

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA

JULIANO COUTO MACEDO

**PLANOS COLETIVOS DE SAÚDE: RESTRIÇÕES CONTRATUAIS ÀS NOVAS
CONQUISTAS MÉDICAS**

Piracicaba, SP

2014

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA

JULIANO COUTO MACEDO

**PLANOS COLETIVOS DE SAÚDE: RESTRIÇÕES CONTRATUAIS ÀS NOVAS
CONQUISTAS MÉDICAS**

Dissertação apresentada à Banca de Defesa no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, como exigência para obtenção de título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor José Luiz Gavião de Almeida

Piracicaba, SP

2014

JULIANO COUTO MACEDO

**PLANOS COLETIVOS DE SAÚDE: RESTRIÇÕES CONTRATUAIS ÀS NOVAS
CONQUISTAS MÉDICAS**

Dissertação apresentada à Banca de Defesa no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, como exigência para obtenção de título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor José Luiz Gavião de Almeida

COMISSÃO EXAMINADORA

Professor Doutor José Luiz Gavião de Almeida

Professor Doutor Jorge Luiz de Almeida

Professor Doutor Alessandro Jacomini

Piracicaba, 14 de agosto de 2014.

Dedico este trabalho à minha esposa Ana Carolina e ao meu filho João Paulo pelo grande incentivo, pelas incessantes cobranças e, principalmente, pela compreensão em razão de minha ausência.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me dado condições de lutar e alcançar os objetivos pretendidos.

A minha família pelo apoio não só na pós-graduação, mas durante toda a vida.

Ao amigo Guilherme Sampieri Santinho, pela grande contribuição nas pesquisas e debates sobre o tema.

Ao corpo docente e administrativo do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba.

Em especial, agradeço ao Prof. Dr. José Luiz Gavião de Almeida, meu orientador, compreensão, paciência e determinação que sempre demonstrou e ao Prof. Jorge de Almeida, professor na graduação e pós-graduação, um exemplo de vida.

RESUMO

A presente dissertação tem como objeto a exposição análise de alguns pontos controvertidos envolvendo os planos de saúde e as restrições contratuais às novas conquistas médicas. Como se sabe, e isso vem de longa data, a assistência à saúde no Brasil é precária. Com isso, a Constituição Federal e demais normas esparsas autorizaram que empresas privadas cuidassem da saúde suplementar. Em decorrência disso surgiram os planos de saúde (individuais e coletivos) e os seguros-saúde. Independentemente do conceito de cada instituto, na prática vivenciamos sérios problemas envolvendo as cláusulas dos contratos de adesão travadas com os consumidores usuários dos planos de saúde e seguros-saúde. Um dos principais problemas refere-se à evolução tecnológica da medicina (com novos medicamentos, novos tratamentos, e novas próteses, órteses e outros instrumentos ligados ao ato cirúrgico). Muitas vezes, mesmo aprovados pela ANS, novos tratamentos não são liberados pelas operadoras em razão do elevado custo. Nessa esteira dá-se início à discussão envolvendo a saúde e a dignidade da pessoa humana contrapondo com as questões econômicas contratuais dos planos de saúde. Não se pode olvidar acerca da relação médico-paciente (usuário), eis que existe o dever de informação e transparência nessa relação, cabendo ao profissional descrever todas as alternativas de tratamento, sendo que a questão de cobertura pelo plano acaba ficando em segundo plano. Não basta que a ANS introduza novas tecnológicas voltadas à medicina, mas também que isso seja incluído como cobertura contratual nos planos de saúde, visando uma ampla cobertura aos usuários.

Palavras-chaves: Plano de saúde coletivo – cláusulas contratuais – inovações tecnológicas

ABSTRACT

The present dissertation has as its objective the exposure and analysis of a few controversial points enveloping private health plans and contractual restrictions regarding the new technological innovations in medicine. As it is well-known, health care in Brazil is precarious and it has been like this for many years. Due to this, the Federal Constitution and other sparse rules have authorized private companies to take charge of supplementary health care. As a result, health plans (individual and collective) as well as health insurance plans have emerged. Independently of the concept of each institute, in practice we are experiencing serious problems involving membership contractual clauses signed with consumers users of the health care plans and health-insurance. One of the major problems refers to the technological evolution of medicine (new medicaments, new treatments, new prosthesis, orthosis and other instruments connected to the surgical act). Even though approved by the ANS, the new treatments are not released by the operators due to high cost. In its wake the beginning of a discussion involving health and the dignity of the human being in opposition to the contractual economic issues of the health care plans. One cannot forget the doctor – patient (user) relation; a relationship that calls for the duty to inform and be transparent, where the professional is in charge of describing all the alternatives to the treatment, and in doing so the matter of coverage by the health plan is no longer the primary subject. It is not enough for the ANS to introduce new technology geared towards medicine, but also that this issue be included as contractual coverage in the health care plans, aiming at providing the users with a wider coverage.

Key words: private health plan - contractual clauses - technological innovations

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ANS – Agência Nacional de Saúde

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

CC – Código Civil

CDC - -Código de Defesa do Consumidor

CNSP – Conselho Nacional de Seguros Privados

CONSU – Conselho de Saúde Suplementar

CPC – Código de Processo Civil

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

DESAS – Departamento de Saúde Suplementar

GEAP – Grupo Executivo de Assistência Patronal

OMS – Organização Mundial da Saúde

OPME – Órteses, Próteses e materiais especiais

SAS – Secretaria de Atenção à Saúde

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUS – Serviço Único de Saúde

TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

TJSP - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Sumário

INTRODUÇÃO.....	11
1. SAÚDE NO BRASIL – HISTÓRICO.....	13
2. SISTEMA PÚBLICO E PRIVADO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE.....	20
3. SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL.....	22
3.1. A REGULAMENTAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR.....	23
4. PLANOS DE SAÚDE E SEGURO-SAÚDE – CONCEITOS BÁSICOS.....	28
4.1. CONCEITO JURÍDICO-CONTRATUAL.....	29
4.2. PLANOS DE SAÚDE.....	31
4.2.1. PLANO-REFERÊNCIA DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE.....	34
4.2.2. ESPÉCIES DE REGIMES E DE PLANOS DE ASSISTÊNCIA.....	35
4.3. SEGURO-SAÚDE.....	39
4.4. CONVÊNIOS.....	40
4.5. DADOS SOBRE A SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL.....	40
4.6. CONCEITO DE CONTRATO NA CONTEMPORANEIDADE.....	44
5. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	48
5.1. CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	51
5.2. DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	52
6. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES.....	54
6.1. ORIGEM E APLICAÇÃO NOS ESTADOS CONSTITUCIONAIS.....	57
6.1.1. DUPLA DIMENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	59
6.2. TEORIA DA NEGAÇÃO DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS E A TEORIA DA STATE ACTION.....	62
6.3. TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DIRETA.....	63
6.4. TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL INDIRETA.....	65
6.5. TEORIA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO.....	68
6.6. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE AS TEORIAS.....	70
7. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EXTENSIVA AO SETOR PRIVADO.....	71
7.1. CLÁUSULAS CONTRATUAIS LIMITATIVAS.....	72
7.2. RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E AS NOVAS TECNOLOGIAS.....	78
7.3. LIMITAÇÕES ÀS NOVAS TECNOLOGIAS.....	82

7.4. COLISÃO DE PRINCÍPIOS: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITO DO CONSUMIDOR X PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE OU CONSENSUALISMO.

85

7.4.1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	86
7.4.2. PRINCÍPIOS ATINENTES AO DIREITO DO CONSUMIDOR	90
7.4.3 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE OU CONSENSUALISMO.....	93
CONCLUSÃO	96
REFERÊNCIAS	98
ANEXO I – Pesquisa do Conselho Federal de Medicina	105
ANEXO II – Lei 9.656/98.....	111
ANEXO III – Resolução n. 338, da ANS.....	129

INTRODUÇÃO

Como se sabe, e isso vem de longa data, a assistência à saúde no Brasil é precária. Com isso, a Constituição Federal e demais normas esparsas autorizaram que empresas privadas cuidassem da saúde suplementar. Com isso surgiram os planos de saúde (individuais e coletivos) e os seguros-saúde. Independentemente do conceito de cada instituto, na prática vivenciamos sérios problemas envolvendo os contratos de adesão e os consumidores usuários dos planos de saúde e seguros-saúde.

Inicialmente é trazida à baila a legislação acerca da regulação da saúde suplementar no Brasil, que é utilizada como suporte para apontamento de alguns conceitos e definições acerca do plano de saúde (individual e coletivo) e seguro-saúde. Outro ponto de destaque é a pesquisa que apresenta alguns dados sobre a saúde suplementar, sobre a relação médico paciente, e sobre a relação médico operadora de planos. Causa espanto tamanha interferência dos planos de saúde na atividade médica.

Apresenta-se debate sobre direitos fundamentais e eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Já no capítulo 7 são apontadas as cláusulas contratuais limitativas, em especial as limitações às novas tecnologias. Um fundamento importante para definir a questão é a relação médico x paciente. Atualmente o profissional da saúde é extremamente cobrado, pois os pacientes têm livre acesso à informação e às novas tecnologias acerca de suas necessidades de saúde. Assim, a exigência é tamanha e o profissional fica entre a cobrança do paciente o controle dos planos de saúde. Logicamente que nessa batalha a parte mais fraca acaba sendo o consumidor e o médico.

Por fim, é apresentado o embate ente o conflito de princípios atinentes à dignidade da pessoa humana, direito do consumidor em contrapartida ao princípio da autonomia da vontade. No caso existe uma colisão de princípios fundamentais e é necessário um debate aprofundado sobre o tema para, quiçá, chegarmos a uma solução para o problema.

Na produção do trabalho em foco foi realizada pesquisa acerca do assunto, a doutrina especializada foi consultada, bem como artigos científicos

publicados em meio digital. Não se pode deixar de mencionar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunais de Justiça que serviram de base para a análise principal do estudo. Foi consultada, ainda, a legislação pertinente ao tema e, especialmente, o suporte doutrinário.

1. SAÚDE NO BRASIL – HISTÓRICO

A precariedade do serviço de saúde prestado pelo Poder Público remete ao tempo colonial. Neste período histórico a saúde pública era prestada pelas irmandades que se formaram para oferecer atendimento médico mínimo. Em seguida, grupos de pessoas se formaram dando origem às Ordens Terceiras, mas o serviço era prestado apenas aos irmãos da ordem¹.

Com a proclamação da república e a separação do Estado com a Igreja, houve uma redução da prestação do serviço pelas irmandades. Com isso, grupos profissionais vieram a se formar, organizando suas próprias assistências médicas, a exemplo do Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Comerciantes – IAPC e o Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Industriários – IAPI. Entretanto, com o tempo tais institutos e hospitais mostraram-se ineficientes, o que fez com que surgissem as clínicas de bairro e os planos privados de saúde.²

Assim, por muito tempo a assistência à saúde no Brasil foi prestada associada à previdência social e mediante alguma forma de contribuição, não sendo garantido o acesso universal.³

Em 1923 foi editada a Lei Eloy Chaves (Decreto-Lei 4.682), um marco para a regulação da previdência social e assistência à saúde, determinando a criação das caixas de aposentadoria e pensões para os ferroviários, categoria profissional de grande número e força na época. Tal lei previa a prestação de socorros médicos, fornecimento de medicamentos, aposentadoria e pensão por morte. A caixa era mantida pelas empresas, razão pela qual a previdência social e assistência médica prestadas eram de caráter privado.

Em 20 de dezembro de 1926 a lei nº 5.109 estendeu o Regime da Lei Eloy Chaves aos portuários e marítimos. Posteriormente, a lei 5.485, de 30 de junho de 1928 abarcou os trabalhadores dos serviços telegráficos e radiotelegráficos. Em 1º de outubro de 1931, o Decreto 20.465, de 1º de outubro de 1931 estabeleceu que

¹ Sá, Elida. OS PLANOS DE SAÚDE. Disponível em :” <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero6/artigo9.htm>”, acesso em 10 de fevereiro de 2014.

² Da Silva, Joseane Suzart da Silva Lopes, PLANOS DE SAÚDE E BOA-FÉ OBJETIVA. Bahia: Editora Jus Podivm. 2ª edição. 2010. Páginas 38/39.

³ Ibrahim, Fábio Zambitte, CURSO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO. Niterói/RJ: Editora Impetus. 15ª edição. 2010. Página 9.

os empregados dos demais serviços públicos passassem a ter o direito aos benefícios da Lei Eloy Chaves e 1932 os empregados das empresas de mineração também.

A seguridade social de caráter público teve seu nascimento oficializado através do Decreto 22.872 que criou o Instituto de Previdência dos Marítimos – IAPM, gerida pela Administração Pública, e, posteriormente outros institutos foram sendo criados.⁴

Contudo, em virtude da ineficiência da atuação dos serviços praticados pelos institutos, nas décadas de 40 e 50, empresas e instituições públicas e privadas criaram assistência à saúde para seus trabalhadores, a exemplo da Caixa de Assistência aos Funcionários do Banco do Brasil (CASSI), o Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Industriários (IAPI), que deu origem à GEAP, posteriormente.⁵ Tal sistema de saúde é considerado o nascimento da atividade privada de saúde, a qual funcionava com a captação de recursos de empregadores e de seus empregados.⁶

Com o advento do regime militar a previdência social se reestruturou e houve a unificação da previdência urbana brasileira com fusão dos institutos e criação do Instituto Nacional da Previdência Social (INPS), através do Decreto-lei 72/1966.

Importante salientar que os trabalhadores rurais não eram abarcados por tais caixas e institutos, ficando sem amparo e assistência médica hospitalar adequado. Apenas em 1971 com o advento da Lei Complementar 11/1971 foi instituído o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural (Pró-Rural), mantido pelo Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural – FUNRURAL -, com natureza jurídica de autarquia federal. Assim, a seguridade social possuía dois regimes: o dos trabalhadores rurais e dos trabalhadores urbanos, regulado pela lei 3.807/1960.

Conforme ensina Joseane Suzart Lopes da Silva, o Estado passou a prestar o serviço público de saúde para atender às solicitações dos empresários:

⁴ AMADO, Frederico, DIREITO E PROCESSO PREVIDENCIÁRIO. Editora Jus Podivm. 4ª edição. 2013. Bahia. Página 100/103.

⁵ DA SILVA, Joseane Suzart da Silva Lopes, PLANOS DE SAÚDE E BOA-FÉ OBJETIVA. Editora Jus Podivm. 2ª edição. 2010. Bahia. Páginas 40

⁶ TRETTEL, Daniela Batalha, PLANOS DE SAÚDE NA VISÃO DO STJ E STF. Editora Verbatim. 1ª edição. 2010. Pág. 29.

“Na realidade, o sistema público de saúde surgiu no Brasil como uma resposta aos reclamos dos grupos empresariais desinteressados em suportarem os gastos com seus empregados e diante da completa impossibilidade de as famílias assumirem a tarefa de outrora (...).”⁷

Em tal período foi aprovada a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), a qual regulamentou as formas de compra e venda de serviços de saúde no setor privado.

As empresas privadas prestadoras de serviços de saúde suplementar tiveram um grande crescimento na década de 60 em virtude da ineficiência estatal, bem como por conta da celebração de convênio pelo poder público com estas empresas para fomentar suas atividades. Com isso, as prestadoras de saúde passaram a oferecer seus serviços/produtos às empresas, dando origem ao que se denomina “medicina de grupo”.⁸

Na década seguinte, o governo passou a remunerar o setor privado para que prestasse o serviço de saúde, o que constituiu uma verdadeira privatização da saúde. Neste período foram instituídas as Sociedades Cooperativas de Trabalho – UNIMEDs.⁹

No ano de 1977 foi instituído o SINPAS – Sistema Nacional de Previdência Social contemplando cinco entidades: 1. IAPAS (Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social), responsável pela arrecadação e fiscalização das contribuições; 2. INAMPS (Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social); 3. INPS (Instituto Nacional de Previdência Social), responsável pela gestão dos benefícios previdenciários; 4. LBA (Fundação Legião Brasileira de Assistência), responsável pelos idosos e gestantes carentes; 5. FUNABEM (Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor), responsável pelos menores carentes; 6. CEME (Central de Medicamentos), responsável pela

⁷ Da Silva, Joseane Suzart da Silva Lopes, PLANOS DE SAÚDE E BOA-FÉ OBJETIVA. Editora Jus Podivm. 2ª edição. 2010. Bahia. Páginas 41

⁸ Trettel, Daniela Batalha, PLANOS DE SAÚDE NA VISÃO DO STJ E STF. Editora Verbatim. 1ª edição. 2010. Pág. 29.

⁹ Da Silva, Joseane Suzart da Silva Lopes, PLANOS DE SAÚDE E BOA-FÉ OBJETIVA. Editora Jus Podivm. 2ª edição. 2010. Bahia. Páginas 42

fabricação de medicamentos de baixo custo; 7. DATAPREV (Empresa de Tecnologia e Informação da Previdência Social), responsável pelo controle de dados.¹⁰

O INAMPS era constituído por 3 subsistemas: 1. Estatal, com a finalidade de prestar assistência médica simples e de caráter sanitário aos hipossuficientes economicamente; 2. Privado, responsável pelo atendimento dos beneficiários da previdência social; 3. Atendimento médico supletivo, o qual buscava a contratação com empresas para o atendimento de sua mão-de-obra.

Na década de 80, em virtude da existência de numerosas empresas atuantes no setor privado de prestação do serviço de saúde, o que demonstra que se tornou um negócio muito atrativo, foi aprovada a lei nº 6.839 de 30 de outubro de 1980 determinando que se registrassem perante o Conselho Federal de Medicina e Conselhos Regionais de Medicina.¹¹ Nesse período histórico pode-se considerar que os planos de saúde deixaram de ser constituídos como um benefício empregatício e passaram a ter caráter de assistência médica suplementar.¹²

Em 1988 foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil atualmente em vigor dando à saúde o caráter de direito fundamental, núcleo da proteção da dignidade da pessoa. Trata-se de um direito fundamental classificado como de 2ª geração, tendo em vista ser considerado como uma obrigação de fazer imposta ao Estado, o qual deve garantir a todos o acesso à saúde pública independente de qualquer contribuição ao sistema.¹³

O dever de garantir a saúde pública é competência comum dos entes federativos do Estado (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), conforme preconiza a constituição federal em seu artigo 23, inciso II e artigo 30, inciso VII. O serviço público da saúde compõe a estrutura da seguridade social, definida pelo artigo 194 da constituição federal como “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. Sendo assim, a saúde

¹⁰ Amado, Frederico, Direito e Processo Previdenciário. Editora Jus Podivm. 4ª edição. 2013. Bahia. Página 102/103.

¹¹ Da Silva, Joseane Suzart da Silva Lopes, PLANOS DE SAÚDE. Editora Jus Podivm. 2ª edição. 2010. Bahia. Páginas 45

¹² Trettel, Daniela Batalha, PLANOS DE SAÚDE NA VISÃO DO STJ E STF. Editora Verbatim. 1ª edição. 2010. Pág. 30.

¹³ Mendes, Gilmar Ferreira. Coelho, Inocência Mátiere. Branco, Paulo Gustavo Gonet. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. Editora Saraiva. 5ª edição. 2010. São Paulo. Página 311.

pública, a previdência social e assistência social passaram a possuir caráter autônomo e dissociado.¹⁴

A constituição Federal de 1988 organizou a saúde pública através do Sistema Único de Saúde (SUS), garantindo acesso universal à saúde e independente de qualquer contribuição. O SUS é financiado através de recursos do orçamento da seguridade social, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, além de outras fontes, conforme determina o artigo 198, §1º. A fim de garantir a aplicação de recursos pelos entes federativos na prestação do serviço público de saúde de maneira satisfatória, a emenda constitucional nº 29 de 2.000 estabeleceu que percentuais mínimos de recursos arrecadados devem ser destinados à saúde, o que foi regulamentado pela Lei complementar nº 141 de 13 de janeiro de 2012.

A carta magna em seu artigo 199 deixou clara a possibilidade de a assistência à saúde poder ser prestada pela iniciativa privada, conforme ensina Fábio Zambitte Ibrahim:

“A saúde não é exclusiva do Poder Público, podendo as instituições privadas 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.”¹⁵

A Constituição Federal proíbe a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos (§2º do art. 199). Logo, não veda a criação de empreendimentos voltados ao lucro na saúde.¹⁶

Em 1990 foi editada a lei nº 8.080 a fim de regulamentar o Sistema Único de Saúde e no mesmo ano o INAMPS (Instituto Nacional de Previdência Social) foi extinto, tendo suas funções transferidas ao SUS.

A grande expansão do setor de medicina suplementar no Brasil ocorreu no período de 1987 a 1994, tendo em vista a deficiência na prestação de saúde pelos poderes públicos e o avanço da tecnologia para o diagnóstico e tratamento

¹⁴ Da Silva, Joseane Suzart da Silva Lopes, PLANOS DE SAÚDE E BOA-FÉ OBJETIVA. Editora Jus Podivm. 2ª edição. 2010. Bahia. Página 47

¹⁵ Ibrahim, Fábio Zambitte, CURSO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO. Editora Impetus. 15ª edição. 2010. Niterói, RJ. Página 11.

¹⁶ Ibrahim, Fábio Zambitte, CURSO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO. Editora Impetus. 15ª edição. 2010. Niterói, RJ. Página 11

dos problemas de saúde. Em virtude disso, foi criada a FENASEG – Federação Nacional das Empresas de Seguro Privados e de Capitalização.

As primeiras tentativas de definir e enquadrar o setor de saúde suplementar datam do início dos anos 90. Contudo apenas em 1997 passou a integrar a agenda da sociedade e do Governo, resultando na regulamentação em junho de 1998, processo intensificado depois da efetiva implantação da ANS, em abril de 2000.

Em 03 de junho de 1998 foi publicada a lei nº 9.656, a qual disciplina os planos privados de assistência à saúde. No dia seguinte à publicação de tal lei, foi editada a medida provisória 1.665/1998 que além de introduzir alterações na lei, criou o Conselho de Saúde Suplementar (CONSU), órgão vinculado ao Ministério da Saúde, com a função de verificar a atuação da assistência privada à saúde.

Verifica-se assim que entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a edição da lei 9.656/1998 houve um período de 10 anos sem que as operadoras de planos de saúde tivessem uma regulamentação, o que criou um ambiente propício ao cometimento de abusos e surgimento de conflitos com os usuários. É certo que com o advento do Código de Defesa do Consumidor (CDC) em 1990 os usuários dos planos de saúde passaram a ter instrumento de defesa de seus direitos, mas foi com a lei dos planos de saúde que as peculiaridades do serviço foram efetivamente regulamentadas.¹⁷

Em 25 de novembro de 1999 foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), órgão regulador e fiscalizador da saúde suplementar, por meio da Medida Provisória nº 1.928, a qual foi reeditada e posteriormente convertida na lei nº 9.961/00. A ANS passou a desempenhar a maior parte das atribuições que haviam sido conferidas ao CONSU.

Apesar dos grandes avanços na regulamentação dos planos de saúde, a fim de consagrar direitos aos usuários, o que se verifica é uma crescente demanda, principalmente no judiciário, dos usuários que se sentem lesados pelas operadoras dos planos e seguros de saúde, e reivindicam a tutela de seus direitos, tendo em

¹⁷ Trettel, Daniela Batalha, PLANOS DE SAÚDE NA VISÃO DO STJ E STF. Editora Verbatim. 1ª edição. 2010. Pág. 33/34.

vista a falta de cobertura de tratamentos, exigência de carência para determinados tratamentos e aumento abusivo da mensalidade.

Assim, as pessoas ficam desamparadas pela efetiva prestação de saúde, já que o poder público tem sempre se mostrado ineficiente, apesar de todo o esforço constitucional e legal para impor o efetivo investimento pelos entes federativos em tal setor, bem como para haver a prestação do serviço de maneira adequada. Por outro lado, as operadoras de plano e seguro de saúde, através de práticas abusivas, também deixam de oferecer a proteção adequada à saúde dos usuários, atuando apenas na busca desenfreada de lucros.

2. SISTEMA PÚBLICO E PRIVADO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

Segundo Organização Mundial da Saúde – OMS, importante destacar que “a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social”. Diante desse conceito, é possível concluir que a abrangência é tamanha que salvaguarda, além da saúde, a dignidade da pessoa humana. A própria OMS adotou um conceito amplo de saúde, que foi seguido pela Constituição Pátria.

Primeiramente, necessária a diferenciação do sistema de assistência à saúde público do privado.

Há que se destacar que a CF/88, em seu artigo 6º, dispõe que a saúde é um direito social. Em complemento, no art. 23, II, do mesmo diploma, define que “é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”.

Prosseguindo acerca dos dispositivos constitucionais, no art. 24, XII, a CF/88 estabelece que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre a defesa da saúde. Resta destacar que cabe aos Municípios prestar a cooperação técnica e financeira à União e do Estado aos serviços de atendimento à saúde e população.

Não se pode relevar o disposto no art. 196, da 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*”.

No que tange ao Sistema Público de saúde, o art. 198, da Constituição Federal/88 define as regras para o SUS (Sistema Único de Saúde), definindo o funcionamento de uma rede regionalizada e hierarquizada. Esse sistema é financiado (nos termos do art. 195, da CF/88) com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além

de outras fontes. Importante ressaltar que o SUS foi regulamentado pela Lei 8.080/90, que declara em seu art. 2º, que *“a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”*, assegurando acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Já o art. 199, da CF/88, estabelece sobre a assistência à saúde por iniciativa privada, autorizando a participação complementar de instituições privadas. A assistência privada à saúde é exercida por médicos, clínicas, laboratórios, hospitais, odontólogos, dentre outros. Há que se destacar que a prestação desses serviços pode ser contratada de forma direta, sendo ajustado entre as partes o valor dos honorários; ou por intermédio de planos privados de assistência à saúde.

O sistema privado de saúde, necessariamente sujeita-se ao princípio da livre-iniciativa, sendo que o financiamento de sua atividade decorre da remuneração paga pelos tomadores dos serviços. Conforme já exposto, a grande maioria da prestação desse tipo de serviço é feita por intermédio de planos de saúde, pois é inviável para o usuário a contratação particular de qualquer tipo de tratamento em razão do elevado custo do serviço.

Pode-se definir que existem dois sistemas de atenção à saúde, o público e o privado. Em seu cerne, ambos apresentam o foco na prevenção de doenças ou manutenção da saúde e recuperação da saúde e combate à doença ou lesão ocorridas. Todavia, o sistema público foi concebido como um grande seguro social de saúde, muito amplo e norteado pelos princípios da universalidade de acesso e integralidade de assistência, nos moldes do art. 7º, I e II, da Lei 8080/90, relativa ao Sistema Único de Saúde. Já o sistema privado é livre para todos os que puderem e se dispuserem a arcar com o preço do serviço. Tais contratos devem contemplar o conteúdo mínimo disposto em Lei, sendo que a cobertura não é ilimitada.

Um dos pontos mais debatidos no mundo jurídico refere-se aos limites de atuação e cobertura dos planos privados, pois estes não são, a princípio, regulados pelos mesmos princípios que regem a saúde pública.

3. SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL

É cediço que o governo autoriza terceiros a prestar o serviço de forma suplementar. As empresas privadas oferecem à população os planos e seguros de saúde como forma de assistência médica.

A saúde suplementar pode ser definida como todo atendimento privado de saúde, realizado ou não por meio de um convênio com um plano de saúde. Estão presentes dentro do cenário da Saúde Suplementar no Brasil: o governo – representado pelo Ministério da Saúde, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) – além das operadoras de planos privados, as seguradoras e os prestadores de serviço de assistência à saúde.

Nos planos de saúde os usuários têm o serviço de assistência médica prestado pelos profissionais e estabelecimentos credenciados pela operadora. São fiscalizados pela ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar, vinculada ao Ministério da Saúde e criada pela Lei 9.961/00, de 2000. Têm por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, em um processo de regulação marcado tanto pela perspectiva econômica, objetivando a organização do mercado e o estímulo à concorrência, como pela perspectiva assistencial, voltada para a garantia dos interesses dos consumidores nesse mercado que, em junho de 2013, atingiu a marca de 68,4 milhões de contratos assinados.

Já os seguros de saúde proporcionam aos associados a livre escolha de profissionais, hospitais e laboratórios. A ANS também é a autoridade supervisora de seguros de saúde, responsável pela regulação, controle e supervisão das atividades de assistência à saúde suplementar.

Importante destacar que a Lei 9.656/98, de 1998, estabeleceu as regras para os planos e seguros privados de assistência à saúde e, em 2001, a Lei 10.185/01 transferiu para a ANS a competência para supervisionar o seguro saúde no Brasil que, até então, era da SUSEP.

3.1. A REGULAMENTAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR

Conforme apresentado por Januario Montone, Diretor-Presidente da ANS, em 2001¹⁸, o setor de saúde suplementar pode ser classificado em segmentos, alguns com subsegmentações bem expressivas:

1. Medicina de Grupo – Opera com os chamados convênios médico-hospitalares , em que podem ser identificados três tipos:
 - a. As operadoras que não possuem rede própria;
 - b. As que possuem rede própria; e
 - c. As associadas a hospitais filantrópicos.
2. Cooperativas: Além dos serviços dos próprios cooperados, operam os chamados convênios médico-hospitalares, com rede própria crescente;
3. Autogestão: Sistema fechado com público específico, vinculado a empresas - públicas e privadas – ou a sindicatos e associações, igualmente subdivididas entre aquelas que operam a assistência através de departamentos próprios dessas companhias e aquelas que a operam através de entidades vinculadas. Consiste em um sistema sem finalidade lucrativa, no qual uma empresa ou outro tipo de organização institui e administra o plano privado de saúde de seus empregados ativos, aposentados, pensionistas e ex-empregados e respectivos grupos familiares, ou ainda, participantes e dependentes de associações de pessoas físicas ou jurídicas, fundações, sindicatos, entidades de categorias profissionais ou assemelhados, e;
4. Seguradoras: Além do seguro-saúde propriamente dito, sujeito à regulamentação específica, operam produtos com todas as características de planos privados de assistência à saúde na

¹⁸ Brasil. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. O impacto da regulamentação no setor de saúde suplementar / Ministério da Saúde, Agência Nacional de Saúde Suplementar - Rio de Janeiro: ANS, 2001. Pag. 9. Acesso em 12 jan 2014.

forma da legislação. Uma característica é que em seu estatuto deve constar vedação expressa à comercialização de outro tipo de seguro.

5. Administradoras de benefícios: São empresas que administram planos coletivos de assistência à saúde, financiados por uma operadora. Não assumem o risco decorrente da operação desses planos. Também não possuem rede própria, credenciada ou referenciada de serviços médico-hospitalares ou odontológicos e não têm vínculo contratual direto com os beneficiários. Administradora de benefícios é aquela que assume parte do trabalho que seria da empresa empregadora, do conselho, sindicato ou associação profissional que contrata o plano de saúde. A administradora de benefícios tem a responsabilidade de emitir boletos, de representar os beneficiários na negociação de aumentos de mensalidade com a operadora do plano e, dependendo do que for contratado, absorver o risco de inadimplência ou atraso de pagamento de mensalidades por parte da empresa empregadora, do conselho, sindicato ou associação profissional contratante, preservando a continuidade de atendimento dos beneficiários do seguro ou plano de saúde.

Interessante apontar tabela apresentada pela ANS¹⁹ relativa à responsabilidade de cada empresa:

Administradora de benefícios	Operadora do plano de saúde
<p>representa a empresa, conselho, sindicato ou associação profissional contratante;</p> <p>a identificação da administradora aparece no boleto e pode ser obtida junto à área de</p>	<p>a identificação da operadora aparece na carteira do plano de saúde;</p> <p>garante recursos e rede de serviços de saúde (hospitais, clínicas, laboratórios e</p>

¹⁹ Brasil. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. <http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/contratacao-e-troca-de-plano/dicas-para-escolher-um-plano/467-planos-coletivos>. Acesso em 12 dez 2013.

Administradora de benefícios	Operadora do plano de saúde
<p>recursos humanos da empresa, conselho, sindicato ou associação profissional contratante;</p> <p>realiza trabalhos administrativos, como a emitir boletos e alterar dados de cadastro dos beneficiários;</p> <p>negocia com a operadora do plano de saúde os reajustes de mensalidade, as alterações na rede credenciada e as formas de controle de acesso aos serviços do plano, representando a empresa, conselho, sindicato ou associação profissional contratante;</p> <p>dependendo do contrato, pode absorver o risco da operadora de planos de saúde quando há atraso ou não-pagamento de mensalidades pela empresa, sindicato ou associação profissional contratante, para não prejudicar os beneficiários.</p>	<p>profissionais) para atender aos beneficiários; é responsável pelo plano de saúde e os serviços prestados por ele junto à ANS e aos beneficiários.</p>

Quanto ao modelo de regulação, normatização e fiscalização, o que emerge desse primeiro marco legal (a Lei 9.656/98 e da MP 1.665/98) é a criação de duas instâncias: uma, com foco nas operadoras e na ótica econômico-financeira do setor; outra, no produto oferecido e na sua ótica de assistência à saúde.

O Ministério da Fazenda, através do CNSP e da SUSEP, ficou responsável pelos aspectos econômico-financeiros, de normas para autorização de funcionamento das operadoras, registros dessas entidades, política de reajustes e os respectivos atos de fiscalização.

O Ministério da Saúde, através do CONSU e da SAS/DESAS, assumiu a responsabilidade pelo nível de assistência à saúde, rol de procedimentos, exigências para registro de produtos e respectivo registro, além da qualidade da assistência e os atos de fiscalização correspondentes.²⁰

Posteriormente, conforme art. 35-A, da lei 9656/98, o CONSU passou a absorver as atribuições do CNSP enquanto a SAS/DESAS, as da SUSEP. O

²⁰ Brasil. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. O impacto da regulamentação no setor de saúde suplementar / Ministério da Saúde, Agência Nacional de Saúde Suplementar - Rio de Janeiro: ANS, 2001. Pag. 20. Acesso em 12 jan 2014

CONSU foi transformado num Conselho Ministerial, integrado pelos Ministros da Casa Civil, na qualidade de presidente; da Saúde, Fazenda, da Justiça, e do Planejamento, Orçamento e Gestão. Este órgão possui a atribuição de supervisionar e acompanhar as ações e o funcionamento da ANS, fixando diretrizes gerais para implementação de ações e funcionamento da agência, em especial: aspectos econômico-financeiros; normas de contabilidade, atuariais e estatísticas; parâmetros quanto ao capital e patrimônio líquido; critérios para constituição de garantias; criação de fundo, seguro garantidor e outros instrumentos para garantia do consumidor.

A Câmara de Saúde Suplementar, de caráter permanente e consultivo, foi mantida, porém acumulando a competência de discutir e opinar sobre todo o sistema, e não apenas no seu aspecto de assistência à saúde.

Em seguida houve a criação da ANS, um novo órgão no Ministério da Saúde para assumir as atribuições da SAS/DESAS quanto ao setor de saúde suplementar e ao qual passa a vincular-se à Câmara de Saúde Suplementar. A criação da ANS traz para o processo um instrumento potencialmente mais eficaz e efetivo: a figura da agência reguladora.

No que tange às agências reguladoras podemos destacar importantes fatores: a) Poder regulador definido em lei, materializado na sua capacidade de regular, controlar, fiscalizar e punir; b) autonomia administrativa, materializada no mandato de seus dirigentes e na flexibilidade dos instrumentos de gestão (estrutura organizacional, recursos humanos, sistema de compras e outros); c) autonomia financeira, materializada na arrecadação direta de taxas específicas (no caso da ANS, a Taxa de Saúde Suplementar).

No que diz respeito exclusivamente à ANS, foram incorporadas novas atribuições, como a de monitorar a evolução de preços de planos de assistência à saúde, seus prestadores de serviços e insumos, autorizar os processos de cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência do controle acionário e a articulação com os órgãos de defesa do consumidor.

A ANS exerce a fiscalização de duas maneiras: direta e indireta. A primeira é exercida por meio de denúncias e diligências às operadoras. Essas diligências são preventivas e programadas. Já a segunda, é exercida através do

acompanhamento e do monitoramento das operadoras, com base nos dados fornecidos aos sistemas de informações periódicas - assistenciais, econômico-financeiras e cadastrais - e no cruzamento sistemático das informações disponíveis, inclusive a incidência de reclamações e as multas aplicadas

Apesar de não ser o escopo desse trabalho, dessa análise, constata-se que a ANS assumiu papel relevante no controle dos planos de saúde em geral.

4. PLANOS DE SAÚDE E SEGURO-SAÚDE – CONCEITOS BÁSICOS

Conforme já exposto, a Constituição Federal, em seu art. 199, autorizou a iniciativa privada a prover a assistência à saúde.

Assim, como regra de mercado, a exploração de qualquer atividade por iniciativa privada busca a obtenção de lucro. Tal atividade é desenvolvida mediante negócios jurídicos em forma de contratos, cujos princípios englobam tanto aqueles comuns a todos os contratos de direito Privado (denominados gerais), como abarcam também normas próprias de Direito Público.

No caso de saúde suplementar existem duas formas de cobertura. A primeira forma consiste na contratação de planos de assistência, que se destaca pela existência de uma rede de profissionais e estabelecimentos credenciados que farão o atendimento sem qualquer custo para o segurado. Nesse caso a organização é feita mediante convênios. E a segunda, caracterizada pelo reembolso de despesas, podendo o segurado escolher o prestador de serviços conforme sua conveniência, denominado seguro-saúde.

O contrato de assistência médica com operadora de plano de saúde deve, obrigatoriamente, seguir o disposto na Lei 9656/98, sendo que a operadora terá a responsabilidade solidária por eventuais danos causados por serviços de saúde prestado por credenciados e prepostos. Já o contrato de seguro-saúde segue o disposto na Lei 10.185/2001.

Apesar de diferenciações conceituais, nas palavras de Rizzardo²¹, temos que:

“é difícil estabelecer uma diferenciação completa entre os planos de assistência e seguro, posto que os primeiros também preveem cobertura de certos eventos aleatórios, não passando as prestações de prêmios pagos pelas partes para resguardar-se contra certos sinistros”.

Passemos a analisar cada um dos conceitos.

²¹ RIZZARDO, Arnaldo. Contratos / Arnaldo Rizzardo. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Pag. 910.

4.1. CONCEITO JURÍDICO-CONTRATUAL

O seguro é um contrato bilateral, eis que a pessoa pretende garantir a si, a familiares e/ou terceiros a cobertura contra eventuais riscos pessoais, buscando a devida assistência na ocorrência do evento. Além disso, deverá a instituição ser legalmente habilitada para tal, cabendo ao segurado o pagamento da contribuição periódica e à instituição resta a assistência aos eventos que afetem a saúde do segurado/beneficiário. Assim, existe uma reciprocidade de obrigações, cabendo a devida cobertura aos eventos futuros e incertos relacionados à saúde do contratante e, em contrapartida, cabendo a este o adimplemento das prestações – caracterizando a onerosidade. Já a aleatoriedade do contrato é caracterizada pela indefinição do evento, sendo este futuro e incerto. Nas palavras de Arnaldo Rizzardo:

“Revela-se essencialmente aleatório, porquanto o ganho ou a perda dos pactuantes depende de circunstâncias futuras e incertas. No entanto, há um sentido próprio da aleatoriedade nestes contratos, bem colocada por Manoel Sebastião Soares Povoas: “Quanto à aleatoriedade, não há dúvida que é a incerteza da verificação do evento, ou da data em que se verifica, que dá consistência ao contrato”²².

Importante destacar que o contrato aleatório é o bilateral e oneroso, em que pelo menos um dos contraentes não pode antever a vantagem que receberá, em troca da prestação fornecida. A *alea*, que significa risco, sorte ou acaso, é caracterizada pela incerteza. Essa incerteza é para as partes, oriundas das vantagens e sacrifícios que do contrato podem advir.

Outra característica desse tipo de contrato é a execução continuada, pois subsiste por período determinado, sendo que nesse ínterim, o risco persiste.

Como é de conhecimento notório, antigamente os contratos de planos de saúde possuíam inúmeras cláusulas abusivas, vagas, obscuras, outras ilegíveis e ininteligíveis, trazendo exclusões de coberturas sem qualquer fundamento. As

²² RIZZARDO, Arnaldo. Contratos / Arnaldo Rizzardo. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

negativas de cobertura eram constantes, o que causava um grande transtorno para os usuários dos planos.

Detêm a característica de ser de adesão, posto que as empresas de assistência médica pré-determinam as cláusulas contratuais, não passíveis de alteração pelos segurados, que são obrigados a aceitar as cláusulas impostas, assim, os contratos são sempre por escrito, e deverão ser interpretados em favor do aderente, por força do artigo 423, do Código Civil. Por se tratar de um contrato de adesão, devem ser consideradas nulas as cláusulas que estipulem renúncia antecipada do aderente, a direito resultante da natureza do negócio, conforme disposto no artigo 424 do Código Civil.

Diante de tal situação, a sociedade clamava por uma legislação pertinente ao caso, que culminou no surgimento da Lei 9656, de 03 de junho de 1998.

Com a publicação da lei e o início de sua vigência, grandes adequações foram trazidas aos contratos, tais como: definição de operadoras de planos privados de assistência à saúde; a abrangência da assistência à saúde; introdução do plano mínimo de atendimento ambulatorial, hospitalar e odontológico; fiscalização das atividades pela ANS; previsão de penalidades em caso de infração; limitações de reajuste; afastamento de prazo mínimo de carência para internações; dentre outros.

Necessário destacar uma significativa inclusão no art. 35-G, Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001, que dispõe: “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 n. 8.078, de 1990”.

Com isso, restou definida a questão de aplicabilidade do CDC nos casos envolvendo controvérsias acerca dos planos de saúde. Antes da vigência deste dispositivo, as operados insistiam em afirmar que não era aplicável o CDC aos planos de saúde.

Por fim, a Medida Provisória acima descrita inseriu diversos itens importantes, dentre eles a criação do CONSU – Conselho de Saúde Suplementar, que tem competência para: I - estabelecer e supervisionar a execução de políticas e diretrizes gerais do setor de saúde suplementar; II - aprovar o contrato de gestão da ANS; III - supervisionar e acompanhar as ações e o funcionamento da ANS; IV - fixar diretrizes gerais para implementação no setor de saúde suplementar

sobre: aspectos econômico-financeiros; normas de contabilidade, atuariais e estatísticas, dentre outros.

4.2. PLANOS DE SAÚDE

Atualmente o Plano de Saúde é o instituto mais utilizado no Brasil. Como não poderia deixar de ser, sujeita-se ao princípio da livre iniciativa, sendo o financiamento de suas atividades decorrentes da remuneração paga pelos tomadores dos serviços prestados. Essa intermediação é feita pelas operadoras de planos de saúde.

Importante destacar que a lei 9656/98 não criou o plano de saúde à margem e semelhança do SUS, pois quando publicada, já existia um segmento de planos de saúde há décadas. Como de costume, o Direito estava um passo atrás da dinâmica da realidade social.

A prestação de serviços é realizada por intermédio dos planos de saúde e é bancada com recursos oriundos de mensalidades e outros pagamentos feitos pelos usuários contratantes. Trata-se de um serviço de larga escala, de bom padrão técnico e profissional.

Estruturalmente possui como principais características: ser um Contrato formal, oneroso, bilateral, típico, aleatório, de adesão e execução sucessiva. Nessa linha, pode-se definir como contrato formal aquele que necessariamente precisa ser escrito. A onerosidade é qualificada pelo fato de ambos os contratantes obterem proveito, que corresponde a um sacrifício da outra parte. Trata-se de proveitos e sacrifícios recíprocos. A bilateralidade corresponde ao número de contratantes, que no caso são dois: o beneficiário e o Plano de saúde. Outra característica é a tipicidade – contrato típico, que são aqueles que têm designação própria na legislação e servem para fixação de esquemas, modelos ou tipos de regulamentação conforme a lei. Quanto à aleatoriedade, sua definição baseia-se na impossibilidade de antever a vantagem que receberá em troca da prestação fornecida. Nesse caso existe a incerteza. São também denominados contratos de

adesão, que não permitem a liberdade na negociação, pois há preponderância da vontade de um dos contratantes. Nesse caso o contratante elabora as cláusulas e ou outro apenas tem a possibilidade de aderir, ou não. Inexiste a possibilidade de modifica-las. Por fim, tem-se como denominado contrato de execução sucessiva ou continuada, por tratar-se de negócio que se destina a certa duração, por menor que seja o tempo, a fim de proteger o bem ou a pessoa. Tal duração será até o término da vigência do contrato, ficando o segurador obrigado a garantir os interesses do segurado previstos contratualmente durante toda a vigência e nos moldes legais.

Um ponto de grande debate na doutrina é o contraponto de aleatoriedade x comutatividade. Os operadores de planos de saúde defendem que a principal característica do contrato de plano de saúde é a mutualidade²³, “já que os pagamentos feitos pelos consumidores financiam, mensalmente, a atenção à saúde prestada para aqueles indivíduos do grupo de consumidores vinculados à mesma operadora de planos de saúde, que necessitam de atendimento à saúde”.

Aprofundando na discussão, os defensores dessa linha teórica afirma que para evitar a descontinuidade das relações econômicas, foi concebido o princípio da mutualidade, fundamento dos seguros. A tentativa de adaptação aos fatores negativos do meio ambiente levou o ser humano a concluir que pouco valia sua iniciativa isolada para tentar controlar situações que superam sua capacidade de previsão ou reação. Necessária uma atuação conjunta das partes, buscando a reciprocidade para tentar suprir os fatores fortuitos, e alcançar a prosperidade ao grupo.

O conceito não é de mera reparação econômica, mas sim da reparação que advém de um sistema de compensação entre economias ameaçadas pelos mesmos riscos. Manter uma sociedade segura, entretanto, demanda um envolvimento coletivo para todos tornarem-se mais responsáveis, pois o erro de um prejudica a todos.

Mantendo essa linha de entendimento, o contrato de seguro se alicerça em fundamentos que são: a mutualidade, o cálculo das probabilidades e a homogeneidade para se definir o valor de seu preço, de seu prêmio e a delimitação dos riscos que estarão cobertos.

²³ NOBRE, Milton Augusto; e outros. O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. Pág. 210.

Possui a obrigação principal de transferir o risco do segurado para o segurador. Com isso, este assume os riscos previstos no contrato. Para tanto deve haver a mutualidade, ou seja, embora em um contrato de seguro existam duas partes, o segurado e o segurador, a sua base econômica advém da reunião de várias pessoas, os segurados, que através do pagamento dos prêmios de seus contratos à seguradora, esta forma e administra um fundo derivado de tais pagamentos, que servirão para indenizar os segurados que forem vítimas de sinistros.

Utilizam-se de cálculo das probabilidades, que fixa a importância do prêmio a ser pago pelo segurado. Tal cálculo é elaborado através de estatísticas sobre a ocorrência dos sinistros em um determinado risco. Dessa forma, ao fixar o segurador o valor do prêmio com base nos estudos estatísticos, tal importância deverá pagar as prováveis indenizações aos seus segurados e ainda obter uma margem de lucro à seguradora.

Apesar desse entendimento acerca da mutualidade (que tem estreito relacionamento com a comutatividade), predomina como característica do contrato de plano de saúde a aleatoriedade.

Importante destacar que o plano de saúde visa atender a coletividade, a massa formadora desse capital. Logicamente, por questões econômicas, os limites de atuação do plano de saúde estão traçados pela legislação. Existem dispositivos tanto na Constituição Federal (art. 199), como em legislação esparsa como Leis 9656/98, 9961/00 e regulamentos dentre outras.

Dessa forma, para atuar no mercado de planos de saúde a operadora deve cumprir, criteriosamente, o que dispõe as normas da lei 9656/98, sendo vedado abster-se da prática de qualquer ato que viole tais preceitos. Por consequência, o contrato de plano de saúde deve atender os ditames legais. Nesse diapasão, tem-se no art. 1º, inciso I, da lei 9656/98:

“Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou

parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor”

Ademais, o plano de saúde tem natureza securitária, conforme anteriormente exposto. Assim, tem como objetivo o oferecimento de cobertura assistencial sem limites financeiros, obedecidos os seguintes critérios:

- a) preço ou contraprestação, cuja formação dar-se-á antes ou após a utilização dos serviços;
- b) rede credenciada, contratada e referenciada ou não utilização de rede credenciada;
- c) cobertura, que pode ser qualquer daquelas definidas em lei ou a somatória de duas ou mais delas: ambulatorial, hospitalar, obstetrícia e odontológica;
- d) forma de custeio, mediante pagamento integral ou parcial pela operadora, reembolso ou pagamento direto ao prestador.

Assim, a operadora delimita a cobertura, sendo que os planos de saúde não podem ser obrigados a entregar algo diverso daquele contratado, pois como atendem uma coletividade de milhares ou milhões de usuários, por meio de centenas de prestadores de serviços, necessário que sejam estabelecidas regras gerais que propiciem a viabilidade da entrega do serviço e também a sustentabilidade da operação. Não se pode esquecer da finalidade lucrativa da operação.

Diante dos diversos planos de assistência, importante o consumidor decidir por qual adotar, constatando as vantagens de que cada tipo de plano oferece.

4.2.1. PLANO-REFERÊNCIA DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

A lei 9656/98, em seu art. 10º, criou o plano-referência, que consiste no molde para coberturas mínimas. Dessa lista, dois itens dão margem a alguns questionamentos. O primeiro está no caput, e refere-se a doenças listadas na

Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde; e, por segundo, a amplitude de coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, que deverá ser definida por normas da ANS. Além das coberturas mínimas, a lei estabelece expressas exclusões legais de coberturas (art. 10º): 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; VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; VIII – revogado; 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.

4.2.2. ESPÉCIES DE REGIMES E DE PLANOS DE ASSISTÊNCIA

A Resolução Normativa da ANS – RN n. 195, de 14 de julho de 2009 estabelece a classificação e características dos planos privados de assistência à saúde, regulamentando sua contratação e dispondo sobre orientações gerais.

Nessa linha, apresenta em seu art. 2º, a classificação dos planos privados de assistência à saúde:

- I – individual ou familiar;
- II – coletivo empresarial; ou
- III – coletivo por adesão.

O plano de contratação individual é aquele oferecido ao mercado para a livre adesão de consumidores de consumidores, atrelado à pessoa física e/ou seu grupo familiar. Atualmente é um plano muito pouco utilizado, sendo que algumas operadoras em fazem sua comercialização em razão do alto custo de mercado. Muitas operadoras de planos de saúde, em especial as seguradoras, têm deixado de oferecer planos individuais, concentrando suas atividades nos planos coletivos.

Antes mesmo de fecharem totalmente as portas para a contratação individual, já davam demonstrações evidentes de seu desinteresse por esse tipo de contrato, instruíam corretores para que não o comercializassem, pagavam comissões baixas ou mesmo deixavam de pagá-las. Se, no que diz respeito aos corretores, já é forte a pressão em favor dos planos coletivos, sob a ótica do consumidor a situação não muda. Dependendo da operadora escolhida, não há mais a opção do contrato individual. E, entre aquelas em que ainda é possível encontrar planos individuais, os preços iniciais são muito elevados e até proibitivos em comparação aos planos coletivos, chegando ao cúmulo de custar o dobro do preço.

Atualmente, o que ocorre é uma coletivização de planos individuais para fugir das regras de controle mais rígido por parte da ANS, pois, conforme exposto, os planos individuais possuem regras mais rígidas no tocante aos reajustes e rompimento de contratos. Tal prática vem sendo combatida de forma veemente pela agência reguladora.

Conforme disposto pela ANS, existem dois tipos de planos coletivos: os empresariais, que prestam assistência à saúde dos funcionários da empresa contratante graças ao vínculo empregatício ou estatutário; e os coletivos por adesão, que são contratados por pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, como conselhos, sindicatos e associações profissionais. O que diferencia os planos coletivos dos individuais é a existência de um intermediário (pessoa jurídica) para que o contrato esteja formalmente constituído.

Retornando à Resolução Normativa 195 da ANS, tem-se em seu art. 5º, a definição de plano coletivo:

“Art. 5º Plano privado de assistência à saúde coletivo empresarial é aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população delimitada e vinculada à pessoa jurídica por relação empregatícia ou estatutária.

§1º O vínculo à pessoa jurídica contratante poderá abranger ainda, desde que previsto contratualmente:

I - os sócios da pessoa jurídica contratante;

II - os administradores da pessoa jurídica contratante;

III - os demitidos ou aposentados que tenham sido vinculados anteriormente à pessoa jurídica contratante, ressalvada a aplicação do disposto no caput dos artigos 30 e 31 da Lei nº 9.656, de 1998;

IV – os agentes políticos;

V – os trabalhadores temporários;

VI – os estagiários e menores aprendizes; e

VII - o grupo familiar até o terceiro grau de parentesco consanguíneo, até o segundo grau de parentesco por afinidade, cônjuge ou companheiro dos empregados e servidores públicos, bem como dos demais vínculos dos incisos anteriores.

§2º O ingresso do grupo familiar previsto no inciso VII do §1º deste artigo dependerá da participação do beneficiário titular no contrato de plano privado de assistência a saúde.”

Outro ponto que merece destaque e diferencia-se do plano individual é que nos casos de participantes em número superior a 30, a lei veda a exigência de cumprimento de prazos de carência, ressalva feita à necessidade de formalização do pedido até 30 dias da celebração do contrato ou da vinculação do participante a pessoa jurídica contratante.

Já o plano coletivo por adesão apresenta seus requisitos no art. 9, da citada Resolução Normativa:

Art. 9. O Plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão é aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população que mantenha vínculo com as seguintes pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial:

I – conselhos profissionais e entidades de classe, nos quais seja necessário o registro para o exercício da profissão;

II – sindicatos, centrais sindicais e respectivas federações e confederações;

III – associações profissionais legalmente constituídas;

IV - cooperativas que congreguem membros de categorias ou classes de profissões regulamentadas;

V - caixas de assistência e fundações de direito privado que se enquadrem nas disposições desta resolução;

VI - entidades previstas na Lei n. 7.395, de 31 de outubro de 1985, e na Lei n. 7.398, de 4 de novembro de 1985; e

VII - (Revogado pela RN nº 260, de 2011)

§1º Poderá ainda aderir ao plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão, desde que previsto contratualmente, o grupo familiar do beneficiário titular até o terceiro grau de parentesco consanguíneo, até o segundo grau de parentesco por afinidade, cônjuge ou companheiro.

§2º A adesão do grupo familiar a que se refere o §1º deste artigo dependerá da participação do beneficiário titular no contrato de plano de assistência à saúde.

§3º Caberá à operadora exigir e comprovar a legitimidade da pessoa jurídica contratante, na forma do caput e a condição de elegibilidade do beneficiário.

§4º Na forma de contratação prevista no inciso III do artigo 23 caberá tanto à Administradora de Benefícios quanto à Operadora de Plano de Assistência à Saúde comprovar a legitimidade da pessoa jurídica contratante, na forma do caput deste artigo, e a condição de elegibilidade do beneficiário.

Há que ser consideradas as diferenças apontadas nos planos coletivos empresariais e por adesão. Todavia, a legislação apresenta algumas disposições comuns aos planos coletivos. Dentre elas podemos destacar que para vínculo de beneficiários aos planos privados de assistência à saúde coletivos por adesão ou empresarial não serão permitidas quaisquer outras exigências que não as necessárias para ingressar na pessoa jurídica contratante. Outro dispositivo em destaque é a vedação de exclusão dos beneficiários, exceção feita aos casos de fraude e perda do vínculo (ressalvados os dispositivos à manutenção temporária do contrato em razão do tempo de trabalho).

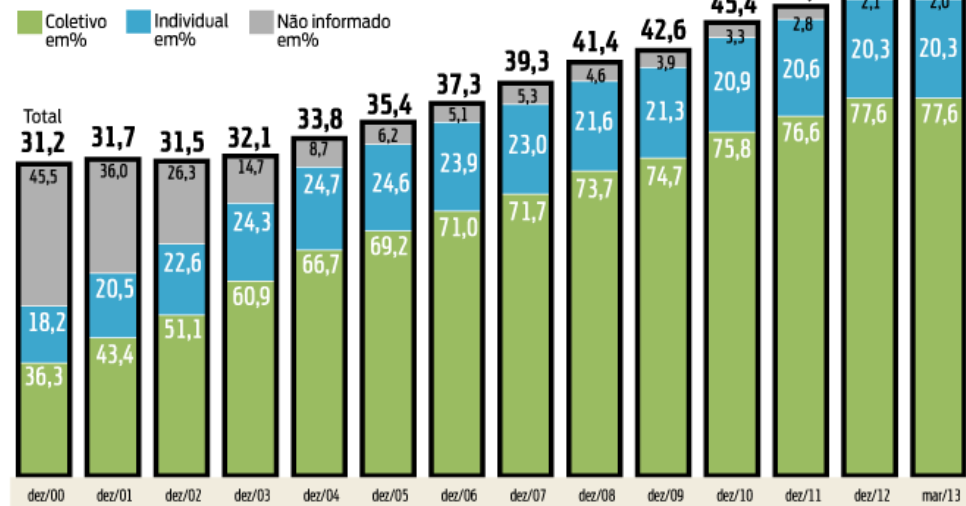
A principal característica que leva as operadoras a utilizarem-se dos planos coletivos é a menor interferência da ANS. Enquanto nos planos individuais o reajuste é limitado anualmente pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), nos coletivos a correção da mensalidade se baseia na sinistralidade de cada contrato, sem interferência da agência. Conforme relatado por especialistas, a ANS não demonstra intenção de regular os planos coletivos – que respondem por 80% dos mais de 48 milhões de usuários no país – com o mesmo afinco dos individuais. A agência reguladora parte do princípio de que a competição entre as operadoras por clientes coletivos e a negociação entre as duas partes é suficiente para gerar resultados justos, pois entendem que existe um equilíbrio e poderio técnico e econômico entre as partes.

Para ilustrar o acima exposto, segue gráfico apresentado pela ANS:

MERCADO

As operadoras de saúde suplementar estão deixando de vender os planos individuais, aqueles adquiridos por pessoas físicas e com reajuste limitado anualmente pela ANS. Elas estão priorizando os coletivos, com os quais têm mais liberdade de ação e lucro. Como esse movimento não tem qualquer objeção da ANS, os consumidores estão ficando com menos opções.

Evolução em milhões de beneficiários, segundo o tipo de contratação



Fonte: ANS. Infografia: Gazeta do Povo.

4.3. SEGURO-SAÚDE

Nas lições de Arnaldo Rizzardo²⁴, “define-se o seguro o contrato pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante o pagamento de um prêmio, a garantir-lhe interesse legítimo, contra riscos futuros, previstos no contrato”. A mesma linha segue o contrato no plano de saúde, que visa pagar determinadas importâncias pela ocorrência de fatos previstos no contrato como riscos. O segurado tem a garantia de proteção dos riscos da enfermidade, pois contará com os recursos para custear as despesas com seu tratamento.

Nesse caso, organiza-se uma pessoa jurídica para dar custeio aos riscos previamente contratados. Nesse caso é definida uma relação de doenças e o custeio cabe à operadora caso o evento venha a ocorrer. A principal característica que a liberdade do segurado contratar o profissional de sua confiança, sendo garantido

²⁴ RIZZARDO, Arnaldo. Contratos / Arnaldo Rizzardo. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Pag. 904.

pelo contrato um teto para reembolso mediante apresentação da nota fiscal de serviços.

4.4. CONVÊNIOS

Consiste em convênio o contrato de prestação de serviços médico-hospitalares. Existem três modalidades:

- a) Aqueles que operam com uma rede independente de hospitais, médicos e clínicas, mas com a obrigatoriedade de escolha ou opção dentre determinados, que o convênio contratou;
- b) Convênios que possuem médicos próprios. O participante é encaminhado para determinado profissional, ou a um hospital indicado;
- c) Trata-se do seguro-saúde propriamente dito, que consiste em um sistema de reembolso de despesas, podendo o segurado optar pelo médico e hospital de sua confiança. Em seguida, o convênio faz o reembolso até o limite estabelecido em contrato.

4.5. DADOS SOBRE A SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL

Primeiramente é importante apresentar dados recentes da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), publicados em seu Caderno de Informação de beneficiários, de março de 2012, extrai-se da pág. 13²⁵, que em dezembro de 2011, havia mais de “51 milhões de beneficiários em planos coletivos, representando 77,2% do total de beneficiários da saúde suplementar. Destes, 62,6% estavam vinculados a planos coletivos empresariais, cujo vínculo é decorrente de relação empregatícia”. Nessa esteira apresenta o seguinte quadro:

²⁵ Apud CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira . Plano de Saúde :aspectos jurídicos e econômicos/Ministro Marco Aurélio Mello ... [et al.], , coordenador-Rio de Janeiro: Forense ,2012. Pág. 289.

Cobertura	Coletivo Empresarial	Coletivo por Adesão	Individual ou familiar	Não identificado /informado	Total
Médico- hospitalar	29.781.505	6.932.439	9.736.272	1.161.420	47.611.636
Odontológica	10.850.127	2.683.181	2.903.932	368.210	16.805.540
Total	40.631.632	9.615.620	12.640.240	1.529.630	64.417.086

Prosseguindo com a apresentação de alguns dados, o Conselho Federal de Medicina (CFM) divulgou pesquisa relativa à saúde suplementar no Brasil²⁶. Na pesquisa do CFM realizada pelo Datafolha, em abril de 2011, foram apresentados dados gerais sobre a saúde suplementar no Brasil:

- O Brasil tem 347 mil médicos em atividade, registrados no Conselho Federal de Medicina.
- Aproximadamente, 160 mil médicos atuam na saúde suplementar, atendem usuários de planos e de seguros de saúde.
- 46,6 milhões (24% da população) é o número de usuários de planos de assistência médica no Brasil. O dado é de dezembro de 2010.
- Cerca de 80% dos usuários de planos de assistência médica estão em planos coletivos (quase 33 milhões de pessoas). O restante, 25%, tem plano individual ou familiar.
- Por ano, os médicos realizam, por meio dos planos de saúde, em torno de 223 milhões de consultas e acompanham 4,8 milhões de internações.

²⁶ Conselho Federal de Medicina. Disponível em http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=22200:informacoes-sobre-a-saude-suplementar-no-brasil&catid=3. Acesso em: 18 out 2013.

- Os médicos atendem, em média, em seus consultórios, oito planos ou seguros saúde.
- Cada usuário de plano de saúde vai ao médico (consulta) em média 5 vezes por ano.
- 80% das consultas, em um mês típico de consultório médico, são realizadas por meio de plano de saúde. As consultas particulares representam, em média, 20% do trabalho médico em consultório.
- Dos usuários de planos de assistência médica, 20% ainda permanecem em planos antigos (8,8 milhões), muitos deles com restrições de cobertura ainda piores do que as praticadas pelos planos novos (contratos após janeiro de 1999).
- Entre março de 2010 e março de 2011, mais 4 milhões de brasileiros passaram a ter plano de saúde. De acordo com série histórica da ANS este foi um crescimento recorde desde 2000, de 9%.
- O aumento da renda dos brasileiros e a situação positiva do mercado de trabalho, com as menores taxas de desemprego já registradas e crescimento de vínculos formais com carteira assinada, turbinaram a venda de planos de saúde, sobretudo os coletivos e empresariais, que já somam 80% do mercado. Os planos coletivos cresceram 14% em 2010, mais que os individuais e familiares, que aumentam em 5,4% o número de usuários.

Conforme se denota, a saúde suplementar é um setor em franco crescimento. Todavia, tal crescimento não vem ocorrendo de maneira controlada e de forma respeitosa com o consumidor usuário.

Outro ponto que merece destaque, e que é o objeto do presente trabalho, é a questão do plano de saúde coletivo (que representa a grande maioria dos planos comercializados no país), com ênfase no conflito das cláusulas contratuais com as

inovações tecnológicas. Além disso existia a interferência dos planos na autonomia dos médicos. Nessa linha, a pesquisa do CFM aponta²⁷:

- O médico que trabalha com planos ou seguros de saúde atribui, em média, nota 5 para as operadoras, em escala de zero a dez. Ressalta-se que 5% dos médicos deram nota zero para os planos ou seguros saúde brasileiros e apenas 1% atribuiu notas 9 ou 10*.
- 92% dos médicos brasileiros que atendem planos ou seguros saúde afirmam que sofreram pressão ou ocorreu interferência das operadoras na autonomia técnica do médico*.
- Entre as interferências no trabalho médico, glosar procedimentos ou medidas terapêuticas e impor a redução de número de exames ou procedimentos são as práticas mais comuns das operadoras (veja quadro abaixo)*.

Figura 1

Principais interferências dos planos no trabalho médico	
Reclamações	%
Glosar (rejeitar a prescrição ou cancelar pagamento) de procedimentos ou medidas terapêuticas	78
Limitar número de exames ou procedimentos	75
Restringir (limitar cobertura) doenças pré-existentes	70
Autorizar atos diagnósticos e terapêuticos somente mediante a designação de auditores	70
Interferir no tempo de internação de pacientes (determinar alta hospitalar antes	55

²⁷ Conselho Federal de Medicina. Disponível em http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=22200:informacoes-sobre-a-saude-suplementar-no-brasil&catid=3. Acesso em: 18 out 2013.

da hora)	
Negar a prescrição de medicamentos de alto custo	49
Interferir no período de internação pré-operatório (não permitir, por exemplo, a internação na véspera da cirurgia)	48
Nenhuma	6
Base (número de médicos entrevistados)	2184

* Fonte: APM/Datafolha – Pesquisa Nacional

4.6. CONCEITO DE CONTRATO NA CONTEMPORANEIDADE

Importante destacar que a atual codificação brasileira está baseada, entre outros, no princípio da operabilidade, que tem um dos seus sentidos expressos na simplicidade ou facilitação dos institutos civis. O Código Civil brasileiro apresenta algumas figuras contratuais típicas, porém, sem apresentar uma específica conceituação de contrato.

Em uma visão clássica, tem-se notado a prevalência do conceito do instituto que define o contrato como acordo de vontade, de duas ou mais partes, para constituir, regular ou extinguir entre elas uma relação jurídica de caráter patrimonial. Nessa esteira de pensamento temos Orlando Gomes²⁸ e Álvaro Villaça Azevedo²⁹.

Nessa esteira doutrinária, tem-se que o contrato é espécie do gênero negócio jurídico. Sendo assim, há uma composição de interesses das partes (sendo necessária ao menos duas), com objeto lícito e finalidade específica. Para um melhor entendimento do contrato é imprescindível o estudo estrutural do negócio jurídico, com ênfase na escada Ponteano, que estabelece os planos da existência, da validade e da eficácia. O art. 104, do Código Civil Brasileiro, aponta os requisitos de validade do negócio jurídico a saber: a) agente capaz; b) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; c) forma prescrita ou não defesa em lei.

²⁸ GOMES, Orlando. Contratos. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 17ª Edição, 1996, p. 5.

²⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria geral dos contratos típicos e atípicos. São Paulo: Atlas, 2002, 21.

Sabe-se que o contrato não pode ter um caráter existencial ou extrapatrimonial, como por exemplo os direitos de personalidade.

Na doutrina mais recente, temos doutrinadores que defendem o alargamento ou remodelação do conceito de contrato. Nesse contexto, no Brasil, surge a construção denominada como pós-moderna de Paulo Nalin, da Universidade Federal do Paraná. Nesse caso, o contrato constitui “a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros”³⁰.

Esse é o ponto que atinge o cerne deste trabalho, eis que pode-se definir que o contrato está amparado em valores constitucionais. Por conseguinte, há notório envolvimento com os direitos fundamentais, como nos casos de direito à saúde e à moradia. No Brasil podem ser encontrados vários julgados que colocam em sopesamento a questão da saúde e a manutenção econômica, prevalecendo muitas vezes a primeira. Da recente jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), tem-se a tutela da saúde em detrimento do disposto no contrato:

“PLANO DE SAÚDE. PACIENTE EM TRATAMENTO DE CÂNCER. COBERTURA PARA REALIZAÇÃO DE SESSÕES DE RADIOTERAPIA CONVENCIONAL. Recusa de cobertura para nova espécie de radioterapia prescrita à autora, com a técnica IMRT, porque não incluída ainda no rol de procedimentos divulgados pela ANS. Inadmissibilidade. Não se tratando de procedimento experimental, deve se considerar abrangido pela proteção do contrato em vigor. Recurso desprovido”. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Agravo de Instrumento n. 590.949.4/4, Acórdão n. 3309012, São Bernardo do Campo, Segunda Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Morato de Andrade, julgado em 21/10/2008, DJESP 14/11/2008).

Outro ponto de defesa do conceito de Paulo Nalin consiste na conclusão de que o contrato envolve situações existenciais das partes contratantes. A doutrina tem relacionado a proteção individual da dignidade humana e dos interesses difusos e coletivos com o princípio da função social do contrato. Nesse sentido, a função social do contrato, prevista no art. 421 do Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando

³⁰ NALIN, Paulo. Do contrato: conceito pós-moderno. 1. ed., 5. tir. Curitiba: Juruá, 2005. p. 255.

presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Nessa linha de dedução, em atualização à obra de Orlando Gomes, Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino afirmam que “Entendemos que há pelo menos três casos nos quais a violação ao princípio da função social deve levar à ineficácia superveniente do contrato. Juntamente com a ofensa a interesses coletivos (meio ambiente, concorrência, etc.), deve-se arrolar a lesão à dignidade da pessoa humana e a impossibilidade de obtenção do fim último visado pelo contrato”³¹.

Por fim, a construção de Paulo Nalin é interessante, pois traz a dedução de que o contrato pode gerar efeitos perante terceiros.

Essa visão ampliada do contrato é uma marca da autonomia privada. Esse princípio superou a ideia original e liberal de autonomia da vontade. Atualmente, grandes autores propõe a substituição do antigo princípio da autonomia da vontade pelo princípio da autonomia privada. A existência desta substituição é indeclinável, pois, como afirma Fernando Noronha, “foi precisamente em consequência da revisão a que foram submetidos o liberalismo econômico e, sobretudo, as concepções voluntaristas do negócio jurídico, que se passou a falar em autonomia privada, de preferência a mais antiga autonomia da vontade. E, realmente, se a antiga autonomia da vontade, com o conteúdo que lhe era atribuído, era passível de críticas, já a autonomia privada é noção não só com sólidos fundamentos, como extremamente importante”³².

Atualmente há uma valorização da pessoa dentro do direito privado, sendo mais adequado o conceito de autonomia privada, eis que a autonomia não é da vontade, mas da pessoa. Tal assertiva pode ser embasada no fato de que, atualmente, as relações pessoas estão em crise.

Vários são os fatores que entraram em cena para a concretização prática desta distinta visão. As relações pessoais estão em suposta crise, pois predominam em larga escala os contratos de adesão, com o conteúdo imposto por uma das

³¹ GOMES, Orlando. Contratos. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Coord. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 26ª Edição, 2007, p. 37.

³² NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual, São Paulo: Saraiva, 1994. Pag. 113.

partes negociais, tida como mais forte ou hiperssuficiente, muitas vezes por ter o domínio das informações. Por óbvio que esse fenômeno atinge a negociação digital ou eletrônica.³³

Amplia-se a seara contratual, por exemplo, com a forte tendência de aproximação dos direitos pessoais e dos direitos reais, desmontando aquele antigo comparativo exposto nas aulas inaugurais sobre Direito das Coisas³⁴, podendo ser exemplificado sob o prisma de que os direitos pessoais teriam efeitos interpartes e os direitos reais efeitos erga omnes. Por fim, conclui-se que o contrato pode gerar efeitos perante terceiros.

Concluindo o tópico, e parafraseando Flávio Tartuce, temos que a contemporaneidade demonstra que o futuro é de uma contratualização de todo o direito, um denominado neocontratualismo, no qual ganha a força a questão sócio-política do contrato, para que exista uma sociedade mais consensual do que autoritária ou conflituosa. Sumarizando, o que se busca é a construção de contrato que sirva não só para as partes envolvida, mas também para toda a sociedade.

³³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In *Direito Contratual. Temas Atuais*. São Paulo: Método, 2008, p. 45-50).

³⁴ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Vol. 4. São Paulo: GEN/Método, 2008, p. 29-33

5. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Preambularmente, importante tecer uma definição de Direitos Fundamentais. Na concepção de Canotilho³⁵:

“(...) os direitos fundamentais em sentido próprio são, essencialmente direitos ao homem individual, livre e, por certo, direito que ele tem frente ao Estado, decorrendo o caráter absoluto da pretensão, cujo o exercício não depende de previsão em legislação infraconstitucional, cercado-se o direito de diversas garantias com força constitucional, objetivando-se sua imutabilidade jurídica e política. (...) direitos do particular perante o Estado, essencialmente direito de autonomia e direitos de defesa”.

Nessa linha, os direitos fundamentais são aqueles direitos ligados à liberdade e à igualdade, sendo que estão positivados em nosso ordenamento jurídico. Portanto, são aqueles que nascem da própria condição humana e que são ou estão previstos no ordenamento constitucional.

Premissa básica para o estudo e conceituação dos direitos fundamentais é o fato de que tais direitos se solidificaram a partir do princípio da dignidade da pessoa humana.

Oscar Vilhena Vieira³⁶ define Direitos Fundamentais como sendo:

"a denominação comumente empregada por constitucionalistas para designar o conjunto de direitos da pessoa humana expressa ou implicitamente reconhecidos por uma determinada ordem constitucional."

Desde a antiguidade, o homem, pelo simples fato de ser homem, é titular de certos direitos naturais, sendo que tais direitos são circundados pelos direitos fundamentais.

Por fim, pode ser definido como direitos fundamentais aqueles direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições

³⁵.CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003

³⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais - uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo, Malheiros: 1999.

personais específicas. São aqueles direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma específica ordem jurídica.

Os direitos fundamentais possuem algumas características marcantes, que não podemos deixar de mencionar. São elas: historicidade, relatividade, imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, indivisibilidade, conflituosidade e aplicabilidade imediata.

A historicidade reflete no fato de que a concepção sobre quais são os direitos considerados fundamentais varia de época para época e de lugar para lugar. Bobbio³⁷ assim define:

“os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (...) o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.”

Quanto à relatividade, temos que nenhum direito fundamental é absoluto. Mesmo os direitos fundamentais sendo básicos, não são absolutos, na medida em que podem ser relativizados. Destaca-se que podem, reciprocamente, entrarem em conflito. E mais. Inicialmente, não se pode prever qual o direito fundamental irá prevalecer no caso desse conflito, eis que para um desfecho, deverá o caso concreto ser analisado previamente. De outra banda, nenhum direito fundamental pode ser usado para a prática de ilícitos. Nessa esteira tem-se a decisão proferida pelo Pleno do STF:

STF, Pleno, RMS 23.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 12.05.2000, p. 20: “OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO.

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de

³⁷ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Pag. 5-19

um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.”.

No que tange à imprescritibilidade, significa dizer que não podem ser perdidos pela falta de uso. A expressão “imprescritibilidade” não é utilizada de forma muito técnica, pois existe o instituto da usucapião para exemplificar isso. Assim, devemos considerar, sob o prisma do Direito Constitucional, que os direitos fundamentais não podem (em regra) ser perdidos pela passagem do tempo.

Via de regra, os direitos fundamentais não podem ser vendidos, nem doados, nem emprestados. Trata-se da inalienabilidade.

Os direitos fundamentais são indisponíveis (indisponibilidade/irrenunciabilidade). Assim, não se pode fazer com eles o que bem se quer, pois eles possuem eficácia objetiva, isto é, importam não apenas ao próprio titular, mas sim interessam a toda a coletividade.

Quanto à indivisibilidade, temos que os direitos fundamentais são um conjunto, não podendo ser analisados isoladamente.

Os direitos fundamentais podem entrar em conflito uns com os outros. Podemos citar como exemplo: direito à vida x liberdade de religião; direito à intimidade x liberdade de informação jornalística. Nesses casos de conflito, é impossível estabelecer, de forma abstrata, qual o direito que deve prevalecer sobre o outro. Para tanto faz-se necessária a análise do caso concreto, amparado no critério da proporcionalidade, para definir qual direito deve prevalecer. Para tanto, importante é a busca de uma solução consensual, baseada na ponderação de princípios e regras.

A aplicabilidade imediata está prevista no parágrafo 1º do art. 5º, da CRFB.

Com isso, foram brevemente apresentadas algumas características dos direitos fundamentais, sendo que passaremos à análise de sua classificação e dimensões.

5.1. CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A classificação aqui adotada baseia-se na própria Constituição Federal da República Federativa do Brasil (CRFB), para a qual os Direitos Fundamentais estão classificados: i) Direitos Individuais (art. 5º); ii) Direitos Coletivos (art. 5º); iii) Direitos Sociais (arts. 6º e 193); iv) Direitos à Nacionalidade (art. 12) e Direitos Políticos (arts. 14 a 17). A Constituição não inclui os Direitos fundados nas relações econômicas, entre os Direitos Fundamentais, mas eles existem e estão estabelecidos nos arts. 170 a 192.

Trata-se de uma classificação legislativa. Existem outras classificações dos direitos fundamentais, sendo a mais usual a de Jellinek, apud José Carlos Vieira de Andrade³⁸ a qual apresenta uma divisão em três espécies: direitos de defesa, direitos prestacionais e direitos de participação. Senão vejamos:

Os primeiros, denominados Direitos de defesa, são aqueles cuja finalidade é defender o indivíduo do arbítrio do Estado. Os direitos de defesa do indivíduo em face do Estado são os direitos individuais clássicos, aqueles primeiros que surgiram ligados às liberdades, denominam-se direitos individuais. Os direitos de defesa/liberdade têm um status negativo, posto que exigem do Estado uma abstenção e não uma atuação positiva, impondo-lhe (Estado) o dever de não intervir, não reprimir, não censurar, dentre outros.

Por outro lado, os direitos prestacionais exigem do Estado uma atuação positiva, e não uma simples abstenção. Tais direitos que exigem do Estado prestações jurídicas, como segurança, assistência judiciária gratuita, ou materiais, como saúde, educação. Basicamente são os direitos sociais, aqueles que vão exigir do Estado prestações materiais/jurídicas.

Por fim, no que tange aos direitos de participação, podem ser definidos como aqueles que vão permitir a participação do indivíduo na vida política do Estado. Tais direitos estão ligados à cidadania, sua função é garantir a participação individual na formação da vontade política da comunidade. Traduzem-se nos direitos de nacionalidade e políticos.

³⁸ ANDRADE, J. C. Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 2ª Ed.. Editora Livraria Almedina, 2001

5.2. DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De acordo com o momento histórico de seu surgimento, optou-se por destacarem-se os direitos fundamentais em dimensões.

Os DIREITOS DE PRIMEIRA DIMENSÃO foram originados em razão das revoluções liberais, ocorridas no final do Século XVIII. Em razão da busca pela liberdade.

Tais direitos seriam, na classificação de Jellinek *apud* José Carlos Vieira de Andrade³⁹, os direitos de defesa do indivíduo em face do Estado. Direitos que têm um caráter negativo, eis que irão exigir uma abstenção por parte do Estado. São os denominados direitos de liberdade, essencialmente individuais. Fundamentalmente, os direitos de primeira dimensão são os direitos civis e políticos.

Já a segunda dimensão de direitos, com estreita relação à Revolução industrial, é ligada aos valores de igualdade, porém, não a igualdade formal, 'tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual', pois a igualdade aqui tratada consiste na igualdade material, referente à atuação do Estado para reduzir desigualdades existentes.

Jellinek enquadra como direitos prestacionais. São direitos que tem um caráter positivo, que exigem uma atuação por parte do Estado. Direitos sociais, econômicos e culturais.

Existe uma grande divergência doutrinária quanto a classificação das dimensões dos direitos fundamentais a partir da terceira dimensão, pois alguns autores chegam até mesmo em citar direitos de quinta dimensão. A classificação do Prof. Paulo Bonavides⁴⁰ foi adotada como referência neste estudo.

Pode-se dizer que a terceira dimensão refere-se aos direitos ligados à fraternidade ou à solidariedade. Prosseguindo, Paulo Bonavides, afirma que o que fez surgir esses direitos de terceira geração foi a grandiosa distância entre países de primeiro mundo (desenvolvidos) e os chamado terceiro mundo (subdesenvolvidos).

³⁹ ANDRADE, J. C. Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 2ª Ed.. Editora Livraria Almedina, 2001.

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 26ª edição. São Paulo: Malheiros. 2011.

Foi levantada a ideia da necessidade de colaboração, devendo os países mais desenvolvidos auxiliar os menos privilegiados.

São exemplos de direitos de terceira dimensão: Direito ao desenvolvimento ou progresso; Direito ao meio ambiente; Direito à autodeterminação dos povos (um dos princípios que rege o Brasil nas suas relações internacionais, art. 4º); Direito de comunicação; Direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e Direito à paz. Tais direitos são denominados transindividuais, difusos ou coletivos.

Quanto à quarta dimensão de direitos fundamentais tem-se aqueles ligados à pluralidade. Nas lições de Paulo Bonavides, o fator histórico que teria dado origem aos direitos de quarta geração seria a globalização política, sendo a responsável pela introdução destes direitos no plano jurídico, ocasionando também uma globalização jurídica.

Como exemplos de direitos como de quarta dimensão podemos mencionar: Direito à democracia; Direito à informação; Direito ao pluralismo.

Por fim, alguns autores defendem a existência de direitos de quinta dimensão. Apenas para fins ilustrativos, apresenta-se a ideia de Augusto Zimmermann⁴¹, o qual aponta como os direitos inerentes à realidade virtual, compreendendo o grande desenvolvimento da internet. Ocorre que Paulo Bonavides⁴² entende serem os direitos de quinta geração aqueles referentes à paz, porém, como a matéria é extensa e demanda grande aprofundamento do tema, essa discussão será objeto de um próximo estudo.

⁴¹ ZIMMERMANN, Augusto. Curso de Direito Constitucional. 2.ed. rev.ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002

⁴² BONAVIDES, Paulo. Palestra proferida no II Congresso Latino-Americano de Estudos Constitucionais, realizado em Fortaleza-Ce, de 03 a 05 de abril de 2008.

6. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

Desde o Absolutismo Monárquico já se verifica o início de padrões limitativos ao poder do rei, como nos fatos históricos encontrados no século XIII na Inglaterra, quando os senhores feudais conseguiram obter do Rei João Sem Terra um documento que resguardava seus direitos em face do rei, denominada Carta Magna. Dentre as garantias ali previstas estavam a liberdade de Igreja, limites à tributação, devido processo legal dentre outros. Posteriormente outros direitos, ainda na Inglaterra, foram conferidos aos súditos do rei, como o *Petition Rights* (1628) e *Bill of Rights* (1689). Como se verifica ao longo de séculos em solo inglês o poder do rei e posteriormente do Estado, foi limitado sendo ali plantada a semente, mas que veio a florescer e dar a atual estrutura dos direitos fundamentais em outro local do outro lado do Atlântico.

Em 1787 os Estados Unidos da América rompeu com a coroa britânica, em decorrência das restrições à atividade econômica dos colonos e das imposições tributárias determinadas pela Inglaterra, sem a participação norte americana, culminando desta forma na Constituição estadunidense.

O modelo americano de constituição assenta na ideia da *limitação normativa* do domínio político através de uma lei escrita. Esta “limitação normativa” postulava, pois, a edição de uma “bíblia política do estado” condensadora dos princípios fundamentais da comunidade política e dos direitos dos particulares. Neste sentido, a constituição não é um contrato entre governantes e governados, mas sim um acordo celebrado pelo povo e no seio do povo a fim de se criar e constituir um “governo” vinculado à lei fundamental ⁴³.

Ali, de forma codificada, o ilimitado poder do Estado esbarrava nos direitos do indivíduo, apresentando os direitos fundamentais na forma que ainda hoje reconhecemos. Neste passo os direitos fundamentais seriam o *ponto limítrofe* sobre qual os atos estatais não poderiam ultrapassar.

⁴³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. Pag. 59.

Merece destacar, diante deste contexto, que o único destinatário dos direitos fundamentais seria o Estado, pois dele adviram as ameaças à liberdade, à propriedade e autonomia privada. Logo, por ser uma relação jurídica tipicamente pública se atribui a terminologia de que os direitos fundamentais teriam uma *eficácia vertical*, ou seja, seriam destinados a obstacularizar os atos dos órgãos estatais, únicos sujeitos obrigados a respeitar os destinatários de tais direitos.

Esta concepção sedimentou-se na teoria constitucional, principalmente as dos ordenamentos vinculados ao modelo liberal. Ocorre, por outro lado, que este arquétipo conceitual não é mais compatível com a atual realidade da globalização muito menos com a existente no Brasil. Restringir a aplicação da proteção do direitos fundamentais apenas ao Estado é minimizar o potencial de proteção que essas normas carregam em sua essência. Ademais, as ameaças aos direitos fundamentais não decorrem somente do Estado. As relações de poder estão disseminadas por toda a sociedade: megagrupos industriais, comerciais, financeiros e midiáticos, capazes de impor seus modelos de políticas econômicas em face dos Estados⁴⁴, e que, de alguma forma, acabam condicionando, restringindo ou até mesmo eliminando os direitos fundamentais dos indivíduos, neste sentido Daniel Sarmento fundamenta:

[...] a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas é indispensável no contexto de uma sociedade desigual, na qual a opressão pode provir não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa⁴⁵.

Por conseguinte, o entendimento exclusivo de eficácia vertical dos direitos fundamentais é insuficiente diante da ampliação dos sujeitos envolvidos em violações a esses direitos. A mera tutela dos direitos fundamentais quando estes são desrespeitados pelo Estado é proteger parte dos indivíduos que tem seus direitos fundamentais violados, pois deixa de contemplar os diversos abusos realizados nas relações privadas. A aplicação da proteção dos direitos fundamentais em face das

⁴⁴ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. Pag. 88.

⁴⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Pag. 185.

diversas ameaças contra o homem e a mutabilidade dessas, impõe a reanálise dos antigos conceitos para que ultrapassem a proteção da relação Estado-cidadão.

Portanto, diante dessa realidade se atribui aos direitos fundamentais uma análise denominada de *eficácia horizontal*. Cujas expressões buscam contemplar a tese de que os direitos fundamentais não são aplicáveis apenas para proteger o indivíduo do poder estatal, mas também em relação aos particulares. Ademais essa aplicação não ocorre somente contra os poderes privados, pois alberga, além deles, as relações em que não há subordinação, ou seja, nos vínculos igualitários, pois não importa de onde provém a violação, mas a tutela do direito fundamental agredido⁴⁶.

Nesse sentido, a doutrina ilustra tais situações em que há conflitos de direitos fundamentais nas relações entre particulares, da seguinte forma: “uma empresa pode celebrar contratos de trabalho com cláusulas pelas quais os trabalhadores renunciem a exercer atividade partidária ou a sindicalizar-se?”⁴⁷; “uma associação civil pode impedir o ingresso de novos integrantes que não professem determinado credo, tendo em vista o princípio da liberdade de religião?”⁴⁸; “seria inconstitucional que se proibisse, via contrato, que os funcionários de uma determinada emissora de TV apareçam em programas jornalísticos ou culturais de outras emissoras?”⁴⁹; “é válida a cláusula de um pacto antenupcial pela qual os cônjuges se coobrigam a não mudar de credo religioso?”⁵⁰.

Em tais situações existe muita discussão acerca da aplicação da proteção dos direitos fundamentais como parâmetro normativo protetivo para a solução desses casos, pois “diversamente do Estado, que tem de ser juridicamente limitado, o indivíduo é essencialmente livre, e a sua autonomia, numa ordem democrática, constitui direito fundamental constitucionalmente protegido”⁵¹. Portanto, há de se

⁴⁶ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Pag. 199

⁴⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Pag.139.

⁴⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Pag.25

⁴⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005. Pag. 20.

⁵⁰ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. Pag. 37-38.

⁵¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Pag. 27.

analisar com cuidado o tratamento da questão para que aplicação desses direitos não anule a liberdade ou autonomia dos indivíduos.

6.1. ORIGEM E APLICAÇÃO NOS ESTADOS CONSTITUCIONAIS

Originariamente a aplicação da proteção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares tem fundamento no direito alemão⁵², após a Segunda Guerra Mundial, decorrente da doutrina “Drittwirkung der Grundrechte”, ou seja, *efeitos frente a terceiros dos direitos fundamentais*, formulada pelo juiz do Tribunal Federal do Trabalho da Alemanha Hans Carl Nipperdey. O qual entendeu que o poder social e econômico de determinados grupos privados, é capaz de afetar intensamente um grande número de indivíduos, inculcando-o violação de seus direitos fundamentais, motivo pelo qual se reconhece aplicação desses frente a esses poderes privados⁵³.

Contudo, há de se reconhecer que o referido instituto nasceu e detinha toda aplicabilidade no ordenamento constitucional alemão, onde há previsão expressa para a eficácia horizontal, e que, por outro lado, o ordenamento constitucional brasileiro, na Constituição de 1988, não se pronunciou expressamente sobre este tema.

Ao se analisar as constituições do pós-guerra verifica-se que gradualmente tem se dado atenção e espaço nas constituições para inserir a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, com o cunho de aplicar ou não a proteção dos direitos fundamentais às relações privadas, como, por

⁵² A razão do problema da eficácia horizontal ser uma construção “*made in germany*” está no cunho liberal (proteção contra as violações estatais) da Constituição alemã a despeito da caracterização de “Estado Social e Democrático” contida no art. 20, 1. “Qualquer extensão desse âmbito de aplicação a outros tipos de relação que não as indivíduo-Estado, exige uma fundamentação que não é trivial. [...] e é por isso, também, que quase todas as teorias para a reconstrução do problema foram desenvolvidas por autores alemães, que tinham que superar dificuldades e limites do texto constitucional alemão que não estavam presentes em outros países” (SILVA, 2005a, p. 23).

⁵³ Importa destacar, nesse ponto, que a pluralidade terminológica com que o fenômeno é tratado não contribui para a sua análise efetiva: eficácia externa, frente a terceiros, horizontal, entre outras. Logo o trabalho aqui desenvolvido utiliza-se a da expressão eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é a que dá conta de focalizar o fenômeno tratado de forma mais precisa e específica (SARLET, 2000, p. 114) Destaca-se que a expressão eficácia horizontal será utilizada como sinônima da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares para que o texto não se torne repetitivo.

exemplo, a Constituição da República Portuguesa (1976) que em seu art. 18.1 dispõe: “Os *preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas*”. De igual modo, possuem disposições similares a Constituição da Federação Russa (1993 - art. 17.3): “O *exercício dos direitos e liberdades do homem e do cidadão não deve infringir os direitos e liberdades das demais pessoas*” e a Constituição da Suíça (1999 - art. 35): “1. Os *direitos fundamentais devem marcar todo o ordenamento jurídico. (...) 3. As autoridades devem zelar para que os direitos fundamentais, por quanto para isto se prestam, sejam realizados também nas relações entre particulares*”. Bem como a Constituição sul-africana (art. 8, 2) e a Constituição alemã (art. 9, 3) são exemplos de dispositivos constitucionais sobre os direitos fundamentais e as relações privadas⁵⁴.

O Brasil, como destacado, não prevê expressamente em sua constituição a aplicação da proteção dos direitos fundamentais aos particulares. Nesta situação os direitos fundamentais poderiam, de alguma maneira, ser aplicados na esfera dos negócios jurídicos privados?

Os direitos fundamentais dos trabalhadores, previstos no art. 7º da Constituição de 1988, são disposições, principalmente destinadas aos particulares na relação empregador-empregado. Além desses, a liberdade de expressão e o direito de resposta, os direitos à intimidade, vida privada, honra e imagem são exemplos de direitos que podem ser utilizados contra a violação por parte de particulares. Por outro giro, uma série de direitos fundamentais tem aplicabilidade destinada exclusivamente ao Estado, como os direitos de nacionalidade, o direito de asilo, a garantia contra a extradição, entre outros⁵⁵

Por esta razão a omissão da expressa previsão do texto constitucional brasileiro acerca da eficácia horizontal não permite concluir que existe ou não uma permissão ou proibição da vinculação dos direitos fundamentais às relações particulares.

⁵⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005. Pag. 60.

⁵⁵ LIMA, Jairo Néia. *Direito Fundamental à Inclusão Social: eficácia prestacional nas relações privadas*. Curitiba: Juruá, 2012. Pag. 74.

Logo, deduz-se que a análise da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares parte das teorias que sustentam as variadas consequências, bem como nas propostas para solucionar o conflito desses direitos.

6.1.1. DUPLA DIMENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em decorrência das inúmeras violações aos Direitos Humanos ocorridos na Segunda Guerra Mundial, perpetradas pelo regime nazista, após seu fim a ordem mundial passou a reanalisar a proteção dos direitos dos indivíduos. E a constituição alemã, oriunda deste trauma promoveu uma reanálise dos postulados constitucionais e sua aplicação. Dentre estes, com fito de analisar a horizontalidade dos direitos fundamentais, destaca-se a dupla dimensão dos direitos fundamentais: subjetiva e objetiva.

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais se pauta na pretensão que o indivíduo pode exigir do Estado, ou seja, à “noção de que ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado)”⁵⁶. Este aspecto destaca a importância entre a relação formada pelo titular de um direito ameaçado ou violado, o objeto de proteção e o destinatário que tem o dever de respeitar aquele direito.

Assim, sob a perspectiva subjetiva, os direitos fundamentais oferecem campo de proteção que pode ser oposto em face do Estado, seja por meio de uma abstenção ou de uma prestação, pois “os direitos fundamentais, mesmo na condição de direito subjetivo, não se reduzem aos clássicos direitos de liberdade, ainda que nestes a nota da subjetividade, no sentido de sua exigibilidade, transpareça – de regra – da forma mais acentuada”⁵⁷.

Sob outro giro, diante da impossibilidade da posição subjetiva explicar todas as consequências resultantes da aplicação da proteção dos direitos fundamentais, tais direitos extrapolaram a relação individual para proteger a comunidade, expressando os valores e fins que ela pretende para a proteção dos

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Pag. 168.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Pag. 169

direitos fundamentais. Para Steinmetz⁵⁸, a dupla dimensão dos direitos fundamentais é “o ovo de Colombo da dogmática dos direitos fundamentais do segundo pós-guerra”. Em outras palavras, a dimensão objetiva se manifesta por meio de uma ordem objetiva de valores que a Constituição contempla em seus direitos fundamentais.

Esses valores, como retrato da comunidade que foi constitucionalizada, devem ser emanados todos os âmbitos do direito inclusive o direito privado e suas relações decorrentes, pois

Na medida em que os direitos fundamentais exprimem os valores nucleares de uma ordem jurídica democrática, seus efeitos não podem se resumir à limitação jurídica do poder estatal. Os valores que tais direitos encaram devem se irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário⁵⁹.

Logo, por meio da dimensão objetiva os direitos fundamentais assumem, não uma posição individual em face do Estado (dimensão subjetiva), mas também um valor objetivo que, - para que o Estado tenha que promovê-la, já que se trata de uma escolha da coletividade -, se irradia por todas as relações jurídicas, inclusive aquelas que se dão exclusivamente entre particulares.

Nesse aspecto, para uma ordem objetiva de valores, Virgílio A. da Silva⁶⁰ ilustra esta dimensão por meio do exemplo do respeito à liberdade de informação: essa liberdade sempre foi entendida como um direito a não ser obstado pelo Estado na busca da informação, outra dimensão desse direito (objetiva) estaria na obrigação estatal em proporcionar a pluralidade de fontes de informação e de coibir o monopólio nos meios de comunicação. Como defendido pelo autor, essa ideia não estava incluída na dimensão original de liberdade pública, mas o seu

⁵⁸ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. Pag. 105.

⁵⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Pag. 106.

⁶⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005. Pag. 78.

reconhecimento como um valor garantido constitucionalmente impõe a ação estatal na realização da liberdade de informação, além da mera tarefa de abstenção⁶¹.

Logo, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, conseqüentemente, reforça a proteção dos direitos fundamentais, sem afastar convivência com a dimensão subjetiva. Ademais, a dimensão objetiva não é um fim em si mesmo, pois está mais próxima a ser um instrumento aberto para conceder aos direitos fundamentais uma série de efeitos jurídicos autônomos. Neste sentido, Sarlet ⁶² diz:

A descoberta (ou redescoberta?) da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais revela, acima de tudo, que estes – para além de sua condição de direitos subjetivos (e não apenas na qualidade de direitos de defesa) permitem o desenvolvimento de novos conteúdos, que, independentemente de uma eventual possibilidade de subjetivação, assumem papel de alta relevância na construção de um sistema eficaz e racional para sua (dos direitos fundamentais) efetivação.

Os desdobramentos da análise da dimensão objetiva implicam diretamente na eficácia dos direitos fundamentais, à teoria dos deveres de proteção e ao tema em que se reconhece a maior importância para a investigação aqui expendida: a aplicação da proteção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Nesse ponto, encontra-se o embasamento para a defesa da extensão às relações privadas dos efeitos dos direitos fundamentais, em outras palavras, diante dos direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores, que deve irradiar por todo o ordenamento jurídico, não há razão para o direito privado, cujas relações tutela e muitas vezes, impera a desigualdade, estar fora dos ditames protetivos dos direitos fundamentais. Neste sentido Daniel Sarmento⁶³ entende:

(...), afirma-se que a dimensão objetiva expande os direitos fundamentais para o âmbito das relações privadas, permitindo que estes transcendam o domínio das relações entre cidadão e Estado, às quais estavam confinados pela teoria liberal clássica. Reconhece-se então que tais direitos limitam a autonomia dos atores privados e protegem a pessoa humana da opressão

⁶¹ LIMA, Jairo Néia. *Direito Fundamental à Inclusão Social: eficácia prestacional nas relações privadas*. Curitiba: Juruá, 2012. Pag. 94-95.

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Pag. 167.

⁶³ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Pag. 107.

exercida pelos poderes sociais não estatais, difusamente presentes na sociedade contemporânea.⁶⁴

Resta claro que a dupla dimensão dos direitos fundamentais deixa espaço para que seus efeitos atinjam as relações travadas entre atores particulares. Assim, em que pese a ausência de referência direta na Constituição brasileira a respeito da aplicação da proteção dos direitos fundamentais aos particulares, sua dimensão objetiva, viabiliza o fundamento teórico para superar qualquer tentativa de negação da teoria horizontal⁶⁵.

O que se questiona, a partir de então, é a maneira pela qual os direitos fundamentais alcançarão as relações entre os particulares. Como as respostas para este questionamento são diversas, passa-se à análise dos principais embates teóricos a esse respeito.

6.2. TEORIA DA NEGAÇÃO DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS E A TEORIA DA STATE ACTION.

Essa doutrina *state action* originou-se no direito constitucional norteamericano. Esse ordenamento constitucional é essencialmente ligado ao paradigma liberal de abstenção estatal. Nessa esteira, os direitos fundamentais voltam-se, tão e somente, contra as violações que provêm do Estado. No entanto, com o objetivo de relativizar essa postura e ampliar o raio de atuação dos direitos fundamentais, a jurisprudência dos EUA criou a teoria da *state action* a fim de determinar quando uma violação ao direito fundamental levada a cabo por um particular pode ser objeto de proteção judicial.

Por meio da *state action* procura-se equiparar a ação de um particular a uma ação estatal para que, a partir daí, os direitos fundamentais violados possam ser tutelados sem que se quebre a ideia de vinculação exclusiva dos poderes públicos. Essa equiparação ocorre “quando o ato lesivo é praticado com algum tipo de participação ou influência do Estado, bem como quando os poderes privados, em

⁶⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2006, p.107.

⁶⁵ LIMA, Jairo Néia. *Direito Fundamental à Inclusão Social: eficácia prestacional nas relações privadas*. Curitiba: Juruá, 2012. Pag. 97.

seu conteúdo, mostram-se semelhantes às ações praticadas pelo Estado”⁶⁶. Nesse sentido, apresenta-se o seguinte exemplo:

O caso mais emblemático de aplicação desta teoria foi o *Marsh v. Alabama*, julgado em 1946. Discutia-se se uma empresa privada, que possuía terras no interior das quais se localizavam ruas, residências, estabelecimentos comerciais etc., podia ou não proibir Testemunhas de Jeová de pregarem no interior da sua propriedade. A Suprema Corte declarou inválida tal proibição, pois ao manter uma “cidade privada” (*private owned town*), a empresa se equiparava ao Estado e se sujeitava à 1ª Emenda da Constituição norte-americana, que assegura a liberdade de culto.

Todavia tal objetivo não é alcançado de forma satisfatória, apesar da tentativa norteamericana de estender os efeitos dos direitos fundamentais por meio da equiparação, pois mantém as relações entre particulares isentas da influência dos direitos fundamentais. As ameaças e as violações aos direitos fundamentais partem, na maioria das vezes, de agentes privados que não têm qualquer relação com os poderes públicos. Além disso, a teoria da *state action* não se mostra adequada para aquelas realidades que ultrapassaram o constitucionalismo liberal e promoveram compromissos sociais em seus textos constitucionais, como a Constituição brasileira de 1988.

Um dos argumentos adotados por essa teoria é que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais acabaria com a autonomia privada, sendo que o direito privado seria absorvido pelo direito constitucional e os juízes possuiriam poderes extremos. Esse fundamento acabou por perder força.

Nessa esteira, a teoria da negação e a *state action* encontram-se superadas pela doutrina e jurisprudência, eis que atualmente entende-se que os direitos fundamentais devem ser aplicados nas relações entre particulares.

6.3. TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DIRETA

⁶⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Pag. 171.

Dentro do mesmo contexto de surgimento da teoria da eficácia indireta, nasce a teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Originalmente esta formulação partiu de Hans Carl Nipperdey, juiz do Tribunal Federal do Trabalho alemão para quem a aplicação da proteção dos direitos fundamentais às relações privadas, decorre de um ordenamento constitucional que possui uma objetiva ordem de valores, os quais devem irradiar seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, inclusive sobre o direito privado.

Porquanto, as relações jurídicas entre particulares não estariam imunes aos dispositivos normativos constitucionais. Contudo ao contrário do que dispõe a teoria da eficácia indireta, essa aplicação às relações privadas não ocorreria meio de uma intervenção intermediária por parte do legislador, nem do juiz, pois os direitos fundamentais se nem dependeriam destes intermediários, mas da aplicabilidade direta dessas normas nas soluções de conflitos que envolvessem direitos fundamentais entre particulares. Logo, os mecanismos no texto infraconstitucional que seria o veículo de inserção e das normas constitucionais, na teoria da eficácia mediata, seriam dispensáveis no entendimento de Nipperdey, pois o ordenamento jurídico é uma unidade e, tendo como vetor a Constituição, se irradia por todas as áreas, afinal todo direito somente é válido com base na Constituição. Portanto, os particulares se utilizam dos direitos fundamentais para utiliza-los contra atos de outros particulares⁶⁷.

Resta claro, que o objetivo dessa teoria é ampliar a gama de relações sob proteção dos direitos fundamentais, para que sejam aplicados perante as relações privadas, sem que haja a necessidade de intervenção do legislativo. Por outro lado, esta teoria recebe duras críticas pelos defensores da teoria da eficácia indireta.

Denota-se que as críticas lançadas contra a eficácia imediata não são fundamentos que revelam a inconsistência ou incongruências da teoria, mas entendimento que refutam as consequências de sua aplicação decorrentes desta teoria. Essas ideias “refletem mais uma opção deliberada por um determinado

⁶⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005. Pag. 90.

modelo de hermenêutica constitucional do que uma explicação racional sobre a função e os destinatários das normas de direitos fundamentais”⁶⁸. Logo, a

(...) crítica de que a eficácia direta compromete o valor constitucional da autonomia escamoteia o verdadeiro ponto de divergência: a questão não se encontra em saber se a autonomia privada deve ou não ser protegida, mas sim se esta deve *prevalecer* em face dos demais direitos fundamentais quando tratar-se de relações jurídicas entre particulares. Ao admitir-se a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações *inter privados*, a autonomia não é amesquinhada, e sim colocada no mesmo plano dos demais bens jurídicos fundamentais.

No âmbito jurisprudencial brasileiro, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se favoravelmente à aplicação da teoria da eficácia direta nas relações entre particulares no julgamento do Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ (DJ 27/10/2006). Na caso, diante da diversas possíveis teorias aplicáveis à horizontalidade, o STF assegurou o direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório a um sócio excluído de uma sociedade sem fins lucrativos.⁶⁹

Denota-se, portanto, a tendência à recepção da teoria da eficácia direta no ordenamento jurídico brasileiro. Os problemas, no entanto, não se encerram por aí já que é imprescindível encontrar soluções para o conflito dos direitos fundamentais em situações envolvem relações privados, quando ambos titulares desses direitos.

6.4. TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL INDIRETA

A teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas ocorreu na doutrina alemã por Günther Dürig na doutrina alemã (1956), sendo adotada no paradigmático caso Lüth (1958), esta posição em contraposição à eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas

⁶⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Pag. 181-182.

⁶⁹ O Supremo Tribunal Federal já havia se manifestado a respeito deste assunto (RE 158.215-4 no DJ 30/04/96, RE 161.243-6 no DJ 29/10/96], todavia, em que pese ter aplicado os direitos fundamentais às relações privadas, não realizou qualquer referência à teoria utilizada.

firmou-se como a posição dominante entre os juristas e a Corte Constitucional daquele país. Principalmente diante do contexto de controle constitucional presente na Alemanha:

(...) uma vez admitida a incidência direta dos direitos fundamentais no direito privado, é necessário reconhecer a competência do órgão encarregado de exercer a jurisdição constitucional para examinar tais conflitos. Isto significa dizer que o recurso constitucional passaria a ser usado com maior frequência, pois derrubadas as barreiras entre direito privado e direito público, seria possível recorrer à Corte Constitucional em uma infinidade de disputas jurídicas privadas. Questiona-se se isso não poderia acarretar, em última análise, a transformação dos tribunais constitucionais em instâncias supremas de resolução de conflitos jurídico civis, o que implicaria uma sobrecarga de trabalho para estes e esvaziaria o papel que lhes fora originariamente conferido⁷⁰.

Desta forma a eficácia mediata dos direitos fundamentais representam uma ordem objetiva de valores que deve ser aplicada sobre as relações privadas. Por outro lado, essa relação não pode ocorrer diretamente, pois é necessária a existência de uma intervenção intermediária, em duas etapas, para que esses direitos abordem esse tipo de relação. Essa intervenção deve partir inicialmente do legislador que disciplina sobre o direito infraconstitucional privado em conformidade com os direitos fundamentais e, posteriormente, caberia aos julgadores a tarefa de infiltrar os direitos fundamentais nas relações privadas por meio da interpretação das cláusulas gerais e dos conceitos abertos, como boa-fé, moral, bons costumes, etc., neste sentido:

Exemplos de apenas alguns dos muitos casos de cláusulas gerais no direito brasileiro: Art. 425 da Consolidação das Leis do Trabalho – Os empregadores de menores de 18 (dezoito) anos são obrigados a velar pela observância, nos seus estabelecimentos, ou empresas, dos *bons costumes e da decência pública*, bem como das regras de higiene e segurança do trabalho. Art. 122 Código Civil – São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à *ordem pública ou aos bons costumes*; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes. Art. 51 do Código de Defesa do Consumidor: 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

⁷⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Pag. 169.

coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a *boa-fé ou a equidade*.⁷¹

Dentre os aspectos que a são atingidos pela aplicação da proteção dos direitos fundamentais nas relações privadas, não se pode deixar de destacar que há de se defender um percentual de liberdade de para os particulares, que para que se evite o total intervencionismo Estatal ou mesmo que isonomia entre o público e o privado a fim de manter o sentimento de liberdade, a iniciativa e a capacidade de realização dos indivíduos no caso concreto. Por esta razão os dispositivos constitucionais que tratam da autonomia privada, o livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade negocial, devem ser sempre analisados com cuidado. Assim para a da eficácia indireta o vetor primordial de atenção dado a esta é de que os direitos fundamentais não se sobreponham aos ditames do direito privado.

Ocorre que esta visão não se coaduna mais com a realidade, como já apontado anteriormente, e deixar que esses direitos só tenham eficácia por meio de inserções legislativas dentro do próprio direito privado é negar a supremacia normativa da Constituição. Motivo pelo qual a referida teoria indireta possui críticas.

Dentre estas destaca-se a doutrina da mediatividade, cujo teor repudia a eficácia mediata, pois esta não viabiliza tutela integral dos direitos fundamentais nas relações privadas, visto que sua aplicação dependeria dos interesses e vontades do poder legislativo para discipliná-las. Ainda, ultrapassada a primeira etapa esta teoria passaria pelo crivo do judiciário, o qual também, em sua discricionariedade a aplicaria ou não. Neste sentido Wilson Steinmetz ⁷² aponta:

Condicionar, de forma exclusiva, a eficácia de normas de direitos fundamentais entre particulares à mediação legislativa e à mediação judicial interpretativa e aplicativa dos textos de normas de direito privado – de modo especial, as cláusulas gerais – é propor a “legalização” dos direitos fundamentais, é substituir o princípio da constitucionalidade pelo princípio da legalidade. Mais perigosa que a “jusfundamentalização” do direito civil é a “civilização” (“infraconstitucionalização”) dos direitos fundamentais.

⁷¹ LIMA, Jairo Néia. *Direito Fundamental à Inclusão Social: eficácia prestacional nas relações privadas*. Curitiba: Juruá, 2012. Pag. 97. Pag. 99.

⁷² STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. Pag. 156.

Assim, a extensão da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas sofre limitações diante da teoria da eficácia indireta, em virtude da impossibilidade da aplicação plena constitucional dos direitos fundamentais, frente a autonomia privada, bem como a necessidade de se depender no poder atribuído ao legislador e ao juiz para inserirem e julgarem os direitos fundamentais nas relações particulares por meio de aberturas deixadas pelo primeiro quando da elaboração das leis, entretanto, “é difícil imaginar que tais cláusulas sejam sempre suficientes para servir de ‘portas de entrada’ para os direitos fundamentais nas relações interprivados”⁷³.

Desta forma, no caso concreto não seria a aplicação da norma constitucional, mas sim da própria norma infraconstitucional.

6.5. TEORIA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO

Outra proposta para solucionar o problema da projeção dos direitos fundamentais às relações privadas consubstancia-se na teoria dos deveres de proteção, que teve origem alemã, e seus defensores afirmam que esta teoria coloca como sua grande vantagem o fato da autonomia privada dos particulares não ser prejudicada. A vertente ora analisada é a de Claus-Wilhelm Canaris, denominada teoria dos imperativos de tutela.

O referido autor rejeita a teoria da eficácia direta, eis que a fundamenta no prejuízo que poderia ser causado para a autonomia do direito privado. Ademais, defende que os direitos fundamentais são aplicáveis apenas na relação indivíduo-Estado. Assim, o Estado, além da tradicional abstenção em violar direitos fundamentais, deve, também, protegê-lo em face das arbitrariedades no âmbito dos particulares. Com isso, pode-se concluir que houve uma evolução na atuação do Estado, que passou de um adversário dos direitos fundamentais para um protetor de tais direitos.

Ao analisar o tema, Steinmetz ⁷⁴ afirma: “é dever do Poder Legislativo e

⁷³ SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005. Pag. 85.

⁷⁴ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. Pag. 294.

do Poder Judiciário proteger os direitos fundamentais, nas relações entre particulares, ao menos no nível mínimo exigido pela Constituição”. Ainda no mesmo sentido:

O dever de proteção aparece, como vimos, associado a um imperativo de proteção suficiente, formulado negativamente como *princípio de proibição do défice (Untermassverbot)*, que, ao contrário do princípio simétrico, é entendido pela maioria da doutrina como um *princípio orientador* – não tem de ser visto como uma proteção mínima, mas também não impõe uma proteção máxima, seja na medida em que tem de respeitar o *princípio da proporcionalidade* quando atinja outros direitos e liberdades ou valores comunitários relevantes, com relevo especial para a autonomia privada, seja na medida em que há-de respeitar a *liberdade constitutiva do legislador*, que pode e deve graduar a proteção conforme os valores ou bens jurídicos em causa, a intensidade da ameaça e a possibilidade de autodefesa do particular.⁷⁵

A teoria dos deveres de proteção se afasta da amplitude da teoria da eficácia direta e da possibilidade de concretização, pelo juiz, dos direitos fundamentais, quando da lacuna do legislador (eficácia indireta), observa-se, ainda, que tal construção encontra-se no âmbito da vinculação do Estado e não dos particulares aos direitos fundamentais.

Considerando que a teoria dos deveres de proteção, em sua essência, parte da concepção de que cabe primordialmente ao Legislativo a conciliação entre a autonomia privada e os direitos fundamentais, só seria possível a intervenção do Judiciário na omissão do legislador em sua tarefa de proteger os direitos fundamentais nas relações privadas.

Partindo de tais argumentos, pode-se vislumbrar que a eficácia da teoria dos deveres de proteção resta ameaçada em solo brasileiro, em razão das diferenças entre o controle de constitucionalidade daqui e o daquele onde a referida teoria teve sua origem (Direito Alemão), pois limitar a atuação judicial apenas nas situações de omissões legislativas não protege os direitos fundamentais.

Por derradeiro, conclui-se que a manutenção do Estado como único destinatário dos direitos fundamentais não se adequa com a realidade contemporânea, eis que o Estado não vem desincumbindo adequadamente este

⁷⁵ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. Pag. 282.

atributo, que é proteger os Direitos fundamentais.

6.6. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE AS TEORIAS

Após serem lançadas, nesse capítulo, algumas ideias sobre a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas, não se pode deixar de exaltar que, na atual etapa vivida pelo direito constitucional pátrio, os direitos fundamentais alcançaram um *status* que tem a potencialidade de transformar as relações sociais, com o objetivo de proteger a dignidade humana diante dos diversos ataques possíveis.

De outra banda, sabe-se que ainda existem abusos cometidos na ordem privada que estão incólumes aos ditames constitucionais. O direito privado, para buscar o equilíbrio tão almejado na legislação pátria, necessita sofrer interferência estatal fundada na aplicação dos direitos fundamentais.

Em razão disso e dos argumentos anteriormente discutidos, pode-se concluir que, por primeiro, com a evolução do constitucionalismo para o neoconstitucionalismo, não há espaço para a negativa da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas. E por segundo, os direitos fundamentais não podem chegar às relações entre particulares apenas por intermédio do legislador, eis que deve-se reconhecer a possibilidade de aplicação direta desses direitos. Não se trata de uma eficácia absoluta - como já apontado, pois isso contrariaria os próprios fundamentos do neoconstitucionalismo, em que o direito é gerado no caso concreto, levando-se em conta as suas limitações e possibilidades.

Acredita-se que os direitos fundamentais deveriam deixar de ser problema exclusivo do Estado e ultrapassar as fronteiras liberais que os impedem de humanizar as relações entre agentes privados. Isso não significa isentar o Estado de sua responsabilidade, mas chamar a sociedade para assumir uma corresponsabilidade na concretização dos preceitos de direitos fundamentais.

7. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EXTENSIVA AO SETOR PRIVADO

A CF/88, conforme se denota, traz a lume os contornos do direito à saúde do cidadão como um direito social, sendo que atual jurisprudência reconhece a saúde como garantia subjetiva e direito individual do cidadão.⁷⁶

O Direito à Saúde, enquanto norma constitucional possui eficácia plena, que recebeu do poder do constituinte força normativa suficiente para sua incidência imediata e independente de providência normativa ulterior à sua aplicação. Outro ponto que merece destaque é a realidade de que o dever de promoção, prevenção e cura no direito à saúde é imposto primariamente para o Estado, tratando-se de norma cogente. Sendo que nas palavras de Sarlet e Figueiredo, a constituição previu “garantia institucional fundamental” de viabilização e efetivação do direito à saúde no Brasil: o SUS, cuja participação é livre à iniciativa privada (art. 199, CF/88) ou complementar (art. 199, §1º, da CF/88)⁷⁷. Assim, a iniciativa privada, uma vez que optou por atuar na área da saúde, também é responsável na mesma proporção no que tange ao cumprimento dos direitos e garantias fundamentais. É aqui que aplica-se a eficácia irradiante dos direitos fundamentais sobre o sistema jurídico, eis que com esse efeito, as normas de direitos fundamentais influenciam todo o arcabouço normativo, inclusive sobre as relações entre particulares.

No que tange à tese da irradiação dos direitos fundamentais, temos que sua origem deu-se no direito alemão, especialmente por Robert Alexy⁷⁸. Na mesma linha o Ministro Gilmar Mendes trouxe tal doutrina para aplicação no Brasil, sendo

⁷⁶ Nessa linha: RE 393175 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL, AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 12/12/2006, Órgão Julgador: Segunda Turma, <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+393175%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+393175%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aphd9kd>. Acesso em 14 fev 2014; e, RE nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.068.731 - RS (2008/0137930-3), RE nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.068.731 - RS (2008/0137930-3). Acesso em 14 fev 2014.

⁷⁷ SARLET, Ingo W; FIGUEIREDO, Mariana F.. Notas sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico constitucional brasileira. In, ASENSI, Felipe D.; PINHEIRO, Roseani (org.). Direito Sanitário. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. Pag. 35.

⁷⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. E Ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Pag. 524.

inserida no RE 201.819/RJ⁷⁹, o qual concluiu pela aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Nessa mesma linha lecionam Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana F. Figueiredo⁸⁰: “A Constituição Federal jamais restringiu a destinação dos direitos fundamentais unicamente ao Estado, tampouco a aplicabilidade direta das normas de direitos fundamentais”. Tal argumento tem embasamento no fato de que a CF/88, ao dispor sobre direitos e garantias fundamentais, em nenhum momento fez previsão expressa acerca da limitação estrita ao poder público e inaplicabilidade à relação entre particulares.

A tese exposta é alicerçada pelo princípio da solidariedade (art. 3º, I, da CF/88), pois não se pode aceitar a inaplicabilidade de tratamento de saúde digno e respeitoso à saúde alheio em detrimento de comportamentos nocivos fundados em questões econômicas e contratuais.

7.1. CLÁUSULAS CONTRATUAIS LIMITATIVAS

Antes de uma abordagem às cláusulas contratuais limitativas dos contratos de planos de saúde coletivos, necessário o debate acerca da evolução na medicina. Num primeiro momento, será realizada uma singela exposição da evolução da Medicina.

Antigamente, a medicina primitiva possuía um caráter sacerdotal, ligado à magia. Desde sua origem já existiam especialidades médicas – logicamente em menor grau do que atualmente. Hoje, conforme Resolução n. 1973/2011, do Conselho Federal de Medicina, existem dezenas de especialidades e áreas de atuação na Medicina reconhecidas.

79

STJ.
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28201819%2EENUME%2E+OU+201819%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bd36oaa>. Acesso em 10 fev 2014.

⁸⁰ SARLET, Ingo W; FIGUEIREDO, Mariana F. Op. Cit., pag 41.

Os Professores Doutores Josias Jacintho Bittencourt e José Luiz Gavião de Almeida⁸¹, citando Irary Novah Moraes apontam que “o tempo médio de vida da “verdade” médica é de aproximadamente oito anos. Portanto, boa parte do que foi ensinado durante um curso de medicina deixa de ser “verdade” em oito anos. Significa que o médico formado recentemente tem conhecimento atualizado apenas em uma parte daquilo que aprendeu na faculdade. A outra parte, diz ele, já é obsoleta ou já não é tão aceita no meio científico como lhe foi ensinada. Se, por um lado, o atual progresso médico-científico proporciona melhores condições de diagnóstico e procedimentos clínico-cirúrgico, por outro lado o mesmo progresso aumenta o grau de exigência na solução dos problemas de saúde. Portanto, na mesma proporção que evolui a ciência médica, cresce o grau de responsabilidade profissional”.

A questão da evolução da medicina esbarra nas questões éticas, morais e também nas contratuais. Direito e Medicina estão cada vez mais próximos, pois a evolução da medicina (que ocorre em nível exponencial) não é acompanhada pela evolução legislativa e contratual. Um ponto que merece destaque é o limite do interesse do setor privado para que essa adequação à evolução seja rápida, eis que é sabido que o custo dos novos materiais e tratamentos são muito elevados, o que impacta diretamente na lucratividade das empresas. Nessa linha, a evolução da tecnologia faz com seja inevitável a interferência do Direito na Medicina em razão da preservação da saúde da pessoa.

Considerando a relação desproporcional existente de um lado com as operadoras de planos de saúde e seguradoras e de outro com os consumidores, necessário se faz a aplicação do CDC na presente relação.

Adentrando no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 18, parágrafo 6º, III e art. 20, parágrafo 2º, tem-se que tais dispositivos estabelecem a necessidade de adequação dos produtos e serviços à expectativa legítima do consumidor. Resta evidente que ao contratar um plano ou seguro saúde o consumidor tem a legítima expectativa de que, caso fique doente, a empresa contratada arcará com os custos necessários ao restabelecimento de sua saúde. A

⁸¹ BITTENCOURT, Josias Jacintho; e, ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Responsabilidade Médica: Abordagens Históricas e contemporâneas. Revista Symposium – FADIMINAS, Lavras/MG, v.9, n.1, jan./jun. 2011

expectativa do beneficiário é a de integral assistência para a cura da doença. Qualquer cláusula restritiva que impeça o restabelecimento da saúde, em virtude da espécie de doença sofrida, atenta contra a expectativa legítima do consumidor, sendo que qualquer restrição ao acesso à saúde que contrarie os direitos do consumidor previstos na constituição federal, legislação consumerista ou na Lei de Planos de Saúde, é considerada como abusiva. Deve-se ponderar que demasiada restrição do risco envolvido no contrato, implica em contrariar a própria natureza aleatória do mesmo, infringindo, assim, as normas do inciso IV e parágrafo 1º do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor.

A jurisprudência dos tribunais pátrios tem revelado que a maioria dos conflitos judiciais decorrentes de contratos de plano de saúde são derivados de tentativas de exclusão de determinados tratamentos, restrição a internação, cobertura de tratamento em casos de doenças ditas preexistentes e semelhantes, bem como a tentativa de imposição de períodos de carência descabidos.

Os Tribunais de Justiça da maioria dos Estados têm decidido segundo a presunção de que a saúde é um bem cuja defesa não se confunde com a defesa da propriedade ou qualquer outro bem de consumo, e que diante da peculiaridade da sua indispensabilidade bem como a aplicabilidade de toda a teoria contratualista prevista no Código de Defesa do Consumidor, entendem que existe a possibilidade da revisão de cláusulas contratuais abusivas.

Retomando o debate atinente aos planos de saúde, atualmente existem diversas questões controvertidas que envolvem as cláusulas desses contratos. Como exemplo podemos citar:

- i) Subtração do direito de reembolso;
- ii) Transferência de responsabilidade;
- iii) Incompatibilidade boa-fé e equidade;
- iv) Variação do preço de forma unilateral;
- v) Doenças preexistentes;
- vi) Imposição de prestadores de serviço nos contratos de seguro-saúde;
- vii) Carência;

- viii) Possibilidade unilateral de cancelamento do contrato e cancelamento em razão de rescisão do contrato de trabalho.

Ante os itens acima descritos, pode-se descrever sobre alguns deles. No que tange à boa-fé e equidade, o inciso IV, do artigo 51 do CDC, não perde o caráter de critério geral e residual de controle de conteúdo das cláusulas contratuais gerais. Resta cabível recorrer a tal critério de controle de conteúdo, quando se estiver diante de uma situação concreta insuscetível de ser enquadrada em qualquer uma das hipóteses de cláusulas abusivas previstas na lista do artigo 51 da Lei 8.078/1990. Pode ser utilizado, também, de forma articulada, com qualquer das outras hipóteses listadas, pois estas também são contrárias aos ditames ou às exigências da boa-fé.

A hipótese resta prevista no inciso II, do parágrafo 1º, do artigo 51, do CDC, que veda a ameaça do objeto ou equilíbrio contratual, através da restrição de direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, como a negativa de fornecimento de um determinado produto, que detém preço superior ao fornecido habitualmente pela operadora. Como é sabido, as operadoras possuem lista de materiais que usualmente utilizam. Esta lista, repita-se, é uma lista de materiais e procedimentos utilizados pela operadora, sendo que inexistente qualquer menção à melhor tecnologia ou o melhor tratamento para o paciente usuário.

Dessa forma, as operadoras atuam de forma morosa quando se trata de buscar novas tecnologias (englobando materiais e medicamentos) em razão dos fatores econômicos. Operacionalmente as Operadoras possuem condições de fazer um célere estudo sobre a viabilidade do novo medicamento ou produto, mas na prática o que se percebe é a voluntária lentidão. Apenas atuam de maneira célere se o Estado atua de forma mais rígida. Um exemplo foi a obrigatoriedade de fornecimento de comprimidos para tratamento de determinados tipos de câncer (denominado Adenocarcinoma do Pulmão – CID C-34). Houve certa facilidade na aceitação pelas operadoras pelo fato de um tratamento via oral ser aproximadamente 60% mais barato que um tratamento convencional de câncer.

Retornando aos comentários às cláusulas, restam vedadas quaisquer cláusulas que sejam abusivas ou iníquas, razão pela qual o inciso IV do artigo 51 engloba todas as possibilidades de abusividade elencadas nos demais incisos.

Quanto às obrigações contratuais iníquas, estas são facilmente identificáveis, pois rompem claramente o equilíbrio contratual, afetam a comunidade e o chamado sinalagma, por colocarem o consumidor em posição exagerada de desvantagem. Como exemplo tem-se o caso de cláusulas limitativas de internação, de vedação ao fornecimento de próteses e órteses estritamente ligadas ao ato cirúrgico, dentre outras.

Haverá contrariedade ao conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares do contrato, abusividades previstas no inciso III, do parágrafo 1º, do artigo 51, do CDC, quando, em razão de fatos supervenientes, a obrigação vier a tornar-se excessivamente onerosa, hipótese em que o consumidor poderá optar por requerer a declaração de nulidade e a revisão da cláusula contratual e de seus efeitos, como na hipótese de tentativa de imposição de aumento de preço excessivamente oneroso, em contratos de plano de saúde coletivo. Nesse caso, o consumidor pode optar pela manutenção do contrato, desde que as cláusulas abusivas sejam revistas e ajustadas visando o equilíbrio contratual e cumprimento das normativas definidoras das responsabilidades mínimas dos planos de saúde.

O princípio da boa-fé trata de cláusula geral a ser observada em todos os contratos de consumo. Permite que o juiz crie norma de conduta para o caso concreto, atendo-se sempre à realidade social, o que nos remete à questão da equidade, prevista no final do inciso IV do artigo 51 do CDC, como corretivo ou impedimento das condições gerais iníquas ou que provocam vantagem injusta ao predisponente em relação a qualquer aderente. Na execução do contrato, a boa-fé impõe limites ao exercício da discricionariedade que existe em relação a alguns aspectos do contrato, como quantidade, preço, tempo da prestação, etc., ou seja, limita o exercício de posições jurídicas inadmissíveis.

A norma do artigo 51, IV assemelha-se bastante a do Código Civil alemão, que também apresenta a boa-fé objetiva e a desvantagem exagerada como critérios de caracterização de abusividade contratual, o que demonstra sua excelência e modernidade. Bastaria a disposição do artigo 51, IV para definir a abusividade de uma cláusula contratual, diante da atuação plena desse inciso para controle de conteúdo contratual.

Quando há equidade, há equilíbrio na relação obrigacional estabelecida, com o fim de alcançar justiça contratual, o que possibilita que na hipótese de desequilíbrio ou desigualdade entre as partes, que o contrato seja revisto e alterado.

Para corroborar com as afirmações tecidas, apresenta-se algumas súmulas dos STJ:

Súmula 302: É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.

Súmula 469: Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde

Na mesma linha o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro definiu:

Súmula 112, TJRJ: E nula, por abusiva, a cláusula que exclui de cobertura a órtese que integre, necessariamente, cirurgia ou procedimento coberto por plano ou seguro de saúde, tais como 'stent e marcapasso'.

Súmula 209, TJRJ: Enseja dano moral a indevida recusa de internação ou serviços hospitalares, inclusive *home care*, por parte do seguro saúde somente obtidos mediante decisão judicial.

Súmula 211, TJRJ: Havendo divergência entre o seguro saúde contratado e o profissional responsável pelo procedimento cirúrgico, quanto a técnica e ao material a serem empregados, a escolha cabe ao médico incumbido de sua realização.

De outro ponto de vista, passemos à análise das questões de reajuste. Os reajustes dos planos individuais e familiares são controlados pela ANS, que fixa, em conjunto com os Ministérios da Saúde e da Fazenda, a política anual a ser adotada – o percentual máximo permitido -, para posterior aprovação caso a caso, até o limite estabelecido. A tabela apresentada no Anuário da ANS demonstra que⁸²:

Planos Individuais "antigos" e "novos"	
Há necessidade de autorização prévia de percentual de reajuste. O percentual é definido pela ANS.	
Planos Coletivos O reajuste é <u>monitorado</u>	
Com Patrocinador	Sem Patrocinador
Deve ser comunicado à ANS até 30 dias após sua aplicação.	Deve ser comunicado à ANS com antecedência mínima de 15 dias da data de aplicação.

Outra questão a merecer especial atenção é a tendência generalizada após a regulação, de concentração de poucas operadoras líderes no mercado de planos de saúde. Destaca-se, a importância da UNIMED, que mesmo não se constituindo em uma única empresa, expressa a abrangência e a capilaridade das cooperativas médicas no país, também no contexto da atenção oncológica. Há ainda nos serviços, uma forte concentração do faturamento em poucas operadoras e particularmente em uma delas. Se por um lado, têm-se operadoras mais sólidas do ponto de vista financeiro, com mais beneficiários, diluindo, assim, os riscos, o que, em tese, possibilitaria melhor cobertura e preços; por outro, a diminuição de concorrentes e a tendência ao oligopólio conferem mais poder às operadoras, reduzindo a capacidade de negociação do Estado, de prestadores e de beneficiários, em relação à qualidade dos serviços prestados, cobertura e preços praticados. Apesar de não haver consenso sobre os possíveis efeitos da concentração, esta é uma situação a ser considerada na regulação.

7.2. RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E AS NOVAS TECNOLOGIAS

A relação médico x paciente é uma relação de confiança. Nessa linha, o consentimento do paciente acerca do tratamento dispensado em seu favor é essencial. Cabe ao profissional destacar qual o mais adequado tratamento para o paciente, bem como quais as alternativas existentes. Com isso, o paciente opta pelo

tratamento que melhor lhe aprouver. Essa discussão vem de longa data, podendo ser destacada no Código de Nuremberg, conforme teor da súmula primeira:

“O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial. Isso significa que as pessoas que serão submetidas ao experimento devem ser legalmente capazes de dar consentimento; essas pessoas devem exercer o livre direito de escolha sem qualquer intervenção de elementos de força, fraude, mentira, coação, astúcia ou outra forma de restrição posterior; devem ter conhecimento suficiente do assunto em estudo para tomarem uma decisão. Esse último aspecto exige que sejam explicados às pessoas a natureza, a duração e o propósito do experimento; os métodos segundo os quais será conduzido; as inconveniências e os riscos esperados; os efeitos sobre a saúde ou sobre a pessoa do participante, que eventualmente possam ocorrer, devido à sua participação no experimento. O dever e a responsabilidade de garantir a qualidade do consentimento repousam sobre o pesquisador que inicia ou dirige um experimento ou se compromete nele. São deveres e responsabilidades pessoais que não podem ser delegados a outrem impunemente.”

Assim foram estabelecidas, de modo bastante incisivo, as premissas acerca do consentimento. Prosseguindo, conforme o espanhol Julio César Galán Cortés⁸³, “historicamente é possível identificar as fases do processo de evolução da doutrina do consentimento informado: a primeira fase, por ele denominada consentimento voluntário, corresponde ao período do pós-segunda guerra mundial, quando foi firmada expressamente a indisponibilidade do consentimento voluntário do sujeito de pesquisas clínicas. Em seguida, constatou-se a chamada fase do consentimento informado ou esclarecido, marcada pelo dever de esclarecimento imputável ao médico. Num terceiro momento, o consentimento passou a ser avaliado sob o prisma da validade (consentimento válido)”.

O Código de Nuremberg foi o primeiro texto a dispor acerca do consentimento voluntário. Tal fato é destacado por conta da consagração do princípio da dignidade humana, eis que naquela época houve uma reação aos regimes totalitários precedentes à Segunda Grande Guerra. Destaca-se que na época o que se debateu foi a adoção de experimentos com resultados ainda não aprovados e devidamente estudados na medicina.

⁸³ Apud BERGSTEIN, Gilberto. A informação na relação médico - paciente / Gilberto Bergstein-São Paulo : Saraiva 2013. Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil. Nota: Continuação de Revista IOB Direito Civil e Processual Civil v. T. n . 1 jul. 1999. Pág. 29

Trazendo a discussão para os dias atuais, tais fatos podem ser destacados no Código de Ética Médica, eis que o Conselho Federal de Medicina determina que o médico deva sempre informar seu paciente acerca dos procedimentos e riscos do tratamento.

Outro ponto que merece destaque é a evolução da relação médico x paciente, que vem ganhando contornos que refletem na seara dos direitos subjetivos dos envolvidos. Para o profissional, que hodiernamente não se encontra numa posição de hierarquia e sobreposição com relação ao seu paciente, e muitas vezes está ligado por contratos de massa extremamente complexos, acaba por desgastar a relação com o paciente. De outra banda, tem-se o paciente moderno, que tem acesso a ferramentas de pesquisa das mais variadas (livros, revistas, e principalmente a internet) e que exige do profissional, informações cada vez mais específicas e detalhadas das alternativas possíveis do seu tratamento.

Conforme afirma Miguel Kfoury Neto, “existem três fatores, mencionados pelos próprios médicos, que podem evitar demandas promovidas por pacientes: honestidade, humildade e humanidade”⁸⁴.

Agora chegamos ao ponto fulcral do presente trabalho. Considerando a necessidade do dever de informar do médico acerca dos tratamentos possíveis de seu paciente, o que dizer sobre a negativa do plano de saúde em cobrir eventual tratamento (que no caso é o mais adequado) ao paciente beneficiário, sob a alegação de que o referido tratamento não está relacionado no rol de procedimentos aprovados pelo plano de saúde? E mais. Pode o plano recusar a utilização de um instrumento/material (prótese, órtese, dentre outros) sob a alegação de que não consta no rol da operadora do plano? E mesmo que isso conste do rol da ANS?

O que se busca é desenvolver uma pesquisa acerca do conflito existente entre a orientação médica – que se faz necessária para informar devidamente o paciente acerca dos tratamentos e em especial respeito ao Código de Ética Médico; e a escolha do paciente do mais adequado tratamento; sendo que em contrapartida temos os contratos de plano de saúde coletivos que limitam tais procedimentos. Muitas vezes a limitação ou recusa do plano de saúde não é fundamentada, o que demonstra a falta de transparência dos planos para com os usuários.

⁸⁴ KFOURI NETO, Miguel. Culpa Médica e o ônus da prova. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002. Pág. 422

Ademais, os médicos que formulam pedidos de procedimentos e acessórios que não constam do rol das operadoras acabam sendo pressionados pelos planos (especialmente as cooperativas médicas) a deixar de prescrever o mais adequado tratamento única e exclusivamente por pressão do plano – o que é um absurdo do ponto de vista médico e consumerista. Tal fato pode ser constatado na pesquisa apresentada no tópico “DADOS SOBRE A SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL”, a qual aponta que “92% dos médicos brasileiros que atendem planos ou seguros saúde afirmam que sofreram pressão ou ocorreu interferência das operadoras na autonomia técnica do médico”.

Recentemente, com a mudança na economia do país e a inserção da classe C no universo da saúde privada, o setor passou a enfrentar uma grave crise na qualidade da prestação de serviços. A interferência dos planos de saúde na relação médico e paciente, representada pelo controle de exames complementares solicitados, escolha de material cirúrgico, próteses e órteses, glosas sem explicação para cirurgias, são alguns dos fatores que impulsionam os profissionais médicos experientes a se descredenciarem.

Em simples análise podemos constatar que: com menos médicos; haverá menos serviços e por consequência mais ações judiciais por parte dos usuários que pretendem a cobertura para os procedimentos e que desejam o atendimento por profissionais competentes. É um círculo vicioso.

Há que se destacar que os planos de saúde também apresentam responsabilidade solidária em caso de alegação de erro profissional, pois um médico que atende o paciente em cinco minutos corre um risco sério de cometer um erro de diagnóstico, seja pela ausência de anamnese, pelo não conhecimento do histórico do seu paciente ou pela impossibilidade de se realizar um exame clínico completo. Ora, se a remuneração pela consulta é aviltante, como se poderá exigir do médico maior dedicação ao paciente? Perdem os pacientes, perdem os médicos e, a médio e longo prazo, perderão os planos de saúde.

Para fundamentar os argumentos trazidos acerca da relação de confiança existente entre médico e paciente (agora na maioria dos casos usuário de plano de saúde), constata-se que o código de Ética Médica estabelece em seu Capítulo I (Princípios fundamentais), que “II - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de

sua capacidade profissional”. E continua: “V - Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente”. Reforçando a tese do presente trabalho, “IX - A Medicina não pode, em nenhuma circunstância ou forma, ser exercida como comércio”. Por derradeiro, em seu inciso XVI, dispõe que:

“nenhuma disposição estatutária ou regimental de hospital ou de instituição, pública ou privada, limitará a escolha, pelo médico, dos meios cientificamente reconhecidos a serem praticados para o estabelecimento do diagnóstico e da execução do tratamento, salvo quando em benefício do paciente.

Tratado não apenas como princípio fundamental do Código de Ética Médico, mas como um direito do médico, apresenta no Capítulo II, item II, que consiste num direito do médico “indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente”. Ainda no Código de Ética, em seu Capítulo III, estabelece a responsabilidade profissional do médico vedando:

“Art. 20. Permitir que interesses pecuniários, políticos, religiosos ou de quaisquer outras ordens, do seu empregador ou superior hierárquico ou do financiador público ou privado da assistência à saúde interfiram na escolha dos melhores meios de prevenção, diagnóstico ou tratamento disponíveis e cientificamente reconhecidos no interesse da saúde do paciente ou da sociedade”.

Com essas informações trazemos à baila a discussão do conflito consumidor x plano de saúde, sem deixar de lado a situação delicada em que o médico acaba sendo inserido.

7.3. LIMITAÇÕES ÀS NOVAS TECNOLOGIAS

Existem diversas formas de limitação às novas tecnologias, podendo ser destacadas: i) a ausência de legislação que regulamente o assunto, sendo inserida neste ponto a lentidão do trâmite para aprovação de novas leis e regulamentos; ii) falta de interesse das operadoras, que por questões econômicas, deixam de inserir no rol de serviços de seu plano as novas técnicas e novos instrumentos para que seja prestado o mais adequado e moderno atendimento aos usuários; iii) pressão que as operadoras exercem sobre os médicos conveniados/cooperados para que não prescrevam tratamentos diverso daqueles que constam nos contratos, bem como não utilizem instrumentos diversos daqueles fornecidos pela operadora, mesmo que não sejam o mais adequado ao paciente usuário.

O embate envolvendo os planos de saúde e os consumidores vem de longa data, sendo que a ANS ainda não conseguiu atingir um nível de controle e interferência na regulação da atividade. Com isso é dado ensejo a uma grande polêmica na doutrina e jurisprudência, estando o setor sujeito a grande judicialização, que muitas vezes acaba distorcendo a equação econômico-financeira e os cálculos atuariais que norteiam a contratação.

A ANS, em sua Resolução Normativa 167, apresenta em seu anexo I todos os procedimentos que são de cobertura obrigatória pelos planos de saúde. Porém, apesar de descrever a cobertura e tipo de procedimento, não faz menção ao material ou tratamento a ser desenvolvido, o que em sendo impreciso, faz com que as operadoras promovam a recusa injustificada para liberação de coberturas e liberação de guias.

Outro ponto que merece especial atenção é a Resolução Normativa - RN Nº 338, de 21 de outubro de 2013, que Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999; fixa as diretrizes de atenção à saúde; revoga as Resoluções Normativas - RN nº 211, de 11 de janeiro de 2010, RN nº 262, de 1 de agosto de 2011, RN nº 281, de 19 de dezembro de 2011 e a RN nº 325, de 18 de abril de 2013; e dá outras providências.

Em seu art. 4º, parágrafo único, dispõe que “os procedimentos listados nesta Resolução Normativa e nos seus Anexos serão de cobertura obrigatória quando solicitados pelo médico assistente, conforme disposto no artigo 12 da Lei nº

9.656 de 1998”. Mais adiante, em seu Art. 14, afirma que “nos contratos de planos individuais ou familiares, coletivos por adesão e coletivos empresariais é obrigatória a cobertura dos procedimentos listados no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, relacionados ou não com a saúde ocupacional e acidentes de trabalho, respeitadas as segmentações contratadas”. Não obstante a clareza do dispositivo legal, repisa no parágrafo 1º, do art. 21:

“Art. 21. O Plano Hospitalar compreende os atendimentos realizados em todas as modalidades de internação hospitalar e os atendimentos caracterizados como de urgência e emergência, conforme Resolução específica vigente, não incluindo atendimentos ambulatoriais para fins de diagnóstico, terapia ou recuperação, ressalvado o disposto no inciso X deste artigo, observadas as seguintes exigências:

...

VI - cobertura de órteses e próteses ligadas aos atos cirúrgicos listados nos Anexos desta Resolução;

...

§ 1º Para fins do disposto no inciso VI deste artigo, deve ser observado o seguinte:

I - cabe ao médico ou cirurgião dentista assistente a prerrogativa de determinar as características (tipo, matéria-prima e dimensões) das órteses, próteses e materiais especiais - OPME necessários à execução dos procedimentos contidos nos Anexos desta Resolução Normativa;

II - o profissional requisitante deve, quando assim solicitado pela operadora de plano privado de assistência à saúde, justificar clinicamente a sua indicação e oferecer pelo menos 03 (três) marcas de produtos de fabricantes diferentes, quando disponíveis, dentre aquelas regularizadas junto à ANVISA, que atendam às características especificadas;

III - em caso de divergência clínica entre o profissional requisitante e a operadora, a decisão caberá a um profissional escolhido de comum acordo entre as partes, com as despesas arcadas pela operadora; e

Perceba que o própria Resolução Normativa estabelece que cabe ao médico a prerrogativa de determinar as características (tipo, matéria-prima e dimensões) das órteses, próteses e materiais especiais (OPME) necessários à execução dos procedimentos contidos nos Anexos desta Resolução Normativa. O disposto na RN vai ao encontro das regras básicas do Código de Ética Médico. Todavia, apesar do dispositivo claro acerca dos critérios para escolha do material, os planos ainda exercem forte pressão contra os médicos que buscam o melhor para seus pacientes. A norma acima descrita não irá resolver, num primeiro momento, todas as pendências, porém trata-se de uma iniciativa de se estabelecer uma

processualística na discussão sobre OPME's. Constata-se, portanto, a colisão de princípios.

7.4. COLISÃO DE PRINCÍPIOS: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITO DO CONSUMIDOR X PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE OU CONSENSUALISMO.

As profundas alterações relativas aos aspectos políticos, sociais e econômicos pelos quais vêm passando as sociedades modernas, assim como os efeitos da ciência e da tecnologia sobre a vida dos cidadãos revelam que o direito tem papel fundamental na preservação das garantias individuais, mas da mesma forma é responsável pela orientação das mudanças vindouras.

Para observar a relação travada entre consumidores e operadoras de planos de saúde é preciso ter em mente que o plano deve ser conforme a lei e dessa forma o consumidor não conta com cobertura ilimitada, sendo, portanto, que parte de suas pretensões poderão ser rejeitadas pelo simples fato de não estarem juridicamente amparadas. Algumas vezes a recusa pode ser moralmente injusta mas juridicamente válida.

Todavia, muitas vezes não existe transparência do plano de saúde em descrever adequadamente a cláusula contratual e total desinteresse em atualizar o rol de procedimentos levando em consideração a evolução da pesquisa no campo da medicina, que traz inovações tecnológicas a todo o momento. Logicamente, como anteriormente afirmado, a evolução da medicina é infinitamente superior à evolução e adequação dos planos. Algumas vezes por questões de confirmação do resultado positivo do tratamento ou efetividade do equipamento e outras vezes, ou melhor, na maioria delas, por questões meramente econômicas.

Existem situações onde surge o conflito e a necessidade de decidir o que é mais importante: o direito de determinada pessoa ou o direito de outra. Na ciência jurídica as lides envolvendo essas circunstâncias é sua própria essência. Comuns também são as situações onde se precisa decidir entre a prevalência de determinado direito fundamental sobre o outro, tendo em vista a diversidade de direitos fundamentais abarcados pela Constituição.

Partindo desse ponto, verifica-se a necessidade de se conhecer as técnicas utilizadas para se solucionar os conflitos envolvendo direitos fundamentais. A jurisprudência nacional entra comumente em contato com circunstâncias dessa natureza, sendo necessária a utilização da técnica da ponderação de princípios para decidir qual princípio prevalece sobre o outro em casos concretos.

Primeiramente, necessário destacar que os direitos fundamentais têm natureza principiológica e, por consequência, possuem grande conteúdo axiológico. Para tanto, será adotada a ponderação de princípios adotada nos julgamentos no Supremo Tribunal Federal.

7.4.1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Está elencado no art. 1º, III da Constituição Federal de 1988, como um princípio fundamental, *in verbis*:

“Art. 1º 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:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

Conforme leciona Marcelo Novelino ⁸⁵, “a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado brasileiro, constitui-se no valor constitucional supremo em torno do qual gravitam os direitos fundamentais”. Dessa forma, torna-se evidente a importância desse princípio no estudo dos Direitos Fundamentais. O conceito de dignidade da pessoa humana é muito difícil de ser conceituado em razão de alto conteúdo axiológico. Assim, pode-se entender o direito à dignidade da pessoa humana como um princípio norteador da aplicação e restrição de todos os

⁸⁵ NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. São Paulo: Método. 2008. Pág. 248.

direitos fundamentais. Assim, em possuindo um instituto norteador em caso de colisão entre os direitos fundamentais, a busca da aplicação daquele que melhor promove a dignidade da pessoa humana é o que serve de instrumento na solução do caso concreto.

A dignidade da pessoa humana e do consumidor se trata de garantia fundamental que ilumina todos os demais princípios e normas e que, então, a ela devem respeito, em especial quando o objeto do contrato a ser preservado se trata da saúde do beneficiário.

A garantia da dignidade resta prevista expressamente no caput do artigo 4º da Lei 8.078/1990, e está, assim, ligada diretamente àquela prevista no texto constitucional, artigo 1º, inciso III. Trata-se do respeito ao consumidor para que este não seja maltratado num momento de extrema dificuldade, como o de enfrentar uma doença. Nelson Nery Júnior escreve:

“O Código pretende criar a necessidade de haver mudança de mentalidade de todos os envolvidos nas relações de consumo, de sorte que não mais seja praticada a “Lei de Gerson” no país, segundo a qual se deve tirar vantagem devida e indevida de tudo, em detrimento dos direitos de outrem. O Código pretende desestimular o fornecedor do espírito de praticar condutas desleais ou abusivas, e o consumidor de aproveitar-se do regime do Código para reclamar infundadamente pretensos direitos a ele conferidos”.⁸⁶

Hodiernamente, a definição que se adota é a de Ingo Wolfgang Sarlet, que define a dignidade da pessoa humana como:

“a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de

⁸⁶ Nelson NERY JÚNIOR, *Os princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, p. 44.

propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”⁸⁷.

E continua o autor defendendo, que é, pois, um predicado tido como inerente a todos os seres humanos e configura-se como um valor próprio que o identifica. E finaliza dizendo que a dignidade não pode ser renunciada ou alienada, de tal sorte que não se pode falar na pretensão de uma pessoa de que lhe seja concedida dignidade, posto que o atributo lhe é inerente dada a própria condição humana. Nessa linha, o art. 1º, inciso III, da CF/88, “contêm não apenas mais que uma norma, esta vai além de sua condição de princípio e regra (valor) fundamental, consistindo também em norma definidora de garantias de direitos, assim como de deveres fundamentais”⁸⁸.

Nessa linha, e seguindo as palavras de Sarlet, o princípio da dignidade da pessoa humana cumpre função dupla. De um lado serve como importante elemento de proteção dos direitos contra medidas restritivas e, portanto também contra o uso excessivo dos direitos. De outro lado atua como justificativa para a imposição de restrições a direitos fundamentais, acabando, neste sentido, por atuar como elemento limitador destes. Sempre se poderá afirmar que a dignidade da pessoa atua simultaneamente como limite dos direitos e limite dos limites, isto é, barreira última contra a atividade restritiva dos direitos fundamentais, o que efetivamente não afasta a controvérsia sobre o próprio conteúdo da dignidade e a existência, ou não, de uma violação do seu âmbito de proteção.

Nessa linha, em brilhante voto, o Ministro Celso de Mello relatou que esta interligação entre a dignidade e os direitos fundamentais pode vir a ser tão forte que pode dificultar a individualização de direitos específicos, o que quer dizer, que em muitos casos analisados, o direito à saúde estará tão ligado com o direito a vida e a própria dignidade, o que quer dizer que não se poderá verificar até que ponto estar-se-á tratando de um ou dos outros, resultando no fato de que ao conceder-se uma prestação à saúde, também se estará alcançando a concretização do direito à vida e

⁸⁷ SARLET, Ingo W. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 26.

⁸⁸ SARLET, Ingo W. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 83.

da própria dignidade. Esse entendimento foi evoluindo, de tal sorte, que atualmente os Tribunais Nacionais passaram a reconhecer o direito à saúde como um direito subjetivo fundamental exigível em Juízo e a saúde passou a ter a sua aplicação imediata e incondicionada, de maneira que permite ao indivíduo exigir as prestações que lhe são asseguradas⁸⁹.

Pode-se afirmar que o direito mais se aproxima de sua finalidade quanto mais considere o homem, em todas as suas dimensões, realizando os valores que lhe são mais relevantes.

O Direito exerce papel fundamental na proteção e promoção da dignidade humana, especialmente, quando da criação de mecanismos destinados a coibir eventuais violações. É nessa seara que fica definido o papel preponderante do princípio da dignidade da pessoa sobre os demais princípios, inclusive com a relativização dos outros, eis que a saúde está estritamente ligada à dignidade da pessoa, merecendo todo respaldo quando tratar-se de relações com o Estado e também com empresas privadas que exercem papel diretamente vinculado à saúde, como no caso das operadoras de plano de saúde, cooperativas e seguradoras.

⁸⁹ STF. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Agravo Regimental no RE nº 271.286-8/RS de relatoria do Ministro Celso de Mello. Acesso em 12 jan 2014.

7.4.2. PRINCÍPIOS ATINENTES AO DIREITO DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor incide em toda relação que puder ser caracterizada como de consumo. Há relação de consumo sempre que se puder identificar num dos polos da relação o consumidor, e no outro o fornecedor, transacionando produtos ou serviços. Que é o caso dos planos de saúde e seguro saúde.

O CDC se trata de uma lei principiológica, modelo até então inexistente no Sistema Jurídico Nacional que ingressou no nosso sistema para atingir qualquer relação que possa ser caracterizada como de consumo, e que possa ser regada por outra norma jurídica infraconstitucional.

Os contratos de Planos de Saúde são regidos pela Lei 9.656/1998 em conjunto a todos os princípios e regras da Lei 8.078/1990, de tal modo que, qualquer disposição contratual que com eles colidirem, perdem eficácia por tornarem-se nulas de pleno direito. Funciona o Código de Defesa do Consumidor como subsistema próprio, dentro do modelo jurídico constitucional existente, que não está submetido a nenhum comando hierárquico superior, com exceção do próprio texto constitucional, que lhe é superior, como está também acima de toda e qualquer outra norma jurídica não constitucional. O CDC se trata de uma norma de ordem pública, portanto, a proteção especial ao consumidor não pode ser excluída por meio de cláusula contratual.

Foi o direito romano que estabeleceu o perfil das normas de ordem pública, pelas normas do *ius publicum*, que impossibilita sua derogabilidade pelas partes.

A Lei 8.078/1990 estabelece, logo no seu artigo 1º, seu caráter protecionista e de interesse social, face necessidade de proteção do consumidor em relação à aquisição de certos produtos e serviços, como nos casos de medicamentos únicos para doenças graves, quando há necessidade de intervenção direta para garantir o suprimento ao consumidor. Estabelece ainda em seu artigo 4º *caput*, princípios a serem observados, como a política das relações de consumo, cujos objetivos são o atendimento aos consumidores respeitando sua dignidade, saúde, segurança, proteção aos interesses econômicos.

Dentre os princípios podemos destacar o da proteção à vida, saúde e segurança, que são direitos que nascem atrelados ao princípio maior da dignidade, e que também restam protegidos pelo CDC em seu artigo 4º, caput, e no inciso I do artigo 6º.

Os contratos que disciplinam as relações de consumo devem ser amparados no princípio da boa fé e equilíbrio contratual, previstos no inciso III do artigo 4º do CDC, que assegura a harmonização dos interesses dos partícipes das relações de consumo.

Outro princípio que merece destaque é o da boa-fé objetiva, também resta prevista no artigo 51 do mesmo diploma legal, como cláusula geral. Pode ser definida como regra de conduta, dever das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de se estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo, através do equilíbrio das posições contratuais, uma vez que, em matéria de consumo, há natural desequilíbrio de forças.

A boa-fé objetiva funciona como modelo de comportamento fiel, leal, na atuação de cada uma das partes contratantes a fim de garantir respeito à outra, para garantir a ação sem abuso. Trata-se de uma espécie de pré-condição abstrata de uma relação ideal. Tal princípio tem como função compatibilizar interesses aparentemente contraditórios, protegendo o consumidor e ao mesmo tempo, assegurando o desenvolvimento econômico e tecnológico da sociedade. Assim, não serve somente para a defesa do débil, mas como fundamento para orientar a interpretação garantidora da ordem econômica.

Há executividade da boa-fé objetiva quando o intérprete a utilizar como um modelo a ser adotado na verificação do caso em si. Assim, a situação jurídica estabelecida para ser validamente legítima, de acordo com o sistema jurídico, deve poder ser submetida à verificação da boa-fé objetiva que lhe é subjacente, de maneira que todas as partes envolvidas devam-na respeitar.

A boa-fé objetiva é assim, uma espécie de pré-condição abstrata de uma relação ideal e justa, disposta como um tipo ao qual o caso concreto deve se amoldar. Agir com boa-fé objetiva é apresentar comportamento fiel, leal, na atuação de cada uma das partes contratantes, a fim de garantir o respeito ao direito da outra. Trata-se de um modelo principiológico que visa garantir a ação e/ou conduta sem

qualquer abuso ou nenhum ato de obstrução ou lesão à outra parte envolvida na relação.

Outro princípio que necessariamente deve estar presente nos contratos de plano de saúde é o equilíbrio contratual. Ensina Humberto Theodoro Júnior, que equilíbrio contratual e boa-fé objetiva se entrelaçam, pois ambos visam objetivar um contrato justo, sendo que um contrato injusto e desequilibrado resta automaticamente sujeito à revisão judicial. Relações jurídicas equilibradas implicam a solução do tratamento equitativo. O equilíbrio está no plano contratual, assegurado na norma do inciso IV do artigo 51 do CDC, bem como no inciso III do parágrafo 1º do mesmo artigo 51.

Merece especial atenção a questão dos contratos de adesão. No ponto em comento, que pertine aos contratos de plano de saúde e seguro saúde, é pacífico o entendimento de que tais contratos são de adesão.

O contrato de plano de saúde é um contrato típico de adesão, que detém esse nome em razão das suas cláusulas serem estipuladas unilateralmente pelo prestador da assistência, cabendo à outra parte, o beneficiário, apenas aquiescer a seus termos. Logo, o contrato é redigido e formulado unilateralmente, colocado à disposição do consumidor, que detém como opção, aderir às disposições pré-estipuladas, ou não contratar. Ante tal imposição das cláusulas contratuais pelo prestador de serviços, aos contratos de plano de saúde aplica-se o princípio do *pacta sunt servanda*, vez que este pressupõe autonomia da vontade no contratar, porém com restrições, que poderão ser apontadas em eventual revisão contratual nos casos de abusividade e adesividade contratual.

O termo adesão não significa manifestação de vontade, ou decisão que implique concordância com o conteúdo das cláusulas contratuais, o que ocorre é o fenômeno puro e simples da adesão ao contrato pensado e decidido unilateralmente pelo fornecedor, sendo que o artigo 54 do CDC regulamenta esse tipo de contrato. Seu parágrafo 2º, que está ligado ao inciso VI do artigo 51, do mesmo diploma legal, não deixa margem de dúvida, que o consumidor detém direito exclusivo de pôr fim ao contrato ou não, através de cláusula resolutória.

Já o princípio da transparência dispõe que forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance, conforme disciplina o artigo 46 do

CDC. Ademais, está descrito no caput do artigo 4º, o direito de recebimento de informações claras e precisas, tanto nos contratos, quanto na oferta. Nesse sentido ensina Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin:

“Dois requisitos básicos devem estar presentes para que o princípio atue. Em primeiro lugar, inexistirá vinculação se não houver exposição. Uma simples proposta que, mesmo colocada no papel, não chegue ao conhecimento do consumidor, não obriga o fornecedor. Em segundo lugar, a oferta (informação ou publicidade) deve ser suficientemente precisa, isto é, o simples exagero não obriga o fornecedor.⁹⁰

Assim, as informações que o beneficiário receber antes de contratar a assistência à saúde, como ocorre no recebimento de folhetos, anúncios em jornais e outros meios, fazem parte do contrato, pois tais informações firmaram o convencimento do cliente. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, comentando o artigo 427 do Código Civil, que regulamenta a proposta, explicam que esta possui requisitos: a) ser séria, para representar a vontade do proponente, b) completa, para refletir a intenção do proponente e também as efetivas condições do negócio; c) de linguagem simples e acessível; d) deve ser dirigida à pessoa específica; e) inequívoca, exata para evitar dúvidas, mas não necessariamente escrita. Apesar de todo arcabouço legal atinente à proteção do consumidor, é de conhecimento notório que tal prática não é adotada nos dias de hoje.

7.4.3 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE OU CONSENSUALISMO

O ordenamento jurídico brasileiro, quanto à hierarquia dos princípios contratuais, tem em sua estrutura formadora como princípio maior o da função social do contrato, este não poderá, certamente por conta de sua essência de valorização da coletividade, se sobrepor ou mesmo neutralizar a livre iniciativa das partes.

O princípio da obrigatoriedade da convenção rege-se pelo brocardo jurídico “pacta sunt servanda”, o qual significa que o contrato, desde que preencha os requisitos legais, ou seja, seja válido, faz lei entre as partes contratantes.

⁹⁰ Antônio Herman de Vasconcellos e BENJAMIN, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Comentado pelos Autores do Anteprojeto*.

Uma vez que a função social, mesmo com o seu relevante valor para o interesse coletivo, não pode macular a figura da autonomia da vontade, o qual, mesmo dia doa atual valorização do interesse coletivo, é um das bases do contrato contemporâneo. A autonomia da vontade baseia-se na liberdade contratual das partes contratantes, deste modo, sempre respeitando as normas cogentes, consiste no poder de estipular livremente, como melhor convier as partes, mediante um acordo de vontades, disciplinar seus interesses.

Interessante e tênue diferenciação é abordada pela doutrina moderna no tocante à liberdade contratual e à liberdade de contratar, as quais compõem uma subdivisão do princípio da autonomia da vontade. Em abordagem superficial, a liberdade de contratar é a faculdade de realizar ou não determinado contrato com determinada pessoa, manifesta-se no plano pessoal, alude à escolha de celebração ou não do contrato. Já a liberdade contratual é a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato, ou seja, a determinação do conteúdo, de suas cláusulas, sempre em consonância com o ordenamento jurídico e a liberdade de criação de contratos atípicos.

É possível, ainda, quanto à liberdade de contratar, em determinadas situações não haja liberdade de escolher outro contratante, por exemplo, nos contratos de plano de saúde coletivo, no qual o conteúdo do contrato, no princípio em comento, pode ser alterado em consonância com os interesses e com as peculiaridades do negócio, sendo possível ampliar ou mesmos restringir os efeitos jurídicos do vínculo contratual, ou até mesmo adotando novas formas contratuais.

Necessário atentar que a liberdade contratual não é absoluta, nem ilimitada, uma vez que é restringida pela supremacia da ordem pública, a qual veda acordos que lhe sejam contrários, bem como contrariem os bons costumes, de forma que o interesse coletivo quando em conflito com o dos contratantes, se sobreponha à vontade deles.

Nesse diapasão, o Código Civil Brasileiro, em seu artigo 421 dispõe: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Nesse artigo está claramente descartado o individualismo, e nítida é a função institucional do contrato, uma vez que a autonomia da vontade encontra limites na supremacia da ordem pública.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho⁹¹ argumentam que com o advento do liberalismo, o princípio da autonomia da vontade, ganhou mais visibilidade. E colocam sob a mesma égide a autonomia da vontade e o consensualismo, uma vez que na atualidade, segundo os autores, é imperativo o reconhecimento pragmático da sinonímia de tais princípios, sob a ideia geral da liberdade de contratar.

Em contraponto Maria Helena Diniz ao analisar o princípio do consensualismo, o faz em separado do da autonomia da vontade, conceituando da seguinte forma:

“...simples acordo de duas ou mais vontades basta para gerar o contrato válido, [...], não se exige, em regra, qualquer forma especial para a formação do vínculo contratual. Embora alguns contratos, por serem solenes, tenham sua validade condicionada à observância de certas formalidades estabelecidas em lei, a maioria deles é consensual, já que o mero consentimento tem o condão de criá-los, sendo suficiente para sua perfeição e validade⁹².”

Com a evolução da sociedade, e logicamente a evolução legislativa, uma série de normas foram editadas, objetivando coibir abusos e reequilibrar as relações contratuais, por meio de mecanismos protetivos dos hipossuficientes economicamente, por exemplo, a inversão do ônus da prova, a responsabilidade civil objetiva, e a Lei 8.078/90.

Diante de todo o exposto, tem-se que existem argumentos muito bem embasados no sentido de que os princípios da autonomia da vontade e o consensualismo, mesmo mitigados pela aplicação do princípio da função social dos contratos, continuam como base da noção do contrato, e mesmo com o advento do dirigismo contratual e a consequente limitação e condicionamento por normas cogentes em favor do interesse público, isto é, a ordem pública, tais princípios continuam a orientar as relações contratuais modernas.

⁹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Contratos. Abrangendo o código civil de 1916 e o novo código civil. vol. IV. São Paulo: Saraiva, 2005. pg. 39.

⁹² DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 25ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009. pg. 27-28

CONCLUSÃO

Importante deixar claro que a Constituição Federal, juntamente com o direito do consumidor, com Código Civil e sem deixar de lado a disciplina da empresa, forma o arcabouço jurídico de direito privado capaz de se adaptar as novas relações sociais e jurídicas que certamente surgirão. A questão dos planos de saúde, em especial os coletivos, uma vez sendo parte integrante deste arcabouço, necessário adaptar-se a tais regras de maneira mais eficiente.

Importante destacar as diferentes doutrinas acerca da definição do conceito de contrato de seguro, pois a questão envolvendo aleatoriedade e comutatividade é de extrema importância para a adequada interpretação do contrato e atribuição de seus efeitos. Nessa esteira, entende-se ser a mais adequada classificação do contrato seguro atinente aos planos de saúde, aquela que o atribui como aleatório. Aliás, é a doutrina predominante atualmente.

Além disso, a controvérsia envolvendo o *pacta sunt servanda* e o CDC, com a possibilidade de revisão contratual também é muito debatida. No trabalho buscou-se afirmar que não existe uma negativa ao princípio basilar do direito contratual que é o *pacta sunt servanda*, mas apresentou-se alternativa em razão de uma teoria neocontratualista, principalmente frente às questões contratuais envolvendo a saúde do consumidor.

O que se busca é o alargamento ou remodelação do conceito de contrato, o qual defende a existência de uma solidariedade constitucional. Nessa linha, considerando a saúde como direito fundamental, necessário sopesar a questão envolvendo saúde e economia. Nesse caso deve prevalecer a dignidade da pessoa humana, podendo ter como principal fundamento a aplicação do princípio da função social do contrato.

Feito isso, a questão envolvendo o cerne do trabalho, que são as restrições contratuais às novas conquistas médicas restarão superadas frente à maior flexibilidade dos planos de saúde frente aos novos materiais e medicamentos.

Cabe, agora, aos agentes políticos, sociais e econômicos o esforço de compreender e se adequar a esta nova ordem de coisas. O que se busca é uma

sociedade livre, justa e solidária, que tem por valores basais a dignidade humana e a livre iniciativa. Resta, agora, que se utilizem tais ferramentas de modo a propiciar-se o ganho coletivo, e não individual, através da conduta ética e responsável de cada um dos integrantes da sociedade.

Nessa esteira, necessário ponderar a questão econômica com que as operadoras tratam o assunto, ou seja, meramente na seara comercial e do Direito Privado. Certo que se trata de uma relação privada, e que por consequência se busca o lucro. Todavia, do outro lado da balança existe a questão da saúde, que em sua essência é suportada pelo princípio da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. E Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRADE, J. C. Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 2ª Ed.. Editora Livraria Almedina, 2001.

ASENSI, Felipe D.; PINHEIRO, Roseani (org.). Direito Sanitário. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria geral dos contratos típicos e atípicos. São Paulo: Atlas, 2002.

BERGSTEIN, Gilberto. A informação na relação médico - paciente / Gilberto Bergstein-São Paulo : Saraiva 2013. Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil. Nota: Continuação de Revista IOB Direito Civil e Processual Civil v. T. n . 1 jul. 1999

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária

BIACHERIENSE, Ana Carla; e, DOS SANTOS, José Sebastião. Direito á vida e a saúde: impactos orçamentário e judicial / Ana Carla Biacheriense , José Sebastião dos Santos , organizadores . São Paulo : Atlas , 2010

BITTENCOURT, Josias Jacintho; e, ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Responsabilidade Médica: Abordagens Históricas e contemporâneas. Revista Symposium – FADIMINAS, Lavras/MG, v.9, n.1, jan./jun. 2011

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 26ª edição. São Paulo: Malheiros. 2011

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891). Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Rio de Janeiro, 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 12 jan. 2013.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Rio de Janeiro, 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 23 mar. 2013.

_____. Lei nº 10.471, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

_____. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências

_____. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. O impacto da regulamentação no setor de saúde suplementar / Ministério da Saúde, Agência Nacional de Saúde Suplementar - Rio de Janeiro: ANS, 2001

_____. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. <http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/contratacao-e-troca-de-plano/dicas-para-escolher-um-plano/467-planos-coletivos>. Acesso em 12 dez 2013.

BULGARELLI, Waldírio. Questões contratuais no Código de Defesa do Consumidor. 3. ed. São Paulo: Atlas. 1999.

CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa. Tratado de Saúde Coletiva. [et.al.]2ª ed.rev.aum.-São Paulo:Hucitec.2012. 968 p.: il – (Saúde em debate: v. 170

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra, 2008.

CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira . Plano de Saúde :aspectos jurídicos e econômicos/Ministro Marco Aurélio Mello ... [et al.], , coordenador-Rio de Janeiro: Forense ,2012.

Conselho Federal de Medicina. Disponível em http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=22200:informacoes-sobre-a-saude-suplementar-no-brasil&catid=3. Acesso em: 18 out 2013.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde. São Paulo: Hucitec. 1995.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 25ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009. pg. 27-28.

Diniz, Maria Helena. Tratado teórico e prático dos contratos, 2º Volume / Maria Helena Diniz-6.ed.rev., ampl. E atual. De acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406 , de 10-1-2002) , o Projeto de Lei nº 6.960/2002 e a Lei nº 11.101/2005-São Paulo : Saraiva . 2006 Obra em 5 V. 1-Contratos 2 . Contratos-Brasil I Título.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Direito à Saúde, Leis 8080/90 e 8142/90. Salvador: Jus Podivm, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Contratos. Abrangendo o código civil de 1916 e o novo código civil. vol. IV. São Paulo: Saraiva, 2005. pg. 39.

GOMES, Orlando. Contratos. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

_____. Contratos. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 17ª Edição, 1996

_____. Contratos. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Coord. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 26ª Edição, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In Direito Contratual. Temas Atuais. São Paulo: Método, 2008

KFOURI NETO, Miguel. Culpa Médica e o ônus da prova. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002.

LIMA, Jairo Néia. *Direito Fundamental à Inclusão Social: eficácia prestacional nas relações privadas*. Curitiba: Juruá, 2012

MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999. v. 13.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006.

MILANO Filho, Nazir David. Os planos de assistência à saúde e os transplantes de órgãos: Questões polêmicas, doenças e lesões preexistentes, doutrina e jurisprudência / Nazir David Milano Filho, Rodolfo Cesar Milano. São Paulo: Liv. E Ed. Universidade de Direito, 2009.

NALIN, Paulo. Do contrato: conceito pós-moderno. 1. ed., 5. tir. Curitiba: Juruá, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: RT. 1992. n. 3.

NERY JÚNIOR, Nelson. NERY; Rosa Maria Andrade. Código Civil e Legislação Extravagante. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005.

NOBRE, Milton Augusto; e outros. O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual, São Paulo: Saraiva, 1994.

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. São Paulo: Método. 2008

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Curso do Direito do Consumidor: com exercícios. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____, Luiz Antônio Rizzatto. Comentários à Lei de Plano Privado de Assistência à Saúde. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2000.

_____, Luiz Antônio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. Direito Material (art. 1º ao 54). São Paulo: Saraiva. 2000.

_____, Luiz Antônio Rizzatto. O Código de Defesa do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2000.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. Contratos / Arnaldo Rizzardo. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____, Arnaldo. O Código de Defesa do Consumidor nos Contratos de Plano de Saúde e Previdência Privada. Revista AJURIS. Porto Alegre: AJURIS. 1995. n. 64

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade. 28ª ed. São Paulo: Saraiva. v. 3. 2003.

SÁ, Elida. OS PLANOS DE SAÚDE. Disponível em :”<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero6/artigo9.htm>”, acesso em 10 de fevereiro de 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006a.

_____. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006b.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Direitos fundamentais e relações entre particulares. *Revista Direito GV*, n. 01. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas – Escola de Direito de São Paulo, janeiro-junho 2005b.

_____. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. n. 798. São Paulo: RT, 2002.

STF. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Agravo Regimental no RE nº 271.286-8/RS de relatoria do Ministro Celso de Mello. Acesso em 12 jan 2014.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Direitos fundamentais e relações entre particulares: anotações sobre a teoria dos imperativos de tutela. *Revista de Direito Privado*. Ano 6, nº 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro 2005.

TANGER JARDIM, Antônio Guilherme. O Consumidor e o Contrato de Seguro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998. n. 26.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Vol. 4. São Paulo: GEN/Método, 2008, p. 29-33

THEODORO JR., Humberto. *Direitos do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Contratos em espécie. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos fundamentais - uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo, Malheiros: 1999.

ZANELATO, Marco Antônio. Condições Gerais do Contrato, Cláusulas abusivas e a proteção do consumidor. 2006. Doutorado, Direito Civil, Universidade de São Paulo. São Paulo.

ZIMMERMANN, Augusto. Curso de Direito Constitucional. 2.ed. rev.ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

WALD, Arnoldo. Direito das Obrigações – Teoria Geral das Obrigações e Contratos Cíveis e Comerciais. 15. ed. São Paulo: Malheiros. 2001.

ANEXO I – Pesquisa do Conselho Federal de Medicina

Informações sobre a saúde suplementar no Brasil⁹³

Dados gerais sobre o setor

- O Brasil tem **347 mil** médicos em atividade, registrados no Conselho Federal de Medicina.
- Aproximadamente, **160 mil** médicos atuam na saúde suplementar, atendem usuários de planos e de seguros de saúde.
- **46,6 milhões (24% da população)** é o número de usuários de planos de assistência médica no Brasil. O dado é de dezembro de 2010.
- **Cerca de 80% dos usuários** de planos de assistência médica estão em planos coletivos (quase 33 milhões de pessoas). O restante, 25%, tem plano individual ou familiar.
- Por ano, os médicos realizam, por meio dos planos de saúde, em torno de **223 milhões de consultas** e acompanham **4,8 milhões de internações**.
- Os médicos atendem, em média, em seus consultórios, **oito planos** ou seguros saúde.
- Cada usuário de plano de saúde vai ao médico (consulta) em média **5 vezes por ano**.
- **80% das consultas**, em um mês típico de consultório médico, são realizadas por meio de plano de saúde. As consultas particulares representam, em média, 20% do trabalho médico em consultório.
- Dos usuários de planos de assistência médica, 20% ainda permanecem em **planos** antigos (8,8 milhões), muitos deles com restrições de cobertura ainda piores do que as praticadas pelos planos novos (contratos após janeiro de 1999).
- Entre março de 2010 e março de 2011, mais 4 milhões de brasileiros passaram a ter plano de saúde. De acordo com série histórica da ANS este foi um crescimento recorde desde 2000, de 9%.
- O aumento da renda dos brasileiros e a situação positiva do mercado de trabalho, com as menores taxas de desemprego já registradas e crescimento de vínculos formais com

⁹³ Conselho Federal de Medicina. Disponível em http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=22200:informacoes-sobre-a-saude-suplementar-no-brasil&catid=3. Acesso em: 18 out 2013

carteira assinada, turbinaram a venda de planos de saúde, sobretudo os coletivos e empresariais, que já somam 80% do mercado. Os planos coletivos cresceram 14% em 2010, mais que os individuais e familiares, que aumentam em 5,4% o número de usuários.

Dados sobre os reajustes praticados pelas operadoras

- Os índices de inflação – de 2000 a 2011, medidos pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) – utilizado pelo governo para medição das metas inflacionárias –, acumularam 119,80%, no período, o que não foi repassado aos honorários médicos.
- De 2000 a 2011 os reajustes da ANS autorizados para os planos individuais acumularam 150,89%, sem repasse aos honorários médicos. A ANS autorizou em 2011 o maior aumento às operadoras desde 2007, ao fixar em 7,69% o índice de reajuste. Os planos coletivos podem ter reajustes anuais ainda maiores, pois é livre a negociação entre operadoras e empresas ou grupos contratantes.

Índices do IPCA x Índices da ANS		
Ano	IPCA	Reajuste ANS
2000	6,77	5,42
2001	6,61	8,71
2002	7,98	7,69
2003	16,77	9,27
2004	5,26	11,75
2005	8,07	11,69
2006	4,63	8,89
2007	3	5,76
2008	5,04	5,48
2009	5,41	6,76
2010	5,91	6,73
2011	6,53	7,69

Acumulado 2000 a 2011	119,80	150,89
-----------------------	--------	--------

Dados sobre a saúde financeira das operadoras

- A receita dos planos de saúde não pára de crescer. Conforme informado pelas operadoras o faturamento no primeiro trimestre de 2011 foi de R\$ 18,4 bilhões, 3,8% a mais que no mesmo período de 2010. Analisando os dados de 2010, as operadoras médico-hospitalares tiveram uma receita de R\$ 72,7 bilhões, 13,2% a mais que em 2009.
- O aquecimento do mercado de planos de saúde é confirmado pelo número de registros de operadoras. Pela primeira vez em dez anos, o número registros (12 empresas novas) foi maior que o número de cancelamentos (4), isso analisando o primeiro trimestre de 2011. Existem hoje 1.042 planos ativos com beneficiários, dos quais 70% são de pequeno porte, com até 20.000 pessoas.
- O valor médio da mensalidade cobrada pelos planos de saúde em 2010 foi de R\$ 127,00, uma variação de 9,1% em relação a 2009, quando os planos custavam, em média, R\$ 116,37 *per capita*/mês.
- Outro indicador de que o mercado vai bem é a redução da sinistralidade (razão entre a despesa assistencial e receita angariada com as mensalidades) que passou de 83% em 2009 para 81% em 2010.

Dados sobre a interferência dos planos na autonomia dos médicos

- O médico que trabalha com planos ou seguros de saúde atribui, em média, **nota 5** para as operadoras, em escala de zero a dez. Ressalta-se que 5% dos médicos deram **nota zero para os planos** ou seguros saúde brasileiros e apenas 1% atribuiu notas 9 ou 10*.
- **92%** dos médicos brasileiros que atendem planos ou seguros saúde afirmam que sofreram pressão ou ocorreu interferência das operadoras na autonomia técnica do médico*.
- Entre as interferências no trabalho médico, **glosar procedimentos ou medidas terapêuticas e impor a redução de número de exames ou procedimentos** são as práticas mais comuns das operadoras (veja quadro abaixo)*.

Principais interferências dos planos no trabalho médico	
Reclamações	%
Glosar (rejeitar a prescrição ou cancelar pagamento) de procedimentos ou medidas terapêuticas	78
Limitar número de exames ou procedimentos	75
Restringir (limitar cobertura) doenças pré-existentes	70
Autorizar atos diagnósticos e terapêuticos somente mediante a designação de auditores	70
Interferir no tempo de internação de pacientes (determinar alta hospitalar antes da hora)	55
Negar a prescrição de medicamentos de alto custo	49
Interferir no período de internação pré-operatório (não permitir, por exemplo, a internação na véspera da cirurgia)	48
Nenhuma	6
Base (número de médicos entrevistados)	2184

* Fonte: APM/Datafolha – Pesquisa Nacional

- Mais da metade dos hospitais (54,9%) afirma que os planos de saúde **determinam a transferência de pacientes** para hospitais próprios das operadoras.
- Mais da metade dos hospitais (51%) afirma que os planos de saúde **demoram na liberação de guias** de autorização para internação, cirurgia e exames, o que prejudica pacientes e médicos.
- Dados da Associação Brasileira de Defesa do Consumidor (PROTESTE) apontam que, quanto maior o número de clientes de uma operadora de plano de saúde, maior o tempo médio para agendamento de consultas e procedimentos.
- Segundo pesquisa da PROTESTE com 500 associados, sendo 30% clientes de planos individuais e 70% de coletivos, o consumidor leva, em média, 14 dias para agendar consulta e 6 dias para procedimento ambulatorial ou exame, nos individuais. Já nos demais, os períodos são de 16 e 9 dias, respectivamente.

	Tempo médio para agendamento de consultas	Tempo máximo para agendamento de consultas	Tempo médio para agendamento de procedimentos ambulatoriais e exames
Clínica Geral	-	210 dias	-
Cardiologia	-	180 dias	9 dias
Endocrinologia	24 dias	-	-
Ginecologia	20 dias	-	9 dias
Dermatologia	17 dias	-	-
Ortopedia	-	-	11 dias
Urologia	-	-	9 dias
Rede própria	16 dias	-	9 dias
Rede credenciada	12 dias	-	6 dias

Fonte: Pesquisa da Associação Brasileira de Defesa do Consumidor (PROTESTE)

- Pesquisa do CFM realizado pelo Datafolha, em abril de 2011, que ouviu 2.061 pessoas, distribuídas em 145 municípios, mostrou que 80% das pessoas que tem planos de saúde utilizaram a rede credenciada nos últimos 12 meses.
- Seis em cada dez usuários da saúde suplementar tiveram, no último ano, alguma experiência negativa com o atendimento oferecido pelos planos de saúde.
- As reclamações mais comuns estão relacionadas com a demora no atendimento ou fila de espera no pronto-socorro, no laboratório ou na clínica (26%).
- Percentual significativo dos entrevistados (21%) também relatou existirem poucas opções de médicos, hospitais e laboratórios (21%) disponíveis para o atendimento de suas necessidades.
- Outros 14% contam que tiveram que buscar a assistência no Sistema Único de Saúde (SUS) por conta da negação de cobertura ou restrição de atendimento do plano de saúde contratado.
- Com relação ao atendimento médico, a principal queixa dos entrevistados consiste na

dificuldade de marcar consulta (19%) e no descredenciamento do profissional médico procurado (18%).

- O excesso de burocracia foi outro ponto de reclamação dos usuários: 13% vivenciaram demora para autorização de exames ou liberação de guias, inclusive de internação, e 12% tiveram negativa de cobertura de procedimento ou exame.

ANEXO II – Lei 9.656/98

LEI Nº 9.656, DE 3 DE JUNHO DE 1998.

Vigência

Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

II - Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

III - Carteira: o conjunto de contratos de cobertura de custos assistenciais ou de serviços de assistência à saúde em qualquer das modalidades de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, com todos os direitos e obrigações nele contidos. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 1º Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

a) custeio de despesas; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

b) oferecimento de rede credenciada ou referenciada; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

c) reembolso de despesas; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

d) mecanismos de regulação; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

e) qualquer restrição contratual, técnica ou operacional para a cobertura de procedimentos solicitados por prestador escolhido pelo consumidor; e (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

f) vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 2º Incluem-se na abrangência desta Lei as cooperativas que operem os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, bem assim as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde, pela modalidade de autogestão ou de administração. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 3º As pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior podem constituir ou participar do capital, ou do aumento do capital, de pessoas jurídicas de direito privado constituídas sob as leis brasileiras para operar planos privados de assistência à saúde. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 4º É vedada às pessoas físicas a operação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 5º É vedada às pessoas físicas a operação de plano ou seguro privado de assistência à saúde.

Art. 2º (Revogado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 3º (Revogado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 4º (Revogado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 5º Revogado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 6º (Revogado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 7º A Câmara de Saúde Suplementar é composta dos seguintes membros: (Revogado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 8º 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: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

I - registro nos Conselhos Regionais de Medicina e Odontologia, conforme o caso, em cumprimento ao disposto no art. 1º da Lei nº 6.839, de 30 de outubro de 1980;

II - descrição pormenorizada dos serviços de saúde próprios oferecidos e daqueles a serem prestados por terceiros;

III - descrição de suas instalações e equipamentos destinados a prestação de serviços;

IV - especificação dos recursos humanos qualificados e habilitados, com responsabilidade técnica de acordo com as leis que regem a matéria;

V - demonstração da capacidade de atendimento em razão dos serviços a serem prestados;

VI - demonstração da viabilidade econômico-financeira dos planos privados de assistência à saúde oferecidos, respeitadas as peculiaridades operacionais de cada uma das respectivas operadoras;

VII - especificação da área geográfica coberta pelo plano privado de assistência à saúde.

§ 1º São dispensadas do cumprimento das condições estabelecidas nos incisos VI e VII deste artigo as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência privada à saúde na modalidade de autogestão, citadas no § 2º do art. 1º. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 2º A autorização de funcionamento será cancelada caso a operadora não comercialize os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, no prazo máximo de cento e oitenta dias a contar do seu registro na ANS. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 3º As operadoras privadas de assistência à saúde poderão voluntariamente requerer autorização para encerramento de suas atividades, observando os seguintes requisitos, independentemente de outros que venham a ser determinados pela ANS: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

a) comprovação da transferência da carteira sem prejuízo para o consumidor, ou a inexistência de beneficiários sob sua responsabilidade; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

b) garantia da continuidade da prestação de serviços dos beneficiários internados ou em tratamento; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

c) comprovação da quitação de suas obrigações com os prestadores de serviço no âmbito da operação de planos privados de assistência à saúde; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

d) informação prévia à ANS, aos beneficiários e aos prestadores de serviço contratados, credenciados ou referenciados, na forma e nos prazos a serem definidos pela ANS. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 9º 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: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

I - as operadoras e administradoras estiverem provisoriamente cadastradas na ANS; e (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

II - os produtos a serem comercializados estiverem registrados na ANS. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 1º O descumprimento das formalidades previstas neste artigo, além de configurar infração, constitui agravante na aplicação de penalidades por infração das demais normas previstas nesta Lei. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 2º A ANS poderá solicitar informações, determinar alterações e promover a suspensão do todo ou de parte das condições dos planos apresentados. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 3º A autorização de comercialização será cancelada caso a operadora não comercialize os planos ou os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, no prazo máximo de cento e oitenta dias a contar do seu registro na ANS. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 4º A ANS poderá determinar a suspensão temporária da comercialização de plano ou produto caso identifique qualquer irregularidade contratual, econômico-financeira ou assistencial. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

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; (Vide Lei nº 12.880, de 2013) (Vigência)

VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

VIII - (Revogado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

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.

§ 1º As exceções constantes dos incisos deste artigo serão objeto de regulamentação pela ANS. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 2º As pessoas jurídicas que comercializam produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei oferecerão, obrigatoriamente, a partir de 3 de dezembro de 1999, o plano-referência de que trata este artigo a todos os seus atuais e futuros consumidores. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 3º Excluem-se da obrigatoriedade a que se refere o § 2º deste artigo as pessoas jurídicas que mantêm sistemas de assistência à saúde pela modalidade de autogestão e as pessoas jurídicas que

operem exclusivamente planos odontológicos. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 4º A amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 10-A. Cabe às operadoras definidas nos incisos I e II do § 1º do art. 1º desta Lei, por meio de sua rede de unidades conveniadas, prestar serviço de cirurgia plástica reconstrutiva de mama, utilizando-se de todos os meios e técnicas necessárias, para o tratamento de mutilação decorrente de utilização de técnica de tratamento de câncer. (Incluído pela Lei nº 10.223, de 2001)

Art. 10-B. Cabe às operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, por meio de rede própria, credenciada, contratada ou referenciada, ou mediante reembolso, fornecer bolsas de colostomia, ileostomia e urostomia, sonda vesical de demora e coletor de urina com conector, para uso hospitalar, ambulatorial ou domiciliar, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade. (Incluído pela Lei nº 12.738, de 2012) (Vigência)

Art. 11. 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. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

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. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 12. 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: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

I - quando incluir atendimento ambulatorial:

a) cobertura de consultas médicas, em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina;

b) cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

c) (Vide Lei nº 12.880, de 2013) (Vigência)

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; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

b) cobertura de internações hospitalares em centro de terapia intensiva, ou similar, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, a critério do médico assistente; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

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

d) cobertura de exames complementares indispensáveis para o controle da evolução da doença e elucidação diagnóstica, fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões e sessões de quimioterapia e radioterapia, conforme prescrição do médico assistente, realizados ou ministrados durante o período de internação hospitalar; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

e) cobertura de toda e qualquer taxa, incluindo materiais utilizados, assim como da remoção do paciente, comprovadamente necessária, para outro estabelecimento hospitalar, dentro dos limites de abrangência geográfica previstos no contrato, em território brasileiro; e (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

- f) cobertura de despesas de acompanhante, no caso de pacientes menores de dezoito anos;
- g) (Vide Lei nº 12.880, de 2013) (Vigência)

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; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

IV - quando incluir atendimento odontológico:

- a) cobertura de consultas e exames auxiliares ou complementares, solicitados pelo odontólogo assistente;
- b) cobertura de procedimentos preventivos, de dentística e endodontia;
- c) cobertura de cirurgias orais menores, assim consideradas as realizadas em ambiente ambulatorial e sem anestesia geral;

V - quando fixar períodos de carência:

- a) prazo máximo de trezentos dias para partos a termo;
- b) prazo máximo de cento e oitenta dias para os demais casos;
- c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

VI - reembolso, em todos os tipos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nos limites das obrigações contratuais, das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde, em casos de urgência ou emergência, quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados ou referenciados pelas operadoras, de acordo com a relação de preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo produto, pagáveis no prazo máximo de trinta dias após a entrega da documentação adequada; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

VII - inscrição de filho adotivo, menor de doze anos de idade, aproveitando os períodos de carência já cumpridos pelo consumidor adotante.

§ 1º Após cento e vinte dias da vigência desta Lei, fica proibido o oferecimento de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei fora das segmentações de que trata este artigo, observadas suas respectivas condições de abrangência e contratação. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 2º A partir de 3 de dezembro de 1999, da documentação relativa à contratação de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações de que trata este artigo, deverá constar declaração em separado do consumidor, de que tem conhecimento da existência e disponibilidade do plano referência, e de que este lhe foi oferecido. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 3º (Revogado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 4º (Vide Lei nº 12.880, de 2013) (Vigência)

§ 5º (Vide Lei nº 12.880, de 2013) (Vigência)

Art. 13. Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Parágrafo único. Os produtos de que trata o **caput**, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

I - a recontagem de carências; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

II - 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; e (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

III - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, em qualquer hipótese, durante a ocorrência de internação do titular. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 14. Em razão da idade do consumidor, ou da condição de pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) (Vide Lei nº 12.764, de 2012)

Art. 15. 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. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

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. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 16. Dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei devem constar dispositivos que indiquem com clareza: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

I - as condições de admissão;

II - o início da vigência;

III - os períodos de carência para consultas, internações, procedimentos e exames;

IV - as faixas etárias e os percentuais a que alude o *caput* do art. 15;

V - as condições de perda da qualidade de beneficiário; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

VI - os eventos cobertos e excluídos;

VII - o regime, ou tipo de contratação: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

a) individual ou familiar; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

b) coletivo empresarial; ou (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

c) coletivo por adesão; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

VIII - a franquia, os limites financeiros ou o percentual de co-participação do consumidor ou beneficiário, contratualmente previstos nas despesas com assistência médica, hospitalar e odontológica; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

IX - os bônus, os descontos ou os agravamentos da contraprestação pecuniária;

X - a área geográfica de abrangência; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

XI - os critérios de reajuste e revisão das contraprestações pecuniárias.

XII - número de registro na ANS. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Parágrafo único. A todo consumidor titular de plano individual ou familiar será obrigatoriamente entregue, quando de sua inscrição, cópia do contrato, do regulamento ou das condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, além de material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, todas as suas características, direitos e obrigações. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 17. A inclusão como contratados, referenciados ou credenciados dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de qualquer entidade hospitalar, implica compromisso para com os consumidores quanto à sua manutenção ao longo da vigência dos contratos. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 1º É facultada a substituição de entidade hospitalar, a que se refere o **caput** deste artigo, desde que por outro equivalente e mediante comunicação aos consumidores e à ANS com trinta dias de antecedência, ressalvados desse prazo mínimo os casos decorrentes de rescisão por fraude ou infração das normas sanitárias e fiscais em vigor. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 2º Na hipótese de a substituição do estabelecimento hospitalar a que se refere o § 1º ocorrer por vontade da operadora durante período de internação do consumidor, o estabelecimento obriga-se a manter a internação e a operadora, a pagar as despesas até a alta hospitalar, a critério médico, na forma do contrato. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 3º Excetua-se do previsto no § 2º os casos de substituição do estabelecimento hospitalar por infração às normas sanitárias em vigor, durante período de internação, quando a operadora arcará com a responsabilidade pela transferência imediata para outro estabelecimento equivalente, garantindo a continuação da assistência, sem ônus adicional para o consumidor. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 4º Em caso de redimensionamento da rede hospitalar por redução, as empresas deverão solicitar à ANS autorização expressa para tanto, informando: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

I - nome da entidade a ser excluída; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

II - capacidade operacional a ser reduzida com a exclusão; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

III - impacto sobre a massa assistida, a partir de parâmetros definidos pela ANS, correlacionando a necessidade de leitos e a capacidade operacional restante; e (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

IV - justificativa para a decisão, observando a obrigatoriedade de manter cobertura com padrões de qualidade equivalente e sem ônus adicional para o consumidor. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 18. A aceitação, por parte de qualquer prestador de serviço ou profissional de saúde, da condição de contratado, credenciado ou cooperado de uma operadora de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, implicará as seguintes obrigações e direitos: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

I - o consumidor de determinada operadora, em nenhuma hipótese e sob nenhum pretexto ou alegação, pode ser discriminado ou atendido de forma distinta daquela dispensada aos clientes vinculados a outra operadora ou plano;

II - a marcação de consultas, exames e quaisquer outros procedimentos deve ser feita de forma a atender às necessidades dos consumidores, privilegiando os casos de emergência ou urgência, assim como as pessoas com mais de sessenta e cinco anos de idade, as gestantes, lactantes, lactentes e crianças até cinco anos;

III - a manutenção de relacionamento de contratação, credenciamento ou referenciamento com número ilimitado de operadoras, sendo expressamente vedado às operadoras, independente de sua natureza jurídica constitutiva, impor contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Parágrafo único. A partir de 3 de dezembro de 1999, os prestadores de serviço ou profissionais de saúde não poderão manter contrato, credenciamento ou referenciamento com operadoras que não tiverem registros para funcionamento e comercialização conforme previsto nesta Lei, sob pena de responsabilidade por atividade irregular. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 19. Para requerer a autorização definitiva de funcionamento, as pessoas jurídicas que já atuavam como operadoras ou administradoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, terão prazo de cento e oitenta dias, a partir da publicação da regulamentação específica pela ANS. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 1º Até que sejam expedidas as normas de registro, serão mantidos registros provisórios das pessoas jurídicas e dos produtos na ANS, com a finalidade de autorizar a comercialização ou operação dos produtos a que alude o **caput**, a partir de 2 de janeiro de 1999. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 2º Para o registro provisório, as operadoras ou administradoras dos produtos a que alude o **caput** deverão apresentar à ANS as informações requeridas e os seguintes documentos, independentemente de outros que venham a ser exigidos: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

I - registro do instrumento de constituição da pessoa jurídica; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

II - nome fantasia; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

III - CNPJ; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

IV - endereço; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

V - telefone, fax e e-mail; e (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

VI - principais dirigentes da pessoa jurídica e nome dos cargos que ocupam. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 3º Para registro provisório dos produtos a serem comercializados, deverão ser apresentados à ANS os seguintes dados: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

I - razão social da operadora ou da administradora; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

II - CNPJ da operadora ou da administradora; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

III - nome do produto; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

IV - segmentação da assistência (ambulatorial, hospitalar com obstetrícia, hospitalar sem obstetrícia, odontológica e referência); (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

V - tipo de contratação (individual/familiar, coletivo empresarial e coletivo por adesão); (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

VI - âmbito geográfico de cobertura; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

VII - faixas etárias e respectivos preços; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

VIII - rede hospitalar própria por Município (para segmentações hospitalar e referência); (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

IX - rede hospitalar contratada ou referenciada por Município (para segmentações hospitalar e referência); (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

X - outros documentos e informações que venham a ser solicitados pela ANS. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 4º Os procedimentos administrativos para registro provisório dos produtos serão tratados em norma específica da ANS. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 5º Independentemente do cumprimento, por parte da operadora, das formalidades do registro provisório, ou da conformidade dos textos das condições gerais ou dos instrumentos contratuais, ficam garantidos, a todos os usuários de produtos a que alude o **caput**, contratados a partir de 2 de janeiro de 1999, todos os benefícios de acesso e cobertura previstos nesta Lei e em seus regulamentos, para cada segmentação definida no art. 12. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 6º O não-cumprimento do disposto neste artigo implica o pagamento de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) aplicada às operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 7º As pessoas jurídicas que forem iniciar operação de comercialização de planos privados de assistência à saúde, a partir de 8 de dezembro de 1998, estão sujeitas aos registros de que trata o § 1º deste artigo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 20. As operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei são obrigadas a fornecer, periodicamente, à ANS todas as informações e estatísticas relativas às suas atividades, incluídas as de natureza cadastral, especialmente aquelas que permitam a identificação dos consumidores e de seus dependentes, incluindo seus nomes, inscrições no Cadastro de Pessoas

Físicas dos titulares e Municípios onde residem, para fins do disposto no art. 32. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 1º Os agentes, especialmente designados pela ANS, para o exercício das atividades de fiscalização e nos limites por ela estabelecidos, têm livre acesso às operadoras, podendo requisitar e apreender processos, contratos, manuais de rotina operacional e demais documentos, relativos aos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei. (Renumerado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 2º Caracteriza-se como embaraço à fiscalização, sujeito às penas previstas na lei, a imposição de qualquer dificuldade à consecução dos objetivos da fiscalização, de que trata o § 1º deste artigo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 21. É vedado às operadoras de planos privados de assistência à saúde realizar quaisquer operações financeiras:

I - com seus diretores e membros dos conselhos administrativos, consultivos, fiscais ou assemelhados, bem como com os respectivos cônjuges e parentes até o segundo grau, inclusive;

II - com empresa de que participem as pessoas a que se refere o inciso I, desde que estas sejam, em conjunto ou isoladamente, consideradas como controladoras da empresa. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 22. 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.

§ 1º A auditoria independente também poderá ser exigida quanto aos cálculos atuariais, elaborados segundo diretrizes gerais definidas pelo CONSU. (Renumerado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 2º As operadoras com número de beneficiários inferior a vinte mil usuários ficam dispensadas da publicação do parecer do auditor e das demonstrações financeiras, devendo, a ANS, dar-lhes publicidade. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 23. As operadoras de planos privados de assistência à saúde não podem requerer concordata e não estão sujeitas a falência ou insolvência civil, mas tão-somente ao regime de liquidação extrajudicial. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 1º As operadoras sujeitar-se-ão ao regime de falência ou insolvência civil quando, no curso da liquidação extrajudicial, forem verificadas uma das seguintes hipóteses: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

I - o ativo da massa liquidanda não for suficiente para o pagamento de pelo menos a metade dos créditos quirográficos; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

II - o ativo realizável da massa liquidanda não for suficiente, sequer, para o pagamento das despesas administrativas e operacionais inerentes ao regular processamento da liquidação extrajudicial; ou (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

III - nas hipóteses de fundados indícios de condutas previstas nos arts. 186 a 189 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 2º Para efeito desta Lei, define-se ativo realizável como sendo todo ativo que possa ser convertido em moeda corrente em prazo compatível para o pagamento das despesas administrativas e operacionais da massa liquidanda. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 3º À vista do relatório do liquidante extrajudicial, e em se verificando qualquer uma das hipóteses previstas nos incisos I, II ou III do § 1º deste artigo, a ANS poderá autorizá-lo a requerer a falência ou insolvência civil da operadora. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 4º A distribuição do requerimento produzirá imediatamente os seguintes efeitos: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

I - a manutenção da suspensão dos prazos judiciais em relação à massa liquidanda; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

II - a suspensão dos procedimentos administrativos de liquidação extrajudicial, salvo os relativos à guarda e à proteção dos bens e imóveis da massa; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

III - a manutenção da indisponibilidade dos bens dos administradores, gerentes, conselheiros e assemelhados, até posterior determinação judicial; e (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

IV - prevenção do juízo que emitir o primeiro despacho em relação ao pedido de conversão do regime. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 5º A ANS, no caso previsto no inciso II do § 1º deste artigo, poderá, no período compreendido entre a distribuição do requerimento e a decretação da falência ou insolvência civil, apoiar a proteção dos bens móveis e imóveis da massa liquidanda. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 6º O liquidante enviará ao juízo prevento o rol das ações judiciais em curso cujo andamento ficará suspenso até que o juiz competente nomeie o síndico da massa falida ou o liquidante da massa insolvente. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 24. Sempre que detectadas nas operadoras sujeitas à disciplina desta Lei insuficiência das garantias do equilíbrio financeiro, anormalidades econômico-financeiras ou administrativas graves que coloquem em risco a continuidade ou a qualidade do atendimento à saúde, a ANS poderá determinar a alienação da carteira, o regime de direção fiscal ou técnica, por prazo não superior a trezentos e sessenta e cinco dias, ou a liquidação extrajudicial, conforme a gravidade do caso. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 1º O descumprimento das determinações do diretor-fiscal ou técnico, e do liquidante, por dirigentes, administradores, conselheiros ou empregados da operadora de planos privados de assistência à saúde acarretará o imediato afastamento do infrator, por decisão da ANS, sem prejuízo das sanções penais cabíveis, assegurado o direito ao contraditório, sem que isto implique efeito suspensivo da decisão administrativa que determinou o afastamento. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 2º A ANS, **ex officio** ou por recomendação do diretor técnico ou fiscal ou do liquidante, poderá, em ato administrativo devidamente motivado, determinar o afastamento dos diretores, administradores, gerentes e membros do conselho fiscal da operadora sob regime de direção ou em liquidação. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 3º No prazo que lhe for designado, o diretor-fiscal ou técnico procederá à análise da organização administrativa e da situação econômico-financeira da operadora, bem assim da qualidade do atendimento aos consumidores, e proporá à ANS as medidas cabíveis. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 4º O diretor-fiscal ou técnico poderá propor a transformação do regime de direção em liquidação extrajudicial. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 5º A ANS promoverá, no prazo máximo de noventa dias, a alienação da carteira das operadoras de planos privados de assistência à saúde, no caso de não surtirem efeito as medidas por ela determinadas para sanar as irregularidades ou nas situações que impliquem risco para os consumidores participantes da carteira. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 24-A. Os administradores das operadoras de planos privados de assistência à saúde em regime de direção fiscal ou liquidação extrajudicial, independentemente da natureza jurídica da operadora, ficarão com todos os seus bens indisponíveis, não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até apuração e liquidação final de suas responsabilidades. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 1º A indisponibilidade prevista neste artigo decorre do ato que decretar a direção fiscal ou a liquidação extrajudicial e atinge a todos aqueles que tenham estado no exercício das funções nos doze meses anteriores ao mesmo ato. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 2º Na hipótese de regime de direção fiscal, a indisponibilidade de bens a que se refere o **caput** deste artigo poderá não alcançar os bens dos administradores, por deliberação expressa da Diretoria Colegiada da ANS. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 3º A ANS, **ex officio** ou por recomendação do diretor fiscal ou do liquidante, poderá estender a indisponibilidade prevista neste artigo: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

I - aos bens de gerentes, conselheiros e aos de todos aqueles que tenham concorrido, no período previsto no § 1º, para a decretação da direção fiscal ou da liquidação extrajudicial; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

II - aos bens adquiridos, a qualquer título, por terceiros, no período previsto no § 1º, das pessoas referidas no inciso I, desde que configurada fraude na transferência. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 4º Não se incluem nas disposições deste artigo os bens considerados inalienáveis ou impenhoráveis pela legislação em vigor. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 5º A indisponibilidade também não alcança os bens objeto de contrato de alienação, de promessa de compra e venda, de cessão ou promessa de cessão de direitos, desde que os respectivos instrumentos tenham sido levados ao competente registro público, anteriormente à data da decretação da direção fiscal ou da liquidação extrajudicial. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 6º Os administradores das operadoras de planos privados de assistência à saúde respondem solidariamente pelas obrigações por eles assumidas durante sua gestão até o montante dos prejuízos causados, independentemente do nexos de causalidade. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 24-B. A Diretoria Colegiada definirá as atribuições e competências do diretor técnico, diretor fiscal e do responsável pela alienação de carteira, podendo ampliá-las, se necessário. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 24-C. Os créditos decorrentes da prestação de serviços de assistência privada à saúde preferem a todos os demais, exceto os de natureza trabalhista e tributários. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 24-D. Aplica-se à liquidação extrajudicial das operadoras de planos privados de assistência à saúde e ao disposto nos arts. 24-A e 35-I, no que couber com os preceitos desta Lei, o disposto na Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, no Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, no Decreto-Lei nº 41, de 18 de novembro de 1966, e no Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, conforme o que dispuser a ANS. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 25. As infrações dos dispositivos desta Lei e de seus regulamentos, bem como aos dispositivos dos contratos firmados, a qualquer tempo, entre operadoras e usuários de planos privados de assistência à saúde, sujeitam a operadora dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, seus administradores, membros de conselhos administrativos, deliberativos, consultivos, fiscais e assemelhados às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) (Vigência)

I - advertência;

II - multa pecuniária;

III - suspensão do exercício do cargo;

IV - inabilitação temporária para exercício de cargos em operadoras de planos de assistência à saúde; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

V - inabilitação permanente para exercício de cargos de direção ou em conselhos das operadoras a que se refere esta Lei, bem como em entidades de previdência privada, sociedades seguradoras, corretoras de seguros e instituições financeiras.

VI - cancelamento da autorização de funcionamento e alienação da carteira da operadora. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 26. Os administradores e membros dos conselhos administrativos, deliberativos, consultivos, fiscais e assemelhados das operadoras de que trata esta Lei respondem solidariamente pelos prejuízos causados a terceiros, inclusive aos acionistas, cotistas, cooperados e consumidores de planos privados de assistência à saúde, conforme o caso, em consequência do descumprimento de leis, normas e instruções referentes às operações previstas na legislação e, em especial, pela falta

de constituição e cobertura das garantias obrigatórias. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 27. A multa de que trata o art. 25 será fixada e aplicada pela ANS no âmbito de suas atribuições, com valor não inferior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e não superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) de acordo com o porte econômico da operadora ou prestadora de serviço e a gravidade da infração, ressalvado o disposto no § 6º do art. 19. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 28. (Revogado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 29. As infrações serão apuradas mediante processo administrativo que tenha por base o auto de infração, a representação ou a denúncia positiva dos fatos irregulares, cabendo à ANS dispor sobre normas para instauração, recursos e seus efeitos, instâncias e prazos. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 1º O processo administrativo, antes de aplicada a penalidade, poderá, a título excepcional, ser suspenso, pela ANS, se a operadora ou prestadora de serviço assinar termo de compromisso de ajuste de conduta, perante a diretoria colegiada, que terá eficácia de título executivo extrajudicial, obrigando-se a: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

I - cessar a prática de atividades ou atos objetos da apuração; e (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

II - corrigir as irregularidades, inclusive indenizando os prejuízos delas decorrentes. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 2º O termo de compromisso de ajuste de conduta conterá, necessariamente, as seguintes cláusulas: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

I - obrigações do compromissário de fazer cessar a prática objeto da apuração, no prazo estabelecido; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

II - valor da multa a ser imposta no caso de descumprimento, não inferior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e não superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) de acordo com o porte econômico da operadora ou da prestadora de serviço. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 3º A assinatura do termo de compromisso de ajuste de conduta não importa confissão do compromissário quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta em apuração. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 4º O descumprimento do termo de compromisso de ajuste de conduta, sem prejuízo da aplicação da multa a que se refere o inciso II do § 2º, acarreta a revogação da suspensão do processo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 5º Cumpridas as obrigações assumidas no termo de compromisso de ajuste de conduta, será extinto o processo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 6º Suspende-se a prescrição durante a vigência do termo de compromisso de ajuste de conduta. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 7º Não poderá ser firmado termo de compromisso de ajuste de conduta quando tiver havido descumprimento de outro termo de compromisso de ajuste de conduta nos termos desta Lei, dentro do prazo de dois anos. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 8º O termo de compromisso de ajuste de conduta deverá ser publicado no Diário Oficial da União. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 9º A ANS regulamentará a aplicação do disposto nos §§ 1º a 7º deste artigo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 29-A. A ANS poderá celebrar com as operadoras termo de compromisso, quando houver interesse na implementação de práticas que consistam em vantagens para os consumidores, com vistas a assegurar a manutenção da qualidade dos serviços de assistência à saúde. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 1º O termo de compromisso referido no **caput** não poderá implicar restrição de direitos do usuário. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 2º Na definição do termo de que trata este artigo serão considerados os critérios de aferição e controle da qualidade dos serviços a serem oferecidos pelas operadoras. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 3º O descumprimento injustificado do termo de compromisso poderá importar na aplicação da penalidade de multa a que se refere o inciso II, § 2º, do art. 29 desta Lei. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 30. 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. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 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. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 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.

§ 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. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 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. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 31. 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. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 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. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 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. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

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

Art. 32. Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 1º O ressarcimento será efetuado pelas operadoras ao SUS com base em regra de valoração aprovada e divulgada pela ANS, mediante crédito ao Fundo Nacional de Saúde - FNS. (Redação dada pela Lei nº 12.469, de 2011)

§ 2º Para a efetivação do ressarcimento, a ANS disponibilizará às operadoras a discriminação dos procedimentos realizados para cada consumidor. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 3º A operadora efetuará o ressarcimento até o 15º (décimo quinto) dia da data de recebimento da notificação de cobrança feita pela ANS. (Redação dada pela Lei nº 12.469, de 2011)

§ 4º O ressarcimento não efetuado no prazo previsto no § 3º será cobrado com os seguintes acréscimos: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

I - juros de mora contados do mês seguinte ao do vencimento, à razão de um por cento ao mês ou fração; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

II - multa de mora de dez por cento. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 5º Os valores não recolhidos no prazo previsto no § 3º serão inscritos em dívida ativa da ANS, a qual compete a cobrança judicial dos respectivos créditos. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 6º O produto da arrecadação dos juros e da multa de mora serão revertidos ao Fundo Nacional de Saúde. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 7º A ANS disciplinará o processo de glosa ou impugnação dos procedimentos encaminhados, conforme previsto no § 2º deste artigo, cabendo-lhe, inclusive, estabelecer procedimentos para cobrança dos valores a serem ressarcidos. (Redação dada pela Lei nº 12.469, de 2011)

§ 8º Os valores a serem ressarcidos não serão inferiores aos praticados pelo SUS e nem superiores aos praticados pelas operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 9º Os valores a que se referem os §§ 3º e 6º deste artigo não serão computados para fins de aplicação dos recursos mínimos nas ações e serviços públicos de saúde nos termos da Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 12.469, de 2011)

Art. 33. Havendo indisponibilidade de leito hospitalar nos estabelecimentos próprios ou credenciados pelo plano, é garantido ao consumidor o acesso à acomodação, em nível superior, sem ônus adicional.

Art. 34. As pessoas jurídicas que executam outras atividades além das abrangidas por esta Lei deverão, na forma e no prazo definidos pela ANS, constituir pessoas jurídicas independentes, com ou sem fins lucrativos, especificamente para operar planos privados de assistência à saúde, na forma da legislação em vigor e em especial desta Lei e de seus regulamentos. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 35. Aplicam-se as disposições desta Lei a todos os contratos celebrados a partir de sua vigência, assegurada aos consumidores com contratos anteriores, bem como àqueles com contratos celebrados entre 2 de setembro de 1998 e 1º de janeiro de 1999, a possibilidade de optar pela adaptação ao sistema previsto nesta Lei. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 1º Sem prejuízo do disposto no art. 35-E, a adaptação dos contratos de que trata este artigo deverá ser formalizada em termo próprio, assinado pelos contratantes, de acordo com as normas a serem definidas pela ANS. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 2º Quando a adaptação dos contratos incluir aumento de contraprestação pecuniária, a composição da base de cálculo deverá ficar restrita aos itens correspondentes ao aumento de cobertura, e ficará disponível para verificação pela ANS, que poderá determinar sua alteração quando o novo valor não estiver devidamente justificado. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 3º A adaptação dos contratos não implica nova contagem dos períodos de carência e dos prazos de aquisição dos benefícios previstos nos arts. 30 e 31 desta Lei, observados, quanto aos últimos, os limites de cobertura previstos no contrato original. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 4º Nenhum contrato poderá ser adaptado por decisão unilateral da empresa operadora. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 5º A manutenção dos contratos originais pelos consumidores não-optantes tem caráter personalíssimo, devendo ser garantida somente ao titular e a seus dependentes já inscritos, permitida inclusão apenas de novo cônjuge e filhos, e vedada a transferência da sua titularidade, sob qualquer pretexto, a terceiros. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 6º Os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, contratados até 1º de janeiro de 1999, deverão permanecer em operação, por tempo indeterminado, apenas para os consumidores que não optarem pela adaptação às novas regras, sendo considerados extintos para fim de comercialização. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 7º Às pessoas jurídicas contratantes de planos coletivos, não-optantes pela adaptação prevista neste artigo, fica assegurada a manutenção dos contratos originais, nas coberturas assistenciais neles pactuadas. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 8º A ANS definirá em norma própria os procedimentos formais que deverão ser adotados pelas empresas para a adaptação dos contratos de que trata este artigo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 35-A. Fica criado o Conselho de Saúde Suplementar - CONSU, órgão colegiado integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde, com competência para: (Vigência) (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

I - estabelecer e supervisionar a execução de políticas e diretrizes gerais do setor de saúde suplementar; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

II - aprovar o contrato de gestão da ANS; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

III - supervisionar e acompanhar as ações e o funcionamento da ANS; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

IV - fixar diretrizes gerais para implementação no setor de saúde suplementar sobre: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

a) aspectos econômico-financeiros; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

b) normas de contabilidade, atuariais e estatísticas; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

c) parâmetros quanto ao capital e ao patrimônio líquido mínimos, bem assim quanto às formas de sua subscrição e realização quando se tratar de sociedade anônima; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

d) critérios de constituição de garantias de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, consistentes em bens, móveis ou imóveis, ou fundos especiais ou seguros garantidores; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

e) criação de fundo, contratação de seguro garantidor ou outros instrumentos que julgar adequados, com o objetivo de proteger o consumidor de planos privados de assistência à saúde em caso de insolvência de empresas operadoras; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

V - deliberar sobre a criação de câmaras técnicas, de caráter consultivo, de forma a subsidiar suas decisões. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Parágrafo único. A ANS fixará as normas sobre as matérias previstas no inciso IV deste artigo, devendo adequá-las, se necessário, quando houver diretrizes gerais estabelecidas pelo CONSU. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 35-B. O CONSU será integrado pelos seguintes Ministros de Estado: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) (Vigência) (composição: vide Dec.4.044, de 6.12.2001)

I - Chefe da Casa Civil da Presidência da República, na qualidade de Presidente; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

II - da Saúde; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

III - da Fazenda; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

IV - da Justiça; e (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

V - do Planejamento, Orçamento e Gestão. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 1º O Conselho deliberará mediante resoluções, por maioria de votos, cabendo ao Presidente a prerrogativa de deliberar nos casos de urgência e relevante interesse, **ad referendum** dos demais membros. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 2º Quando deliberar **ad referendum** do Conselho, o Presidente submeterá a decisão ao Colegiado na primeira reunião que se seguir àquela deliberação. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 3º O Presidente do Conselho poderá convidar Ministros de Estado, bem assim outros representantes de órgãos públicos, para participar das reuniões, não lhes sendo permitido o direito de voto. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 4º O Conselho reunir-se-á sempre que for convocado por seu Presidente. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 5º O regimento interno do CONSU será aprovado por decreto do Presidente da República. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 6º As atividades de apoio administrativo ao CONSU serão prestadas pela ANS. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 7º O Presidente da ANS participará, na qualidade de Secretário, das reuniões do CONSU. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos: (Redação dada pela Lei nº 11.935, de 2009)

I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente; (Redação dada pela Lei nº 11.935, de 2009)

II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional; (Redação dada pela Lei nº 11.935, de 2009)

III - de planejamento familiar. (Incluído pela Lei nº 11.935, de 2009)

Parágrafo único. A ANS fará publicar normas regulamentares para o disposto neste artigo, observados os termos de adaptação previstos no art. 35. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 35-D. As multas a serem aplicadas pela ANS em decorrência da competência fiscalizadora e normativa estabelecida nesta Lei e em seus regulamentos serão recolhidas à conta daquela Agência, até o limite de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) por infração, ressalvado o disposto no § 6º do art. 19 desta Lei. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) (Vigência)

Art. 35-E. A partir de 5 de junho de 1998, fica estabelecido para os contratos celebrados anteriormente à data de vigência desta Lei que: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) (Vigência)

I - qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de sessenta anos de idade estará sujeita à autorização prévia da ANS; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

II - a alegação de doença ou lesão preexistente estará sujeita à prévia regulamentação da matéria pela ANS; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

III - é vedada a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato individual ou familiar de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei por parte da operadora, salvo o disposto no inciso II do parágrafo único do art. 13 desta Lei; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

IV - é vedada a interrupção de internação hospitalar em leito clínico, cirúrgico ou em centro de terapia intensiva ou similar, salvo a critério do médico assistente. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 1º Os contratos anteriores à vigência desta Lei, que estabeleçam reajuste por mudança de faixa etária com idade inicial em sessenta anos ou mais, deverão ser adaptados, até 31 de outubro de

1999, para repactuação da cláusula de reajuste, observadas as seguintes disposições: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

I - a repactuação será garantida aos consumidores de que trata o parágrafo único do art. 15, para as mudanças de faixa etária ocorridas após a vigência desta Lei, e limitar-se-á à diluição da aplicação do reajuste anteriormente previsto, em reajustes parciais anuais, com adoção de percentual fixo que, aplicado a cada ano, permita atingir o reajuste integral no início do último ano da faixa etária considerada; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

II - para aplicação da fórmula de diluição, consideram-se de dez anos as faixas etárias que tenham sido estipuladas sem limite superior; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

III - a nova cláusula, contendo a fórmula de aplicação do reajuste, deverá ser encaminhada aos consumidores, juntamente com o boleto ou título de cobrança, com a demonstração do valor originalmente contratado, do valor repactuado e do percentual de reajuste anual fixo, esclarecendo, ainda, que o seu pagamento formalizará esta repactuação; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

IV - a cláusula original de reajuste deverá ter sido previamente submetida à ANS; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

V - na falta de aprovação prévia, a operadora, para que possa aplicar reajuste por faixa etária a consumidores com sessenta anos ou mais de idade e dez anos ou mais de contrato, deverá submeter à ANS as condições contratuais acompanhadas de nota técnica, para, uma vez aprovada a cláusula e o percentual de reajuste, adotar a diluição prevista neste parágrafo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 2º 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. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 3º O disposto no art. 35 desta Lei aplica-se sem prejuízo do estabelecido neste artigo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 35-F. A assistência a que alude o art. 1º desta Lei compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, observados os termos desta Lei e do contrato firmado entre as partes. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

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. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 35-H. Os expedientes que até esta data foram protocolizados na SUSEP pelas operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei e que forem encaminhados à ANS em consequência desta Lei, deverão estar acompanhados de parecer conclusivo daquela Autarquia. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 35-I. Responderão subsidiariamente pelos direitos contratuais e legais dos consumidores, prestadores de serviço e fornecedores, além dos débitos fiscais e trabalhistas, os bens pessoais dos diretores, administradores, gerentes e membros de conselhos da operadora de plano privado de assistência à saúde, independentemente da sua natureza jurídica. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 35-J. O diretor técnico ou fiscal ou o liquidante são obrigados a manter sigilo relativo às informações da operadora às quais tiverem acesso em razão do exercício do encargo, sob pena de incorrer em improbidade administrativa, sem prejuízo das responsabilidades civis e penais. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 35-L. Os bens garantidores das provisões técnicas, fundos e provisões deverão ser registrados na ANS e não poderão ser alienados, prometidos a alienar ou, de qualquer forma, gravados sem prévia e expressa autorização, sendo nulas, de pleno direito, as alienações realizadas ou os gravames constituídos com violação deste artigo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Parágrafo único. Quando a garantia recair em bem imóvel, será obrigatoriamente inscrita no competente Cartório do Registro Geral de Imóveis, mediante requerimento firmado pela operadora de plano de assistência à saúde e pela ANS. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 35-M. As operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei poderão celebrar contratos de resseguro junto às empresas devidamente autorizadas a operar em tal atividade, conforme estabelecido na Lei nº 9.932, de 20 de dezembro de 1999, e regulamentações posteriores. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Art. 36. Esta Lei entra em vigor noventa dias após a data de sua publicação.

Brasília, 3 de junho de 1998; 177ª da Independência e 110ª da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Renan Calheiros

Pedro Malan

Waldeck Ornélas

José Serra

ANEXO III – Resolução n. 338, da ANS

RESOLUÇÃO NORMATIVA - RN Nº 338, DE 21 DE OUTUBRO DE 2013

Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999; fixa as diretrizes de atenção à saúde; revoga as Resoluções Normativas - RN nº 211, de 11 de janeiro de 2010, RN nº 262, de 1 de agosto de 2011, RN nº 281, de 19 de dezembro de 2011 e a RN nº 325, de 18 de abril de 2013; e dá outras providências.

(ESTA RESOLUÇÃO NORMATIVA ENTRA EM VIGOR A PARTIR DE 02 DE JANEIRO DE 2014)

A Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, em vista do que dispõe o §4º do artigo 10 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998; o inciso III do artigo 4º e o inciso II do artigo 10, ambos da Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000; e a alínea "a" do inciso II do artigo 86 da Resolução Normativa - RN nº 197, de 16 de julho de 2009, em reunião realizada em 25 de setembro de 2013, adotou a seguinte Resolução Normativa, e eu, Diretor-Presidente, determino a sua publicação.

CAPÍTULO I

DAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Seção I

Do Objeto

Art. 1º Esta Resolução atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura mínima obrigatória da atenção à saúde nos planos privados de assistência a saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999, e naqueles adaptados conforme a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.

Parágrafo único. Atualiza-se também o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde de Alta Complexidade - PAC, definido, para fins de cobertura, como procedimentos extraídos do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, identificado no Anexo I, que pode ser objeto de cobertura parcial temporária - CPT nos casos de doenças e lesões preexistentes - DLP, conforme o disposto em Resolução específica.

Art. 2º Esta Resolução é composta por quatro Anexos:

I - o Anexo I lista os procedimentos e eventos de cobertura mínima obrigatória, respeitando-se a segmentação contratada;

II - o Anexo II apresenta as Diretrizes de Utilização - DUT;

III - o Anexo III apresenta as Diretrizes Clínicas - DC que definirão critérios para a obrigatoriedade de cobertura de alguns procedimentos listados no Anexo I; e

IV - o Anexo IV apresenta o Protocolo de Utilização - PROUT para alguns procedimentos e eventos em saúde listados no Rol.

Seção II

Dos Princípios de Atenção à Saúde na Saúde Suplementar

Art. 3º A atenção à saúde na saúde suplementar deverá observar os seguintes princípios:

- I - atenção multiprofissional;
- II - integralidade das ações respeitando a segmentação contratada;
- III - incorporação de ações de promoção da saúde e prevenção de riscos e doenças, bem como de estímulo ao parto normal;
- IV - uso da epidemiologia para monitoramento da qualidade das ações e gestão em saúde; e
- V - adoção de medidas que evitem a estigmatização e a institucionalização dos portadores de transtornos mentais, visando o aumento de sua autonomia.

Parágrafo único. Os princípios estabelecidos neste artigo devem ser observados em todos os níveis de complexidade da atenção, respeitando-se as segmentações contratadas, visando à promoção da saúde, à prevenção de riscos e doenças, ao diagnóstico, ao tratamento, à recuperação e à reabilitação.

Art. 4º Os procedimentos e eventos listados nesta Resolução Normativa e nos seus Anexos poderão ser executados por qualquer profissional de saúde habilitado para a sua realização, conforme legislação específica sobre as profissões de saúde e regulamentação de seus respectivos conselhos profissionais, respeitados os critérios de credenciamento, referenciamento, reembolso ou qualquer outro tipo de relação entre a operadora de planos privados de assistência à saúde e prestadores de serviço de saúde.

Parágrafo único. Os procedimentos listados nesta Resolução Normativa e nos seus Anexos serão de cobertura obrigatória quando solicitados pelo médico assistente, conforme disposto no artigo 12 da Lei nº 9.656 de 1998, com exceção dos procedimentos odontológicos e dos procedimentos vinculados aos de natureza odontológica - aqueles executados por cirurgião-dentista ou os recursos, exames e técnicas auxiliares necessários ao diagnóstico, tratamento e prognóstico odontológicos - que poderão ser solicitados ou executados diretamente pelo cirurgião dentista.

CAPÍTULO II

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Seção Única Das Coberturas Assistenciais

Art. 5º As operadoras de planos privados de assistência à saúde deverão oferecer obrigatoriamente o plano-referência de que trata o artigo 10 da Lei nº 9.656, de 1998, podendo oferecer, alternativamente, planos ambulatorial, hospitalar, hospitalar com obstetria, odontológico e suas combinações, ressalvada a exceção disposta no §3º do artigo 10 da Lei nº 9.656, de 1998.

Art. 6º Os eventos e procedimentos relacionados nesta RN e nos seus anexos, que necessitem de anestesia, com ou sem a participação de profissional médico anestesista, terão sua cobertura assistencial obrigatória, caso haja indicação clínica, respeitando-se os critérios de credenciamento, referenciamento, reembolso ou qualquer tipo de relação entre a operadora de planos privados de assistência à saúde e prestadores de serviços de saúde.

Parágrafo único. Os insumos necessários para realização de procedimentos cobertos nesta RN ou nos seus anexos, assim como a equipe cirúrgica necessária para a realização de procedimentos cirúrgicos terão sua cobertura assistencial obrigatória, caso haja indicação clínica, respeitando-se os critérios de credenciamento, referenciamento, reembolso ou qualquer tipo de relação entre a operadora de planos privados de assistência à saúde e prestadores de serviços de saúde.

Art. 7º As ações de planejamento familiar de que trata o inciso III do artigo 35-C da Lei nº 9.656, de 1998, devem envolver as atividades de educação, aconselhamento e atendimento clínico previstas nos Anexos desta Resolução, observando-se as seguintes definições:

- I - planejamento familiar: conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal;

II- concepção: fusão de um espermatozóide com um óvulo, resultando na formação de um zigoto;

III- anticoncepção: prevenção da concepção por bloqueio temporário ou permanente da fertilidade;

IV- atividades educacionais: são aquelas executadas por profissional de saúde habilitado mediante a utilização de linguagem acessível, simples e precisa, com o objetivo de oferecer aos beneficiários os conhecimentos necessários para a escolha e posterior utilização do método mais adequado e propiciar a reflexão sobre temas relacionados à concepção e à anticoncepção, inclusive à sexualidade, podendo ser realizadas em grupo ou individualmente e permitindo a troca de informações e experiências baseadas na vivência de cada indivíduo do grupo;

V - aconselhamento: processo de escuta ativa que pressupõe a identificação e acolhimento das demandas do indivíduo ou casal relacionadas às questões de planejamento familiar, prevenção das Doenças Sexualmente Transmissíveis/Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - DST/AIDS e outras patologias que possam interferir na concepção/parto; e

VI - atendimento clínico: realizado após as atividades educativas, incluindo anamnese, exame físico geral e ginecológico para subsidiar a escolha e prescrição do método mais adequado para concepção ou anticoncepção.

Art. 8º Os procedimentos de transplante, no âmbito da prestação de serviços de saúde suplementar, deverão submeter-se à legislação específica vigente.

§ 1º Na saúde suplementar, os candidatos a transplante de órgãos e tecidos provenientes de doador cadáver deverão obrigatoriamente estar inscritos em uma das Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos - CNCDO e sujeitar-se-ão ao critério de fila única de espera e de seleção.

§ 2º As entidades privadas e equipes especializadas interessadas na realização de transplantes deverão observar o regulamento técnico - legislação vigente do Ministério da Saúde - que dispõe quanto à forma de autorização e cadastro junto ao Sistema Nacional de Transplante -SNT.

§ 3º São competências privativas das CNCDO, dentro das funções de gerenciamento que lhes são atribuídas pela legislação em vigor:

I - determinar o encaminhamento de equipe especializada; e

II - providenciar o transporte de tecidos e órgãos ao estabelecimento de saúde autorizado em que se encontra o receptor.

§ 4º Os exames e procedimentos pré e pós-transplantes, para fins das disposições da RN nº 259, de 17 de junho de 2011, são considerados procedimentos de urgência e emergência, respeitadas as segmentações, os prazos de carência e a Cobertura Parcial Temporária - CPT.

Art. 9º A atenção prestada aos portadores de transtornos mentais deverá priorizar o atendimento ambulatorial e em consultórios, utilizando a internação psiquiátrica apenas como último recurso terapêutico e sempre que houver indicação do médico assistente.

Parágrafo único. Todos os procedimentos clínicos ou cirúrgicos decorrentes de transtornos mentais, inclusive aqueles necessários ao atendimento das lesões auto-infligidas, estão obrigatoriamente cobertos.

Art. 10. Os procedimentos necessários ao tratamento das complicações clínicas e cirúrgicas, decorrentes de procedimentos não cobertos, têm cobertura obrigatória quando constarem do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, respeitadas as segmentações e os prazos de carência e Cobertura Parcial Temporária - CPT.

Parágrafo único. Procedimentos necessários ao seguimento de eventos excluídos da cobertura, como internação em leito de terapia intensiva após transplante não coberto, não são considerados tratamento de complicações, mas parte integrante do procedimento inicial, não havendo obrigatoriedade de sua cobertura por parte das operadoras de planos de assistência à saúde.

Art. 11. Os procedimentos realizados por laser, radiofrequência, robótica, neuronavegação ou outro sistema de navegação, escopias e técnicas minimamente invasivas somente terão cobertura assegurada quando assim especificados no Anexo I, de acordo com a segmentação contratada.

Parágrafo único. Todas as escopias listadas nos anexos têm igualmente assegurada a cobertura com dispositivos ópticos ou de vídeo para captação das imagens.

Art. 12. O atendimento deve ser assegurado independente da circunstância e do local de ocorrência do evento, respeitadas a segmentação, a área de atuação e abrangência, a rede de prestadores de serviços contratada, credenciada ou referenciada da operadora de plano privado de assistência à saúde e os prazos de carência estabelecidos no contrato.

Art. 13. Caso a operadora ofereça a internação domiciliar em substituição à internação hospitalar, com ou sem previsão contratual, deverá obedecer às exigências previstas nos normativos vigentes da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA e nas alíneas “c”, “d”, “e” e “g” do inciso II do artigo 12 da Lei nº 9.656, de 1998. (Alterado pelo RN nº 349, de 9 de maio de 2014)

Parágrafo único. Nos casos em que a assistência domiciliar não se dê em substituição à internação hospitalar, esta deverá obedecer à previsão contratual ou à negociação entre as partes.

Art. 14. Nos contratos de planos individuais ou familiares, coletivos por adesão e coletivos empresariais é obrigatória a cobertura dos procedimentos listados no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, relacionados ou não com a saúde ocupacional e acidentes de trabalho, respeitadas as segmentações contratadas.

§ 1º Para fins de cobertura obrigatória pelos planos privados de assistência à saúde, entende-se como cobertura relacionada com a saúde ocupacional, o diagnóstico, tratamento, recuperação e reabilitação de doenças relacionadas ao processo de trabalho, listadas na Portaria nº 1339/GM do Ministério da Saúde.

§ 2º Salvo disposição contratual em contrário, exclui-se da cobertura obrigatória a ser garantida pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde a realização dos exames médicos admissionais, periódicos, de retorno ao trabalho, de mudança de função e demissionais.

Art. 15. As operadoras de planos privados de assistência à saúde poderão oferecer, por sua iniciativa, cobertura maior do que a mínima obrigatória prevista nesta Resolução Normativa e nos seus Anexos.

Art. 16. Os procedimentos e eventos em saúde de cobertura obrigatória, contemplados nesta Resolução Normativa e nos seus Anexos, que envolvam a colocação, inserção e/ou fixação de órteses, próteses ou outros materiais possuem cobertura igualmente assegurada de sua remoção e/ou retirada.

Art. 17. Taxas, materiais, contrastes, medicamentos, entre outros, necessários para a execução de procedimentos e eventos em saúde de cobertura obrigatória, contemplados nesta Resolução Normativa e nos seus Anexos, possuem cobertura obrigatória, desde que estejam regularizados e registrados e suas indicações constem da bula/manual junto a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA e respeitados os critérios de credenciamento, referenciamento, reembolso ou qualquer outro tipo de relação entre a operadora de planos privados de assistência à saúde e prestadores de serviço de saúde.

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

Parágrafo Único. A continuidade do tratamento a que se refere o caput deste artigo inclui os tempos de atendimento dispostos na RN nº 259, de 2011.

Subseção I

Do Plano-Referência

Art. 19. A cobertura assistencial de que trata o plano-referência compreende todos os procedimentos clínicos, cirúrgicos, obstétricos e os atendimentos de urgência e emergência, na forma estabelecida no artigo 10 da Lei nº 9.656, de 1998.

§ 1º São permitidas as seguintes exclusões assistenciais previstas no artigo 10 da Lei nº 9.656, de 1998:

I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental, isto é, aquele que:

a) emprega medicamentos, produtos para a saúde ou técnicas não registrados/não regularizados no país;

b) é considerado experimental pelo Conselho Federal de Medicina - CFM ou pelo Conselho Federal de Odontologia- CFO; ou

c) não possui as indicações descritas na bula/manual registrado na ANVISA (uso off-label).

II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim, ou seja, aqueles que não visam restauração parcial ou total da função de órgão ou parte do corpo humano lesionada, seja por enfermidade, traumatismo ou anomalia congênita;

III - inseminação artificial, entendida como técnica de reprodução assistida que inclui a manipulação de oócitos e esperma para alcançar a fertilização, por meio de injeções de esperma intracitoplasmáticas, transferência intrafalopiana de gameta, doação de oócitos, indução da ovulação, concepção póstuma, recuperação espermática ou transferência intratubária do zigoto, entre outras técnicas;

IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética, assim como em spas, clínicas de repouso e estâncias hidrominerais;

V - fornecimento de medicamentos e produtos para a saúde importados não nacionalizados, isto é, aqueles produzidos fora do território nacional e sem registro vigente na ANVISA;

VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, isto é, aqueles prescritos pelo médico assistente para administração em ambiente externo ao de unidade de saúde, com exceção dos medicamentos previstos no inciso XII do art. 20 e inciso X do art. 21 desta RN e, ressalvado o disposto no artigo 13 desta Resolução Normativa. (Alterado pelo RN nº 349, de 9 de maio de 2014)

VII - fornecimento de medicamentos prescritos durante a internação hospitalar cuja eficácia e/ou efetividade tenham sido reprovadas pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do Ministério da Saúde - CONITEC;

VIII - 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; e

XI - estabelecimentos para acolhimento de idosos e internações que não necessitem de cuidados médicos em ambiente hospitalar.

§ 2º Prótese é entendida como qualquer material permanente ou transitório que substitua total ou parcialmente um membro, órgão ou tecido.

§ 3º Órtese é entendida como qualquer material permanente ou transitório que auxilie as funções de um membro, órgão ou tecido, sendo não ligados ao ato cirúrgico os materiais cuja colocação ou remoção não requeiram a realização de ato cirúrgico.

§ 4º A referência para classificação dos diversos materiais utilizados pela medicina no país como órteses ou próteses deverá estar de acordo com a lista a ser disponibilizada e atualizada periodicamente no endereço eletrônico da ANS na Internet (www.ans.gov.br), não sendo esta, uma lista que atribua cobertura obrigatória aos materiais ali descritos.

Subseção II

Do Plano Ambulatorial

Art. 20. O Plano Ambulatorial compreende os atendimentos realizados em consultório ou em ambulatório, definidos e listados no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, não incluindo internação hospitalar ou procedimentos para fins de diagnóstico ou terapia que, embora prescindam de internação, demandem o apoio de estrutura hospitalar por período superior a 12 (doze) horas, ou serviços como unidade de terapia intensiva e unidades similares, observadas as seguintes exigências:

I - cobertura de consultas médicas em número ilimitado em clínicas básicas e especializadas (especialidades médicas), inclusive obstétrica para pré-natal, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina - CFM;

II - cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, incluindo procedimentos cirúrgicos ambulatoriais solicitados pelo médico ou cirurgião dentista assistente, mesmo quando realizados em ambiente hospitalar, desde que não se caracterize como internação conforme preceitua o caput deste artigo;

III - cobertura de medicamentos registrados/regularizados na ANVISA, utilizados nos procedimentos diagnósticos e terapêuticos contemplados nos Anexos e nos artigos desta Resolução Normativa;

IV - cobertura de consultas ou sessões com nutricionista, fonoaudiólogo, terapeuta ocupacional e psicólogo de acordo com o estabelecido nos Anexos desta Resolução Normativa;

V - cobertura de psicoterapia de acordo com o número de sessões estabelecido nos Anexos desta Resolução Normativa, que poderá ser realizada tanto por psicólogo como por médico devidamente habilitados;

VI - cobertura dos procedimentos de reeducação e reabilitação física listados nos Anexos desta Resolução Normativa, que podem ser realizados tanto por fisiatra como por fisioterapeuta, em número ilimitado de sessões por ano;

VII - cobertura das ações de planejamento familiar, listadas no Anexo I desta Resolução, para segmentação ambulatorial;

VIII - cobertura de atendimentos caracterizados como de urgência e emergência conforme resolução específica vigente sobre o tema;

IX - cobertura de remoção, depois de realizados os atendimentos classificados como urgência ou emergência, quando caracterizada pelo médico assistente a falta de recursos oferecidos pela unidade para a continuidade da atenção ao paciente ou pela necessidade de internação;

X - cobertura de hemodiálise e diálise peritoneal - CAPD;

XI - cobertura de quimioterapia oncológica ambulatorial, entendida como aquela baseada na administração de medicamentos para tratamento do câncer, incluindo medicamentos para o controle de efeitos adversos relacionados ao tratamento e adjuvantes (medicamentos empregados de forma associada aos quimioterápicos citostáticos com a finalidade de intensificar seu desempenho ou de atuar de forma sinérgica ao tratamento) que, independentemente da via de administração e da classe terapêutica, necessitem, conforme prescrição do médico assistente, ser administrados sob intervenção ou supervisão direta de profissionais de saúde dentro de estabelecimento de Saúde;

XII – cobertura de medicamentos antineoplásicos orais para uso domiciliar, assim como

medicamentos para o controle de efeitos adversos e adjuvantes de uso domiciliar relacionados ao tratamento antineoplásico oral e/ou venoso, respeitando preferencialmente as seguintes características: (Alterado pelo RN nº 349, de 9 de maio de 2014)

a) medicamento genérico: medicamento similar a um produto de referência ou inovador, que se pretende ser com este intercambiável, geralmente produzido após expiração ou renúncia da proteção patentária ou de outros direitos de exclusividade, comprovada a sua eficácia, segurança e qualidade, e designado pela Denominação Comum Brasileira - DCB ou, na sua ausência, pela Denominação Comum Internacional - DCI, conforme definido pela Lei nº 9.787, de 10 de fevereiro de 1999; e

b) medicamento fracionado: medicamento fornecido em quantidade distinta da embalagem original, conforme necessidade do paciente e definição do órgão competente - ANVISA.

XIII - cobertura dos procedimentos de radioterapia listados no Anexo I desta Resolução para a segmentação ambulatorial;

XIV - cobertura dos procedimentos de hemodinâmica ambulatoriais que prescindam de internação e de apoio de estrutura hospitalar por período superior a 12 (doze) horas, unidade de terapia intensiva e unidades similares e que estejam descritos no segmento ambulatorial do Anexo I desta Resolução Normativa;

XV - cobertura de hemoterapia ambulatorial; e

XVI - cobertura das cirurgias oftalmológicas ambulatoriais listadas nos Anexos desta Resolução.

Parágrafo único. Para fins de aplicação do artigo 10 da Lei nº 9.656, de 1998 é permitida, para a segmentação ambulatorial, a exclusão de:

I - procedimentos que exijam forma de anestesia diversa da anestesia local, sedação ou bloqueio;

II - quimioterapia oncológica intra-tecal ou que demande internação; e

III - embolizações.

Subseção III

Do Plano Hospitalar

Art. 21. O Plano Hospitalar compreende os atendimentos realizados em todas as modalidades de internação hospitalar e os atendimentos caracterizados como de urgência e emergência, conforme Resolução específica vigente, não incluindo atendimentos ambulatoriais para fins de diagnóstico, terapia ou recuperação, ressalvado o disposto no inciso X deste artigo, observadas as seguintes exigências:

I - cobertura, em número ilimitado de dias, de todas as modalidades de internação hospitalar;

II quando houver previsão de mecanismos financeiros de regulação disposto em contrato para internação hospitalar, o referido aplica-se a todas as especialidades médicas, contudo a coparticipação nas hipóteses de internações psiquiátricas somente poderá ser exigida considerando os seguintes termos, que deverão ser previstos em contrato:

a) somente haverá fator moderador quando ultrapassados 30 dias de internação contínuos ou não, nos 12 meses de vigência; e

b) a coparticipação poderá ser crescente ou não, estando limitada ao máximo de 50% do valor contratado.

III - cobertura de hospital-dia (recurso intermediário entre a internação e o ambulatório, que deve desenvolver programas de atenção e cuidados intensivos por equipe multiprofissional, visando substituir a internação convencional, e proporcionando ao beneficiário a mesma amplitude de cobertura oferecida em regime de internação hospitalar) para transtornos mentais, de acordo com as Diretrizes de Utilização estabelecidas no Anexo II desta Resolução;

IV - cobertura de transplantes listados nos Anexos desta Resolução Normativa, e dos procedimentos a eles vinculados, incluindo:

- a) as despesas assistenciais com doadores vivos, as quais estão sob expensas da operadora de planos privados de assistência à saúde do beneficiário receptor;
- b) os medicamentos utilizados durante a internação;
- c) o acompanhamento clínico em todo o período pós-operatório, que compreende não só o pós-operatório imediato (primeiras 24 horas da realização da cirurgia) e mediato (entre 24 horas e 48 horas da realização da cirurgia), mas também o pós-operatório tardio (a partir de 48 horas da realização da cirurgia), exceto medicamentos de manutenção; e
- d) as despesas com captação, transporte e preservação dos órgãos na forma de ressarcimento ao SUS;

V - cobertura do atendimento por outros profissionais de saúde, de forma ilimitada durante o período de internação hospitalar, quando indicado pelo médico assistente;

VI - cobertura de órteses e próteses ligadas aos atos cirúrgicos listados nos Anexos desta Resolução;

VII -cobertura das despesas, incluindo alimentação e acomodação, relativas ao acompanhante, salvo contra-indicação do médico ou cirurgião dentista assistente, nos seguintes casos:

- a) crianças e adolescentes menores de 18 anos;
- b) idosos a partir do 60 anos de idade; e
- c) pessoas portadoras de deficiências.

VIII - cobertura dos procedimentos cirúrgicos buco-maxilofaciais listados nos Anexos desta Resolução, para a segmentação hospitalar, conforme disposto no artigo 4º desta Resolução Normativa, incluindo a solicitação de exames complementares e o fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões, assistência de enfermagem, alimentação, órteses, próteses e demais materiais ligados ao ato cirúrgico utilizados durante o período de internação hospitalar;

IX - cobertura da estrutura hospitalar necessária à realização dos procedimentos odontológicos passíveis de realização ambulatorial, mas que por imperativo clínico necessitem de internação hospitalar, com equipe de saúde necessária à complexidade do caso, incluindo exames complementares e o fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões, assistência de enfermagem e alimentação utilizados durante o período de internação hospitalar;

X - cobertura obrigatória para os seguintes procedimentos considerados especiais cuja necessidade esteja relacionada à continuidade da assistência prestada em nível de internação hospitalar:

- a) hemodiálise e diálise peritonial - CAPD;
- b) quimioterapia oncológica ambulatorial, como definida no inciso XI do artigo 20 desta Resolução e os medicamentos para tratamento antineoplásico domiciliar de uso oral; (Alterado pelo RN nº 349, de 9 de maio de 2014)
- c) procedimentos radioterápicos previstos no Anexo I desta Resolução para as segmentações ambulatorial e hospitalar;
- d) hemoterapia;
- e) nutrição parenteral ou enteral;
- f) procedimentos diagnósticos e terapêuticos em hemodinâmica descritos nos Anexos desta Resolução Normativa;
- g) embolizações listadas nos Anexos desta Resolução Normativa;

- h) radiologia intervencionista;
- i) exames pré-anestésicos ou pré-cirúrgicos;
- j) procedimentos de reeducação e reabilitação física listados nos Anexos desta Resolução Normativa;
- e
- h) acompanhamento clínico no pós-operatório imediato, mediato e tardio dos pacientes submetidos aos transplantes listados nos Anexos, exceto fornecimento de medicação de manutenção.

§ 1º Para fins do disposto no inciso VI deste artigo, deve ser observado o seguinte:

I - cabe ao médico ou cirurgião dentista assistente a prerrogativa de determinar as características (tipo, matéria-prima e dimensões) das órteses, próteses e materiais especiais - OPME necessários à execução dos procedimentos contidos nos Anexos desta Resolução Normativa;

II - o profissional requisitante deve, quando assim solicitado pela operadora de plano privado de assistência à saúde, justificar clinicamente a sua indicação e oferecer pelo menos 03 (três) marcas de produtos de fabricantes diferentes, quando disponíveis, dentre aquelas regularizadas junto à ANVISA, que atendam às características especificadas;

III - em caso de divergência clínica entre o profissional requisitante e a operadora, a decisão caberá a um profissional escolhido de comum acordo entre as partes, com as despesas arcadas pela operadora; e

IV- o profissional requisitante pode recusar até três nomes indicados por parte da operadora para composição da junta médica.

§ 2º Para fins do disposto no inciso IX deste artigo, o imperativo clínico caracteriza-se pelos atos que se impõem em função das necessidades do beneficiário, com vistas à diminuição dos riscos decorrentes de uma intervenção, observadas as seguintes regras:

I - em se tratando de atendimento odontológico, o cirurgiãodontista assistente e/ou o médico assistente irá avaliar e justificar a necessidade do suporte hospitalar para a realização do procedimento odontológico, com o objetivo de garantir maior segurança ao paciente, assegurando as condições adequadas para a execução dos procedimentos, assumindo as responsabilidades técnicas e legais pelos atos praticados; e

II - os honorários do cirurgião-dentista e os materiais odontológicos utilizados na execução dos procedimentos odontológicos ambulatoriais que, nas situações de imperativo clínico, necessitem ser realizados em ambiente hospitalar, não estão incluídos na cobertura da segmentação hospitalar e plano referência.

Subseção IV

Do Plano Hospitalar com Obstetrícia

Art. 22. O Plano Hospitalar com Obstetrícia compreende toda a cobertura definida no artigo 18 desta Resolução, acrescida dos procedimentos relativos ao pré-natal, da assistência ao parto e puerpério, observadas as seguintes exigências:

I - cobertura das despesas, incluindo paramentação, acomodação e alimentação, relativas ao acompanhante indicado pela mulher durante:

a)pré-parto;

b)parto; e

c)pós-parto imediato por 48 horas, salvo contra-indicação do médico ou até 10 dias, quando indicado pelo médico assistente;

II - cobertura assistencial ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do beneficiário, ou de seu dependente, durante os primeiros 30 (trinta) dias após o parto; e

III - opção de inscrição assegurada ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do beneficiário, como dependente, isento do cumprimento dos períodos de carência, desde que a inscrição ocorra no prazo máximo de 30 (trinta) dias do nascimento ou adoção.

Parágrafo único. Para fins de cobertura do parto normal listado nos Anexos, este procedimento poderá ser realizado por enfermeiro obstétrico habilitado, conforme legislação vigente, de acordo com o artigo 4º desta Resolução.

Subseção V

Do Plano Odontológico

Art. 23. O Plano Odontológico compreende a cobertura de todos os procedimentos listados no Anexo I desta Resolução Normativa para a segmentação odontológica.

§ 1º Os procedimentos buco-maxilo-faciais que necessitem de internação hospitalar não estão cobertos pelos planos odontológicos, porém têm cobertura obrigatória no plano de segmentação hospitalar e plano-referência.

§ 2º Nas situações em que, por imperativo clínico, o atendimento odontológico necessite de suporte hospitalar para a sua realização, apenas os materiais odontológicos e honorários referentes aos procedimentos listados no Anexo I para a segmentação odontológica deverão ser cobertos pelos planos odontológicos.

§ 3º É obrigatória a cobertura dos atendimentos caracterizados como urgência e emergência, conforme normas específicas vigentes sobre o tema.

CAPÍTULO III

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 24. As operadoras de planos privados de assistência à saúde devem comunicar em linguagem clara e acessível, preferencialmente por escrito, aos beneficiários ou contratantes de planos de saúde quanto às alterações nas coberturas obrigatórias, notadamente quanto às inclusões e exclusões de procedimentos e eventos em saúde.

Parágrafo Único - As comunicações de que tratam o caput deste artigo deverão ser disponibilizadas em formato acessível, respeitando-se as especificidades dos beneficiários que se apresentem na condição de pessoa com deficiência, em especial as com deficiência visual e/ou auditiva.

Art. 25. Para fins desta RN e seus anexos aplica-se o disposto no artigo 21 do Decreto nº 8.077, de 14 de agosto de 2013, o qual determina que, mediante solicitação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS - CONITEC, a ANVISA poderá emitir autorização de uso para fornecimento, pelo SUS, de medicamentos ou de produtos registrados nos casos em que a indicação de uso pretendida seja distinta daquela aprovada no registro, desde que demonstradas pela CONITEC as evidências científicas sobre a eficácia, acurácia, efetividade e segurança do medicamento ou do produto para o uso pretendido na solicitação.

Art. 26. Na hipótese de entrada em vigor de norma da ANVISA que estabeleça a obrigatoriedade da utilização dos testes de detecção de ácidos nucleicos (NAT) como exame de qualificação no sangue de doadores, esta norma se aplicará à cobertura nos planos privados de assistência à saúde, e sua aplicabilidade será imediata, ainda que esta norma entre em vigor antes de 2 de janeiro de 2014.

Art. 27. O Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde deverá ser revisto periodicamente a cada 2 (dois) anos, podendo ser atualizado a qualquer tempo, segundo critérios da ANS.

Art. 28. Será constituído pela ANS um Comitê permanente para análise das questões pertinentes à cobertura assistencial obrigatória a ser assegurada pelo Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde.

Art. 29. Esta Resolução Normativa e seus Anexos estarão disponíveis para consulta e cópia no endereço eletrônico da ANS na Internet (www.ans.gov.br).

Art. 30. Ficam revogadas a RN nº 211, de 11 de janeiro de 2010, a RN nº 262, de 1 de agosto de 2011, a RN nº 281, de 19 de dezembro de 2011 e a RN nº 325, de 18 de abril de 2013.

Art. 31. Esta Resolução entra em vigor no dia 2 de janeiro de 2014.

ANDRÉ LONGO ARAÚJO DE MELO

Diretor-Presidente