

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
RECURSO ESPECIAL N. 668.216

RELATOR: CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO

ORIGEM: SÃO PAULO

RECORRENTE: ANSELMO VESSONI

RECORRIDO: ITAÚ SEGUROS S/A .

DATA DA PUBLICAÇÃO: 2.4.7

Ementa. SEGURO SAÚDE. COBERTURA. CÂNCER DE PULMÃO. TRATAMENTO COM QUIMIOTERAPIA. CLÁUSULA ABUSIVA. 1. O plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura. Se a patologia está coberta, no caso, o câncer, é inviável vedar a quimioterapia pelo simples fato de ser esta uma das alternativas possíveis para a cura da doença. A abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, em razão de cláusula limitativa, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno disponível no momento em que instalada a doença coberta. 2. Recurso especial conhecido e provido. **Acórdão** Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Castro Filho, Humberto Gomes de Barros e Ari Pargendler votaram com o Sr. Ministro Relator.

O DIREITO À SAÚDE E OS PLANOS DE SAÚDE NO BRASIL

THE RIGHT TO HEALTH AND THE HEALTH INSURANCE IN BRAZIL

Vidal Serrano Nunes Júnior (*)

Karina Bozola Grou (**)

INTRODUÇÃO

A saúde sempre foi objeto de preocupação do indivíduo e da sociedade porque está diretamente ligada à dignidade humana e, em última instância,

(*) Promotor de Justiça, Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), professor de Direito Constitucional e membro do Conselho Diretor do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. *E-mail*: <serranojr@uol.com.br>

(**) Advogada, mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). *E-mail*: <karinabgrou@terra.com.br>. Recebido em 29.6.7. Aprovado em 23.8.7

à preservação da vida. Por esta razão, o direito à saúde é garantido nas Constituições da grande maioria dos países e também em tratados e pactos internacionais.

A Constituição Federal brasileira de 1988 privilegia de forma inédita os direitos humanos fundamentais, dentre os quais os direitos sociais e o direito à saúde, que é tratado especificamente por vários de seus dispositivos. Os serviços e ações de saúde são de relevância pública e garanti-los é competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios brasileiros.

Em que pese o reconhecimento da essencialidade e do caráter público das ações e serviços de saúde, o legislador constituinte autorizou a atuação do setor privado, facultando-lhe o direito de explorar os serviços de saúde como atividade de mercado.

Trata-se de uma difícil equação: de um lado a saúde dos consumidores; de outro, o lucro das operadoras de planos de saúde. O Código de Defesa do Consumidor, contribuição inequívoca para uma solução adequada, vem sendo absurdamente ignorado pelas empresas e também pela agência reguladora do setor, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). E a Lei n. 9.656/98, Lei dos Planos de Saúde, não conseguiu pôr fim aos principais conflitos.

Como consequência, temos exclusões de cobertura, rescisões unilaterais de contrato, reajustes abusivos de mensalidades⁽¹⁾ e ainda ingerências para restringir a liberdade de atuação dos profissionais de saúde. Por outro lado, temos também ampla jurisprudência favorável aos apelos dos consumidores e à garantia do direito do à saúde, resultado proporcionado pelo Poder Judiciário.

A grande maioria das decisões judiciais rechaça as limitações e exclusões de coberturas previstas em contratos de planos de saúde, garantindo a livre atuação do profissional de saúde no cuidado do paciente. De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, tratam-se de cláusulas abusivas, contrárias à natureza e ao objeto do contrato, qual seja a assistência à saúde. Além do mais, todos aqueles que prestam serviços e ações nesta área devem obediência aos princípios e diretrizes fixados pela Constituição Federal para a saúde. Os direitos à vida e à saúde devem prevalecer sobre o direito à exploração da atividade econômica, ainda que legítima. O interesse público deve preponderar sobre o privado. Esta é a solução que predomina nos Tribunais brasileiros. Está e a solução adequada.

(1) O setor de planos privados de assistência à saúde envolve cerca de 44,7 milhões de vínculos de beneficiários, dos quais aproximadamente 82,7% a planos de assistência médica (com ou sem odontologia) e 16,9% a planos exclusivamente odontológicos, vinculados a cerca de duas mil empresas operadoras. (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Caderno de Informação da Saúde Suplementar: beneficiários, operadoras e planos*. Rio de Janeiro: ANS, 2007).

Neste contexto, passamos a uma breve exposição da relação entre o direito à saúde e os planos de saúde delimitada pela Constituição Federal e da submissão das operadoras de planos de saúde ao Código de Defesa do Consumidor, embasamento para os posteriores comentários ao acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 668.216. Desde já, esclarecemos que o acórdão comentado trata de contrato firmado antes da vigência⁽²⁾ da Lei n. 9.656/98, razão pela qual não tratamos de seus dispositivos.

I. OS PLANOS DE SAÚDE E O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

O direito à saúde é corolário do direito à vida, e, nesse sentido, recebeu da Constituição Federal de 1988 ampla proteção. De início, tem-se o art. 1º que elege como fundamento da República Federativa do Brasil *a dignidade da pessoa humana*, e o art. 3º que constitui como objetivo da República a *promoção do bem de todos*. Por sua vez, o art. 5º, relativo aos direitos e garantias fundamentais, assegura a inviolabilidade do direito à vida; e, já no dispositivo seguinte, tem-se o direito à saúde como direito social.

Finalmente, a Constituição brasileira consignou de forma expressa o direito à saúde como direito humano fundamental. A este respeito observa José Afonso da Silva que *“é espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem”*. E acrescenta que o direito à saúde

há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais.⁽³⁾

Conforme o texto constitucional, o dever de cuidar da saúde e da assistência pública é atribuição comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios⁽⁴⁾ e legislar sobre proteção e defesa da saúde⁽⁵⁾ é competência concorrente destes entes federativos.

E no art. 196 a saúde vem consagrada como direito de todos e dever do Estado, estando o Poder Público vinculado à consecução de tal fim *“me-*

(2) A Lei n. 9.656/98 entrou em vigor em 1º de janeiro de 1999.

(3) SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 307.

(4) Art. 23, II.

(5) Art. 24, XII.

diante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”⁽⁶⁾.

O direito à saúde é um direito subjetivo de todos os cidadãos brasileiros, que gera, por sua vez, o dever do Estado de propiciá-lo imediatamente, sob pena de ser instado judicialmente a fazê-lo. Nesse sentido, a melhor doutrina tem ressaltado o caráter obrigatório da Constituição que é a conversão de anseios e aspirações da sociedade em regras positivas, em preceitos obrigatórios para o Poder Público e para os cidadãos⁽⁷⁾.

Mesmo as normas identificadas como programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante, na medida em que estabelecem deveres para o legislador ordinário; condicionam a legislação futura, sendo inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; vinculam e orientam a interpretação, a integração e a aplicação das normas jurídicas; condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem⁽⁸⁾.

Neste contexto, especificamente quanto à efetividade do direito à saúde José Afonso da Silva explica:

não incluímos aqui (entre as normas programáticas dirigidas à ordem econômico-social em geral) nem o direito à saúde (art. 196) nem o direito à educação (art. 205), porque em ambos os casos a norma institui um dever correlato de um sujeito determinado: o Estado — que, por isso, tem a obrigação de satisfazer aquele direito e, se este não é satisfeito, não se trata de programaticidade, mas de desrespeito ao direito, de descumprimento da norma.⁽⁹⁾

Pondo fim a quaisquer dúvidas sobre a eficácia e acionabilidade da garantia da saúde, temos a aplicabilidade imediata dos direitos humanos fundamentais conferida pelo § 1º do art. 5º da Constituição Federal.

(6) Sobre o enunciado do art. 196, combinado com os arts. 198 a 200, José Afonso da Silva ensina que decorre um “especial direito subjetivo de conteúdo duplo: por um lado, pelo não cumprimento das tarefas estatais para sua satisfação, dá cabimento à ação de inconstitucionalidade por omissão (arts. 102, I, “a”, e 103, § 2º) e, por outro lado, o seu não atendimento, in concreto, por falta de regulamentação, pode abrir pressupostos para a impetração do mandado de injunção (art. 5º, LXXI). (Curso de Direito Constitucional Positivo, 6. ed., ed. Revista dos Tribunais, p. 272). Ademais, para Celso Antônio Bandeira de Mello, “a ação ou omissão do Chefe do Executivo que embargue o desfrute dos direitos sociais pode ensejar crime de responsabilidade, pois o art. 82, configura como tal, o atentado contra o exercício dos direitos sociais” (MELO, Celso Antonio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, v. 14, n. 57/58, p. 255, jan./jun. 1981).

(7) Id. *Ibid.*, p. 236 e 255.

(8) SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1998. p. 164.

(9) Id. *Ibid.*, p. 150.

A Constituição ainda eleva os serviços e ações de saúde à condição de relevância pública⁽¹⁰⁾. Segundo *Guido Ivan de Carvalho e Lenir Santos*:

Ao qualificar os serviços e ações de saúde como de relevância pública, não pretendeu o legislador constituinte dizer que os demais direitos humanos e sociais não têm relevância; quis o legislador talvez enunciar a saúde como um estado de bem-estar prioritário, fora do qual o indivíduo não tem condições de gozar outras oportunidades proporcionadas pelo Estado, como a educação, antecipando-se, assim, à qualificação de “relevância” que a legislação infraconstitucional deverá outorgar a outros serviços, públicos e privados (...).⁽¹¹⁾

Outras disposições constitucionais sobre a saúde, nos arts. 198 e 200, traçam diretrizes para o setor, inclusive dispendo sobre sua organização e funcionamento⁽¹²⁾.

É neste cenário constitucional que surge a autorização para a atuação do setor privado na assistência à saúde, conforme disposto no art. 199: “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.” Contudo, todas as instituições privadas que decidirem prestar serviços de saúde, integrantes ou não do Sistema Único de Saúde (SUS), devem obediência a seus princípios, previstos constitucionalmente⁽¹³⁾.

Apenas considerando a elevação dos serviços de saúde à categoria de serviços de relevância pública, já não poderia se admitir que a iniciativa privada que optasse por prestar tais serviços ficasse imune à normatividade mais rigorosa do poder público⁽¹⁴⁾.

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

(11) CARVALHO, Guido Ivan de e SANTOS, Lenir. *Sistema Único de Saúde — Comentários à Lei Orgânica da Saúde*. 3. ed. Campinas: Ed. da Unicamp, 2001. p. 317.

(12) Nesse passo pontuamos os principais princípios previstos no texto constitucional e na Lei Orgânica da Saúde: a) a universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; b) integralidade de assistência; c) preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; d) igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; e) direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde; f) participação da comunidade; afinal essas diretrizes gerais devem ser, indistintamente, obedecidas pelo serviço público ou privado no trato da saúde.

(13) Cf. SALAZAR, Andrea, GROU, Karina e SERRANO JÚNIOR, Vidal. *Assistência Privada à Saúde: Regulamentação, Posição Idec e Reflexos no Sistema Público*. In: ARANHA, Márcio Iorio (Org.). *Direito sanitário e saúde pública*. Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. v. 1, p. 349 e ss.

(14) A este respeito *Guido Ivan de Carvalho e Lenir Santos* ressaltam: “O estado de direito, o *jus imperii* imanente no poder público e os princípios informadores da ordem econômica e da ordem social, ambas fundadas na preservação do bem comum (arts. 170 e 193 da Constituição), e o poder-dever de controle que o Estado exerce sobre os serviços de interesse social e de relevância pública exigem do Estado atuação regulatória e fiscalizadora sobre as ações e os serviços de saúde sejam públicos ou privados no exato limite do bem jurídico protegido, ou seja, a vida humana. O bem

Também a Lei 8.080/90, em consonância com o texto constitucional, indica o mesmo caminho. Já em seu art. 1º define seu propósito de regular “as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou **privado**”. Apresenta também um título destinado a tratar dos serviços privados de assistência à saúde (Título III) e antes de passar àqueles que participam de forma complementar do SUS (Capítulo II do Título III), trata exclusivamente dos que ficam fora dele (Capítulo I). E no art. 15, ao determinar a competência das três esferas administrativas para elaborar normas que visem a regular as atividades de serviços privados de saúde, tendo em vista a sua relevância pública (inciso XI), reforça, de um lado, a necessidade de obediência do setor privado à regulamentação, e, de outro, a obrigação de fiscalização e controle pelo Poder Público.

Ora, partindo-se do enunciado constitucional e da abrangência da Lei 8.080/90, concluímos que a prestação de serviços de saúde — seja de iniciativa de integrantes do Sistema Único, seja de iniciativa privada — deve seguir as mesmas diretrizes e os mesmos princípios. É claro que suas diferenças e peculiaridades devem ser respeitadas, mas sempre tendo em vista que o interesse da coletividade, ou seja, o bem comum que se pretende buscar com o fornecimento de serviços de saúde adequados, se sobrepõe aos interesses particulares, quaisquer que sejam eles.

II. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E OS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE

A relação entre operadoras de planos de saúde e usuários do serviço encerra uma relação de consumo, o que torna necessário às partes a observância da Lei n. 8.078/90, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), vigente desde 11 de março de 1991.

Antes de abordá-la, convém salientar que o Código do Consumidor é uma imposição da Constituição Federal que reconheceu a necessidade de proteção do consumidor, declarando que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”⁽¹⁵⁾, e exigiu a elaboração deste documento⁽¹⁶⁾.

Ao tratar da ordem econômica e financeira, o texto constitucional estabelece ainda os princípios que devem ser respeitados pela iniciativa privada, entre os quais se inclui a defesa do consumidor⁽¹⁷⁾. Nas palavras de *Claudia*

comum não pode ficar à mercê de interesses individuais, por mais legítimos que sejam. Ele se sobrepõe ao particular, para melhor proteger o coletivo. E, na medida em que protege o interesse superior da coletividade, a ação do poder público estará amparando, direta ou reflexamente

(15) Art. 5º, XXXII.

(16) Art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

(17) Art. 170, V.

Lima Marques, a defesa do consumidor foi erigida a “princípio limitador da atividade econômica”. E segue:

*Efetivamente, prevê o art. 170 da Constituição Federal de 1988, em seu caput, que a ordem econômica tem como fundamento a livre iniciativa e como um de seus limites constitucionais justamente a defesa do consumidor (inc. V), assim como a livre concorrência (inc. IV). Concluindo, em face da nova força da Constituição, a determinar a ordem pública e a interpretação de todas as normas do sistema, a coerência deste mesmo sistema exige que o aplicador da lei **harmonize** os princípios constitucionais aparentemente contraditórios como a defesa do consumidor e liberdade de iniciativa econômica. A antinomia aqui é aparente e desejada pelo próprio Constituinte, da tese e antítese nascerá a síntese: a interpretação do ordenamento jurídico conforme a Constituição, a conseqüente relativização de dogmas e postulados considerados absolutos, como a própria autonomia da vontade nos contratos e a liberdade de contratar. Relembre-se que a Constituição não se submete aos critérios normais que determinam a vigência e a eficácia das leis no tempo. A ordem constitucional, portanto, é o primeiro dos fatores e o hierarquicamente mais forte a ser considerado pelo aplicador da lei.⁽¹⁸⁾*

Temos, portanto, que, se de um lado, a Constituição permitiu à iniciativa privada prestar assistência à saúde, de outro, fixou dois limites: o arcabouço que cuida do direito à saúde, objeto dos serviços prestados, e a defesa do consumidor, já que estamos diante de relação de consumo.

A Lei n. 8.078/90 representou um marco sem precedentes nas relações de consumo no Brasil, sendo considerada uma das leis mais avançadas de proteção do consumidor no mundo. Consagra como direitos básicos do consumidor, entre outros, a proteção da saúde, a informação adequada sobre produtos e serviços, a proteção contra publicidade enganosa e abusiva, bem como contra métodos comerciais coercitivos ou desleais, contra práticas e cláusulas contratuais abusivas, garante a prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais sofridos e a facilitação da defesa de direitos⁽¹⁹⁾.

Os relevantes direitos básicos trazidos pelo art. 6º da Lei — e que devem ser aplicados aos contratos de assistência à saúde — são decorrência direta dos princípios que norteiam a Lei n. 8.078/90.

É, portanto, a partir da compreensão dos princípios desse sistema próprio, destacando-se, por sua relevância e essencialidade, o princípio da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo e a necessidade

(18) MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 514.

(19) Art. 6º, I, III, IV, VI e VIII, respectivamente.

de equilíbrio nas relações de consumo, que se torna possível a adequada aplicação do Direito pelo intérprete. A introdução desse princípio na lei significa que expressamente se reconhece a fragilidade do consumidor, nos termos do art. 4º, I, seguindo as linhas traçadas pelo legislador constituinte de 1988⁽²⁰⁾.

Para *Antônio Herman Benjamin*, o mais importante princípio é o da vulnerabilidade do consumidor. *“Independentemente de sua condição social, de sua sofisticação, de seu grau de educação, de sua raça, de sua origem ou profissão, o consumidor é considerado pelo Código como um ser vulnerável no mercado de consumo. É esse princípio maior — basilar mesmo — que deve orientar a atividade de interpretação do Código.”*⁽²¹⁾

Dessa forma, as cláusulas contratuais de planos de saúde devem ser examinadas à luz dos princípios gerais contemplados no microsistema de defesa do consumidor (vulnerabilidade do consumidor, boa-fé objetiva, busca do equilíbrio nas relações de consumo etc.). Temos assim, os contornos da segunda diretriz limitadora da assistência suplementar à saúde, que se soma às disposições acerca do direito à saúde.

Cumpramos destacar que no que se refere aos denominados contratos novos de planos de saúde, existe divergência acerca do modo de incidência do CDC, uma vez que estes documentos foram firmados sob a vigência da Lei 9.656/98, dos planos de saúde. Há quem defenda o caráter subsidiário do Código do Consumidor, nos termos do art. 35-G da Lei n. 9.656/98, sustentando que ele apenas se aplica na ausência de norma específica na Lei de Planos de Saúde. Defendemos, contudo, posição diferente, entendendo que diante da natureza principiológica da Lei n. 8.078/90 esta é que prevalece em situação de conflito entre as normas.

De qualquer forma, o acórdão proferido nos autos do Recurso Especial n. 668.216-SP, objeto de nossos comentários, diz respeito a contrato firmado antes da vigência da Lei n. 9.656/98, razão pela qual são as disposições do Código de Defesa do Consumidor que se aplicam no caso sob exame.

1. Cláusulas contratuais abusivas

Os princípios e direitos básicos definidos na Lei n. 8.078/90 estão pormenorizados em matéria de contratos, exigindo-se do fornecedor, entre outros, o direito de o consumidor tomar conhecimento prévio do conteúdo do contrato; clareza quanto às informações, seu sentido e alcance; a interpretação

(20) Art. 5º, XXXII.

(21) Em introdução ao Código de Defesa do Consumidor ao seu alcance anotado e exemplificado pelo Idec, 1999.

das cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor; e a obrigatoriedade de destaque para as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor⁽²²⁾.

Com finalidade pedagógica e também de orientação ao intérprete, o Código elenca um rol de cláusulas contratuais abusivas, considerando-as nulas de pleno direito⁽²³⁾. Referido elenco, exemplificativo e não exaustivo, apresenta como abusivas, entre outras, as cláusulas dos contratos que deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor (inciso IX); autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor (inciso X); autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração (inciso XIII); estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor (inciso XV).

Merece destaque o inciso IV que, combinado com o § 1º do art. 51, constitui cláusula geral proibitória da utilização de cláusulas abusivas nos contratos de consumo, ao passo que define como nulas as cláusulas que *“estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”*. Segundo *Claudia Lima Marques*:

O inciso IV, de nítida inspiração no antigo § 9º da lei especial alemã de 1976 (hoje incorporado ao § 307 do BGB-Reformado, com o mesmo texto), proíbe de maneira geral todas as disposições que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou seja, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”. As expressões utilizadas, boa-fé e equidade, são amplas e subjetivas por natureza, deixando larga margem de ação ao juiz; caberá, portanto, ao Poder Judiciário brasileiro concretizar através desta norma geral, escondida no inciso IV do art. 51, a almejada justiça e equidade contratual. Segundo renomados autores, o CDC ao coibir a quebra da equivalência contratual e considerar abusivas as cláusulas que coloquem o consumidor em “desvantagem exagerada” está a resgatar a figura de lesão enorme e a exigir um dado objetivo de equilíbrio entre as prestações. Parece-nos que a norma do inciso IV do art. 51 do CDC, com a abrangência que possui e que é completada pelo disposto no § 1º do mesmo art. 51, é verdadeira norma geral proibitória de todos os tipos de abusos contratuais, mesmo aqueles já previstos exemplificativamente nos outros incisos do art. 51.⁽²⁴⁾

(22) Arts. 46, 47 e 54, §§ 3º e 4º, respectivamente.

(23) Art. 51.

(24) MARQUES, Cláudia Lima. op. cit., p. 796.

Portanto, o Código entendeu por bem rechaçar toda e qualquer cláusula contratual que represente ofensa à boa-fé ou à equidade ou ainda represente vantagem exagerada ao fornecedor, considerando-se como aquela que ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a qual pertence; restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual; se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso⁽²⁵⁾.

É à luz da Lei n. 8.078/90 e dos dispositivos sobre o direito à saúde acima referidos que devemos examinar a legalidade das restrições de coberturas previstas nos contratos de planos de saúde, considerando tanto as restrições às doenças como aquelas relativas aos procedimentos para o tratamento e cura dos problemas de saúde.

2. Cláusulas contratuais de exclusão de cobertura de doenças

Um dos problemas mais graves e freqüentes relacionados aos planos de saúde são as exclusões de cobertura. Pesquisa realizada junto ao Poder Judiciário entre janeiro de 2003 e setembro de 2004, nos Tribunais de Justiça de São Paulo e do Rio de Janeiro, apurou a existência de 632 acórdãos em agravos de instrumentos sobre planos de saúde. Deste universo, 55% diziam respeito à exclusão de cobertura de doenças e de procedimentos⁽²⁶⁾. As principais negativas referiam-se a próteses ou outros materiais (14,66%), seguidos de obesidade mórbida (11,21%), câncer (10,63%), *homecare* (8,05%), transplantes (6,03%), urgências e emergências (4,02%), diálise (4,31%) e tratamentos em hospitais não credenciados (3,74%). O estudo revelou que, em primeira instância, 73,28% das decisões reverteram as exclusões de cobertura e, em segunda instância, 65,80% delas atendeu os autores.

Em estudo mais recente, direcionado apenas às exclusões de cobertura, foram analisadas 735 decisões judiciais em apelações julgadas em segunda instância pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, entre janeiro de 1999 e dezembro de 2004⁽²⁷⁾. A pesquisa indicou que 73,5% delas foram favoráveis à concessão da cobertura inicialmente negada pela empresa.

(25) Art. 51, § 1º, incisos I a III.

(26) SALAZAR, Andrea; GROU, Karina; SCHEFFER, Mário. *Os planos privados de saúde e a efetividade da Justiça*. Rio de Janeiro: Laboratório de Economia Política da Saúde (LEPS); Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2004.

(27) SCHEFFER, Mário. *Os planos de saúde nos tribunais: uma análise das ações judiciais movidas por clientes de planos de saúde, relacionadas à negação de coberturas assistenciais no Estado de São Paulo*. 2006. Dissertação (Mestrado) — Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, 2006.

Dentre o universo dos acórdãos que possibilitaram identificar tal informação (32%), verificou-se que as doenças e procedimentos mais excluídos da cobertura de planos de saúde eram os seguintes: transplantes (16%); procedimentos ligados ao tratamento de câncer (radioterapia, quimioterapia, braquiterapia, mamoplastia, radiocirurgia etc.) (15%); órteses e próteses (*stents*, *marcapasso* etc.) (9,5%); exames diagnósticos (tomografia, ressonância, videolaparoscopia etc.) (8,3%); implantes (cocelar, ocular, de órteses e próteses etc.) (5,5%); hemodiálise (5,2%); oxigenoterapia (4,6%); fisioterapia (3,7%); assistência ao recém-nascido (3,7%); medicamentos de uso hospitalar (3,7%), outros (24,8%). Sobre esses resultados, concluiu o autor da pesquisa, *Mario Scheffer*:

A maior incidência de ações relacionadas a procedimentos dispendiosos e especializados — a exemplo dos transplantes, do tratamento do câncer, da hemodiálise e de diversos procedimentos cirúrgicos e invasivos — traz indícios da prática adotada pelas operadoras visando a economia de recursos e o predomínio da lógica financeira. Ao mesmo tempo indica que o Sistema Único de Saúde, ao atender estes casos de exclusões de coberturas, atua de forma a subsidiar os planos de saúde privados.⁽²⁸⁾

Os achados das pesquisas revelam a existência tanto de cláusulas contratuais que excluem a cobertura de doenças, como de procedimentos específicos relacionados às doenças. Análises de contratos realizadas pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) em diversas oportunidades constataram resultados semelhantes.

As décadas de convivência com cláusulas de exclusão de cobertura em planos de saúde reduziram o impacto que esse disparate deveria nos causar. Se analisada a matéria fática de direito envolvida, afastada desse convívio quase indiferente a que nos acostumamos, fica evidente que um serviço colocado no mercado para garantir assistência médico-hospitalar em caso de doenças e acidentes não poderia eleger as moléstias e os procedimentos que estão garantidos.

Sob o enfoque jurídico, não há outra resposta possível. Cláusulas contratuais de exclusão de cobertura de doenças ou de procedimentos devem ser declaradas nulas de pleno direito, nos termos do art. 51, § 1º e seus incisos.

III. COMENTÁRIOS AO ACÓRDÃO PROFERIDO NO RECURSO ESPECIAL N. 668.216

O Recurso Especial n. 668.216-SP, relatado pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, recebeu a seguinte ementa:

(28) Id. *Ibid.*, p. 101-102.

Seguro saúde. Cobertura. Câncer de pulmão. Tratamento com quimioterapia. Cláusula abusiva.

1. O plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura. Se a patologia está coberta, no caso, o câncer, é inviável vedar a quimioterapia pelo simples fato de ser esta uma das alternativas possíveis para a cura da doença. A abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, em razão de cláusula limitativa, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno disponível no momento em que instalada a doença coberta.

2. Recurso especial conhecido e provido.

A decisão trata de dois aspectos de extrema relevância na relação entre operadoras de planos de saúde e consumidores. O primeiro, é a exclusão contratual de coberturas, recusas (totais ou parciais) das operadoras em arcar com as despesas do tratamento de saúde necessitado pelo consumidor. O outro se refere à vinculação da operadora de plano de saúde à alternativa terapêutica indicada pelo médico que, responsável pelo atendimento à saúde do consumidor, deve agir com independência e liberdade.

São esses dois pontos que passamos a comentar:

1. O médico determina o procedimento adequado no cuidado da saúde do consumidor

O acórdão comentado bem asseverou o papel do médico na prestação de serviços de saúde intermediada por operadoras de planos de saúde. E o fez no seguinte sentido:

Não me parece razoável que se exclua determinada opção terapêutica se a doença está agasalhada no contrato. Isso quer dizer que se o plano está destinado a cobrir despesas relativas ao tratamento, o que o contrato pode dispor é sobre as patologias cobertas, não sobre o tipo de tratamento para cada patologia alcançada pelo contrato. Na verdade, se não fosse assim, estar-se-ia autorizando que a empresa se substituísse aos médicos na escolha da terapia adequada de acordo com o plano de cobertura do paciente. E isso, pelo menos na minha avaliação, é incongruente com o sistema de assistência à saúde, porquanto quem é senhor do tratamento é o especialista, ou seja, o médico que não pode ser impedido de escolher a alternativa que melhor convém à cura do paciente. Além de representar severo risco para a vida do consumidor.

Nesse sentido, parece-me que a abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, consumidor do plano de saúde, ser impedido de receber tratamento

com o método mais moderno do momento em que instalada a doença coberta em razão de cláusula limitativa. É preciso ficar bem claro que o médico, e não o plano de saúde, é responsável pela orientação terapêutica. Entender de modo diverso põe em risco a vida do consumidor.⁽²⁹⁾

Neste aspecto a decisão vai ao encontro dos dispositivos constitucionais e consumeristas mencionados. Acrescentamos ainda o Código de Ética Médica, Resolução n. 1.246/88 do Conselho Federal de Medicina, que dentre os princípios fundamentais ao exercício da medicina determina o dever do médico de exercer a profissão com ampla autonomia, “*não podendo em qualquer circunstância ou sob qualquer pretexto renunciar à sua liberdade profissional, devendo evitar que quaisquer restrições ou imposições possam prejudicar a eficácia e correção de seu trabalho*”.⁽³⁰⁾ O Código de Ética prescreve ainda que “*nenhuma disposição estatutária ou regimental de hospital ou instituição pública ou privada poderá limitar a escolha, por parte do médico, dos meios a serem postos em prática para o estabelecimento do diagnóstico e para a execução do tratamento, salvo quando em benefício do paciente*”⁽³¹⁾.

Como se vê, o arcabouço jurídico pertinente garante a autonomia do profissional médico, em vista da fundamentalidade do direito à saúde. Se determinado procedimento foi indicado pelo médico responsável pela saúde do consumidor, este deve ser coberto pela operadora de planos de saúde. A única exceção que poderia ser aventada fica por conta de procedimentos ainda em fase de experimentação, sem eficiência e qualidade técnicas comprovadas. Contudo, como indicou o caso objeto do acórdão comentado, a prática do setor continua à margem da legislação, agravada pela atuação ineficiente do órgão fiscalizador e regulador. Os diversos mecanismos utilizados pelas operadoras de planos de saúde para interferir no exercício profissional dos médicos, objetivando a contenção de custos e a manutenção de altas margens de lucro, vem sendo denunciados pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (Cremesp) há bastante tempo.

Recentemente, pesquisa do Instituto DataFolha realizada para o Cremesp, no período de 2 a 11 de maio de 2007, indicou que mais da metade dos médicos paulistas (55%) atende pacientes por meio de planos de saúde. Destes, 43% (cerca de 21 mil médicos) afirmaram que sofrem ou sofreram algum tipo de restrição ou imposição dos planos de saúde, afetando sua autonomia⁽³²⁾.

(29) Recurso Especial n. 668.216/SP, grifos nossos.

(30) Arts. 7º e 8º.

(31) Art. 16.

(32) A pesquisa detalha que os médicos já sentiram interferência dos planos de saúde principalmente quanto a: negativa de autorização de consultas, internações, exames, procedimentos ou insumos (82% dos médicos); glosa de procedimentos ou medidas terapêuticas (81%); restrições a doenças

Neste cenário, destaca-se o papel do Poder Judiciário para o deslinde correto dos conflitos entre operadoras de planos de saúde, médicos e consumidores. Mas, não podemos deixar de consignar a necessidade urgente de providências concretas, por parte das autoridades competentes, para pôr fim às referidas ingerências ilegais.

2. A exclusão de doença pelo contrato de plano de saúde

No Recurso Especial n. 668.216-SP, o cerne da abusividade da cláusula contratual discutida foi a exclusão de alternativa terapêutica (quimioterapia) quando a doença que acomete o consumidor (câncer) tinha cobertura garantida. É o que se depreende do seguinte trecho do acórdão comentado:

*A orientação que se vem firmando, e que merece exame da Corte, é sobre esse ponto, considerando a consolidação legislativa vigente com a Lei n. 9.656/98. O que se procurou fazer, pelo menos no meu entender, foi estabelecer critério para proteger o consumidor e ao mesmo tempo assegurar a viabilidade empresarial dos planos privados de saúde. **De fato, não se pode negar o direito do contrato de estabelecer que tipo de doença está ao alcance do plano oferecido.** Todavia, entendendo que deve haver uma distinção entre a patologia alcançada e a terapia. Não me parece razoável que se exclua determinada opção terapêutica se a doença está agasalhada no contrato. Isso quer dizer que se o plano está destinado a cobrir despesas relativas ao tratamento, **o que o contrato pode dispor é sobre as patologias cobertas, não sobre o tipo de tratamento para cada patologia alcançada pelo contrato.**⁽³³⁾*

O julgado, portanto, sustenta a possibilidade do contrato de plano de saúde de excluir doenças de sua cobertura, apontando a preocupação com a viabilidade empresarial dos planos de saúde como parâmetro garantidor da razoabilidade de exclusões desta espécie, nos termos do voto proferido pelo Ministro Relator.

Neste ponto, divergimos. Independentemente de ser uma doença ou um procedimento para tratamento de doença, a restrição de cobertura implica em indiscutível ofensa à natureza do objeto do contrato que é garantir assistência à saúde, o que só pode ser feito de forma integral. Não é possível garantir assistência à saúde por meio do tratamento de doenças menos complexas e de procedimentos menos custosos. A lógica econômica não pode prevalecer como justificativa juridicamente aceitável para restringir a cobertura contratual, em manifesta violação à natureza do serviço oferecido e ao bem fundamental ao qual se destina, a saúde.

preexistentes (59%); tempo de internação de pacientes (55%); atos diagnósticos e terapêuticos mediante designação de auditores (54%); descredenciamento (42%); período pós-operatório (38%).
(33) Recurso Especial n. 668.216-SP, grifos nossos.

Nesse passo, ponderamos a aplicação do art. 54, § 4º da Lei n. 8.078/90 para afastar interpretações inadequadas. É certo que referido dispositivo admite textualmente cláusulas restritivas de direito nos contratos de consumo ao estabelecer que “as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão”. Contudo, por tudo o que já dissemos, interpretação sistemática do Código de Defesa do Consumidor não admite supor a existência de uma limitação de direito contrária à natureza do contrato, restringindo obrigações fundamentais inerentes à prestação do serviço oferecido, que imponha onerosidade excessiva para o consumidor, ou ainda que se amolde a qualquer das cláusulas dispostas no rol do art. 51, consideradas abusivas. Este entendimento ainda recebe do arcabouço jurídico garantidor do direito à saúde.

Por fim, apesar de não ser objeto de nossos comentários, ressaltamos que, de certo modo, a nova legislação de planos de saúde (hoje aplicável à parcela dos contratos de assistência à saúde, mas com tendência de gradualmente abranger todos) também encerra contradição semelhante, embora às avessas, aquela identificada no acórdão sob comento.

Enquanto a Lei de Planos de Saúde determina a cobertura de todas as doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial da Saúde⁽³⁴⁾, uma resolução da Agência Nacional de Saúde Suplementar⁽³⁵⁾ define o rol de procedimentos que devem ser obrigatoriamente cobertos pelos planos de saúde, identificando ainda aqueles que podem ser excluídos durante os dois primeiros anos de contrato no caso de doença ou lesão preexistente⁽³⁶⁾. Ou seja, a exclusão de doenças foi proibida, mas ficou a cargo da agência reguladora, e não dos médicos, a eleição dos procedimentos para tratá-las.

A legalidade dessa resolução é questionável, não obstante o § 4º do mesmo art. 10, incluído por meio de medida provisória, haja conferido à agência reguladora competência para estabelecer a amplitude das coberturas⁽³⁷⁾. É o *caput* do art. 10 que impõe o dever de cobertura a todas as

(34) Art. 10.

(35) Resolução Normativa n. 82 da ANS.

(36) O art. 11 da Lei n. 9.656/98 prescreve que eventos cirúrgicos, leitos de alta tecnologia e procedimentos de alta complexidade relacionados com a doença ou lesão preexistente podem ser excluídos da cobertura contratual pelo período máximo de dois anos da contratação do plano ou seguro de saúde. Apesar de sua constitucionalidade ser duvidosa, merecendo estudo específico, o dispositivo é aplicado atualmente. Considerando esta realidade entendemos que a indicação dos procedimentos passíveis de serem classificados como “de alta complexidade”, bem como daqueles considerados “cirúrgicos”, se faz necessária para evitar eventuais abusos das operadoras do setor. Entretanto, a indevida extensão do termo “alta complexidade”, fornecida pela resolução da ANS, contra a qual já se posicionaram várias entidades médicas, acabou por ofender o *caput* do art. 10 da Lei de Planos de Saúde, além de violar as disposições do Código de Defesa do Consumidor e sobre o direito à saúde.

(37) Nos seguintes termos: “a amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS.”

doenças classificadas na relação da OMS, sendo contraditório admitir que procedimentos necessários para atenção às doenças de cobertura obrigatória possam ser excluídos pelas operadoras indevidamente. Sem falar nas normas que asseguram o direito à saúde na Constituição Federal, em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, e na legislação infraconstitucional.

CONCLUSÕES

Tratar do setor de planos de saúde é enfrentar sérias questões de duas ordens: a não observância do direito à saúde conforme garantido no Brasil e das normas do sistema jurídico de proteção do consumidor; e a falta de compatibilidade de vários pontos da Lei n. 9.656/98 com tal arcabouço jurídico.

Atualmente, temos, na prática, dois sistemas completamente diversos. Enquanto o sistema público trata, como não poderia deixar de ser, da saúde integralmente, de maneira harmônica e igualitária, tanto no que diz respeito ao aspecto preventivo, como também ao assistencial e curativo, os planos de saúde conferem tratamento fragmentado, além de praticamente ignorar as ações de prevenção. Enquanto o sistema público deve garantir a assistência em todos os níveis de complexidade, os planos de saúde ficam desobrigados da cobertura dos procedimentos de alta complexidade para os portadores de doenças preexistentes e ainda de todos aqueles que simplesmente excluem de seus contratos, a não ser que sejam compelidos pelo Poder Judiciário a garanti-los.

A orientação da política de saúde brasileira tem sido, nesse sentido, por vezes contraditória. De um lado, temos a divulgada limitação de recursos financeiros para o financiamento dos serviços públicos de saúde, em caráter universal e igualitário. De outro, a permissão para que o ônus dos tratamentos mais caros ou não cobertos pelas operadoras de planos de saúde sejam transferidos exatamente para o sistema público.

O cenário atual ainda se distancia do ideário estampado na Constituição Federal de 1988. Apenas com o fortalecimento do Sistema Único de Saúde e com o comprometimento eficaz dos poderes públicos — Executivo, Legislativo e Judiciário —, inclusive no que se refere às adequações necessárias ao setor de planos de saúde, poderemos nos aproximar dele.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Caderno de informação da saúde suplementar*. beneficiários, operadoras e planos. Rio de Janeiro: ANS, 2007.

ARAÚJO, Luiz Alberto; SERRANO JÚNIOR, Vidal. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Ed., 1998.

CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. *Sistema Único de Saúde — Comentários à Lei Orgânica da Saúde*. 3. ed. Campinas: Ed. da Unicamp, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

_____; LIMA LOPES, José Reinaldo de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1996.

_____. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, v. 14, n. 57/58, p. 233-256, jan./jun. 1981.

SALAZAR, Andrea; GROU, Karina; SERRANO JÚNIOR, Vidal. Assistência Privada à Saúde: Regulamentação, Posição Idec e Reflexos no Sistema Público. In: ARANHA, Márcio Iorio (Org.). *Direito sanitário e saúde pública*. Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. v. 1.

_____; _____. SCHEFFER, Mário. *Os planos privados de saúde e a efetividade da Justiça*. Rio de Janeiro: Laboratório de Economia Política da Saúde (LEPS); Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2004.

SCHEFFER, Mário. *Os planos de saúde nos tribunais: uma análise das ações judiciais movidas por clientes de planos de saúde, relacionadas à negação de coberturas assistenciais no Estado de São Paulo*. 2006. Dissertação (Mestrado) — Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1998.

_____. *Curso de direito constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990.