

Recusas por planos de saúde e a garantia de atendimento por intervenção judicial

Identificação:

Grande área do CNPq: Ciências Sociais Aplicadas.
Área do CNPq: Direito.
Título do Projeto: O direito civil na pós-modernidade jurídica.
Professor Orientador: Lucas Abreu Barroso.
Estudante PIBIC/PIVIC: Karoline Tavares Vitali.

Resumo: Na sociedade pós-moderna em que vivemos, o avanço científico-tecnológico tem sido cada vez mais rápido e gerado não apenas melhorias, mas também inúmeros riscos. Há predomínio da incerteza em relação ao futuro, e quais enfermidades o desenvolvimento poderá trazer. Essa incerteza, aliada ao deficitário sistema público de saúde brasileiro, tem proporcionado o crescimento dos planos de saúde, espécies de seguros que trazem a sensação de que, caso alguma enfermidade nos sobrevenha, tais convênios arcarão com os custos do tratamento, e proporcionarão um atendimento integral e de qualidade. Nesse contexto, a presente pesquisa traz a problemática das recusas de cobertura, pelos planos de saúde, de serviços que se mostrem necessários aos seus clientes, e a atuação do Poder Judiciário quando essas situações são levadas ao conhecimento do Estado-Juiz. Por meio de um estudo da interação dos institutos jurídicos com a saúde, e com a atuação dos planos de saúde na prevenção e no tratamento de doenças, este projeto visa demonstrar, utilizando o método indutivo-problemático, as insuficiências do direito na complexa e dinâmica sociedade em que está inserido, e sugerir mecanismos para a efetividade do direito à saúde.

Palavras-chave: Direito à saúde; Planos de saúde; Recusa de cobertura; Judicialização do direito à saúde.

1 – Introdução

Na sociedade pós-moderna vivenciamos um rápido avanço científico-tecnológico em diversas áreas, como informática, comunicação, transportes, medicamentos etc. No entanto, esse vertiginoso desenvolvimento traz consigo não apenas melhorias, mas também inúmeros e imensuráveis riscos. Soma-se a isso o fato de que sua respectiva organização da vida social faz surgir outras tantas situações danosas. Tudo isso e mais as condições ambientais e genéticas cada vez mais desequilibra o estado psicossomático e orgânico dos indivíduos, contribuindo para a deterioração da qualidade de vida.

Jean-Pierre Dupuy, em dado momento de sua principal obra, nos faz compreender que a saúde é a capacidade da pessoa autonomamente controlar suas possibilidades de vida e conseguir se adaptar às modificações acidentais do ambiente, bem como de recusar situações adversas. Assim, as doenças seriam basicamente um sinal de que o homem não está se adaptando ao meio no qual está inserido.

Trazendo a discussão para o contexto da previsão constitucional do direito à saúde como um direito de todos e dever do Estado, é clarividente que o sistema público de saúde não tem conseguido atender à demanda das diversas comunidades brasileiras.

Neste ponto, impende salientar que o financiamento da saúde pelo Estado surgiu após o fim da II Guerra Mundial, com o Estado do Bem-Estar Social, como resposta às reivindicações dos empresários desinteressados em arcar com os gastos relacionados à saúde de seus empregados e diante da impossibilidade de as famílias destes assumirem tais despesas. Entretanto, o Estado tem privilegiado o setor privado, através da adoção do modelo médico-assistencial privatista, remunerando quem se disponha a prestar serviços de assistência médica. Verificou-se, então, um fortalecimento e crescimento deste setor, em detrimento da saúde pública.

Dessa forma, no final da década de 1970, constatou-se a consolidação, como uma alternativa de assistência médica, dos planos de saúde. Estes, caracterizam-se como uma espécie de seguro, recebendo pagamentos periódicos de seus conveniados, a fim de assumir a obrigação de arcar com suas despesas relativas a tratamentos e procedimentos médicos e hospitalares.

As incertezas do futuro, aliadas ao receio de não poder arcar com as despesas de um tratamento médico privado e de ficar à mercê do deficiente sistema público de saúde brasileiro, criou um campo fértil para o crescimento dos planos de saúde, os quais trazem a sensação – muito mais psíquica do que real – de que caso alguma adversidade nos acometa, tais convênios arcarão com os gastos necessários, e ainda, de que a utilização da rede de médicos particulares e das tecnologias oferecidas pelos planos de saúde trarão resultados mais satisfatórios.

Entretanto, até a década de 1990, não havia qualquer regulamentação da atividade das empresas de planos e seguros de saúde. Somente em 1996, com a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), e em 1998, com a Lei n. 9.656, estabeleceu-se algumas normas relacionadas à atuação dos planos e seguros de saúde, trazendo uma sensação de segurança um pouco maior para o consumidor.

Atualmente, cerca de 25% (vinte e cinco por cento) da população brasileira possui planos e seguros de saúde. No entanto, tal contratação tem sido realizada por meio dos contratos de adesão, nos quais as cláusulas já estão predispostas. O uso desse modelo contratual facilita a utilização, pelos planos de saúde, de cláusulas abusivas, como a exclusão de cobertura do tratamento de determinadas doenças, realização de certos procedimentos etc., cláusulas estas que destoam, muitas vezes, da própria modalidade de cobertura contratada pelo conveniado.

Com efeito, os planos podem vir a recusar a cobertura de determinados procedimentos ou tratamentos de que o conveniado necessita, frustrando suas expectativas e a ideia de segurança que o levou a contratar. Há casos, ainda, em que os planos não liberam a realização de determinado procedimento, independentemente de cláusula de exclusão que verse sobre o assunto, ou autorizam a realização de uma cirurgia e, contudo, não autorizam a cobertura dos custos dos materiais a serem utilizados, inviabilizando, portanto, a realização do procedimento. E, infelizmente, tendo em vista a dificuldade de fiscalização das operadoras de planos de saúde e dos convênios que as mesmas oferecem, tais cláusulas abusivas somente vêm à tona quando tais situações acontecem.

Nestes casos, é comum que os contratantes levem suas frustrações ao Poder Judiciário, muitas vezes com o pedido de antecipação de tutela, ansiando ver a realização de seu direito e ter acesso ao tratamento de que necessita, sem que precise se submeter ao sistema público de saúde.

Entretanto, é inegável a dificuldade do campo jurídico em lidar não apenas com os riscos e os danos à saúde, seja na prevenção ou efetiva reparação desses, mas também com os mecanismos e as instituições que se dispõem a enfrentá-los, como os planos de saúde, no estabelecimento de medidas que evitem determinados comportamentos desses que acabam por ocasionar a judicialização dos mesmos.

2 – Objetivos

A presente pesquisa tem como objetivo investigar as razões das negativas de cobertura por parte dos planos de saúde, bem como verificar a atuação do Poder Judiciário na garantia de atendimento aos clientes prejudicados.

Além disso, pretende demonstrar as insuficiências do direito diante da complexidade da sociedade pós-moderna, em especial no que tange ao direito à saúde e às demandas judiciais que visam a sua efetividade em face da atuação das operadoras do sistema de saúde suplementar, ao passo em que visa, também, contribuir com sugestões jurídicas possíveis para amenizá-las e reduzir os conflitos provocados pela atuação das operadoras de planos de saúde.

3 – Metodologia

Considerando as complexidades da sociedade pós-moderna e o direito como conhecimento prático em constante transformação, a pesquisa adotou a linha crítico-metodológica. E tendo em vista a necessária afirmação da liberdade e da solidariedade na sociedade em que nosso direito está inserido, adotou-se doutrinariamente a vertente jurídico-teórica.

Para alcançar os objetivos desta pesquisa, foi utilizado o método indutivo-problemático, no qual se buscou identificar os problemas reais a serem enfrentados, a partir de dados particulares e localizados, direcionando-os à elaboração de constatações gerais e traçando os pontos de contato entre eles e o direito.

Buscando aproximar os resultados desta pesquisa com a realidade vivenciada pela sociedade na qual estamos inseridos, foi realizada uma pesquisa de campo, cujos resultados foram apurados qualitativamente, através de questionário, o qual fora distribuído fisicamente no campus da Universidade Federal do Espírito Santo e para alguns servidores do Poder Judiciário do Espírito Santo, e também disponibilizado na internet¹, para receber respostas por meio do Google Forms, sistema que disponibilizou, apenas para a autora do questionário, as respostas dos entrevistados tanto na forma de planilha, como em gráficos, facilitando a apuração percentual das respostas.

As perguntas formuladas no mencionado questionário visavam apurar: a) a real motivação da celebração, ou não, de contratos de planos e seguros saúde; b) as expectativas dos consumidores em

¹ Através do link: https://drive.google.com/open?id=1r3ZeO9VC9d91JcixrKNnDiHX_0YmdXpa1gsVg_wcDOW

relação aos planos de saúde; c) a frequência da ocorrência de desrespeito ao direito do consumidor, ora paciente; d) se os consumidores, ao menos, já ouviram falar da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); e) a frequência com a qual esses casos são levados ao conhecimento da ANS f) se a atuação da mencionada agência reguladora foi eficiente e suficiente para a resolução do conflito; g) a assiduidade com que há a judicialização desses conflitos e, ainda, se ela ocorre de imediato ou posteriormente à eventual reclamação à ANS; h) qual a frequência, nesses processos, de pedido de tutela antecipada, e em quantos ela é deferida; i) a satisfação dos usuários de planos de saúde com seus respectivos planos e f) qual o fator que mais influencia nas negativas de plano de saúde, na opinião dos usuários de planos de saúde, bem como daqueles que não possuem qualquer seguro como esse.

Durante a fase de teste da pesquisa, diante da dificuldade dos entrevistados, sobretudo daqueles que não estavam inseridos no ramo do direito, em responder aos questionamentos, detectou-se a necessidade de modificar algumas perguntas, bem como retirar outras, o que foi realizado sem perder de vista os objetivos da pesquisa de campo.

Além disso, considerando a influência da jurisprudência dos tribunais nos diversos setores da sociedade, que vai desde a prevalência de determinado entendimento no caso concreto, passando pela resolução de outras demandas à luz do mesmo parecer, até a (des)construção de valores e comportamentos sociais², esta pesquisa, sob o prisma da teoria do risco, investigou a atuação do poder judiciário, envolvendo o direito civil e o direito processual, a partir da análise de decisões judiciais e recomendações do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) relacionadas com seu objeto de estudo, bem como do papel dos planos de saúde e a atuação da ANS.

4 – Resultados e Discussões

No decorrer da pesquisa, deparamo-nos com a necessidade de deixar suas conclusões mais próximas da realidade, e de apurar se a motivação dos contratos de planos de saúde e as expectativas dos clientes em relação a esses eram realmente aquela que imaginávamos ou a que as doutrinas apontavam como tal.

Por essa razão, foi realizada uma pesquisa de campo, na forma de questionário, na qual foram entrevistadas 152 (cento e cinquenta e duas) pessoas, cujos resultados foram conjugados com a pesquisa doutrinária e jurisprudencial realizadas.

Nesse contexto, importa destacar que 77,6% dos entrevistados possuíam plano de saúde. Desses, 83,1% afirmaram que contrataram um plano de saúde por questão de segurança, pois um dia podem ficar doentes e não querem ficar à mercê do sistema público de saúde e, com um plano de saúde conseguiriam atendimento médico e hospitalar de qualidade na prevenção e tratamento de doenças. Ainda, 86,4% dos respondentes que possuíam plano de saúde asseveraram que esperam de tais modalidades de seguro uma cobertura completa, com o que for preciso para cuidar adequadamente de sua saúde, inclusive eventuais tratamentos e procedimentos complexos e de alto custo.

² TRETTEL, Daniela Batalha. *Planos de saúde na visão do STJ e do STF*. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 75.

De se ressaltar que, dos entrevistados que possuíam plano de saúde, 46,6% não consideraram a possibilidade de utilizar o SUS para a realização de algum exame, procedimento ou tratamento. Além disso, quando indagados acerca do preço pago pelo plano de saúde, a alternativa que mais recebeu respostas foi a que o considerava caro, pois o consumidor quase não utiliza os serviços por ele oferecidos (31,4%), tendo 47,5% dos respondentes afirmado, ainda, que os reajustes de planos de saúde ocorrem em percentuais muito altos.

Saliente-se também, que não obstante a importância do papel da ANS na regulamentação e fiscalização dos planos de saúde, nem todos aqueles que possuíam tal seguro conheciam a mencionada autarquia. 22,9% sequer tinham ouvido falar dela e, dos que a conheciam, apenas 7,6% já tinha registrado alguma reclamação no órgão, enquanto 8,5% já ingressaram com alguma ação judicial contra um plano de saúde. Importante mencionar, ainda, que em 60% dos entrevistados que já ajuizaram uma ação contra seu plano de saúde pleitearam a antecipação da tutela pretendida, sendo a mesma deferida para todos eles.

Já dos 22,4% que disseram não possuir plano de saúde, 93,8% afirmou que se desaparecessem dificuldades financeiras, contratariam um plano de saúde. Outrossim, 70,6% daqueles que atualmente não possuíam plano de saúde, já tiveram um, mas 47,8% desses afirmaram que seu plano não atendia às suas expectativas.

Além disso, 66,1% daqueles que possuem planos de saúde, e 76,5% dos que não possuem, acreditam que o alto custo do serviço solicitado pelo usuário é o motivo que mais influencia na negativa de cobertura dos planos de saúde.

No que concerne à pesquisa doutrinária, essa possibilitou a percepção de que os contratos hoje regulamentados por nosso ordenamento jurídico são de cunho eminentemente patrimonial, e não levam em conta a importância – patrimonial ou existencial – do objeto do negócio jurídico para os contratantes. Sabe-se, também, que o fenômeno da massificação dos contratos deu origem a uma nova modalidade contratual, qual seja, os contratos de adesão, dentro dos quais estão inseridos os contratos de planos de saúde.

No que tange especificamente a essa modalidade contratual, que traduz uma relação de consumo na forma de um contrato de adesão, há algumas peculiaridades que devem ser levadas em consideração.

Em primeiro lugar, nela as cláusulas são unilateralmente estabelecidas pela empresa de planos de saúde, cabendo ao consumidor simplesmente aceitá-las ou rejeitá-las, sem qualquer possibilidade de discussão do conteúdo do instrumento. Tal característica implica em um desequilíbrio flagrante na relação contratual: o consumidor, não tendo qualquer poder de discussão, podendo apenas aceitar as cláusulas impostas pelo fornecedor dos serviços ou procurar outro fornecedor, caracteriza-se como a parte vulnerável, hipossuficiente da relação contratual. De se destacar que o mencionado desequilíbrio contratual não se dá apenas no plano jurídico, mas também no fático. Como demonstrado através da pesquisa de campo realizada, a grande maioria dos beneficiários de planos de saúde o são por questão de “segurança”. Em razão das incertezas inerentes à sociedade de risco em que vivemos, eles procuram essa modalidade de seguro para não ficar à mercê do deficiente sistema de saúde pública brasileiro e tampouco arcar com os elevados custos de eventual tratamento médico. De certa forma, dependem de seus planos de saúde para a manutenção de sua boa saúde, ou para a realização de tratamento que possa lhe garanti-la.

Deve-se ponderar também acerca do objeto do contratual, o qual não possui um conteúdo meramente patrimonial, como ocorre na maioria dos contratos. Ao contrário, esse, por visar garantir a saúde e, por conseguinte, a vida do consumidor, possui natureza existencial, sendo seu objeto, indubitavelmente, essencial à própria existência do paciente, ora consumidor.

Assim, por se mostrar uma relação contratual desequilibrada, na qual uma das partes encontra-se em situação de vulnerabilidade, e dada a essencialidade do objeto do contrato de plano de saúde para o consumidor, tal relação contratual deve receber, também, um tratamento diferente daquelas que já nascem equilibradas, e daquelas que possuem objeto de cunho patrimonial.³

Felizmente, em geral, os tribunais têm adotado uma postura garantista, com vistas a proteger o consumidor, assegurando o atendimento desse por seu respectivo plano de saúde e, conseqüentemente, a proteção de sua saúde e sua vida. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) também tem desempenhado importante atuação nesse cenário, principalmente após a edição da Recomendação nº 31, por meio da qual sugeriu que os tribunais criassem varas especializadas em saúde, para que tais demandas tenham maior celeridade e efetividade.

Na pesquisa jurisprudencial realizada, verificou-se que a grande maioria dos acórdãos proferidos pelos principais tribunais pesquisados, quais sejam, o Supremo Tribunal Federal (STF), o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJES) versam sobre negativas de planos de saúde, sejam elas de tratamento, exames ou procedimentos, sob as mais diversas justificativas, sendo as principais as de que o serviço pleiteado não encontra-se no rol da ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar), não foi abrangido pelo contrato ou esse previu expressamente que não o cobriria ou, ainda, o serviço foi pleiteado durante o tempo de carência.

Nesse contexto, cabe mencionar que ao longo dos anos, o STJ tem reafirmado a essencialidade do bem contratado pelos planos de saúde e, para salvaguardar a saúde do paciente e, em alguns casos, até mesmo a vida, determinam que os planos de saúde custeiem o tratamento negado ao seu cliente, seguindo o TJES a mesma linha.

Quanto à postura do STF, há algumas observações que serão realizadas mais à frente.

Fato é que quanto à primeira justificativa apontada, já está consolidado que o rol da ANS é meramente exemplificativo, constituindo-se na cobertura mínima a ser oferecida. Assim, a não inclusão de algum procedimento nesse rol não é argumento apto a isentar o plano de realiza-lo.

Além disso, caso o contrato ofereça cobertura para determinada doença, mas recuse algum procedimento destinado a tratar ou curar a doença por ele abrangida, a negativa afigura-se abusiva, e a limitação do tratamento, nula, uma vez que é vedado aos planos “[...] indicar quais as opções terapêuticas e os procedimentos que estão abarcados pelo Contrato, em detrimento da garantia de acesso a técnicas mais modernas e avançadas, reputadas adequadas ao tratamento do paciente [...]”⁴, e além disso, consoante o entendimento do STJ, o plano de saúde deve fornecer ao consumidor “[...] o tratamento mais

³ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; SCHIMDT, Ayeza. A essencialidade do bem contratado em planos de saúde. In: Crithian Magnus de Marco, Maria Cristina Cereser Pezzella, Wilson Steinmetz (Org.). *Direitos fundamentais civis: teoria geral e mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha*: Tomo I. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013, p. 204-206.

⁴ TJES, Voto do Rel. Desembargador. Fábio Nery Brasil, no julgamento de Agravo Interno interposto na AP Nº 0029504-29.2013.8.08.0024, em 28/07/2015, p. 6.

moderno e adequado, em substituição ao procedimento obsoleto previsto especificamente no contrato. A interpretação das cláusulas contratuais deve favorecer a extensão dos direitos do consumidor. [...]”⁵

De se ressaltar, ainda, a verificação de diversas demandas nas quais o plano de saúde não negou a internação, mas limitou-a a determinado tempo, asseverando que não cobriria mais os gastos a partir do 30º dia de internação (especificação mais frequente). O STJ considera tal prática abusiva e, portanto, nula, uma vez que não é possível predeterminar o tempo que o paciente de fato precisará ficar sob cuidados médicos no hospital e, retirá-lo de lá enquanto esse ainda necessita de tais cuidados, além de não ser razoável, representa uma afronta à saúde e à vida do paciente.

A reiteração dessas demandas fez com que o STJ, em 2002, editasse a Súmula 302, a qual dispõe, *in verbis*: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.”. Ainda assim, mesmo após a edição da mencionada Súmula, são frequentes os casos levados à justiça nos quais os planos de saúde tentam limitar o tempo de internação, por cláusulas predispostas nos contratos: somente entre os meses de fevereiro a junho do corrente ano, por exemplo, foram proferidas 12 (doze) decisões pelo STJ, em processos que versavam sobre a questão da limitação do tempo de internação do paciente⁶. O entendimento dos tribunais, permanece o mesmo: tais cláusulas são abusivas, e portanto, nulas.

Diante disso, surgem diversos questionamentos. É certo que a abusividade de determinadas cláusulas só podem ser apuradas no caso concreto, e portanto, quando são levadas ao Poder Judiciário. Entretanto, a abusividade da cláusula que limita o tempo de internação do paciente salta aos olhos, não se configurando apenas em determinados casos, mas em toda e qualquer situação que possa incidir.

Pois bem. Da análise da Lei n. 9.961/2000, que instituiu a ANS, verifica-se que, consoante seu artigo 4º, compete à ANS, dentre outras coisas, “[...] XXIII - fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento; [...] XXVI – fiscalizar a atuação das operadoras e prestadores de serviços de saúde com relação à abrangência das coberturas de patologias e procedimentos; XXVII – fiscalizar aspectos concernentes às coberturas e o cumprimento da legislação referente aos aspectos sanitários e epidemiológicos, relativos à prestação de serviços médicos e hospitalares no âmbito da saúde suplementar; [...]”.

Assim, em suma, deve a ANS fiscalizar a atividade das operadoras de planos de saúde, em relação à abrangência das coberturas por elas oferecidas, inclusive no que tange à prestação de serviços médico-hospitalares. Então, por que não identificar cláusulas que são evidentemente abusivas antes da incidência dessas? Ou ainda, antes da apresentação do contrato de adesão ao consumidor? Entendemos que, medidas preventivas como essa, confere maior segurança ao paciente e à própria relação contratual, que terá suas chances de ser judicializada reduzida.

Outra indagação que se apresenta diante das negativas de cobertura dos planos de saúde é se esses são obrigados a cobrir todo e qualquer tratamento ou procedimento que o seu cliente necessite.

⁵ STJ, REsp 1106789/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 18/11/2009.

⁶ AgRg no AREsp 623162/DF; AgRg no AREsp 208417/SP; AgRg no AREsp 654792/RJ; AgRg no AREsp 614411/DF; AgRg no REsp 1200821/RJ; AgRg no AREsp 614326/SP; AgRg no REsp 665631/RJ; AgRg no AREsp 627782/RJ; REsp 1458886/SP; AREsp 697913/RJ; REsp 1414958/PR; REsp 1207365/MG.

Como já mencionado, 86,6% dos entrevistados na pesquisa de campo realizada que possuíam plano de saúde, afirmaram que esperam que tal seguro custeie quaisquer serviços médico-hospitalares que precisarem para cuidar adequadamente de sua saúde, incluindo procedimentos e tratamentos complexos e de alto custo.

Trata-se, entretanto, de questão demasiadamente delicada, pois pode colocar em risco a própria atividade econômica desenvolvida pelos planos de saúde, principalmente se o valor que o consumidor está disposto e pode pagar não for compatível com uma cobertura completa em caso de sinistro.

Sobre o tema, a Ministra Nancy Andrighi proferiu voto (o qual restou vencido) no julgamento do REsp nº 319.707/SP, publicado em 2002, no qual discutia-se a negativa de cobertura de um transplante de fígado. Nele, a Ministra, citando Cláudia Lima Marques, pondera de forma brilhante sobre o tema, aduzindo que a finalidade do contrato de plano de saúde é garantir a saúde do segurado contra evento futuro e incerto, através do assentimento da operadora do dever de prestar serviços médicos necessários à cura, mediante pagamento do cliente, que se dá mensalmente, durante anos, segundo as instruções da operadora, usufruindo ou não dos serviços durante esse intervalo de tempo, a depender da ocorrência ou não de evento danoso à saúde. Assim, à primeira vista, a exclusão da cobertura de determinado procedimento médico fere a finalidade básica do contrato, principalmente se este for essencial para garantir a saúde e a vida do segurado.

Prossegue a Ministra asseverando que a negativa de cobertura do tratamento pleiteado deixou o segurado em extrema desvantagem em relação ao fornecedor. Assim, consoante os art. 51, §1º, II, do CDC, a cláusula que, *in casu*, excluiria a cobertura do transplante pode ser considerada inválida, eis que restringe direitos ou obrigações inerentes à natureza do contrato, ao afrontar sua própria finalidade, e por aplicação do art. 51, IC, CDC, por colocar o segurado em relação de desvantagem à seguradora.

Afirma, ainda, que o segurador não responde pelos riscos que não assumiu, e caso determine-se o aumento dos riscos cobertos, poder-se-ia dizer que haverá ruptura do equilíbrio contratual.

Estão em confronto, portanto, de um lado o direito à saúde, constitucionalmente assegurado, estando entre aqueles de maior importância para o ser humano. Referido direito, no caso em comento, encontrava-se garantido pela assunção dos riscos pela seguradora. De outro lado, está o direito ao lucro dessa. Ambos devem ser sopesados, para que se lhes possa garantir efetividade, observada a relevância de cada um para o ordenamento jurídico e para a sociedade.

Concluiu a Ministra Nancy que a saúde é superior à qualquer direito de natureza patrimonial ou econômica. Por sua vez, o direito ao lucro deve ser resguardado na medida em que obtido com a prestação de serviço adequado, a saber, aquele que possibilita a garantia da saúde por inteiro, com o tratamento médico necessário e de qualidade.⁷

Entretanto, o acórdão não conheceu do Recurso Especial, sob o argumento de que não há como impor à seguradora responsabilidade por cobertura que tenha sido excluída do contrato por “cláusula expressa e de fácil verificação”.

Nesse diapasão, entre o que se espera de um plano de saúde e o que de fato é oferecido ao cliente, deve-se fazer mais algumas ponderações.

⁷ STJ, voto da Rel. Ministra Nancy Andrighi no julgamento do REsp 319.707/SP, em 07/11/2002.

Como visto anteriormente, 83,1% dos entrevistados que possuíam plano de saúde afirmaram que contrataram tal seguro por questão de segurança, afinal, um dia podem ficar doentes e não querem depender do sistema público de saúde. Ainda, 86,3%, esperam uma cobertura completa de seus planos de saúde. Apesar disso, há que se destacar que uma das principais dificuldades encontradas na fase de teste da pesquisa de campo realizada foi justamente a delimitação, pelos entrevistados, da cobertura por eles contratada. Verificou-se que grande parte daqueles que participaram da mencionada fase, após asseverar que não sabiam realizar tal delimitação, afirmavam que “achavam” ser determinada alternativa e marcavam-na, ao invés de marcar que não sabiam especificar.

Com o mencionado comportamento observado, e diante de o mesmo prejudicar os resultados da pesquisa, decidiu-se retirar do questionário a pergunta que versava sobre o assunto, uma vez que a ausência dessa não interferiria nos objetivos pré-determinados para a pesquisa de campo.

Apesar de sua demonstrada relevância na contratação de planos de saúde, o Direito brasileiro não erigiu a causa do contrato (objetivamente apurada) como um dos elementos desse.

No entanto, no art. 421 do Código Civil, aponta a função social do contrato como a razão e o limite desse e, no art. 422, elegeu a boa-fé objetiva como cláusula geral dos contratos, a ser observada tanto em sua conclusão, como na sua execução.

O instituto da boa-fé se traduz numa regra de conduta adotada pelas codificações, cuja origem está no Direito Romano. Nele, a boa-fé (*bona fides*) significava a fidelidade à palavra dada, com dever de cumprimento da promessa. A expressão *fides* revela, ainda, que o promitente deveria cumprir o contrato não apenas de acordo com o que conteúdo escrito do mesmo, mas também consoante o espírito da contratação, a intenção com que a mesma fora realizada.

Atualmente, a boa-fé divide-se em subjetiva e objetiva. A primeira diz respeito a um estado de psicológico do indivíduo, no qual esse acredita sinceramente ser titular de um direito, ignorando ou desconhecendo qualquer circunstância apta a impedir a realização do negócio jurídico pretendido. Por sua vez, a boa-fé objetiva, aplicável aos contratos, inclusive aos contratos de adesão, como os de planos de saúde, caracteriza-se por uma atuação das partes segundo os padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não frustrar a confiança legítima da outra parte, “dando, assim, cumprimento ao que foi objetivado pelo conclave ou situação, possibilitando um equilíbrio e a produção de efeitos positivos que se refletirão para toda a sociedade.”⁸

Dessa forma, boa-fé objetiva, considerada não apenas em sua função interpretativa, que evita que os contratos fiquem adstritos ao significado literal de seu conteúdo⁹, mas principalmente em sua função integrativa, impõe aos negociantes a obrigação de prestar informações verídicas e de respeitar a confiança despertada nos potenciais contratantes.¹⁰

Inserindo-a no contexto dos planos de saúde, o fornecedor, segundo os ditames da boa-fé objetiva, tem o dever de informar ao consumidor qual a cobertura exata que o plano que esse está contratando oferece e não oferece. Não basta exprimir a cobertura em cláusulas no contrato, pois, quando estas são

⁸ SILVA, Josane Suzart Lopes da. *Planos de saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 484.

⁹ *Ibidem*, p. 494.

¹⁰ BARROSO, Lucas Abreu; MORRIS, Amanda Zoe (Coord.). *Direito dos Contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 68.

lidas pelos clientes, nem sempre são compreendidas em sua totalidade. Assim, deve a seguradora esclarecer as especificidades do plano contratado ao consumidor, para que esse saiba a cobertura que está aderindo e não contrate determinada modalidade de seguro acreditando que está contratando outro, e tampouco seja surpreendido com negativas de cobertura, tendo a causa de sua contratação frustrada.

No que tange à função social do contrato, essa persegue a realização da justiça e do interesse social através dos contratos, interferindo diretamente no conteúdo desses. Trata-se de um dever geral de conduta, que se realiza ao possibilitar a convivência harmônica dos interesses das partes e os interesses coletivos no instrumento contratual, conferindo a esse dupla função: individual e social. Assim como os demais princípios jurídicos, a função social do contrato não é de aplicação supletiva ou eventual, mas deverá ser sempre observada pelas partes.¹¹

Dessa forma, uma vez que o mencionado princípio impede que o contrato “se desvie do fim pelo qual se tornou reconhecido, difundido e útil perante a sociedade”¹², pode-se concluir que, a proteção conferida ao interesse social nos contratos, através do princípio da função social do contrato, acaba por tutelar, também, a causa do negócio jurídico.¹³

Por fim, o STF, infelizmente, ao analisar demandas relativas a negativas de planos de saúde utiliza-se de jurisprudências defensivas já há alguns anos, invocando as Súmulas 279 e 454, e não se pronunciando sobre o mérito da causa, sob a alegação de que as recusas de cobertura violam a Constituição Federal apenas de maneira reflexa.

Sabe-se, entretanto, que o direito fundamental social à saúde, previsto no art. 196 da CF, não se realiza apenas no âmbito público. Com a abertura dada pelo art. 199 da CF à iniciativa privada na assistência à saúde, referido direito deve ter eficácia no âmbito privado também.

Assim, o contrato de plano de saúde apresenta-se como uma forma de efetivação do direito fundamental à saúde. Dessa forma, as negativas indevidas de planos de saúde em custear serviços necessários à manutenção da saúde de seus clientes, principalmente em um contexto no qual o sistema de saúde pública não funciona bem, não é uma ofensa reflexa à Constituição, mas sim direta, posto que acaba por atingir diretamente o direito fundamental social à saúde dos pacientes.

5 – Conclusões

Juntamente com o rápido avanço tecnológico, a sociedade pós-moderna traz consigo inúmeras situações de risco a que os indivíduos são diariamente expostos e crescentes incertezas. Não se sabe as efetivas melhorias trazidas por determinadas tecnologias na área alimentícia ou na de medicamentos, por exemplo, ou os possíveis danos, também causados por elas.

Nesse cenário, cresceram também as demandas da sociedade relacionadas à saúde. Entretanto, o sistema de saúde fornecido pelo Estado brasileiro é precário e ainda se revela insuficiente para atendê-las, o que vem fortalecendo cada vez mais os planos de saúde.

¹¹ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 69.

¹² SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A repercussão da causa na teoria do negócio jurídico: um paralelo com a função social dos contratos. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, 58, p. 147-171, 2013, p. 169.

¹³ *Ibidem*.

Os resultados desta pesquisa demonstraram que a principal causa da busca e contratação de planos de saúde é justamente a sensação de segurança por eles trazida, de que, caso algum mal atinja a saúde do indivíduo, esse lhe dará acesso a um atendimento de qualidade no tratamento de doenças e até mesmo na prevenção. Atestou, ainda, que a grande maioria daqueles que possuem tais seguros espera que esses lhes deem uma cobertura completa, com o financiamento de quaisquer procedimentos necessários à manutenção de sua boa saúde.

Entretanto, tal contratação é realizada por meio do contrato de adesão, no qual não há possibilidade de discussão das cláusulas contratuais, que já estão predispostas pelo fornecedor, cabendo ao consumidor apenas aceitá-las ou não. Dessa forma, a relação contratual já nasce desequilibrada, devendo ser dado tratamento desigual às partes a fim de promover a igualdade e reestabelecer o equilíbrio contratual, o que importa, portanto, na maior proteção ao consumidor. Além disso, muitas vezes o cliente não sabe ao certo a cobertura que está contratando, acreditando que está contratando algo que satisfaça suas expectativas, quando, na verdade, o contrato por ele assinado veio recheado de cláusulas, muitas vezes abusivas, que limitam a cobertura a ser dada pelo plano.

Nesse ponto, deve-se salientar que, apesar de a causa do contrato não ter sido elencada como um de seus elementos pelo Direito pátrio, não há dúvidas de que todos os contratos devem encontrar na função social do contrato sua razão e o seu limite, bem como observar a boa-fé objetiva. Essas, respectivamente, impedem que o contrato se desvie do fim pelo qual se tornou reconhecido, e impõe o dever de o fornecedor esclarecer as peculiaridades do contrato ao consumidor, permitindo, portanto, a tutela da causa na relação contratual. Assim, deve o consumidor ser informado, de forma clara, das especificidades incluídas e excluídas do contrato, para que saiba exatamente o que está contratando, para que avalie se atende ou não às suas expectativas, e se realmente deseja firmar o contrato. A omissão de qualquer limitação de cobertura poderá, assim, ensejar a nulidade da mesma ante a inobservância da boa-fé objetiva.

Entretanto, não se quer afirmar que o plano de saúde deve cobrir todo e qualquer tratamento solicitado pelo consumidor, pois essa era a expectativa desse. Tal afirmação é extremamente delicada. Isso porque estão em jogo dois direitos, em lados opostos: o direito fundamental social à saúde, do paciente, ora consumidor, e o direito ao lucro, inerente à atividade da operadora de plano de saúde.

É indubitável que o direito à saúde possui maior relevância e, sempre que colocado em contraposição com o direito ao lucro da seguradora, irá se sobrepor a esse, mas não de modo a aniquilá-lo.

Ademais, entre a expectativa do consumidor e o que de fato é oferecido pela operadora, há o fator preço, que será determinante para saber se o contrato terá ou não uma cobertura completa. Assim, por vezes, o consumidor espera determinada cobertura, mas o seu poder aquisitivo não permite seu ingresso em determinada modalidade que atenda a ela. Quando isso ocorre, comumente adere-se aos planos participativos, nos quais os riscos são divididos entre o plano de saúde e o consumidor, que também pagará determinado valor por usar serviços específicos.

Todavia, em qualquer caso, o consumidor deve ser cientificado, na contratação, das especificidades de sua cobertura, inclusive para evitar que esse contrate determinada cobertura acreditando ser outra. Além disso, se houver previsão de cobertura de determinada doença, não há dúvida

de que o plano de saúde deverá, sim, custear *todo e qualquer* procedimento apto a tratá-la, pois assumiu tal risco.

Deve-se ressaltar também que, dada a essencialidade do objeto contratual, tais negócios jurídicos merecem, ainda, maior intervenção estatal, que se dá através da agência reguladora da saúde suplementar (ANS), e do Poder Judiciário, que interfere diretamente na relação contratual ao declarar a abusividade de determinada cláusula, anulá-la e determinar que o plano de saúde custeie o tratamento anteriormente negado.¹⁴

Fato é que as negativas dos planos em custear alguns tratamentos ainda são recorrentes, assim como a judicialização dessas situações. Outrossim, o judiciário, juntamente com o CNJ, desempenha um importante papel nesse cenário, assegurando o atendimento do consumidor pelo seu plano de saúde e contribuindo para a efetivação do direito fundamental social à saúde no plano privado, à exceção, infelizmente, do STF, que utiliza-se de jurisprudências defensivas, não analisando o mérito de tais demandas, e não reconhecendo que a negativa indevida de cobertura por plano de saúde, mais do que uma questão contratual ou consumerista, representa uma ofensa direta (e não reflexa) à Constituição, ao atingir o direito à saúde em sua essência.

Sabe-se, contudo, que a judicialização não é saudável. Apesar da resposta satisfatória dada pelos tribunais, a necessidade de levar a questão das negativas de planos de saúde ao Poder Judiciário gera uma situação de insegurança e um desgaste de quem já está extremamente fragilizado com a recusa da seguradora, além de contribuir com a morosidade do judiciário.

E medidas preventivas, bem como alternativas à judicialização afiguram-se plenamente possíveis, sobretudo pela ANS. Considerando que grande parte das negativas indevidas se dá pela existência de cláusulas abusivas que limitam a cobertura do plano de saúde, caso a ANS fiscalizasse as coberturas, e suas respectivas limitações, oferecidas aos consumidores, evitar-se-ia a incidência de cláusulas eminentemente abusivas nos contratos, trazendo, inclusive, maior segurança aos consumidores.

Além disso, ampliação de divulgação do órgão e de suas atribuições, principalmente a fiscalizadora, que inclui a imposição de sanções aos planos de saúde, juntamente com o incentivo de realização de levar ao conhecimento da ANS eventuais descumprimentos contratuais e negativas indevidas dos planos, para que medidas sejam tomadas pela mencionada agência reguladora, antes de ajuizar uma ação acerca da questão, revela-se uma potencial alternativa à judicialização da saúde suplementar.

6 – Referências Bibliográficas

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. *Planos de Saúde*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Lucas Abreu; MORRIS, Amanda Zoe (Coord.). *Direito dos Contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BECK, Ulrich. *Vivir en la sociedad del riesgo mundial*. Trad. María Ángeles Sabiote González y Yago Mellado López. Barcelona: Cidob, 2007.

¹⁴ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; SCHIMDT, Ayeza.. Ob. cit., p. 206.

CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Recife: Imprensa Universitária, 1966.

DUPUY, Jean-Pierre. *O tempo das catástrofes: quando o impossível é uma incerteza*. São Paulo: É Realizações Editora, 2011.

ESMERALDI, Renata Maria Gil da Silva Lopes; LOPES, José Fernando da Silva. *Planos de Saúde no Brasil: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrole*. 8. ed. Rio de Janeiro: Record, 2011.

GOMES, Rogério Zuel. *Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HOFMEISTER, Maria Alice Costa. *O dano pessoal da sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005.

MELLO, Marco Aurélio de; CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Coord.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; SCHIMDT, Ayeza. A essencialidade do bem contratado em planos de saúde. In: Cristhian Magnus de Marco, Maria Cristina Cereser Pezzella, Wilson Steinmetz (Org.). *Direitos fundamentais civis: teoria geral e mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha: Tomo I*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013. p. 203-226.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A repercussão da causa na teoria do negócio jurídico: um paralelo com a função social dos contratos. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, 58, p. 147-171, 2013.

SANTOS, Maurício Barbosa dos. *Planos de saúde e o código de defesa do consumidor*. Leme: Cultura Jurídica, 2007.

SILVA, Josane Suzart Lopes da. *Planos de saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

TRETTEL, Daniela Batalha. *Planos de saúde na visão do STJ e do STF*. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.