>. Acesso em 10 Ago. 2020;

_____. *Apelação Cível 1000612-17.2019.8.26.0369*. Rel. Des. Silvia Maria Facchina Esposito Martinez, 10ª Câmara de Direito Privado, DJ. 31 Jul. 2020. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13813342&cdForo=0>>. Acesso em 10 Jul. 2020);

_____. *Apelação Cível nº 654.415.4/3-00*. Rel. Des. Percival Nogueira, 6ª Câmara, DJ. [...];

_____. *Apelação Cível nº 362.868.4/6*. Rel. Des. Maia da Cunha, 4ª Câmara de Direito Privado, DJ [...];

_____. *Apelação Cível nº 429.124.4/9-00*, Rel. Des. Beretta da Silveira, 3ª Câmara de Direito Privado, DJ. [...]

_____, Diretoria de Gestão do Conhecimento Judiciário. *Súmulas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. São Paulo, [20...]. Disponível em <<https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Biblioteca/Biblioteca/Legislacao/SumulasTJSP.pdf>>. Acesso em 10 Jul. 2019;

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*, v. II, 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003;

WALD, Arnold. *Direito Civil: Contratos em espécie*, v.3, 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ANEXO A – Súmulas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SÚMULAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A **PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA** publica, para conhecimento, as Súmulas aprovadas pelo Colendo Órgão Especial, nos termos do artigo 188, §§ 3º e 4º, do Regimento Interno:

(...)

Súmula 90: Havendo expressa indicação médica para a utilização dos serviços de “home care”, revela-se abusiva a cláusula de exclusão inserida na avença, que não pode prevalecer.

Súmula 91: Ainda que a avença tenha sido firmada antes da sua vigência, é descabido, nos termos do disposto no art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o reajuste da mensalidade de plano de saúde por mudança de faixa etária.

Súmula 92: É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita o tempo de internação do segurado ou usuário (Súmula 302 do Superior Tribunal de Justiça).

Súmula 93: A implantação de “stent” é ato inerente à cirurgia cardíaca/vascular, sendo abusiva a negativa de sua cobertura, ainda que o contrato seja anterior à Lei 9.656/98.

Súmula 94: A falta de pagamento da mensalidade não opera, per si, a pronta rescisão unilateral do contrato de plano ou seguro de saúde, exigindo-se a prévia notificação do devedor com prazo mínimo de dez dias para purga da mora.

Súmula 95: Havendo expressa indicação médica, não prevalece a negativa de cobertura do custeio ou fornecimento de medicamentos associados a tratamento quimioterápico.

Súmula 96: Havendo expressa indicação médica de exames associados a enfermidade coberta pelo contrato, não prevalece a negativa de cobertura do procedimento.

Súmula 97: Não pode ser considerada simplesmente estética a cirurgia plástica complementar de tratamento de obesidade mórbida, havendo indicação médica.

(...)

Súmula 99: Não havendo, na área do contrato de plano de saúde, atendimento especializado que o caso requer, e existindo urgência, há responsabilidade solidária no

atendimento ao conveniado entre as cooperativas de trabalho médico da mesma operadora, ainda que situadas em bases geográficas distintas.

Súmula 100: O contrato de plano/seguro saúde submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e da Lei n. 9.656/98 ainda que a avença tenha sido celebrada antes da vigência desses diplomas legais.

Súmula 101: O beneficiário do plano de saúde tem legitimidade para acionar diretamente a operadora mesmo que a contratação tenha sido firmada por seu empregador ou associação de classe.

Súmula 102: Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS.

Súmula 103: É abusiva a negativa de cobertura em atendimento de urgência e/ou emergência a pretexto de que está em curso período de carência que não seja o prazo de 24 horas estabelecido na Lei n. 9.656/98.

Súmula 104: A continuidade do exercício laboral após a aposentadoria do beneficiário do seguro saúde coletivo não afasta a aplicação do art. 31 da Lei n. 9.656/98.

Súmula 105: Não prevalece a negativa de cobertura às doenças e às lesões preexistentes se, à época da contratação de plano de saúde, não se exigiu prévio exame médico admissional.

ANEXO B - Enunciados da I, II e III Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça



Poder Judiciário

Conselho Nacional de Justiça

**ENUNCIADOS DA I, II E III JORNADAS DE DIREITO DA SAÚDE DO
CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**

I JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE

ENUNCIADO Nº 01

A tutela individual para internação de pacientes psiquiátricos ou em situação de drogadição ocorrerá pelo menor tempo possível, sob estrito critério médico. As decisões que imponham tal obrigação devem determinar que seus efeitos cessarão no momento da alta concedida pelo médico que atende o paciente na respectiva instituição de saúde, devendo o fato ser imediatamente comunicado pelo prestador do serviço ao Juízo competente. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 02

Concedidas medidas judiciais de prestação continuativa, em tutela provisória ou definitiva, é necessária a renovação periódica do relatório e prescrição médicos a serem apresentados preferencialmente ao executor da medida, no prazo legal ou naquele fixado pelo julgador como razoável, considerada a natureza da enfermidade, de acordo com a legislação sanitária, sob pena de perda de eficácia da medida. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 03

Nas ações envolvendo pretensões concessivas de serviços assistenciais de saúde, o interesse de agir somente se qualifica mediante comprovação da prévia negativa ou

indisponibilidade da prestação no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS e na Saúde Suplementar. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 04

~~Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são elementos organizadores da prestação farmacêuticas, de insumos e de procedimentos, e não limitadores. Assim, no caso concreto, quando todas as alternativas terapêuticas previstas no respectivo PCDT já tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis ao quadro clínico do paciente usuário do SUS, pelo princípio do art. 198, II, da CF, pode ser determinado judicialmente o fornecimento, pelo Sistema Único de Saúde, do fármaco, insumo ou procedimento não protocolizado. (Revogado pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)²²⁴~~

ENUNCIADO Nº 05

~~Deve-se evitar o processamento, pelos juizados, dos processos nos quais se requer medicamentos não registrados pela Anvisa, *off label* e experimentais, ou ainda internação compulsória, quando, pela complexidade do assunto, o respectivo julgamento depender de dilação probatória incompatível com o rito do juizado. (Revogado pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)~~

ENUNCIADO Nº 06

A determinação judicial de fornecimento de fármacos deve evitar os medicamentos ainda não registrados na Anvisa ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei (STJ – Recurso Especial Resp. nº 1.657.156, Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves - 1ª Seção Cível - julgamento repetitivo dia 25.04.2018 - Tema 106). **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 07

Sem prejuízo dos casos urgentes, visando respeitar as competências do Sistema Único de Saúde – SUS definidas em lei para o atendimento universal às demandas do setor de saúde, recomenda-se nas demandas contra o poder público nas quais se pleiteia dispensação de medicamentos ou tratamentos para o câncer, caso atendidos por médicos

²²⁴ Revogado em razão da Plenária da III Jornada de Direito da Saúde, que deliberou pela revogação do Enunciado nº 61.

particulares, que os juízes determinem a inclusão no cadastro, o acompanhamento e o tratamento junto a uma unidade Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – CACON ou Unidade de Assistência de alta Complexidade - UNACON.

ENUNCIADO Nº 08

Nas apreciações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas as regras administrativas de repartição de competência entre os entes federados. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 09

As ações que versem sobre medicamentos e tratamentos experimentais devem observar as normas emitidas pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa – Conep e Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa, não se podendo impor aos entes federados provimento e custeio de medicamento e tratamentos experimentais (STJ – Recurso Especial Resp. nº 1.657.156, Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves - 1ª Seção Cível - julgamento repetitivo dia 25.04.2018 - Tema 106). **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 10

O cumprimento de pleitos judiciais que visem à prestação de ações ou serviços exclusivos da assistência social não devem ser impostos ao Sistema Único de Saúde – SUS.

ENUNCIADO Nº 11

Nos casos em que o pedido em ação judicial seja de medicamento, produto ou procedimento já previsto nas listas oficiais do SUS ou em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas - (PCDT), o Poder Judiciário determinará a inclusão do demandante em serviço ou programa já existentes no Sistema Único de Saúde - SUS, para o fim de acompanhamento e controle clínico. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 12

A inefetividade do tratamento oferecido pelo Sistema Único de Saúde – SUS, no caso concreto, deve ser demonstrada por relatório médico que a indique e descreva as normas éticas, sanitárias, farmacológicas (princípio ativo segundo a Denominação Comum

Brasileira) e que estabeleça o diagnóstico da doença (Classificação Internacional de Doenças), indicando o tratamento eficaz, periodicidade, medicamentos, doses e fazendo referência ainda sobre a situação do registro ou uso autorizado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, fundamentando a necessidade do tratamento com base em medicina de evidências (STJ – Recurso Especial Resp. nº 1.657.156, Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves - 1ª Seção Cível - julgamento repetitivo dia 25.04.2018 - Tema 106). **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 13

Nas ações de saúde que pleiteiam o fornecimento de medicamentos, produtos ou tratamentos, recomenda-se, sempre que possível, a prévia oitiva do gestor do Sistema Único de Saúde – SUS, com vistas a, inclusive, identificar solicitação prévia do requerente, alternativas terapêuticas e competência do ente federado, quando aplicável (Saúde Pública e Suplementar). **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 14

Não comprovada a ineficácia, inefetividade ou insegurança para o paciente dos medicamentos ou tratamentos fornecidos pela rede de saúde pública ou rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, deve ser indeferido o pedido (STJ – Recurso Especial Resp. nº 1.657.156, Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves - 1ª Seção Cível - julgamento repetitivo dia 25.04.2018 - Tema 106). **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 15

As prescrições médicas devem consignar o tratamento necessário ou o medicamento indicado, contendo a sua Denominação Comum Brasileira – DCB ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional – DCI, o seu princípio ativo, seguido, quando pertinente, do nome de referência da substância, posologia, modo de administração e período de tempo do tratamento e, em caso de prescrição diversa daquela expressamente informada por seu fabricante a justificativa técnica.

ENUNCIADO Nº 16

~~Nas demandas que visam acesso a ações e serviços de saúde diferenciada daquelas oferecidas pelo Sistema Único de Saúde, o autor deve apresentar prova da evidência científica, a inexistência, inefetividade ou impropriedade dos procedimentos ou medicamentos constantes dos protocolos clínicos do Sistema Único de Saúde - SUS. (Revogado pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)~~

ENUNCIADO Nº 17

~~Na composição dos Núcleos de Assessoramento Técnico (NAT's) será franqueada a participação de profissionais dos Serviços de Saúde dos Municípios. (Revogado pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)~~

ENUNCIADO Nº 18

Sempre que possível, as decisões liminares sobre saúde devem ser precedidas de notas de evidência científica emitidas por Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário - NatJus e/ou consulta do banco de dados pertinente. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 19

As iniciais das demandas de acesso à saúde devem ser instruídas com relatório médico circunstanciado para subsidiar uma análise técnica nas decisões judiciais. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 20

A inseminação artificial e a fertilização *in vitro* não são procedimentos de cobertura obrigatória pelas operadoras de planos de saúde, salvo por expressa previsão contratual. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 21

Nos contratos celebrados ou adaptados na forma da Lei nº 9.656/98, considera-se o rol de procedimentos como referência mínima para cobertura, conforme regulamentações da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, ressalvadas as coberturas adicionais contratadas. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 22

~~Nos planos coletivos deve ser respeitada a aplicação dos índices e/ou fórmulas de reajuste pactuados, não incidindo, nestes casos, o índice da Agência Nacional de Saúde Suplementar editados para os planos individuais/familiares. (Revogado pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)~~

ENUNCIADO Nº 23

Nas demandas judiciais em que se discutir qualquer questão relacionada à cobertura contratual vinculada ao rol de procedimentos e eventos em saúde editados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS recomenda-se a consulta, pela via eletrônica e/ou expedição de ofício, a esta agência Reguladora para os esclarecimentos necessários sobre a questão em litígio.

ENUNCIADO Nº 24

Cabe ao profissional da saúde assistente, a prescrição terapêutica a ser adotada. Havendo divergência entre o plano de saúde contratado e o prescritor é garantida a definição do impasse através de junta médica ou odontológica, nos termos da Resolução da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS em vigor. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 25

É abusiva a negativa de cobertura de procedimentos cirúrgicos de alta complexidade relacionados à doença e lesão preexistente, quando o usuário não tinha conhecimento ou não foi submetido a prévio exame médico ou perícia, salvo comprovada má-fé (Súmula 609/STJ). **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 26

É lícita a exclusão de cobertura de produto, tecnologia e medicamento importado não nacionalizado, bem como tratamento clínico ou cirúrgico experimental (Tema 990/STJ). **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 27

~~As Resoluções nº 1956/2010 Conselho Federal de Medicina e nº 115/2012 do Conselho Federal de Odontologia e o rol de procedimentos e eventos em saúde vigentes na Agência Nacional de Saúde Suplementar, e suas alterações, são de observância obrigatória.~~

(Revogado pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)

ENUNCIADO Nº 28

Nas decisões para o fornecimento de órteses, próteses e materiais especiais – OPME, o juiz deve exigir a descrição técnica e não a marca específica e/ou o fornecedor, em consonância com normas do SUS, da ANS, bem como a Resolução n. 1956/2010 do CFM. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 29

Na análise de pedido para concessão de tratamento, medicamento, prótese, órtese e materiais especiais, os juízes deverão considerar se os médicos ou os odontólogos assistentes observaram a eficácia, a efetividade, a segurança e os melhores níveis de evidências científicas existentes. Havendo indício de ilícito civil, criminal ou ético, deverá o juiz oficiar ao Ministério Público e a respectiva entidade de classe do profissional.

ENUNCIADO Nº 30

~~É recomendável a designação de audiência para ouvir o médico ou o odontólogo assistente quando houver dúvida sobre a eficiência, a eficácia, a segurança e o eustoefetividade da prescrição.~~ **(Revogado pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 31

~~Recomenda-se ao Juiz a obtenção de informações do Núcleo de Apoio Técnico ou Câmara Técnica e, na sua ausência, de outros serviços de atendimento especializado, tais como instituições universitárias, associações profissionais, etc.~~ **(Revogado pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 32

A petição inicial nas demandas de saúde deve estar instruída com todos os documentos relacionados com o diagnóstico e tratamento do paciente, tais como: doença, exames essenciais, medicamento ou tratamento prescrito, dosagem, contraindicação, princípio ativo, duração do tratamento, prévio uso dos programas de saúde suplementar, indicação

de medicamentos genéricos, entre outros, bem como o registro da solicitação à operadora e/ou respectiva negativa. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 33

Recomenda-se aos magistrados e membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e aos Advogados a análise dos pareceres técnicos da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS - Conitec para auxiliar a prolação de decisão ou a propositura da ação. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 34

Os serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos e eventos listados na Lei 9.656/98 e no rol de procedimentos e eventos em saúde, solicitados por cirurgiões-dentistas ou odontólogos, são de cobertura obrigatória quando vinculados a eventos de natureza odontológica, desde que constante do contrato, bem como observada segmentação contratada.

ENUNCIADO Nº 35

Nos planos coletivos, contratados a partir da vigência da Resolução Normativa n. 195/09 da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, em que não for comprovado o vínculo entre o consumidor e a pessoa jurídica contratante na forma da regulamentação da ANS, o tipo de contratação do consumidor cujo vínculo não for comprovado, deve ser considerado individual para efeitos de rescisão e reajuste, não se aplicando aos planos das empresas e entidades de autogestão.

ENUNCIADO Nº 36

O tratamento das complicações de procedimentos médicos e cirúrgicos decorrentes de procedimentos não cobertos tem obrigatoriedade de cobertura, respeitando-se as disposições do rol de procedimentos e eventos em saúde, editado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e as segmentações contratadas.

ENUNCIADO Nº 37

As diretivas ou declarações antecipadas de vontade, que especificam os tratamentos médicos que o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito.

ENUNCIADO Nº 38

Nas pesquisas envolvendo seres humanos deve ser assegurada a proteção dos direitos fundamentais dos participantes da pesquisa, além da avaliação da necessidade, utilidade e proporcionalidade do procedimento, com o máximo de benefícios e mínimo de danos e riscos.

ENUNCIADO Nº 39

O estado de filiação não decorre apenas do vínculo genético, incluindo a reprodução assistida com material genético de terceiro, derivando da manifestação inequívoca de vontade da parte.

ENUNCIADO Nº 40

É admissível, no registro de nascimento de indivíduo gerado por reprodução assistida, a inclusão do nome de duas pessoas do mesmo sexo, como pais.

ENUNCIADO Nº 41

~~O estabelecimento da idade máxima de 50 anos, para que mulheres possam submeter-se ao tratamento e à gestação por reprodução assistida, afronta o direito constitucional à liberdade de planejamento familiar. (Revogado pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)~~

ENUNCIADO Nº 42

Quando comprovado o desejo de viver e de ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto, resultando numa incongruência entre a identidade determinada pela anatomia de nascimento e a identidade sentida, a cirurgia de transgenitalização é dispensável para a retificação de nome no registro civil.

ENUNCIADO Nº 43

É possível a retificação do sexo jurídico sem a realização da cirurgia de transgenitalização.

ENUNCIADO Nº 44

O paciente absolutamente incapaz pode ser submetido a tratamento médico que o beneficie, mesmo contra a vontade de seu representante legal, quando identificada situação em que este não defende o melhor interesse daquele. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 45

Nas hipóteses de reprodução humana assistida, nos casos de gestação de substituição, a determinação do vínculo de filiação deve contemplar os autores do projeto parental, que promoveram o procedimento.

II JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE

ENUNCIADO Nº 46

Nas ações judiciais para as transferências hospitalares deve ser verificada a inserção do paciente nos sistemas de regulação, de acordo com o regramento de referência de cada Município, Região ou Estado, observados os critérios clínicos e priorização. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 47

Não estão incluídos na competência dos juizados especiais os casos em que se pretende o fornecimento de medicamento e/ou tratamento cujo custo total, quando passível de estimativa, e anual, em tratamentos continuados por tempo indeterminado, supere o limite da competência dos referidos juizados. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 48

~~As altas de internação hospitalar de paciente, inclusive de idosos e toxicômanos, independem de novo pronunciamento judicial, prevalecendo o critério técnico profissional do médico.~~ **(Revogado pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 49

Para que a prova pericial seja mais fidedigna com a situação do paciente, recomenda-se a requisição do prontuário médico.

ENUNCIADO Nº 50

Não devem ser deferidas medidas judiciais de acesso a medicamentos e materiais não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA ou deferidas medidas judiciais que assegurem acessos a produtos ou procedimentos experimentais (Tema 106 STJ - STJ – Recurso Especial Resp. nº 1.657.156, Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves - 1ª Seção Cível - julgamento repetitivo dia 25.04.2018 e RE 566471/RN, RE 657718/MG do STF). **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 51

Nos processos judiciais, a caracterização da urgência/emergência requer relatório médico circunstanciado, com expressa menção do quadro clínico de risco imediato.

ENUNCIADO Nº 52

Nas ações reiteradas na mesma Comarca que apresentem pedidos de medicamentos, produtos ou procedimentos já previstos nas listas oficiais, como medida de eficácia da atuação jurisdicional, é pertinente o magistrado dar ciência dos fatos aos Conselhos Municipal e Estadual de Saúde.

ENUNCIADO Nº 53

Mesmo quando já efetuado o bloqueio de numerário por ordem judicial, pelo princípio da economicidade, deve ser facultada a aquisição imediata do produto por instituição pública ou privada vinculada ao Sistema Único de Saúde – SUS, observado o preço máximo de venda ao governo – PMVG, estabelecido pela CMED.

ENUNCIADO Nº 54

Havendo valores depositados em conta judicial, a liberação do numerário deve ocorrer de forma gradual mediante comprovação da necessidade de continuidade do tratamento postulado, evitando-se a liberação única do montante integral.

ENUNCIADO Nº 55

O levantamento de valores para o cumprimento de medidas liminares nos processos depende da assinatura de termo de responsabilidade e prestação de contas periódica.

ENUNCIADO Nº 56

Havendo depósito judicial ou sequestro de verbas (Bacenjud)) para aquisição de medicamentos, produto ou serviço, antes da apreciação do pedido, deve-se exigir da parte a apresentação prévia de até 3 (três) orçamentos, exceto nas hipóteses de complexa definição de custos (cirurgias, internações e fornecimento de insumos de uso hospitalar), em que outros parâmetros poderão ser observados. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 57

Em processo judicial no qual se pleiteia o fornecimento de medicamento, produto ou procedimento, é recomendável verificar se a questão foi apreciada pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC.

ENUNCIADO Nº 58

Quando houver prescrição de medicamento, produto, órteses, próteses ou procedimentos que não constem em lista Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME ou na Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde - RENASES ou nos protocolos do Sistema Único de Saúde – SUS, recomenda-se a notificação judicial do médico prescritor, para que preste esclarecimentos sobre a pertinência e necessidade da prescrição, bem como para firmar declaração de eventual conflito de interesse.

ENUNCIADO Nº 59

As demandas por procedimentos, medicamentos, próteses, órteses e materiais especiais, fora das listas oficiais, devem estar fundadas na Medicina Baseada em Evidências - MBE.

ENUNCIADO Nº 60

A responsabilidade solidária dos entes da Federação não impede que o Juízo, ao deferir medida liminar ou definitiva, direcione inicialmente o seu cumprimento a um determinado ente, conforme as regras administrativas de repartição de competências, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento.

ENUNCIADO Nº 61

~~Proposta de alteração do enunciado nº4 da I Jornada— Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são elementos organizadores da prestação farmacêutica, de insumos e de procedimentos, e não limitadores. Assim, no caso concreto, quando todas as alternativas terapêuticas previstas no respectivo PCDT já tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis ao quadro clínico do paciente usuário do SUS, pelo princípio do art. 198, II, da CF, pode ser determinado judicialmente o fornecimento, pelo Sistema Único de Saúde, do fármaco, insumo ou procedimento não protocolizado. (Revogado pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)~~

ENUNCIADO Nº 62

Para o fim de cobertura assistencial, o conceito de urgência e emergência deve respeitar a definição legal contida no art. 35-C, Lei Federal 9.656/98, de acordo com o relatório médico, com expressa menção do quadro clínico de risco imediato. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 63

O deferimento de cirurgia bariátrica em tutela de urgência sujeita-se à observância das diretrizes constantes da Resolução CFM nº 1942/2010 e de outras normas que disciplinam a matéria.

ENUNCIADO Nº 64

A atenção domiciliar depende de cobertura contratual e indicação clínica, podendo ser prestada nas modalidades de assistência domiciliar e internação domiciliar. A atenção domiciliar não supre a participação da família, responsável também pelo trabalho do cuidador, salvo cobertura contratual quanto a este último. (RDC 11/2006 - ANVISA). **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 65

Não é vedada a intervenção de terceiros nas demandas que envolvam operadora de saúde. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 66

Poderá constituir ato ilícito por violação de direito do paciente e quebra de confiança passível de condenação por dano, a recusa em fornecer cópia do prontuário ao próprio paciente ou seu representante legal ou contratual, após comprovadamente solicitado, por parte do profissional de saúde, clínica ou instituições hospitalares públicas ou privadas. **(Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)**

ENUNCIADO Nº 67

As informações constantes do receituário médico, para propositura de ação judicial, devem ser claras e adequadas ao entendimento do paciente, em letra legível, discriminando a enfermidade pelo nome e não somente por seu código na Classificação Internacional de Doenças – CID, assim como a terapêutica e a denominação genérica do medicamento prescrito.

ENUNCIADO Nº 68

Os direitos reprodutivos correspondem ao conjunto de direitos básicos relacionados com o livre exercício da sexualidade e da reprodução humana.

III JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE

ENUNCIADO Nº 69

Nos casos em que o pedido em ação judicial seja a realização de consultas, exames, cirurgias ou procedimentos especializados, recomenda-se consulta prévia ao ente público demandado sobre a existência de lista de espera organizada e regulada pelo Poder Público para acessar o respectivo serviço, de forma a verificar a inserção do paciente nos sistemas de regulação, de acordo com o regramento de referência de cada Município, Região ou Estado, observados os critérios clínicos e de priorização.

ENUNCIADO Nº 70

Configura abandono de tratamento a não retirada do medicamento e de outros produtos por mais de 03 (três) meses consecutivos, facultando-se ao demandado a suspensão das respectivas aquisições, devendo, ainda, noticiar ao Juízo do respectivo abandono.

ENUNCIADO Nº 71

A utilização dos dados pessoais de saúde, inclusive os provenientes de mapeamento genético e os presentes nos meios digitais, deverá observar os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, não podendo ser utilizados para limitação de cobertura ou acesso aos serviços de saúde públicos ou privados.

ENUNCIADO Nº 72

O consumidor tem direito de acesso à tabela de reembolso no ato de contratação e a qualquer momento posterior, devendo as operadoras de saúde divulgarem, de forma clara, os valores devidos para reembolso.

ENUNCIADO Nº 73

A ausência do nome do medicamento, procedimento ou tratamento no rol de procedimentos criado pela Resolução da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e suas atualizações, não implica em exclusão tácita da cobertura contratual.

ENUNCIADO Nº 74

Não havendo cumprimento da ordem judicial, o Juiz efetuará, preferencialmente, bloqueio em conta bancária do ente demandado, figurando a multa (astreintes) apenas como *ultima ratio*.

ENUNCIADO Nº 75

Nas ações individuais que buscam o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do Sistema Único de Saúde – SUS, sob pena de indeferimento do pedido, devem ser observados cumulativamente os requisitos estabelecidos pelo STJ, no julgamento do RESP n. 1.657.156, e, ainda, os seguintes critérios: o laudo médico que ateste a imprescindibilidade do medicamento postulado poderá ser infirmado através da apresentação de notas técnicas, pareceres ou outros documentos congêneres e da produção de prova pericial; a impossibilidade de fornecimento de medicamento para uso *off label* ou experimental, salvo se houver autorização da ANVISA; os pressupostos previstos neste enunciado se aplicam a quaisquer pedidos de tratamentos de saúde não previstos em políticas públicas.

ENUNCIADO Nº 76

A decisão judicial sobre fornecimento de medicamentos e serviços de saúde deverá, à vista do contido nos autos, trazer fundamentação sobre as suas consequências práticas, considerando os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas (arts. 20 a 22 da LINDB), não podendo fundar-se apenas em valores jurídicos abstratos (art. 20 da LINDB).

ENUNCIADO Nº 77

Para o cumprimento da tutela judicial referente ao fornecimento de produtos em saúde, pode o ente público disponibilizar a entrega na instituição em que o paciente realiza o tratamento ou por meio de seus órgãos regionais, bem como em cooperação com as secretarias municipais e estaduais de saúde.

ENUNCIADO Nº 78

Compete à Justiça Federal julgar as demandas em que são postuladas novas tecnologias de alta complexidade ainda não incorporadas ao Sistema Único de Saúde – SUS.

ENUNCIADO Nº 79

Descabe o pagamento de honorários médicos em cirurgias e procedimentos realizados no âmbito privado, se os profissionais envolvidos integram o quadro do Sistema Único de Saúde – SUS e se a cirurgia ou procedimento foi pago com recurso público e realizada dentro da carga horária do profissional.

ENUNCIADO Nº 80

Configura-se conflito de interesse a situação em que o médico pertencente ao quadro de servidores públicos atende paciente pelo Sistema Único da Saúde - SUS e prescreve tratamento realizado exclusivamente pelo prescritor ou sócio na rede particular de saúde, não observando os protocolos e as listas do Sistema Único de Saúde – SUS.

ENUNCIADO Nº 81

Caso o magistrado vislumbre a existência de considerável número de demandas individuais acerca de uma mesma matéria relativa ao direito de acesso à saúde pública, capaz de demonstrar uma ineficiência específica de atendimento, comunicará o fato ao gestor e aos conselhos de saúde para adoção de providências, bem como a Defensoria Pública, o Ministério Público e os Comitês Executivos Estaduais/Distrital de Saúde.

ENUNCIADO Nº 82

A entrega de valores bloqueados do orçamento público da saúde para custeio do tratamento na rede privada não deve ser feita diretamente à parte demandante, e sim ao estabelecimento que cumprir a obrigação em substituição à Fazenda Pública, após comprovação da sua realização, por meio de apresentação do respectivo documento fiscal.

ENUNCIADO Nº 83

Poderá a autoridade judicial determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a juntada ao processo de documentos de evidência científica (nota técnica ou parecer) disponíveis no e-NatJus (CNJ) ou em bancos de dados dos Núcleos de Assessoramento Técnico em Saúde (NATS) de cada estado, desde que relacionados ao mesmo medicamento, terapia ou produto requerido pela parte.

ENUNCIADO Nº 84

Na fixação de prazo para o cumprimento das determinações judiciais concessivas, deverá a autoridade judicial atentar para as dificuldades inerentes à aquisição dos medicamentos ou produtos pelo Poder Público e Agentes da Saúde Suplementar, bem como a origem ou procedência dos insumos.

ENUNCIADO Nº 85

Para aferição da incapacidade financeira do paciente, o Juiz poderá realizar prévia consulta aos sistemas (RenaJud, BacenJud, InfoJud, CNIB etc) e aos bancos de dados à disposição do Poder Judiciário, preservando-se a natureza sigilosa dos dados obtidos e observado o direito ao contraditório (CPC, arts. 9º e 10).

ENUNCIADO Nº 86

As multas fixadas por descumprimento de determinações judiciais (astreintes) devem levar em consideração as dificuldades inerentes à aquisição dos medicamentos ou produtos pelo Poder Público ou por Agentes de Saúde Suplementar, bem como guardar proporcionalidade com o valor da prestação pretendida.

ENUNCIADO Nº 87

Nas decisões que determinem o fornecimento de medicamento ou de serviço por mais de um ente da federação, deve-se buscar, em sendo possível, individualizar os atos que serão de responsabilidade de cada ente.

ENUNCIADO Nº 88

A indicação do profissional ou prestador de serviço na área da saúde, em princípio, deve sempre observar a política pública e a determinação pelo gestor do Sistema Único de Saúde – SUS, inexistindo o direito subjetivo à escolha da instituição e do médico pelo paciente.

ENUNCIADO Nº 89

Deve-se evitar a obstinação terapêutica com tratamentos sem evidências médicas e benefícios, sem custo-utilidade, caracterizados como a relação entre a intervenção e seu respectivo efeito – e que não tragam benefícios e qualidade de vida ao paciente, especialmente nos casos de doenças raras e irreversíveis, recomendando-se a consulta ao gestor de saúde sobre a possibilidade de oferecimento de cuidados paliativos de acordo com a política pública.

ENUNCIADO Nº 90

Sem prejuízo dos casos urgentes, visando respeitar as competências do Sistema Único de Saúde – SUS definidas em lei para o atendimento universal às demandas do setor de saúde, nas quais se pleiteiam tratamentos de terapia renal substitutiva, caso atendidos por médicos particulares, a ordem judicial implica a inclusão no cadastro, o acompanhamento e o tratamento junto a uma unidade de atenção especializada em Doença Renal Crônica - DRC.

ENUNCIADO Nº 91

O cumprimento de pleito judicial que vise à prestação de ação ou serviço exclusivo da EDUCAÇÃO não é de responsabilidade do Sistema Único de Saúde – SUS.

ENUNCIADO Nº 92

Na avaliação de pedido de tutela de urgência, é recomendável levar em consideração não apenas a indicação do caráter urgente ou eletivo do procedimento, mas também o

conjunto da condição clínica do demandante, bem como as repercussões negativas do longo tempo de espera para a saúde e bem-estar do paciente.

ENUNCIADO Nº 93

Nas demandas de usuários do Sistema Único de Saúde – SUS por acesso a ações e serviços de saúde eletivos previstos nas políticas públicas, considera-se excessiva a espera do paciente por tempo superior a 100 (cem) dias para consultas e exames, e de 180 (cento e oitenta) dias para cirurgias e tratamentos.

ENUNCIADO Nº 94

Até que possa ser concluído o processo da compra de medicamentos ou produtos deferidos por decisão judicial para regular fornecimento, o magistrado poderá determinar à parte ré o depósito judicial de valores que permitam à parte autora a aquisição, sob pena do sequestro de verbas.

ENUNCIADO Nº 95

A alteração de dosagem, posologia, quantidade ou forma de apresentação de medicamento, produto ou insumo em relação ao postulado na inicial não implica ampliação dos limites objetivos da lide, aplicando-se a regra da fungibilidade.

ENUNCIADO Nº 96

Somente se admitirá a impetração de mandado de segurança em matéria de saúde pública quando o medicamento, produto, órtese, prótese ou procedimento constar em lista RENAME, RENASES ou protocolo do Sistema Único de Saúde – SUS.

ENUNCIADO Nº 97

As solicitações de terapias alternativas não previstas no rol de procedimentos da ANS, tais como equoterapia, hidroterapia e métodos de tratamento, não são de cobertura e/ou custeio obrigatório às operadoras de saúde se não estiverem respaldadas em Medicina Baseada em Evidência e Plano Terapêutico com Prognóstico de Evolução.

ENUNCIADO Nº 98

Na oncologia não há dispensação fracionada de medicamentos no tratamento, salvo excepcionalidade descrita em relatório/laudo médico circunstanciado.

ENUNCIADO Nº 99

O tratamento multiprofissional do transtorno do espectro autista é de cobertura obrigatória por parte das operadoras de saúde, as quais devem viabilizar ao beneficiário ou equipe multiprofissional credenciada pela operadora de saúde, desde que o método seja reconhecido pelos respectivos conselhos de classe dos profissionais integrantes da referida equipe multiprofissional, ou que esteja expressamente previsto no rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS.

ENUNCIADO Nº 100

As decisões judiciais que determinem a cobertura de procedimentos e eventos em saúde deverão ser cumpridas preferencialmente no âmbito da rede prestadora da operadora de saúde, salvo nos casos em que demonstrada a inexistência de especialista credenciado.

ENUNCIADO Nº 101

As decisões judiciais que versem sobre coberturas contratuais asseguradas mediante reembolso sujeitam-se aos limites dos valores contratados, desde que haja especialista credenciado pela rede contratada.

ENUNCIADO Nº 102

Em caso de drogadição ou transtorno mental, deve ser dada prioridade aos serviços comunitários de saúde mental em detrimento das internações (Lei 10.216/2001).

ENUNCIADO Nº 103

Havendo recomendação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS - CONITEC pela não incorporação de tecnologia, a determinação judicial de fornecimento deve apontar o fundamento e a evidência científica que afaste a conclusão do órgão técnico, em razão da condição do paciente.

ÍNDICE ALFABÉTICO DOS ENUNCIADOS DA I, II e III**JORNADAS DE DIREITO DA SAÚDE**

Abandono tratamento 70

Ação coletiva 81

Alta complexidade 78

ANS 73
Assistência Social 10
Atenção domiciliar 64
Avaliação 57
Biodireito 37, 38, 39,40, 42, 43, 44, 45, 69
Bloqueio 53, 74, 82, 94
CACON 07
Cadastro 07, 69, 90
Capacidade financeira 85
Cirurgia 25
Cirurgia bariátrica 63
Cobertura 20, 21, 23, 25, 26, 34, 35, 36, 62, 71, 73, 99,100, 101
Cobertura 62
Competência 07, 08, 47, 60 78, 87
Conflito de interesse médico 80
CONITEC 57, 103
Consequencialismo jurídico 76
Consulta notas técnicas 18
Cumprimento dificuldades 76
Cumprimento terceirizado 77
Dados pessoais 71
Decisão judicial 76
Declaração antecipada de vontade 37
Denominação Comum Brasileiro 12
Depósito judicial, 54, 55, 56, 94
Descumprimento ordem judicial 74
Documentos 32
Drogadição 01, 102
Educação 91
Enunciado N° 01
Equoterpia 97
Fertilização in vitro 20
Filiação 39, 45
Fungibilidade 95

Fungibilidade 95
Gestação assistida 45
Hidroterapia 97
Hipossuficiente 85
Honorários médicos 79
Incapaz 44
Incorporação 103
Ineficiência serviço público 52
Inseminação artificial – 20
Instrução processual 83
Interesse de agir 03
Internação 01, 102
Internação domiciliar 64
Intervenção de terceiros 65
Juizado Especial 47
Justiça Federal 78
Levantamento numerário 55
Liberação valores 54
Lista de espera 69
Lista de Serviços 58, 59
Mandado de segurança 96
Mapeamento genético 72
Marca 28
Medicamento importado 26, 95
Medicamento não incorporado 75
Medicamento, 02, 26, 85, 95
Medicina Baseada em Evidência 12
Medicina baseada em evidência 14, 18, 29, 59, 75, 89.
Médico 24, 80
Menor conflito de representante 44
Multas 86
NatJus 83

Notas técnicas 18, 83
Numerário liberação 82
Odontologia 34
Off label 75
Oitiva prévia 13
Oncologia 07, 98
OPME 28, 29
Orçamento 56
Paciente 11, 70
Paciente incapaz 44
Pareceres técnicos 33
Pesquisa com seres humanos 38
Petição inicial 32
Plano coletivo 35
Plano de saúde 99
Política pública prevalência 12, 88, 89, 1
Prazo cumprimento decisão 84
Prazo tratamento eletivo 93
Prescrição 24
Prescrição fora da política pública 12
Prescrição médica 15
Prestação contas 55
Prestação continuativa, 02
Prontuário médico 49, 66
Protocolos Clínicos 75
Prova pericial 49
Provocação administrativa 13
Psiquiatria 01, 102
Rede de serviço 11
Rede prestadora 100
Reembolso 101

Registro ANVISA 06, 50
Regulação 46
Relatório médico 02
Relatório médico 12, 19, 67
Relatório médico 15
Rename 58
RENASES 58
Repartição competência 08
Reprodução 40, 45, 68
Responsabilidade 87
Responsabilidade solidária 60
Retificação registro 42, 43
Rol de procedimentos 21
Saúde suplementar 20, 21, 23, 24 28 65. 81
Sequestro 56
Terapia renal 90
Terapias alternativas 97
Transferência hospitalar 46
Transgenitalização 42
Transtorno mental 01
Transtorno mental 102
Tratamento eletivo prazo 93
Tratamento especializado 69
Tratamento experimental 09, 50
Tratamento fora de protocolos clínicos 75
Tutela de urgência 63, 92
UNACON 07
Urgência e emergência 51, 62