

FREITAS, Marco Antônio Barbosa de. A responsabilidade civil nos contratos de plano de saúde em face da dupla intervenção estatal neles realizada: a experiência no Estado de São Paulo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.2, 2º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

A RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE EM FACE DA DUPLA INTERVENÇÃO ESTATAL NELES REALIZADA: A EXPERIÊNCIA NO ESTADO DE SÃO PAULO

CIVIL LIABILITY IN THE HEALTH PLAN CONTRACTS IN THE FACE OF THE DOUBLE STATE INTERVENTION IN THEM: THE EXPERIENCE IN THE STATE OF SÃO PAULO

Marco Antônio Barbosa de Freitas¹

Sumário: Introdução; 1 Breve histórico acerca do surgimento das relações de Direito Privado com o intuito de complementar o SUS, incapaz de dar cabo da universalização quantitativa e qualitativa da Saúde; 2 O extremismo da década de 90 (pró-empresas), cotejado com o extremismo da década da virada do milênio (pró-consumidor): a explosão da judicialização potencializada nos anos 10, questionando os limites de cobertura dos planos de saúde; 3 A ampliação da responsabilidade civil nos contratos de planos de saúde oriunda das Resoluções Normativas da ANS; 4 A judicialização incontida: a pedagogia desperdiçada pelo Poder Judiciário; 5 O conflito jurisprudencial por amostragem: o choque filosófico havido entre a Súmula 102 do TJSP, e a Súmula 102 do TRF4, quanto ao alcance da Responsabilidade Civil; Considerações finais; Referência das fontes citadas

RESUMO

O artigo aborda a Responsabilidade Civil nos Contratos de Plano de Saúde em vista da dupla intervenção estatal neles realizada. Por proêmio, apresenta uma breve síntese acerca do surgimento das relações de Direito Privado com o intuito de complementar o SUS, inapto em atender a universalização qualitativa e quantitativa da saúde. A seguir, analisa a explosão de judicialização nos anos de 2010, bem como a ampliação da responsabilidade civil nos contratos de plano de saúde diante das Resoluções Normativas da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. Apresenta, em seguida, considerações acerca da sobrecarga que uma dupla intervenção judicial acarreta em contratos dessa espécie. Por fim, expõe a divergência de entendimento de Tribunais Superiores a respeito do tema de fundo, com ênfase na experiência observada no Estado de São Paulo.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Plano de Saúde; Judicialização; Código de Defesa do Consumidor.

¹ Possui graduação em Bacharelado em Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidade Católica de Santos (1990), Especialização em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Gama Filho (2004) e Mestrado em Direito da Saúde pela Universidade Santa Cecília/SP (2018). Atualmente é professor titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Santa Cecília e Juiz de Direito - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. E-mail: juizmarcoantonio@terra.com.br

ABSTRACT

The article addresses Civil Liability in Health Plan Contracts in view of the double state intervention in them. By start, he presents a brief synthesis about the emergence of private law relations with the aim of supplementing SUS, unfit to meet the qualitative and quantitative universalization of health. Next, it analyzes the explosion of judicialization in the years of 2010, as well as the extension of civil responsibility in the contracts of health plan before the Normative Resolutions of the National Agency of Supplementary Health - ANS. It then presents considerations of the overload that double judicial intervention entails in contracts of that kind. Finally, it exposes the divergence of understanding of High Courts regarding the underlying theme, with emphasis on experience in the State of São Paulo.

Keywords: *Civil Liability; Health Plan; Judiciary; Consumer Protection Code*

INTRODUÇÃO

Reconhecida expressamente como direito fundamental na Constituição Federal de 1.988, a saúde apresenta contornos jurídicos a serem desvelados com o escopo de se refletir sobre as relações oriundas desse direito, mormente as decorrentes de contrato de assistência privada à saúde, objeto de crescente judicialização.

Nessa esteira, o presente artigo propõe uma visão analítica acerca da amplitude da responsabilidade civil das operadoras dos planos de saúde, e a consequente sustentabilidade do mercado frente ao impacto econômico que decorre da dupla intervenção estatal advinda, inicialmente, das resoluções normativas da agência nacional de saúde, e, num segundo momento, dos julgamentos e entendimentos jurisprudenciais proferidos em milhares de ações judiciais relativas ao tema.

Com efeito, é natural que nossa vivência, em que preponderantemente ocupamos a condição de consumidores dessa espécie de serviço, nos ponha numa posição em que fiquemos subjetivamente vinculados a um olhar bélico em relação às empresas contratadas para esse fim, já que não raro o litígio emerge justamente da fricção que há entre os limites de ação de contratante e contratada.

Por outro lado, é inegável que a grande maioria da população utiliza a assistência privada à saúde em razão do latente sucateamento do sistema público, situação

ainda mais evidente em momentos de crise econômica que, mais recentemente, temos experimentado.

Nesse passo, impende consignar que esse cenário caótico da saúde pública no Brasil propiciou a crescente demanda pelos planos privados de serviços nessa área, que passou a ganhar corpo no início dos anos 90, ensejando a indispensável regulamentação do setor, só iniciada concretamente, entretanto, cerca de uma década depois.

A ideia, portanto, é a de que, ao menos durante esta reflexão, procuremos encontrar a sintonia fina que resulte em delicado equilíbrio entre dois indesejados extremos: os exageros inicialmente praticados, de um lado, pelas empresas que prestam serviços na área da saúde, e de outro, mais recentemente, pelos consumidores, acolhidos com perigosa – e às vezes indiscriminada – constância pelo Poder Judiciário.

À luz desses apontamentos, mister se faz a análise da causa da massificação dos conflitos que envolvem usuários e operadoras de planos de saúde, sublinhando-se a repercussão jurídica e econômica da atual e intensa intervenção do Poder Estatal nos contratos privados de assistência à saúde.

Destarte, neste artigo, de forma singela, abordar-se-á a responsabilidade civil das operadoras dos contratos de plano de saúde no tocante à amplitude da cobertura dos serviços que põe à disposição de seus clientes, em cotejo com a interferência estatal regulatória e judicatória observada, em especial, no Estado de São Paulo.

1 BREVE HISTÓRICO ACERCA DO SURGIMENTO DAS RELAÇÕES DE DIREITO PRIVADO COM O INTUITO DE SUPLEMENTAR O SUS, INCAPAZ DE DAR CABO DA UNIVERSALIZAÇÃO QUANTITATIVA E QUALITATIVA DA SAÚDE

A assistência privada à saúde possui permissivo legal, amparada no artigo 197, da Constituição Federal de 1.988, e tem por escopo complementar a intervenção estatal obrigatória no setor, prevista no artigo imediatamente anterior.

FREITAS, Marco Antônio Barbosa de. A responsabilidade civil nos contratos de plano de saúde em face da dupla intervenção estatal neles realizada: a experiência no Estado de São Paulo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.2, 2º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Pode-se afirmar que a saúde suplementar *“trata-se da atividade econômica em sentido estrito, regida por princípios e regras de direito privado, sendo seu acesso garantido, tão somente, à parcela da população com renda para contratar tais serviços”*².

Segundo noticia o site da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS³, *“o ano de 1923 é tido como o marco do início da Previdência Social no Brasil. A Lei Eloy Chaves, promulgada naquele ano, criava”*:

[...] em cada uma das estradas de ferro existentes no país, uma Caixa de Aposentadorias e Pensões para os respectivos empregados.

Estas caixas funcionavam como fundos geridos e financiados por patrões e empregados que, além de garantirem aposentadorias e pensões – como destacado em suas denominações – também financiavam serviços médico-hospitalares aos trabalhadores e seus dependentes.

Esclarece o website institucional ainda que *“estas caixas funcionavam como fundos geridos e financiados por patrões e empregados que, além de garantirem aposentadorias e pensões – como destacado em suas denominações – também financiavam serviços médico-hospitalares aos trabalhadores e seus dependentes”*.

E conclui que, *“embora este marco histórico não seja comumente apontado como a origem dos planos de saúde no Brasil, é difícil não notar a similaridade das antigas caixas com as atuais operadoras da modalidade autogestão. De fato, em 1944, o Banco do Brasil constituiu sua caixa de aposentadoria e pensão (Cassi), que é o mais antigo plano de saúde no Brasil ainda em operação”*.

Hoje, o setor brasileiro de planos e seguros de saúde é um dos maiores sistemas privados de saúde no mundo, evidenciando que a atividade desenvolvida pelas suas operadoras se mostra necessária – e imprescindível – diante do cenário de

2 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos de saúde. São Paulo: MP, 2006.

3 Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos/historico>. Acesso em 20 fev. 2017.

FREITAS, Marco Antônio Barbosa de. A responsabilidade civil nos contratos de plano de saúde em face da dupla intervenção estatal neles realizada: a experiência no Estado de São Paulo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.2, 2º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

deficiência e abandono em que se encontra a saúde pública, que cambaleia com o seu Sistema Único de Saúde (SUS).

Atualmente, os contratos privados de saúde têm sua regulamentação amparada na legislação vigente, qual seja, o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei nº 9.656/98, e as resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), esta última criada por meio da Lei nº 9.961/00.

Partindo-se desse arcabouço legal, pode-se afirmar que, dentre esse acervo, o Código de Defesa do Consumidor tem ocupado a posição de protagonismo em relação às demais, posto haver inaugurado nova ordem no direito contratual brasileiro, em especial no concernente aos contratos de assistência privada à saúde.

Resta evidente que o contrato de plano de saúde, não obstante se caracterizar como um negócio jurídico descrito no artigo 104 e seguintes do Código Civil, se constitui, na essência, em modalidade de contrato de consumo.

Isso porque ele se subsume à relação jurídica contida nas figuras descritas nos artigos 2º e 3º do estatuto consumerista: de um lado o usuário como o consumidor (toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final), e de outro a operadora de plano de saúde enquadrada como fornecedor (toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços).

Convém pontuar, ainda, que o Código de Defesa do Consumidor carrega contorno nitidamente principiológico, pois se trata de norma cogente, de interesse social, apresentando princípios basilares que objetivam reequilibrar a relação jurídica em razão da unilateralidade da prestação de serviço; tal assertiva pode ser bem observada no artigo 4º do citado diploma legal:

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

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

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

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

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

A título de ilustração, citem-se os princípios da vulnerabilidade, da hipossuficiência do consumidor, bem como da boa-fé objetiva e da equivalência negocial. Nesse sentido, a doutrina elucida que:

Inicialmente, mister, pois, frisar que o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, tem clara origem constitucional (art. 170 e art. 5º da CF e art. 48 do ADCT), sendo que o direito do consumidor, subjetivamente, é direito fundamental do cidadão e princípio macro-ordenador da ordem econômica

do País. É igualmente lei geral principiológica, porque não se trata especificamente de nenhum contrato firmado entre consumidor e fornecedor e especial, nem de atos ilícitos específicos, mas estabelece novos parâmetros e paradigmas para todos esses contratos e fatos juridicamente relevantes, que denomina, então, de relações de consumo (art. 4º do CDC). Essa lei consumerista regula, assim, todo fornecimento de serviços no mercado brasileiro e as relações jurídicas daí resultantes, inclusive os de natureza “securitária” (§2º do art. 3º do CDC)⁴.

Não obstante essa proteção legal prevista no estatuto consumerista, posteriormente verificou-se a necessidade de uma norma reguladora mais específica sobre o setor da saúde; por isso, em 03 de junho de 1.998, foi sancionada a supracitada Lei n.º 9.656, que prevê no seu artigo 1º não só a submissão dessas modalidades de empresas aos seus ditames, como ainda à fiscalização mais efetiva por agência de saúde suplementar, esta, como se disse alhures, criada dois anos depois, por intermédio da referida Lei n.º 9.961/00.

Todavia, o que deveria vir para *suplementar* por certo o direito social mais elementar da pessoa, muita vez tem servido como primeiro esteio daquele que carece de cuidados na área da saúde, mormente quando o denominado Sistema Único de Saúde (SUS), posto de pé pela Lei n.º 8.080/90 para dar cabo do que estatui o artigo 196, de nossa *lex major*, em verdade tem sido posto abaixo, quer por má gestão, quer até mesmo pela insuficiência de recursos, em face da invencível demanda que se lhe impõe.

⁴ MARQUES, Claudia Lima (et al). Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde (Biblioteca do direito do consumidor v. 36). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

2 O EXTREMISMO DA DÉCADA DE 90 (PRÓ-EMPRESAS), COTEJADO COM O EXTREMISMO DA DÉCADA DA VIRADA DO MILÊNIO (PRÓ-CONSUMIDOR): A EXPLOSÃO DA JUDICIALIZAÇÃO POTENCIALIZADA NOS ANOS 10, QUESTIONANDO OS LIMITES DE COBERTURA DOS PLANOS DE SAÚDE

Durante muitos anos, a assistência privada à saúde permaneceu sem norma reguladora, até mesmo em razão das características dos usuários e prestadores de serviço, tornando-se desprovida a intervenção do Estado nessa relação jurídica.

Porém, a partir da década de 60, com a expansão da urbanização – leia-se: a migração e o clássico movimento rural/urbano –, as cooperativas médicas e seguradoras passaram a ter crescente interesse pela prestação dos seus serviços, conforme explica Januário Montone⁵:

As empresas de medicina de grupo e as cooperativas formavam a base inicial do setor, que cresceu a partir da urbanização acelerada dos anos 60, deteriorando ainda mais a já precária assistência pública de saúde, então vinculada ao mercado de trabalho. A chegada de multinacionais e, depois, o crescimento econômico dos anos 70 marcaram a expansão do setor, uma vez que o atendimento diferenciado na saúde passou a integrar todas as pautas sindicais do Brasil.

A década de 80, por sua vez, marcou o aumento exponencial de operadoras de planos de saúde e, conseqüentemente, a busca cada vez maior por esse tipo de serviço, especialmente frente ao crescente sucateamento da saúde pública no país.

Todavia, somente nos anos 90, quando os contratos de planos de saúde se tornaram bastante usuais, a flagrante inexistência de qualquer controle governamental que os regulasse produziu contratos lacônicos, que rotineiramente não permitiam enxergar o alcance dos direitos do contratante,

⁵ MONTONE, Januário. Planos de Saúde: passado e futuro. Rio de Janeiro: Medbook, 2009.

FREITAS, Marco Antônio Barbosa de. A responsabilidade civil nos contratos de plano de saúde em face da dupla intervenção estatal neles realizada: a experiência no Estado de São Paulo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.2, 2º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

previsivelmente enevoados pelos convenientemente estreitos limites das obrigações da empresa contratada.

Por consectário lógico, o número de reclamações e a notória insatisfação pelo serviço prestado pelas operadoras de plano de saúde cresceu vertiginosamente, desaguando esse cenário no Poder Judiciário, que ainda sem ter em mãos a Lei n.º 9.656/98, se valia – como de resto se vale até os dias que correm – apenas do Código Consumerista, no afã de resgatar alguma proporcionalidade entre as obrigações dos celebrantes, eis que àquela altura desmedidamente as empresas ostentavam nítida vantagem contratual.

E isso se dava em razão da constante necessidade de se admitir como iníquos ou abusivos por vezes contratos quase inteiros, acintosa e – porque não dizer – intencionalmente silentes quanto a especificidade de exames e de procedimentos a que estariam obrigados a custear, justamente para não serem compelidos a prestar o serviço reclamado.

Essa nebulosidade, propiciada pela má ou oportunamente enxuta redação das cláusulas contratuais, à época exigia a necessidade de o Poder Judiciário, *prima facie*, intervir nessas relações de direito privado, de molde a ajustar fielmente a balança, desequilibrada por não existir prévia atuação do Estado que se dispusesse a exercer preventivamente esse papel.

Diz-se, então, que aqueles eram tempos em que a relação contratual favorecia extremamente as empresas prestadoras de serviços da área da saúde, que só se viam compelidas a alterar sua atitude recalcitrante, quando instadas por ordem judicial.

Paulatinamente, a situação passou a se alterar, primeiro com a edição da Lei nº 9.656/98 – com a atuação conjunta dos Ministérios da Fazenda e Saúde, via Secretaria de Assistência à Saúde, e do Departamento da Saúde Suplementar e da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) –, e por fim com a criação da aludida Agência Nacional de Saúde Complementar (ANS) pela Lei n.º 9.961/00, como instância reguladora de setor da economia, até então, sem padrão mínimo de funcionamento.

FREITAS, Marco Antônio Barbosa de. A responsabilidade civil nos contratos de plano de saúde em face da dupla intervenção estatal neles realizada: a experiência no Estado de São Paulo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.2, 2º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Por pertinente – e aí já estávamos na virada do século –, cumpre esclarecer que os dois diplomas legais citados passaram a imputar às operadoras de planos de saúde garantias de cobertura mínima aos seus usuários, acarretando indiscutível impacto econômico para as empresas, ao redimensionar o peso que cada um passou a ocupar na relação contratual.

A potencialização da judicialização da saúde, que se consolidaria na década seguinte, ganhou, então, outra base de sustentação, no nosso modesto entender: o *coitadismo* e a vitimização judicial arrebataram apaixonadamente o Poder Judiciário, como adiante se verá.

3 A AMPLIAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE ORIUNDA DAS RESOLUÇÕES NORMATIVAS DA ANS

A Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS – foi criada em 1.999, mediante a edição da Medida Provisória nº 1.928, convertida na Lei nº 9.961 de 28 de janeiro de 2.000.

A ANS é a agência reguladora vinculada ao Ministério da Saúde, com a função de regular o setor de planos de saúde no Brasil. Tem por objetivo "*promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regular as operadoras setoriais - inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores - e contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no país*"⁶.

A regulação pode ser compreendida como um conjunto de medidas e ações do Governo Federal que abrangem a criação de normas, o controle e a fiscalização de segmentos de mercado explorados por empresas para garantir a primazia do interesse público e o equilíbrio dessas relações contratuais.

Afinal, "*o equilíbrio do mercado de saúde suplementar é importante para o SUS (...) impor às operadoras qualquer tipo de ônus não previsto em seu cálculo atuarial simplesmente impacta o equilíbrio das mesmas, do mercado e, em*

⁶ Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos>>. Acesso em 20 fev. 2017.

FREITAS, Marco Antônio Barbosa de. A responsabilidade civil nos contratos de plano de saúde em face da dupla intervenção estatal neles realizada: a experiência no Estado de São Paulo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.2, 2º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

*última instância, do próprio SUS*⁷.

A diretoria da ANS é colegiada, formada por cinco diretores com mandatos não coincidentes para exercício no período de três anos, com possibilidade de prorrogação por mais três anos. O diretor-presidente é escolhido entre os diretores pelo Presidente da República.

Cumprida a Diretoria Colegiada conduzir a ANS de acordo com um contrato de gestão, assinado com o Ministério da Saúde.

Nesse ponto, insta esclarecer que esse contrato de gestão tem por escopo estabelecer com a União, por intermédio do Ministério da Saúde, compromissos e resultados mediante o estabelecimento de diretrizes estratégicas, ações e indicadores, constituindo uma ferramenta de controle social e de avaliação e aperfeiçoamento da gestão e do desempenho da ANS.

Veja-se que, dada a relevância e a missão que a ANS tem ao regular as operadoras setoriais e colaborar para o progresso das ações da saúde no país, a nomeação de seus Diretores obedece a uma necessária formalidade. Confira-se:

- 1º) O Presidente da República encaminha mensagem de indicação ao Senado Federal;
- 2º) No Senado, a Comissão de Assuntos Sociais (CAS) sabatina o candidato e vota, decidindo por sua aprovação ou não;
- 3º) Se aprovar, a CAS encaminha o nome do candidato para votação no plenário do Senado;
- 4º) Se aprovado, o Senado encaminha o nome ao Presidente da República;
- 5º) O Presidente da República publica a nomeação;
- 6º) O diretor nomeado toma posse e assume uma das diretorias da ANS, em mandato de 3 anos.

⁷ CUNHA JÚNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da. O Mercado de Saúde Suplementar – a busca do equilíbrio. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Coords.). O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FREITAS, Marco Antônio Barbosa de. A responsabilidade civil nos contratos de plano de saúde em face da dupla intervenção estatal neles realizada: a experiência no Estado de São Paulo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.2, 2º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Outrossim, a Resolução Normativa RN nº 428, de 7 de novembro de 2017 – atualmente em vigor –, 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.

Calha sublinhar, que essa resolução, aliás, atualiza e – o que é curial destacar – amplia o rol de procedimentos que constituem a referência básica para cobertura assistencial nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999, que então já se situavam no campo de incidência da Lei nº 9.656/98.

Registre-se, ademais, que essa resolução sucedeu as Resoluções Normativas nºs 82/04, 167/08, 211/10, 262/11, 338/13 e 387/15, as quais, dando cumprimento ao que estatui o § 4º, do artigo 10, dessa lei, autoriza legalmente a ANS a dispor sobre “*a amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade (...)*”.

Nesse diapasão, analisadas cada uma dessas resoluções normativas, salta à evidência que as que vieram posteriormente sempre previram constante a robusta inclusão de novos procedimentos, passando a representar verdadeira intervenção estatal, que desde 2004 – ano da edição da primeira delas – sempre e sempre têm favorecido exclusivamente o consumidor, impondo, em contrapartida pesado custo – e não raro imprevisto – às empresas prestadoras desse serviço.

Não se está, pois, atribuindo outra função à ANS que não seja, justamente, a desejada *função social do contrato* arquitetada pelo artigo 421, do Código Civil.

4 A JUDICIALIZAÇÃO INCONTIDA: A PEDAGOGIA DESPERDIÇADA PELO PODER JUDICIÁRIO

A partir dessa crescente atuação da ANS, ao constantemente acrescentar, de forma compulsória, mais e mais serviços e coberturas aos contratos celebrados entre pessoas particulares, passou-se a observar maior cautela por parte das empresas, que então se viram compelidas a apresentar contratos mais detalhados e mais bem redigidos, a maioria deles fazendo expressa alusão não só aos serviços neles especificados, como também àqueles incluídos pelas referidas resoluções normativas.

Diante desse forçoso processo de maturidade que se assistiu das empresas prestadoras de serviços privados na área da saúde, em especial nos últimos anos – mormente compelidas pela imposição de obrigações advindas dessa intervenção estatal extrajudicial –, imaginava-se que amainasse a judicialização da saúde – já, então, em acelerada marcha.

Entretanto, não é o que se tem visto rotineiramente.

A pedagogia que a ANS tentou implementar depois de seguidas sinalizações às empresas – consubstanciadas pelo teor dessas suas resoluções normativas –, no sentido de que, doravante, pouco importaria a iniquidade das cláusulas redigidas em contratos com seus clientes, tem sido intensamente olvidada pelo Poder Judiciário.

Isto porque, em reiteradas decisões judiciais monocráticas e até em posicionamentos jurisprudenciais já consolidados, o Poder Judiciário, ignorando a tentativa até aqui exitosa da ANS em corrigir os excessos praticados pelas empresas que atuam nessa área, têm deliberadamente atuado como instrumento que funciona como nova e pesada intervenção estatal.

Embora não se ignore os calorosos aplausos dos quais não raramente o juiz possa ser destinatário quando defere liminar garantindo direitos que muita vez o consumidor não tem – debaixo da capciosa ideia de que a saúde sempre deve

FREITAS, Marco Antônio Barbosa de. A responsabilidade civil nos contratos de plano de saúde em face da dupla intervenção estatal neles realizada: a experiência no Estado de São Paulo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.2, 2º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

estar em primeiro lugar –, há de haver alguma preocupação em não desequilibrar danosamente relações que, na sua essência, são de direito privado.

Nessa toada, imperiosa a manutenção do equilíbrio sustentável das relações contratuais advindas da assistência privada à saúde, consoante esclarece Bernard Franke Dahinten⁸ em sua dissertação de Mestrado apresentada em 2.014 perante a PUC/RS, sob o título “*O direito fundamental do consumidor em contratos de plano de saúde: a busca de um ponto de equilíbrio entre os interesses dos consumidores e das operadoras*”:

Os julgadores recusam-se a se conscientizar de que, em se tratando de um sistema securitário, ressaltados entendimentos doutrinários diversos e admitindo-se o mutualismo também como sistema operacional nos seguros empresariais, as coberturas e indenizações eventualmente alcançadas aos segurados/usuários provêm dos fundos criados pelos próprios consumidores, isto é, não são ilimitados. Daí a necessidade de, para haver um equilíbrio sustentável destas poupanças, serem respeitados os contratos, que não apenas são redigidos, reprisa-se, com base nas normas técnicas oriundas da ANS, como também são calculados (os prêmios, mensalidades) com base em minuciosos e complexos cálculos atuariais.

Há, pois, s.m.j., tendência judicial de discutível juridicidade, que envereda na direção de se entender como politicamente adequada a ideia de se espraiar ao direito privado o conceito de *universalidade* do direito à saúde, de que o constituinte só cogitou para o Estado no artigo 196, de nossa Constituição Federal.

É indubitável que, para o julgador, soa muito mais gratificante e até mais aprazível à alma, autorizar, às expensas da empresa contratada, prestação de serviço não coberto, quer pelo contrato, quer pela ANS; contudo, reverentemente, pensamos que ao agir assim, como se qualquer limitação sempre trouxesse prejuízo injusto ao consumidor, o juiz estará cambiando a toga pela capa do justiceiro social que ele definitivamente não é.

⁸ DAHINTEN, Bernard Franke. O Direito Fundamental do Consumidor em Contratos de Plano de Saúde: a busca de um ponto de equilíbrio entre os interesses dos consumidores e das operadoras. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

FREITAS, Marco Antônio Barbosa de. A responsabilidade civil nos contratos de plano de saúde em face da dupla intervenção estatal neles realizada: a experiência no Estado de São Paulo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.2, 2º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Consoante já se disse acima, essa conduta judicial, porque repetida, termina por desperdiçar a pedagogia que está ao alcance do Poder Judiciário, pois, *a contrario sensu*, sinaliza ao jurisdicionado que o contrato, como regra, não deve ser cumprido, e que tudo, absolutamente tudo, pode ser buscado na área da saúde, sem a menor preocupação de que, como registrou o lendário Milton Friedman⁹, "*there is no such thing as a free lunch*" ("*não há tal coisa como um almoço grátis*").

Surgiu, então, sobretudo na última década, o que se convencionou denominar de "*indústria das liminares*" na área da saúde.

Se por um lado registramos que é absolutamente compreensível que, eventualmente, o Poder Judiciário intervenha para ajustar relação contratual que efetivamente reclame amparo não abarcado, quer pela avença, quer pela ANS, em casos excepcionais em que o consumidor corre sério risco de morte, de outro tanto ponderamos que tal exceção se tornou regra, propiciando à sociedade indicativo de que a judicialização da saúde vale a pena e o risco, porque raríssima é a derrota do consumidor.

Inapropriada, pois, a distribuição de riquezas pela via judicial, conforme explica a doutrina¹⁰:

Em alguns casos, vê-se uma predisposição em favorecer os mais fracos no momento da aplicação do direito, o que, muitas vezes, transforma a Justiça em um mecanismo de distribuição de riqueza caso a caso, uma visão paternalista e individualista da jurisdição.

De fato, "*independente das posições adotadas pela ANS ou pelo Poder Judiciário e, se corretas ou não, o fato é que esse posicionamento de concessão do mais (do novo ou do não previsto em contrato) sem revisão do preço, embora*

⁹ Milton Friedman foi um influente economista do século XX. Fundador da Escola Monetarista de Chicago, defendeu o liberalismo econômico e consagrou-se como um dos idealizadores do neoliberalismo. Atuou como professor de economia na Universidade de Chicago. Recebeu o Prêmio Nobel de Economia em 1976.

¹⁰ GABRIEL, Fábio; PIMENTA, Eduardo Goulart. A interpretação dos contratos de saúde privada sob a perspectiva de direito & economia. In: FIUZA, César et al. Direito Civil: teoria e prática do direito privado: atualidades IV. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FREITAS, Marco Antônio Barbosa de. A responsabilidade civil nos contratos de plano de saúde em face da dupla intervenção estatal neles realizada: a experiência no Estado de São Paulo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.2, 2º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

*claramente mais favorável ao consumidor individual, tem o poder de aumentar o risco da OPS, causando-lhes desequilíbrio e, dependendo do porte e da situação econômico-financeira da OPS, essas decisões teriam, mesmo, um efeito extremamente negativo para a coletividade de consumidores e para a sociedade em geral*¹¹.

Dispensada a oportunidade de mostrar o contrário, o Poder Judiciário, em mensagem subliminar dirigida ao consumidor, tem abraçado de bom grado a descontrolada – e por ele indiretamente estimulada – judicialização na área da saúde.

5 O CONFLITO JURISPRUDENCIAL POR AMOSTRAGEM: O CHOQUE FILOSÓFICO HAVIDO ENTRE A SÚMULA 102 DO TJSP E A SÚMULA 102 DO TRF4, QUANTO AO ALCANCE DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Notória a judicialização da saúde no país, o *boom* das ações judiciais é questão de recorrente debate no meio jurídico, além de objeto de pesquisa, com o fito de compreender os meandros da tormentosa *quaestio iuris*.

À guisa de exemplo, um estudo elaborado pela USP e divulgado na internet¹², sob a orientação do professor Mário Scheffer, coordenador do Observatório da Judicialização da Saúde Suplementar, do Departamento de Medicina Preventiva da Faculdade de Medicina da USP, constatou que entre os anos de 2.011 e 2.016, no Estado de São Paulo, houve um aumento de 631% das ações judiciais contra os planos de saúde em primeira instância. Em seis anos, verificou-se o número de 77 mil ações judiciais em primeiro grau.

Importante noticiar que, em 2.016, pouco mais de 17 milhões de paulistas possuíam plano de saúde, 300 mil a mais do que em 2011; hoje, de acordo com dados fornecidos no sítio da ANS (Sistema de Informações de

¹¹ SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. Aspectos Jurídicos da Incorporação da Tecnologia em Saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

¹² Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2017/02/07/acoes-na-justica-de-sp-contras-planos-de-saude-aumentam-631-desde-2011.htm>>. Acesso em 19 mai. 2017.

FREITAS, Marco Antônio Barbosa de. A responsabilidade civil nos contratos de plano de saúde em face da dupla intervenção estatal neles realizada: a experiência no Estado de São Paulo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.2, 2º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

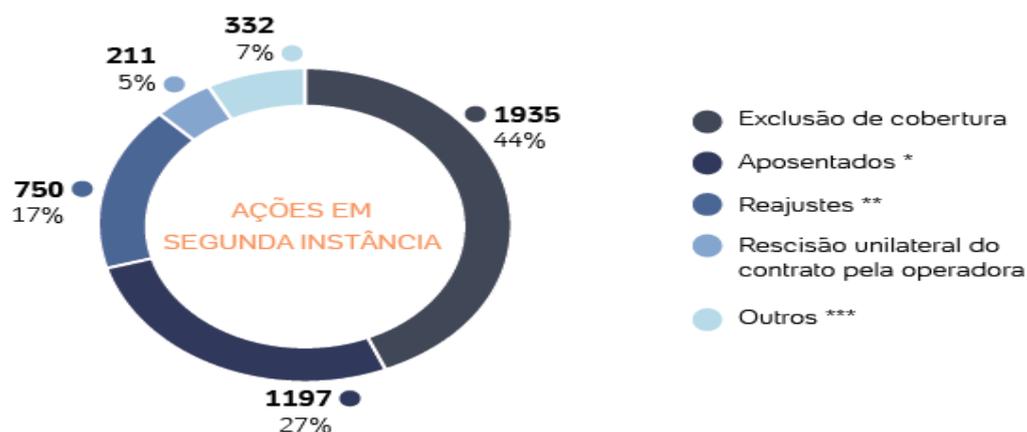
Beneficiários/ANS/MS - 03/2017), há 47.606.341 de brasileiros que são beneficiários de planos privados de saúde, quase um quarto da população brasileira.

O Observatório da Judicialização da Saúde Suplementar, em estudo mais recente, constatou que, nos primeiros nove meses de 2017, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou o montante 23.067 ações contra planos de saúde. Desse total, 13.976 ações foram proferidas em primeira instância e 9.091 em segundo grau, o que equivale a 120,8 decisões por dia, considerando os dias úteis do período no Tribunal em análise. Essa pesquisa comprovou que o volume de decisões é o maior registrado desde 2011, observado o mesmo período do ano (janeiro a setembro), evidenciando o vertiginoso crescimento da judicialização da saúde suplementar no Estado São Paulo¹³.

Confira-se os principais motivos que ensejaram as ações judiciais:

Motivos das ações contra planos de saúde

Amostragem de 4000 casos entre 2013 e 2014



* manutenção no contrato coletivo e valor de mensalidade

** por sinistralidade e por mudança de faixa etária

*** Descredenciamento de prestadores; reembolso; manutenção de demitido no contrato coletivo; manutenção de dependente após falecimento do titular; migração e rescisão de contratos etc.

Fonte: Mário Scheffer/FMUSP

13 Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/361403168/Observatorio-OUTUBRO2017-04-10-1>>. Acesso em 21 mai. 2018.

FREITAS, Marco Antônio Barbosa de. A responsabilidade civil nos contratos de plano de saúde em face da dupla intervenção estatal neles realizada: a experiência no Estado de São Paulo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.2, 2º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Em outro giro verbal, o aludido estudo vem ao encontro do que aqui temos considerado: em que pese os instrumentos disponibilizados pela ANS para garantir melhor atendimento e maior qualidade do serviço, a tutela jurisdicional tem representado, muitas vezes, um meio de se obter serviço não abrangido pela regulamentação e nem mesmo pelo contrato entabulado entre as partes, comumente pondo de lado qualquer preocupação com as sequelas que certamente ecoarão no equilíbrio econômico-financeiro do contrato firmado.

Tal equívoco jurisprudencial se revela às escâncaras, quando se constata que esse levantamento apurou que quase metade das ações judiciais na área da saúde versam sobre "*exclusão de cobertura*" contratual.

Embora se esteja enfocando nítida relação de consumo, não se pode, com a devida vênia, enxergar a torto e a direito, como abusivas, todas as cláusulas limitativas de direitos dos beneficiários de contrato de plano de saúde.

Fazemos alusão, nesse sentido, à dissertação do mestre Bernardo Franke Dahinten¹⁴ quando elucida que

[...] especialmente no caso dos contratos de planos de saúde, o consumidor não pode ser visto como um sujeito que tudo pode, tampouco as OPSs como empresas que tudo devem garantir. Interpretar a legislação consumerista dessa forma, respeitadas opiniões diversas, se mostra insustentável e contrário ao próprio propósito da normatização. Veja-se que, tal qual demonstrado, o Judiciário interfere praticamente em todas as principais balizas dessa espécie de contrato: no preço, na prestação e, por vezes, na sua duração/existência. E as decisões fundamentam-se, quase que na integralidade, na proteção do consumidor. Entretanto, é nítido que ditas decisões estão, na verdade, a privilegiar uma perspectiva apenas individualista dos consumidores. Vislumbrar a proteção do consumidor, não individualmente considerado, mas a partir de uma ótica coletiva, é o que, a partir dos pontos acima, se pode concluir possa ser melhor e mais frequentemente inserido nas decisões judiciais. Dessa forma, ressalvados

14 DAHINTEN, Bernard Franke. O Direito Fundamental do Consumidor em Contratos de Plano de Saúde: a busca de um ponto de equilíbrio entre os interesses dos consumidores e das operadoras. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

abusos e incoerências, se estará diante de uma proteção mais coerente, lúcida e efetiva dos consumidores (não poucos isolados, mas dimensionados em sua coletividade), em consonância com o ordenamento (inclusive a legislação consumerista) e com vista a sustentabilidade longínqua desse sistema (e dos serviços de saúde) que é, por todos, tão necessária.

Ao se decidir sem a observância estrita às leis e princípios que regem os contratos, com o intuito de proteger de maneira desmedida uma das partes, estar-se-á inserindo os custos dessas decisões no índice de reajuste na ANS; em outras palavras, os demais consumidores que também compõem aquele mesmo fundo pecuniário pagarão pelo custo que as seguidas decisões judiciais acarretarão.

Com efeito, a excessiva intervenção estatal patrocinada pelo Poder Judiciário impõe ao julgador a necessidade de se observar que o dirigismo contratual deve se dar de maneira ponderada, serena, sob pena de causar o desequilíbrio das relações contratuais, conforme ensina Fernando Scaff¹⁵:

Tal risco impõe uma permanente atenção do legislador e do aplicador da lei, que deverão calibrar adequadamente a intensidade do dirigismo contratual suportável nesses casos, afastando as tentações paternalistas e compreendendo esse controle como uma efetiva e real exceção ao princípio da livre iniciativa e da liberdade de contratar, regra que vige, também, no âmbito dos contratos de adesão e, em especial, naqueles vinculados ao direito à saúde.

Ademais, a repercussão econômica do contrato atingirá a todos os usuários, ocasionando eventual injustiça que afronta o sistema capitalista, no qual (ainda) vivemos: se pagando valores muitas vezes módicos o beneficiário vier a ganhar o mesmo direito daquele outro que se esfalfa para pagar mensalidade mais elevada, qual o estímulo deste para realizar maior esforço e dispêndio em seu orçamento pessoal? Não há resposta razoável para tal indagação que não arroste a atual postura encampada pelo Poder Judiciário.

¹⁵ SCAFF, Fernando Campos. Direito à Saúde no Âmbito Privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde. São Paulo, 2010.

FREITAS, Marco Antônio Barbosa de. A responsabilidade civil nos contratos de plano de saúde em face da dupla intervenção estatal neles realizada: a experiência no Estado de São Paulo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.2, 2º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Afora isso, é justo pensar que aquele que paga mais tem, por exemplo, direito a um número mais variado e qualificado de exames e procedimentos do que aquele que pagou menos.

Leciona José Reinaldo de Lima Lopes¹⁶ a esse respeito que:

Uma empresa que ofereça planos de saúde é uma organização que constitui um fundo comum, cuja distribuição se faz por meio de contratos individualizados ou por meio de grupos constituídos (...) uma administradora de planos de saúde em primeiro lugar deve ser percebida como uma intermediária e uma gestora. Trata-se de gerir recursos captados do público em geral. Ao lado do aspecto financeiro que a atividade adquire, sua função é nitidamente distributiva, ou seja, alocar a cada segurado ou participante do plano, segundo as cláusulas de adesão ao fundo, parte suficiente da receita capaz de cobrir os riscos contratados. Isto dá ao seguro o caráter de mutualidade (...). A mutualidade, neste sentido de 'solidariedade' em fundo comum, é também destacada por Pedro Alvim: 'O mutualismo constitui, portanto, a base do seguro' (...). Os segurados, diz ele, 'reúnem-se em torno do segurador para formar o fundo comum, de modo que ninguém perde mais do que o prêmio pago, isto é, a sua contribuição para o fundo'. Vê-se, portanto, que uma empresa de saúde e uma seguradora têm que constituir um fundo comum com recursos alheios.

Ora, se o consumidor de plano de saúde almeja cobertura irrestrita, deve efetuar o pagamento da quantia correspondente à sua pretensão, vez que as operadoras de planos privados de assistência à saúde – repetimos à exaustão –, não podem ser responsabilizadas pela falência do sistema público de saúde.

À luz dessas premissas, imperioso trazer à baila o entendimento de diferentes Tribunais acerca do tema (Tribunal de Justiça de São Paulo/Tribunal Regional Federal da 4ª Região), exatamente para propiciar a visão da linha de pensamento de cada qual e a certeza de que a questão de fundo deste artigo não

¹⁶ *Apud* FURLANETO, Felipe Carnelossi . "Direito à Saúde e a iniciativa privada: o dever estatal e a limitação dos contratos de planos de saúde" - Revista de Direito Privado | vol. 42/2010 | p. 185 - 243 | Abr - Jun / 2010 - Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos | vol. 3 | p. 397 - 452 | Ago / 2011 - DTR\2010\398.

FREITAS, Marco Antônio Barbosa de. A responsabilidade civil nos contratos de plano de saúde em face da dupla intervenção estatal neles realizada: a experiência no Estado de São Paulo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.2, 2º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

tem voz uníssona na jurisprudência, ainda que, mesmo entre entendimentos já sumulados, haja interessante debate.

Façamos expressa menção, por exemplo, à Súmula nº 102 do TJSP, e a Súmula nº 98, do TRF4, *in verbis*:

Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS. (Súmula 102/TJSP)

Ressalvadas as hipóteses excepcionais, o registro na ANVISA constitui condição necessária ao fornecimento de medicamentos por decisão judicial (Súmula 98/TRF4)

Salvo melhor juízo a respeito, entre elas há acintoso conflito, pois enquanto o posicionamento assumido pelo TJSP tende, claramente, a um olhar em que a lei e o contrato não são sua primazia, por outro lado a reflexão esposada pelo TRF4 exige a aprovação da ANVISA como condição *sine qua non* para que, pelo menos, seja possível a apreciação do pleito consumerista.

Para melhor ilustrar a assertiva assacada alhures, confira-se as seguintes ementas de julgado do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo acolhendo a súmula em comento:

APELAÇÃO. AÇÃO COMINATÓRIA. PLANO DE SAÚDE. Sentença que julgou procedente ação cominatória, condenando a requerida a custear integralmente tratamento médico prescrito por especialistas de confiança do autor, sob pena de multa diária no valor de R\$ 5.000,00 e a reembolsar valores despendidos com sessões já realizadas. Insurgência da ré. LIMITAÇÃO DO TRATAMENTO. Descabimento. Apelado portador de autismo (CID 10 - F84.0) a quem foi prescrito tratamento multidisciplinar que inclui a realização de sessões diárias de psicoterapia. Prescrição médica expressa, indicando a necessidade do tratamento por período indeterminado. Procedimentos que se mostram necessários à reabilitação do paciente (criança de seis anos de idade). **Rol de coberturas obrigatórias da ANS meramente exemplificativo, sendo abusiva a negativa de cobertura sob esse fundamento.** Cláusula limitativa que se revela nitidamente abusiva, colocando quem o consumidor em exagerada desvantagem, nos termos do art.

51, IV do CDC. **Inteligência das Súmulas nº 96 e 102 deste E. TJSP.** Precedentes do STJ e TJSP. Sentença mantida. RECURSO IMPROVIDO. (TJSP; Apelação 1000542-69.2015.8.26.0068; Relator (a): Mariella Ferraz de Arruda Pollice Nogueira; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Barueri - 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/06/2018; Data de Registro: 20/06/2018) g.n.

PLANO DE SAÚDE – CIRURGIA INDEVIDAMENTE NEGADA – TRATAMENTO COMPLEMENTAR DE OBESIDADE MÓRBIDA – EXPRESSA INDICAÇÃO MÉDICA – **IRRELEVÂNCIA DA NÃO PREVISÃO EM ROL DA ANS – SÚMULAS 102 E 97 DESTA RELAÇÃO** – SENTENÇA CONFIRMADA – RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP; Apelação 1001669-38.2018.8.26.0100; Relator (a): Giffoni Ferreira; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 21ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/06/2018; Data de Registro: 20/06/2018) g.n.

Apelação cível. Plano de saúde. Cobertura de procedimento cirúrgico pela técnica de intervenção percutânea para implante de válvula aórtica (TAVI). Procedência. Inconformismo da ré. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade. Artigos 2º e 3º da Lei nº 8.078/1990. Súmulas nº 100 deste Egrégio Tribunal de Justiça e nº 608 do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Relatório médico. Prescrição de tratamento experimental ou não previsto no rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS. Súmula nº 102 deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.** Negativa de cobertura de materiais inerentes a ato cirúrgico. Planos posteriores à Lei nº 9.656/1998. Impossibilidade. Artigo 10, VII, desta norma. Contratos anteriores. Impossibilidade, de igual sorte. Abusividade da negativa. Artigo 6º, IV, 2ª parte, da Lei nº 8.078/1990. Materiais necessários ao melhor desempenho do procedimento cirúrgico coberto. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação 1063991-31.2017.8.26.0100; Relator (a): Rodolfo Pellizari; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/06/2018; Data de Registro: 20/06/2018)

De resto, todas as demais súmulas editadas pelo TJSP na área da saúde

FREITAS, Marco Antônio Barbosa de. A responsabilidade civil nos contratos de plano de saúde em face da dupla intervenção estatal neles realizada: a experiência no Estado de São Paulo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.2, 2º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

complementar – as de n.ºs 90, 93, 95 a 97, 99, 100, 102 e 105 – são francamente em prol do consumidor, de modo que nos parece que não ostentam razoável preocupação com o indispensável equilíbrio que deve haver entre o possível e o justo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há perfeita e concreta intersecção entre os artigos 196 e 197, da Constituição Federal – que erige um sistema misto da prestação do direito à saúde no Brasil – e a Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, gerando hiato que confunde e invariavelmente deixa órfão o consumidor dessa espécie de serviços.

Há de se registrar, ainda, que o Poder Judiciário brasileiro, no afã de prestigiar a justiça social ao caso concreto, tem delineado postura em que deixa de observar, não por poucas vezes, a lei, o contrato e as normas exaradas pela agência governamental de controle – que tem por mister justamente dar guarida ao consumidor, corrigindo pontuais abusos –, não atentando para as repercussões coletivas de suas decisões.

Atuando com essa ênfase, o Poder Judiciário onera em demasia essa relação privada – representando, como se disse, uma segunda intervenção estatal havida nesse contrato –, emitindo constantes sinais de que está muito mais preocupado em colocar-se à disposição do consumidor, do que em buscar inarredável equilíbrio que sempre deve haver entre direitos e deveres de contratante e contratado, ainda que na delicada área da saúde.

Nesse passo, é nosso pensamento que essa vertente judicial encontra óbice veemente não apenas no arcabouço legal que é posto à disposição do Poder Judiciário, como também se acha desatrelada de isenção jurídica que deve permear suas decisões, preferindo adotar postura que, na prática, não raro deita suas raízes no conceito de *universalidade* do direito à saúde de que o constituinte só cogitou para o Estado – no artigo 196, de nossa Constituição Federal –, e ainda assim quanto aos seus destinatários, e não em relação à quantidade e variedade dos serviços a serem prestados.

FREITAS, Marco Antônio Barbosa de. A responsabilidade civil nos contratos de plano de saúde em face da dupla intervenção estatal neles realizada: a experiência no Estado de São Paulo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.2, 2º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Albergar rotineiramente os interesses apenas uma das partes – pretensamente sempre a mais fraca –, implica em pôr perigosamente em segundo plano o fato de que o preço do contrato está baseado no serviço a ser prestado pelo fornecedor, de modo que a decisão que olvida a repercussão econômica da avença se nos afigura em descompasso com a lei, tornando-se economicamente inviável, e, em última análise, socialmente mais desastrosa.

É que, inegavelmente, ao supor que se está estabelecendo o equilíbrio de uma única relação jurídica – permitindo a cobertura de procedimento excluído de rol taxativo, por exemplo – estar-se-á, em verdade, gerando desequilíbrio para os demais consumidores associados ao mesmo fundo contratual daquele outro isoladamente beneficiado com a decisão judicial.

Tal proceder afeta os demais consumidores vinculados àquela operadora de saúde, pois suportarão o reflexo dessa decisão, emergindo ciclo vicioso que certamente ocasionará um reajuste anual de preços em índice muito acima do desejado, resultado que, por derradeiro, dificultará ainda mais o acesso da população de baixa renda aos serviços de saúde complementar disponibilizados pelas empresas privadas.

Em outro giro verbal, é de se dizer: o confortável socialismo de que se têm revestido as decisões judiciais só faz tornar o capitalismo mais *selvagem*, nessa já difícil relação de mercado, traduzindo-se em maior injustiça à sociedade como um todo.

Obviamente que aqui não se nega que há abusos praticados pelas operadoras de saúde, mas entendemos que não pode o magistrado, a seu alvitre, propiciar distribuição de riquezas na contramão da lei e dos princípios, sob o pretexto de fazer justiça social, patrocinando ativismo de perigosa consequência à determinada coletividade, em especial no aspecto econômico.

Destarte, a desmedida jurisdicionalização dos conflitos que envolvem os contratos de assistência privada de saúde poderia ser paulatinamente reduzida se o objeto negocial e a lei, apesar de exigir sacrifícios circunstancialmente individuais, fossem analisados em prol da sociedade, permitindo-se ao Poder

FREITAS, Marco Antônio Barbosa de. A responsabilidade civil nos contratos de plano de saúde em face da dupla intervenção estatal neles realizada: a experiência no Estado de São Paulo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.2, 2º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Judiciário não prescindir da pedagogia de intervir somente em casos excepcionais, em que, ou houvesse efetivo e comprovado risco de morte do consumidor, ou flagrante afronta à lei, ao contrato, ou ainda às normas reguladoras da ANS.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

CUNHA JÚNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da. **O Mercado de Saúde Suplementar – a busca do equilíbrio**. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Coords.). *O CNJ e s Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DAHINTEN, Bernard Franke. **O Direito Fundamental do Consumidor em Contratos de Plano de Saúde: a busca de um ponto de equilíbrio entre os interesses dos consumidores e das operadoras**. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil** - vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2003.

FABIAN, Thiago Ferrarini. **Tutela antecipada e sua aplicabilidade em demandas envolvendo direito à Saúde**. Dissertação (Especialização). UFRS, Porto Alegre.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos de saúde**. São Paulo: MP, 2006.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**”, 9ª ed. , São Paulo: Atlas, 2010.

FURLANETO, Felipe Carnelossi . **Direito à Saúde e a iniciativa privada: o dever estatal e a limitação dos contratos de planos de saúde - Revista de Direito Privado** | vol. 42/2010 | p. 185 - 243 | Abr - Jun / 2010 - Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos | vol. 3 | p. 397 - 452 | Ago / 2011 - DTR\2010\398.

GABRIEL, Fábio; PIMENTA, Eduardo Goulart. **A interpretação dos contratos de saúde privada sob a perspectiva de direito & economia**. In: FIUZA, César et al. *Direito Civil: teoria e prática do direito privado: atualidades IV*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MARQUES, Claudia Lima (et al). **Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde** (Biblioteca do direito do consumidor v. 36). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MONTONE, Januário. **Planos de Saúde: passado e futuro**. Rio de Janeiro: Medbook, 2009.

FREITAS, Marco Antônio Barbosa de. A responsabilidade civil nos contratos de plano de saúde em face da dupla intervenção estatal neles realizada: a experiência no Estado de São Paulo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.2, 2º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

REZENDE, Paulo Roberto Vogel. **Os Contratos de Plano de Saúde e seu Equilíbrio Econômico Financeiro: Mutualismo, Cálculo Atuarial e o Impacto Econômico das Decisões Judiciais**, 1ª ed., Curitiba: Ed. Prismas, 2014.

SCAFF, Fernando Campos. **Direito à Saúde no Âmbito Privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde**. São Paulo, 2010.

SOUZA, André Evangelista, et al. **Direito da Saúde no Brasil**, 1ª ed., São Paulo: Saberes Editora, 2010.

SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. **Aspectos Jurídicos da Incorporação da Tecnologia em Saúde**. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos>>. Acesso em 20 mai. 2017.

Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2017/02/07/acoes-na-justica-de-sp-contra-planos-de-saude-aumentam-631-desde-2011.htm>>. Acesso em 20 mai. 2017.

Recebido em: 11/03/2018

Aprovado em: 25/06/2018