

FACER – FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO

LARISSA ANDRADE PINTO



Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

DOENÇA PREEEXISTENTE NOS PLANOS DE SAÚDE

Monografia apresentada a Facer - Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba, como requisito para obtenção do grau de bacharela em Direito sob a orientação do professor Luciano do Valle.

5-32752

Tombo n°	17647
Classif.:	34
Ex.:	1
Origem:	d
Data:	28.01.11

RUBIATABA – GO

2010

FOLHA DE APROVAÇÃO

LARISSA ANDRADE PINTO

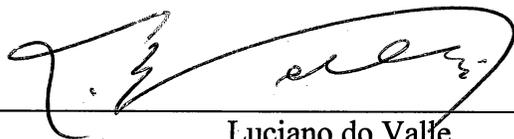
DOENÇA PREEEXISTENTE NOS PLANOS DE SAÚDE

COMISSÃO JULGADORA

**MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO GRADUADO PELA FACULDADE
DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA**

Resultado: _____

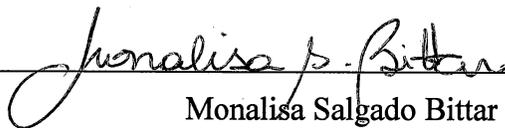
Orientador _____



Luciano do Valle

Especialista em Direito Civil

1º Examinador _____



Monalisa Salgado Bittar

Especialista em Direito Civil e Docência Universitária

2º Examinador _____

Sérgio Luis Oliveira dos Santos
Especialista em Processo Civil

Rubiataba, 2010

RESUMO – A doença preexistente não é uma terminologia médica; não existe uma definição médica de doença preexistente e não seria sensato uma definição jurídica desse termo. Como não se tem um conceito específico do que seja uma doença, pois, é uma definição que não existe na medicina, assim sendo, a única saída é a descrição cansativa dos diversos tipos de doenças que serão descritas no decorrer do trabalho. Percebe-se que o problema não é a dificuldade da determinação do início da doença, mas sua total impossibilidade. A discussão, que se segue, procura demonstrar a incoerência do termo doença preexistente e a total improcedência do uso desse termo no vocabulário jurídico. O objetivo geral deste estudo foi analisar as restrições impostas pelos planos de saúde aos portadores de doenças preexistentes. A metodologia utilizada para a realização deste estudo foi a pesquisa bibliográfica e exploratória.

Palavras-chave: doença preexistente, direitos do consumidor e planos de saúde.

ABSTRACT - The disease is not a pre-existing medical terminology, there is no medical definition of preexisting disease and would not be sensible legal definition of that term. As we do not have a specific concept of what constitutes a disease because it is a definition that does not exist in medicine, therefore, the only way out is tiresome description of the various types of diseases that are described in the discourse of work. It is noticed that the problem is not the difficulty of determining the onset of the disease, but its total impossibility. The discussion that follows seeks to demonstrate the incoherence of the term pre-existing disease and total rejection of the use of this term in legal vocabulary. The aim of this study was to analyze the restrictions imposed by health plans to patients with preexisting conditions. The methodology for this study was a literature search and exploratory.

Words-key: pre-existing disease, consumer rights and health

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1. DOENÇA PREEEXISTENTE.....	11
1.1 Contextualização.....	11
1.2 Início do sintoma e início da doença	12
1.2.1 Início do sintoma.....	12
1.2.2 Início da doença.....	13
1.3 Classificação das doenças.....	13
1.3.1 Doenças causadas pelo contato com outros organismos vivos.....	13
1.3.2 Doenças decorrentes da ausência de nutrientes.....	14
1.3.3 Doenças causadas pela exposição à ambientes nocivos do ponto de vista físico-químico.....	14
1.3.4 Doenças genéticas.....	15
1.4 Parecer do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC)	15
1.5 Conceitos jurídicos	17
2. DIREITO À SAÚDE.....	20
2.1 Organização Mundial da Saúde (OMS)	20
2.2 Organização Pan-Americana da Saúde (Opas)	21
2.3 Previsão do direito à saúde.....	23
2.3.1 Na Declaração Universal dos Direitos do Homem e na Carta Social Européia.....	23
2.3.2 À Saúde no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.....	24
2.4 O Direito Social à Saúde na Constituição Federal de 1988.....	24
2.5 A Saúde como direito material protegido pela política nacional do meio ambiente.....	26
2.6 A Utilização dos planos privados de saúde.....	27
3 DIREITOS DE DEFESA DO CONSUMIDOR FRENTE A SUA SAÚDE E SEGURANÇA.....	29
3.1 Código de Defesa do Consumidor.....	29
3.2 Conceito de consumidor.....	30
3.3 Conceito de fornecedor.....	31

3.4 Conceito de serviço.....	32
3.5 Contrato de adesão.....	32
3.6 O Princípio da boa-fé contratual nos contratos de planos de saúde.....	35
3.7 A Obrigação de informar o consumidor sobre seus direitos e consentimento informado.....	36
3.8 Cláusulas Abusivas.....	42
4. A LEI DOS PLANOS DE SAÚDE N. 9.656/98 E A SUA VIGÊNCIA E CARÊNCIA.....	45
4.1 A Lei n. 9.656.....	45
4.2 Natureza jurídica da Lei n. 9.656/98 - Lei de Plano Privado de Assistência à Saúde.....	47
4.3 Regime de contratação.....	48
4.3.1 Contratação individual ou familiar.....	48
4.3.2 Contratação coletiva empresarial.....	49
4.3.3 Contratação coletivo por adesão.....	49
4.3.4 Contratação coletiva com 50 ou mais participantes.....	50
4.3.5 Contratação coletiva com menos de 50 participantes.....	50
4.3.6 Problema da falsa coletivização.....	50
4.4 A Lei n. 9.656/98 e os contratos-padrão.....	52
4.4.1 Plano – referência	52
4.4.2 Plano mínimo.....	54
4.4.3 Plano ampliado.....	54
4.5 Vigência e carência nos planos de saúde.....	54
4.5.1 Emergência e Urgência.....	56
4.5.2 Filhos.....	58
4.5.3 Acompanhante.....	60
4.5.4 Doenças e lesões preexistentes.....	61
4.5.5 Cobertura parcial temporária.....	62
4.5.6 Agravo.....	63
4.6. Mobilidade com portabilidade de carências.....	64
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	67
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	70

LISTA DE SIGLAS

- ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade
Aids – *Acquired immune deficiency syndrome*
APUD – Conforme, citado
ART – Artigo
ANS – Agência Nacional da Saúde
CID - Classificação Internacional de Doenças
CONSU- Conselho de Saúde Suplementar
CPT – Cobertura Parcial Temporária
IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor
OEA – Organização dos Estados Americanos
OIHP – *Office Iternationale d'Hygiène Publique*
OMS – Organização Mundial da Saúde
ONU – Organização das Nações Unidas
OPAS – Organização Pan-Americana da Saúde
PNAD – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios
s.d – Sem Data
SUS – Sistema Único de Saúde

INTRODUÇÃO

Através desta monografia, será apresentado o tema doença preexistente nos planos de saúde. Acerca dele, temos que o conceito de doença preexistente é um conceito relativo, porque sempre dará em relação a um fato.

Hoje em dia, são milhões de brasileiros que se encontram filiados a operadoras de planos de saúde, tanto na condição de seguradoras quanto na qualidade de instituição de autogestão ou também de operadoras de medicina de grupo e, como tal, acredita-se que esse é um segmento de suma importância para a população país, o qual precisa ter os seus direitos garantidos, suas demandas satisfeitas e que tenha a capacidade, ao mesmo tempo, de se obter uma condição de saúde aperfeiçoada. Percebe-se a importância que esse segmento representa e, ao mesmo tempo, a dificuldade que enfrenta atualmente.

Portanto, o conceito de doença preexistente aplicada às relações contratuais dos planos de saúde é de natureza relativa e sem valor médico. Nem a seara médica consegue definir quais seriam as doenças preexistentes.

Justifica-se a escolha deste tema, pelo fato de as pessoas portadoras de doença preexistentes ao assinarem os contratos de plano de saúde, asseguram seu próprio diagnóstico. Sem o menor conhecimento para tal. Afirmam ter confrontos com princípios e garantias fundamentais a discussão acerca do tema.

Assim, a escassez de artigos que tratam desse assunto em questão, o conceito que define doença preexistente como as que o consumidor sabe ter, no momento da assinatura do contrato, mostrou-se, na prática, ter um elo para discussões jurídicas que colocam o consumidor em flagrante desvantagem, pois exige dele um verdadeiro diagnóstico das suas condições de saúde, uma função que este não está legalmente habilitado. Claramente se percebe a necessidade desse estudo e pesquisa.

O persistente confronto com os princípios e garantias fundamentais fazem crer que a relação doença preexistente nos planos de saúde e Constituição Federal da República é de grande amplitude.

Os problemas levantados foram referentes às diferenças nos conceitos de doença preexistente. Para o direito e a medicina são muito distintos será isso “legal”? O ato de assinar um contrato e atestar uma doença preexistente não seria produzir prova contra si mesmo? Não seria um atentado à dignidade da pessoa humana, esta não ter direito às garantias totais do plano de saúde, por ter uma doença preexistente?

Assim sendo, o objetivo geral deste estudo foi analisar as restrições impostas pelos planos de saúde aos portadores de doenças preexistentes.

Sendo os objetivos específicos analisar os princípios da isonomia, da dignidade da pessoa humana e do direito à saúde, e identificar se tais princípios estão sendo feridos ao se restringir o direito aos planos de saúde dos portadores de doenças preexistentes; entender o código de defesa do consumidor, a saúde suplementar, e a lei dos planos de saúde e compreender os conceitos jurídicos relacionados com o direito à saúde e o conceito de doença preexiste e a relação jurisdicional destes com os planos de saúde.

A metodologia utilizada para a realização deste estudo foi a pesquisa bibliográfica e exploratória. A coleta de dados foi realizada através de pesquisas em livros, e via *internet*, dando continuidade às leituras de obras, para dessa forma, enriquecer ainda mais o trabalho.

A pesquisa bibliográfica abrange toda a bibliografia já tornada pública em relação ao tema de estudo, desde publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas, monografias, teses, material cartográfico, meios de comunicação como rádio, gravações em fita magnética e audiovisuais e via *internet*. (BRITO & ARNS, 2006).

E a pesquisa exploratória tem por objetivo proporcionar maior familiaridade com o problema (fenômeno a ser investigado), visando ao aprimoramento de idéias ou à descoberta de intuições. Seu planejamento é bastante flexível, de modo que possibilite a consideração dos mais variados aspectos relativos ao fato estudado.

Desse modo, constata-se que os dois tipos de pesquisa utilizados para a este estudo foram de suma importância e úteis para a realização deste trabalho.

A monografia é dividida entre capítulos e no primeiro, realiza-se uma contextualização da doença preexistente, observando os conceitos médicos e jurídicos.

No segundo capítulo, é abordado o tema direito à saúde. Esta, como premissa básica no exercício da cidadania do ser humano, constitui-se de extrema relevância para a sociedade, pois a saúde diz respeito à qualidade de vida e o direito sanitário que se externa como forma indispensável no âmbito dos direitos fundamentais sociais.

O terceiro capítulo fala sobre os direitos de defesa do consumidor frente à sua saúde e segurança, onde se vê que o direito do consumidor é um ramo do direito que lida com conflitos de consumo e com a defesa dos direitos dos consumidores, e que se encontra desenvolvido na maior parte dos países com sociedades de consumo e sistemas legais funcionais.

No quarto e último capítulo, é abordado o tema a Lei dos Planos de Saúde Lei nº 9.656/98 e Vigência e Carência nos Planos de Saúde.

1. DOENÇA PREEEXISTENTE

1.1 Contextualização

Neste primeiro capítulo será feita uma contextualização da doença preexistente, observando-se os conceitos médicos e jurídicos.

Segundo Santos (Esther Maria Brighenti dos Santos. *O conceito de doença preexistente nos contratos de planos de saúde*. 2002. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5134>. Acesso em: 20/04/2010.) a doença preexistente não é uma terminologia médica; não existe uma definição médica de doença preexistente e não seria sensato uma definição jurídica desse termo. De fato, até mesmo o termo doença ainda não tem um conceito médico preciso, existindo ainda muita discussão teórica, sobre qual seria sua melhor definição.

Os termos doença e normalidade já se mostram de difícil definição, mais difícil ainda seria a definição da denominada doença preexistente. É espantoso ver que esses termos, imprecisos como são, sejam usados juridicamente com a finalidade exclusiva de limitar os direitos do consumidor. (*Ibidem*)

O problema não é a dificuldade da determinação do princípio da doença, porém sua completa impossibilidade. A discussão que se adote busca evidenciar a inconsequência do termo doença preexistente e a total improcedência do uso desse termo no vocabulário jurídico.

De acordo com Santos (*Ibidem*) além disso, doença preexistente foi um conceito formado pelas prestadoras de assistência à saúde para, muitas vezes, fugirem da prestação do serviço, uma vez que afirmavam que o consumidor já se encontrava doente no período que assinou o contrato. Para o associado, isso foi sempre um drama, pois durante muito tempo ele pagava a mensalidade do plano de saúde e, quando necessitava de um tratamento mais complicado, a operadora se recusava a atendê-lo, avisando-o de que ele já era portador da doença antes mesmo de firmar o contrato.

Percebe-se que, para provar a preexistência era extremamente difícil. O consumidor ficava sem a cobertura, na ocasião em que ele mais precisava do plano de saúde. A doença preexistente ainda hoje continua sendo uma alegação provável por parte da operadora, no entanto, hoje em dia existem regras. A operadora precisará realizar uma entrevista com o consumidor, justamente para identificar, se possui ou não enfermidade. Esse procedimento é chamado de entrevista qualificada.

1.2 Início do sintoma e início da doença

1.2.1 Início do sintoma

Acredita-se, que, primeiramente, é preciso caracterizar o início da doença e início dos sintomas. O início do sintoma é completamente independente e desigual do início da doença. Essas duas ocorrências não se equivalem, nem mesmo possuem o mesmo significado.

Segundo Santos (*Ibidem*) pode-se situar no tempo o início dos sintomas de determinada doença. Em alguns casos essa determinação pode ser bastante precisa como, por exemplo, as dores precordiais de uma isquemia do miocárdio (infarto cardíaco). Nessa situação, podemos precisar, até mesmo em minutos, o início da dor. Também, no caso de uma hemorragia cerebral, o início dos sintomas pode ser determinado com precisão de minutos ou horas. Esses são exemplos de sintomas cujo início é súbito e flagrante, sendo fácil a determinação do caráter mórbido do processo patológico em questão.

No entanto, em diferentes outras situações, o início dos sintomas é pouco expressivo, vagaroso, evoluindo, na maioria das vezes, silenciosamente. Nesses casos, a determinação do início é duvidosa. No caso das anemias carenciais, por exemplo, os sintomas iniciais são bem sutis, consistindo em ser imperceptíveis por meses ou até mesmo anos. O corpo consegue compensar grandes graus de anemia, sem que sintoma algum seja percebido. Nessa circunstância, é potencialmente impossível determinar, com precisão, a partir de quando os sintomas se principiaram.

Em muitos casos o desenvolvimento da doença é silencioso, ou seja, assintomática. Pode evoluir durante anos sem apresentar sintomas. Tal é o caso, por exemplo, dos aneurismas cerebrais, esses só são descobertos por acaso, no decorrer de investigações de imagens cerebrais. Os aneurismas cerebrais (dilatação patológica das artérias cerebrais) só apresentam sintomas quando se rompem, o que pode nunca acontecer. É impossível determinar quando se iniciaram os processos patológicos que culminaram na dilatação e rompimento de um eventual aneurisma. (*Ibidem*)

E, assim, a partir desses poucos exemplos, nos quais determinação do início dos sintomas é provável em algumas ocasiões, entretanto, não pode ser considerada presumível em todas as situações. Do ponto de vista jurídico, pode-se dizer que a probabilidade de determinação do início dos sintomas existe ocasionalmente, isto é, somente em determinadas ocasiões, é possível e realizável tal determinação na prática. Desse modo, não pode ser considerada pela lei como uma possibilidade universal e absoluta.

1.2.2 Início da doença

De acordo com Santos (*Ibidem*) como não se tem um conceito específico do que seja uma doença, já que sua definição que existe na medicina, a única saída é a descrição cansativa dos diversos tipos de doenças. A seguir, será discorrida a classificação das doenças entre quatro grandes grupos.

1.3 Classificação das Doenças

1.3.1 Doenças causadas pelo contato com outros organismos vivos

Nesses casos, podemos presumir que não há doença até que ocorra o contato com o organismo patogênico. Entretanto, o contato não pode ser considerado universalmente como o início da doença. Existe sempre um lapso de tempo entre o contato e o início dos processos mórbidos que culminam com os sintomas. Em muitas situações esse lapso de tempo é curto o suficiente para que possa ser considerado insignificante, contudo, em muitos casos, pode ser

de décadas, ou pode mesmo acontecer de o organismo infectante permanecer alojado no ser humano sem causar doença, numa relação denominada de hospedeiro. A Aids é um exemplo de doença infecciosa que pode permanecer por décadas sem apresentar sintomas. Algumas bactérias são parte da flora normal do corpo e só são responsáveis por doenças se ocorre alguma alteração no padrão normal de relação entre a bactéria e o organismo. Nesse caso estivemos em contato com o organismo talvez desde o nascimento. Em resumo: o momento do contato com o micro-organismo pode, apenas em algumas circunstâncias eventuais, ser considerado o momento do início da doença, mas esse não pode ser considerado um procedimento universal em toda e qualquer situação. (*Ibidem*)

1.3.2 Doenças decorrentes da ausência de nutrientes

Nesses casos, os sintomas não se iniciam assim que se interrompe a ingestão de determinado nutriente, mas quando as reservas corporais desse nutriente começam a se esgotar. Algumas vezes são necessários anos de restrição da ingestão para que se esgotem as reservas corporais. Por exemplo, a deficiência da vitamina B12 só leva a sintomas após cerca de quatro a cinco anos de absorção deficiente, pois as reservas dessa vitamina no fígado são mais de mil vezes seu consumo mínimo diário. Portanto, também, nesses casos, torna-se impossível determinar o início da doença (*Ibidem*).

1.3.3 Doenças causadas pela exposição à ambientes nocivos do ponto de vista físico-químico

Nesses casos, a doença se inicia quando as substâncias nocivas se acumularam em quantidade suficiente para gerar disfunção e não no momento do contato. O tempo decorrido entre a exposição e a doença é extremamente variável. Por exemplo, se o ambiente nocivo é um lugar fechado com alta concentração de monóxido de carbono, rapidamente as funções vitais entram em colapso. Por outro lado, em diversos outros casos, são necessários anos de exposição contínua a elevadas concentrações de determinadas substâncias para que possa ser deflagrada uma doença. Esse é o caso de certas doenças pulmonares, como a silicose, na qual

o câncer pulmonar se desenvolve em decorrência de respiração de grandes quantidades de sílica durante anos. Mais uma vez, constata-se a impossibilidade de determinação do início da doença. (*Ibidem*).

1.3.4 Doenças genéticas

O caso das doenças genéticas é o mais problemático, pois, que o potencial para o desenvolvimento da doença já existe desde a concepção. Em muitos casos, existe uma certeza absoluta do desenvolvimento da doença no futuro. Por exemplo, na demência de Huntington, em que os sintomas só se iniciam após os quarenta anos, apesar de, caso existam os genes da doença, ser inevitável sua ocorrência. Já salientamos que o início dos sintomas não significa o início da doença. É plausível admitir que, nesses casos, os processos fisiológicos mórbidos se iniciem bem precocemente e só venham a resultar em sintomas quatro décadas depois de iniciados. (*Ibidem*).

Existe uma outra circunstância ainda mais severa, onde os pais com doenças genéticas recessivas, o filho com irá herdar os genes responsáveis pela doença. Assim, podemos presumir que a doença incidirá, mesmo antes de o casal pensar em ter filhos. Como empregar o conceito de doença preexistente nesses casos? Será que a empresa pode afirmar a preexistência da doença, até mesmo antes do nascimento?

1.4 Parecer do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC)

O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) solicitou parecer do Conselho Federal de Medicina sobre o entendimento deste órgão sobre doenças preexistentes e crônicas, com vistas à sua aplicação nos diversos contratos de adesão de prestação de atendimento à saúde.

Segundo Silveira (2009), o relator desse Processo-Consulta CFM n. 0955/96, aprovado em 7 de maio de 1997, foi o conselheiro Edson de Oliveira Andrade (conselheiro relator do processo-consulta CFM N° 0955/96 PC/CFM/N° 16/97. No parecer, constou que a

necessidade de estruturar um conceito de doenças preexistentes e crônicas decorre de uma situação real no atendimento à saúde no Brasil: “os planos e os seguros de saúde. A questão nodal é como o direito e a ética devem se comportar nas relações contratuais, envolvendo prestação de atendimento à saúde”. O citado parecer explicou, com relação à impossibilidade de detecção do início do adoecer, *in verbis*:

“Da (im)possibilidade de detecção do início do adoecer

Excetuando-se, talvez, os casos de acidentes e algumas poucas outras situações, é quase sempre muito difícil para o médico identificar com exatidão o momento em que o organismo abandona a higidez e transpassa o portal da doença. Na maioria das vezes, os procedimentos propedêuticos se prestam para detectar algo já em curso e, quando muito, quantificar o grau de comprometimento orgânico decorrente da moléstia.

É notório o comportamento insidioso das doenças cardiovasculares e das neoplasias. Tomando-se por exemplo, o câncer de pulmão, hoje acredita-se, pelos estudos já realizados, que a forma mais freqüente deste tipo de câncer leva, em média, cerca de 9 anos para se tornar sintomático, e portanto passível de uma detecção.

De igual modo se comporta a hipertensão arterial essencial, substrato mais importante na gênese das moléstias cardiovasculares.

Desta forma, retirando as exceções de praxe, o que normalmente se faz é detectar algo já instalado e quantificar a sua intensidade. (SILVEIRA, 2009, p. 175-176, *apud*, ANDRADE, 1997).

De acordo com Silveira (2009, p. 176), “a doença preexistente é um conceito relativo, porque sempre se dará em relação a um fato. No caso concreto desta consulta, o ponto referencial será o da assinatura do contrato”. Se é difícil, se não impossível, sob a ótica médica determinar com exatidão a preexistência de uma doença, isto já não ocorre do ponto de vista jurídico, onde valerá todo o conhecimento por parte do segurado em relação com sua saúde, quando do momento da assinatura do contrato e da concomitante informação, se assim for solicitado.

1. O conceito de doença preexistente aplicada às relações contratuais dos planos e seguros de saúde é de natureza relativa e desprovida de valor médico.
2. Sendo a identificação de uma moléstia prévia um fato capaz de alterar os cálculos atuariais na determinação do premium, é legítima a cobrança de um plus sobre o valor básico.
3. A existência de uma doença prévia à assinatura do contrato não pode ser utilizada como justificativa para ação discriminatória, exceto a prevista no item anterior.

4. Havendo solicitação de exames pré-admissionais, estes correrão por conta do plano de saúde ou do seguro, em decorrência de que os mesmos são os principais beneficiários com a sua realização. SILVEIRA, 2009, p. 175-176, *apud*, ANDRADE, 1997).

É com fundamento nesses elementos oriundos da seara médica, que indagamos se é fato que o direito cria as suas próprias realidades, se podemos aceitar um conceito jurídico divorciado do saber médico, e, portanto, da ciência em sentido lato, que não pode ser testado empiricamente.

E mais: é um conceito que não tem como alicerce princípios norteadores da Carta Magna e do Código de Defesa do Consumidor, mas visa, apenas e tão-somente, a atender à necessidade dos planos de saúde no tocante à atualização do cálculo atuarial.

Conforme Silveira (2009), não estaria a perdurar essa norma jurídica que criou o conceito de doença preexistente ferindo a Constituição que prevê o atendimento integral, já que a assistência à saúde é permitida à iniciativa privada, segundo diretrizes do Sistema Único de Saúde. O Código de Defesa do Consumidor que atua visando ao equilíbrio, entre sujeitos desiguais (consumidores e fornecedores) e ao espírito da Lei dos Planos de Saúde que obriga a cobertura de todas as doenças catalogadas na Classificação Internacional de Doenças (CID).

1.5 Conceitos jurídicos

Segundo Silveira (2009), os conceitos jurídicos são as figuras e signos linguísticos do direito. Por conseguinte, não podem estar divorciados de todo o ordenamento jurídico e também não podem estar desconectados de toda a principiologia jurídica.

A experiência com a elaboração dos conceitos jurídicos mostra que, muitas vezes, os operadores do direito se prostram perante eles, sem sequer indagarem sobre sua formação social e até mesmo sobre sua constitucionalidade. E, destarte, ainda hoje, assistimos a uma ausência de indagação quanto ao fenômeno jurídico, entendido em seu sentido lato, que compreende, indiscutivelmente, o domínio das construções teóricas e o campo prático.

Um conceito jurídico não pode ser construído a distância dos demais saberes, pois ao elaborar um conceito jurídico pressupõe-se que o legislador conheça o fenômeno sobre o qual será construindo, criando e delimitando poderes. Espera-se também que, antes de um conceito jurídico ser criado, ele cotejado com as diversas saberes, com as diversas ciências, sob pena de mostrar-se inviável e irreal, já que o mundo da lei não constitui um mundo independente. (SILVEIRA, 2009, p.180).

Vê-se um conceito jurídico que tem como alicerce a medicina, e é importante destacar que a ciência médica é vista por Foucault como modelo das ciências humanas, já que é a ciência do indivíduo e a ciência da intervenção sobre o indivíduo.

De acordo com Silveira (2009, p. 182 *apud* Coleman), o direito deve ser capaz de influenciar deliberação e ação. Como a tese do fato social, a tese da diferença prática propõe asseverar uma verdade necessária sobre nosso conceito de direito ou expressar uma verdade essencial sobre o direito. Se as regras que constituem o direito de uma comunidade particular não são, em princípio capazes, de fazer uma diferença prática, então é impossível que a façam. Se é impossível para tais regras fazer uma diferença prática, logo o direito daquela comunidade não pode, coerentemente, guiar a conduta humana. A tese da diferença prática implica que, onde quer que exista o direito, os padrões que o constituem devem, em princípio, ser capazes de fazer uma diferença prática. Em caso contrário, estas regras não podem ser direito em um sentido relevante.

Outro aspecto, que é importante trazer a lume, é a função do direito, precipuamente o direito constitucional, como limitador do poder, de maneira a instrumentalizar e garantir a promoção da dignidade da pessoa humana.

O fato primordial é que o direito constitucional como principiológico, deve nortear todo o sistema. Mas não acreditamos que haja necessidade de atrelar o direito à moral, pois o que o autor pretende, em última análise, é banhar o direito nas águas das ideologias humanitárias, o que já o fez o legislador constituinte. (NUNES, 2000).

Verifica-se o quão antijurídico, ilegal e inconstitucional é o conceito de doença preexistente. A rejeição do Conselho Federal de Medicina a esse conceito equivaleria a uma revolta dos fatos, uma vez que nem a seara da medicina consegue definir quais seriam as

doenças preexistentes. Logo, esse conceito assume um caráter dogmático, distanciando dos mais comezinhos princípios constitucionais e consumeristas.

Segundo Nunes (2000), indubitavelmente, o único viés que norteou a criação do conceito de doença preexistente foi o aspecto econômico, pois interessa à iniciativa privada, que maneja o setor da saúde suplementar, construir concepções que são apenas economicistas.

Ademais, a prática, como se vê, não é divorciada da teoria e, nesse aspecto, o conceito de doença preexistente mostrou-se inócuo, já que a jurisprudência serenamente vem recusando os pedidos das seguradoras quando estas alegam a preexistência da doença. Assim, conclui-se que o conceito de doença preexistente é vago e ambíguo, em sentido lato (médico, jurídico, dogmático, etc.), seja pela ótica do direito positivo, seja pela do direito natural.

Ao constatar que, na prática, ele não se valida, também deparamos com o fato de que é um empecilho para a função primordial do direito, qual seja, a pacificação social. Sendo assim, jamais se poderia ter chegado a uma construção tão preconceituosa, inconstitucional e mercantilista, como a da propalada doença preexistente. Só se a preexistente se referir ao interesse do capital privado, é que podemos vislumbrar alguma lógica nesse conceito. (SILVEIRA, 2009).

2. DIREITO À SAÚDE

2.1 Organização Mundial da Saúde (OMS)

Neste capítulo, será abordado o tema direito à saúde. Esta como premissa básica no exercício da cidadania do ser humano, constitui-se de extrema relevância para a sociedade, pois a saúde diz respeito à qualidade de vida, e ao direito sanitário que se externa como forma indispensável no âmbito dos direitos fundamentais sociais.

De acordo com Silveira (2009), a cronologia dos fatos, que conduziram à formação da OMS, pode ser inaugurada no ano de 1851, ano em que foi realizada a Primeira Conferência Internacional Sanitária, destinada a produzir uma Primeira Convenção Internacional Sanitária. A iniciativa, porém, foi malograda. Somente em 1882 é que passou a ser adotada uma Convenção Internacional Sanitária, restrita ao cólera, doença que desde 1830 varria a Europa. Cinco anos mais tarde, foi adotada uma nova Convenção Internacional Sanitária e, em 1902, foi criado o *International Sanitary Bureau*, mais tarde rebatizado de *Pan American Sanitary Bureau* e, a seguir, *Pan American Sanitary Organization*, com sede em Washington D.C. Essa instituição foi predecessora da Organização Pan-Americana de Saúde, que também constitui o Escritório Regional da OMS para as Américas.

Em 1907, foi criado o Escritório Internacional de Higiene Pública, estabelecido em Paris, com um secretariado permanente e um comitê de representantes oficiais dos governos-membros. No ano de 1919 foi estabelecida a Liga das Nações, que tendo, dentre outras, a incumbência de discutir temas em âmbito internacional acerca de doenças. A Organização de Saúde da Liga das Nações estabeleceu-se, em Genebra, paralelamente com *Office Internationale d'Hygiène Publique* (OIHP). Em 1926, a Convenção Internacional Sanitária é revisada para incluir provisões sobre varíola e tifo. Em 1935, a Convenção Internacional Sanitária para navegação aérea. Em 1945, a Convenção Internacional das Nações Unidas, em São Francisco, aprova, por unanimidade, proposta do Brasil e da China para criar uma nova organização internacional autônoma de saúde. (SILVEIRA, 2009).

De acordo com Silveira (2009), no ano seguinte, a Convenção Internacional de Saúde realizada em Nova York aprova a Constituição da Organização Mundial da Saúde, que entra em vigor no dia 7 de abril de 1948 (hoje considerado o Dia Mundial da Saúde). Mais tarde, a Primeira Assembleia Mundial da Saúde é realizada em Genebra com delegação de 53 governos que se tornariam seus membros.

Estrutura atual da OMS: a Assembleia Mundial da Saúde é realizada, normalmente em Genebra, no mês de maio de cada ano, e conta com a participação de todos os Estados-membros. Suas principais incumbências são aprovar o programa orçamentário bienal e decidir as suas diretrizes políticas. A Assembleia Mundial da Saúde é o órgão decisório supremo da OMS. O Conselho Executivo é composto de 32 membros, tecnicamente qualificados no campo da saúde, cada qual designado por um Estado-membro, eleito, para tanto, na Assembleia Mundial da Saúde. Os Estados-membros são eleitos para um mandato de três anos. (FIORILLO, 2000).

A principal incumbência do Conselho Executivo é realizar as decisões políticas da Assembleia, bem como dar-lhe assessoria. O Secretariado é composto de aproximadamente 3.800 profissionais da área da saúde e de outras áreas, os quais trabalham em seis escritórios regionais de diferentes países. O Secretariado é encabeçado pelo diretor-geral. No período de 1953 a 1973, o diretor-geral da OMS foi brasileiro Marcolino G. Candau.

2.2 Organização Pan-Americana da Saúde (Opas)

De acordo com Fiorillo (2000), a Organização Pan-Americana da Saúde é um organismo internacional de saúde pública com um século de experiência, dedicado a melhorar as condições de saúde dos países das Américas. Ela também atua como Escritório Regional da Organização Mundial da Saúde para as Américas e faz parte dos sistemas da Organização dos Estados Americanos (OEA) e da Organização das Nações Unidas (ONU).

Técnicos e cientistas de vários países do mundo estão vinculados à Opas. São eles que promovem a transferência de tecnologia e a difusão do conhecimento acumulado por meio de experiência produzidas nos Estados-membros da Opas/OMS. A Opas coopera, por meio desses técnicos e cientistas, com os governos para melhor políticas e serviços públicos

de saúde, estimulando o trabalho em conjunto com os países-membros, para alcançar metas comuns como iniciativas sanitárias multilaterais, de acordo com as decisões dos governos que fazem parte do corpo diretivo da Organização. (SILVEIRA, 2000).

Segundo Silveira (2000), a Opas contribui para o fortalecimento do setor da saúde nesses países, para que os programas prioritários sejam executados e para que sejam utilizados enfoques multissetoriais e integrais da saúde. As atividades da Opas são dirigidas à busca da equidade nas ações que beneficiem grupos mais vulneráveis, em especial as mães e as crianças, os trabalhadores, os mais pobres, os mais velhos, os refugiados e os desabrigados.

A Opas propõe e apóia campanhas para erradicar doenças transmissíveis, a exemplo do que aconteceu com a varíola em 1973. Mais tarde, em 1985, os países das Américas decidiram ter como missão erradicar a poliomielite, meta que foi alcançada e ratificada em 1994. A Organização coopera com os países nos preparativos para situações de emergência e na coordenação de socorro em casos de desastres, bem como no controle à doenças transmissíveis, como malária, Chagas, raiva urbana, lepra e outras que afetam a população americana. Um grande esforço é empreendido para deter epidemias como a de cólera, através da elaboração de planos nacionais de emergência e de planos regionais de investimentos em meio ambiente e saúde. A Opas trabalha para reduzir a mortalidade e a morbidade por doenças diarréicas promovendo o atendimento aos casos e a reidratação oral, divulgando também o diagnóstico adequado e o tratamento das infecções respiratórias agudas. (SILVEIRA, 2009, p. 15).

Observa-se que outro campo de colaboração com os países é relacionado com a provisão de água potável, saneamento e proteção ambiental às comunidades pobres, para reduzir as enfermidades associadas com a má qualidade da água e a deterioração do meio ambiente. Os problemas nutricionais e a redução dos riscos de saúde ocupacional na região, também integram o trabalho de cooperação da Opas com os países. A Organização colabora para acelerar a promoção de estilos de vida saudáveis, prevenindo os problemas de saúde típicos do desenvolvimento e da urbanização, como as enfermidades cardiovasculares, câncer, diabetes, acidentes de trânsito, fumo, drogas e alcoolismo. Ela utiliza tecnologias modernas de comunicação e atividades de informação, educação e promoção de saúde. São desenvolvidos também programas destinados a melhorar a saúde da mulher e sua integração à sociedade, assim como sua importância em relação aos serviços de saúde como cliente e como provedora do atendimento.

A Opas executa projetos em conjunto com outros organismos e fundos do sistema das Nações Unidas, os bancos de desenvolvimento (Banco Mundial e Banco Interamericano de Desenvolvimento) e diversos governos e fundações filantrópicas. Ela reconhece que as organizações privadas, com ou sem fins lucrativos, contribuem para o atendimento à saúde, promovendo o diálogo entre a sociedade, estas instituições e os ministérios da saúde.

A Organização cumpre a importante função de facilitar a capacitação de trabalhadores de saúde por meio de bolsas, cursos, seminários e fortalecimento de instituições docentes nacionais, e tem um programa de publicações que difunde informações técnicas e científicas, além de uma rede de bibliotecas acadêmicas, centros de documentação e bibliotecas locais especializadas em saúde.

2.3 Previsão do direito à saúde

2.3.1 Na Declaração Universal dos Direitos do Homem e na Carta Social Européia

A Declaração aprovada em resolução da III Sessão Ordinária da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, dispõe:

Direito à Preservação da Saúde e ao Bem-Estar: Art. XI – Toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e os da coletividade. (MARQUES, 2008, p. 25).

De acordo com Marques (2008, p. 26), a Carta Social Européia foi aprovada em Turim, em 18 de outubro de 1961 e entrou em vigor em 26 de fevereiro de 1965. Destaca-se:

Parte I – As Partes Contratantes reconhecem com objetivo de uma política que aplicarão por todos os meios úteis, nos plano nacional como no internacional, a realização de condições próprias a assegurar o exercício efetivo dos direitos e princípios seguintes:
(...)

Toda pessoa tem direito a beneficiar-se de todas as medidas lhes permitam gozar do melhor estado de saúde que possa alcançar;

Direitos à proteção da saúde

Art. 11. A fim de assegurar o exercício efetivo do direito à proteção da saúde, as Partes Contratantes se comprometem a adotar, seja diretamente, seja em cooperação com as demais organizações públicas ou privadas, medidas apropriadas que visem especialmente:

- 1) eliminar, na medida do possível, as causas de uma saúde deficiente;
- 2) prever serviços de consulta e de educação relativa à melhoria da saúde e ao desenvolvimento do sentido de responsabilidade individual no que diz respeito ao cuidado da saúde;
- 3) prevenir, na medida do possível, as doenças epidêmicas e as demais..

2.3.2 A Saúde no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

Conforme Silva (2005), o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado pela Assembleia das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, mediante a Resolução n. 2.200 (XXI). No Brasil, foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto n. 591/92 com relação à saúde, prevê, *in verbis*:

Art. 12.

1. Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.
2. As medidas que os Estados-Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:
 - a) a diminuição da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento são das crianças;
 - b) a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;
 - c) a prevenção e tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;
 - d) a criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

2.4 O Direito Social à Saúde na Constituição Federal de 1988

De acordo com Silva (2005, p. 33), “a saúde é o primeiro e o primordial direito social. Sem saúde, não há vida digna, no trabalho apenas vestígios de vida”. É uma premissa

do exercício da cidadania. Nossa Carta Política, no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu Capítulo II – Dos Direitos, prevê que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (art. 6º).

Temos, ainda mais adiante, no Título VIII – Da Ordem Social, Capítulo II – Da Seguridade Social, Seção II – Da Saúde, que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (art. 196). (SILVA, 2005).

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

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Segundo Fiorillo (2000, p. 79), “o direito à saúde está interligado com vários outros direitos, como o do saneamento, o da moradia, o da educação, o do bem-estar social, o da seguridade social, o da assistência social, o de acesso aos serviços médicos e direito à saúde física e psíquica”. O autor se encontra corretamente, aliando o direito à saúde, enquanto previsto para todos, a categoria de direito difuso (transindividual, de natureza indivisível, tendo como titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato) que visa

possibilitar o acesso universal, integrando-se aos componentes básicos que estrutura o Estado Democrático de Direito.

Assim, as ações e serviços de saúde são de relevância pública, por isso ficam inteiramente sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, nos termos da lei, ao qual cabe executá-los diretamente ou por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Se a Constituição atribui ao Poder Público o controle das ações e serviços de saúde, significa que sobre tais ações e serviços tem ele integral poder de dominação, que é o sentido do termo controle, mormente quando aparece ao lado da palavra fiscalização.

Sobre essa questão, bem pontuou o Desembargador Alvimar de Ávila:

Ademais, adequa-se, aqui, um princípio ético que jamais deverá ser esquecido: não se negocia com a vida humana, uma vez que esta e a integridade física possuem valores inestimáveis, erigidos como garantias fundamentais pela Constituição Federal (art. 5º, caput, XLIX, da CF). Ademais, a pessoa que procura a proteção de um plano de saúde tem em mira a preservação de sua integridade física como um todo. Em princípio, a saúde é um bem indivisível. Não faz sentido lotear o corpo humano, seus aparelhos e sistemas, para proteger uns e não outros. (FIORILLO, 2000, p.81).

2.5 A Saúde como direito material protegido pela política nacional do meio ambiente

Conforme Fiorillo (2000), a Lei nº. 6.938/81, ao estabelecer as bases da Política Nacional do Meio Ambiente, não só dedicou especial atenção à saúde dos brasileiros, como apontou sua preocupação em face da incolumidade humana.

Fiorillo (2000), destaca que o art. 3º de referida norma, após definir meio ambiente em seu inciso I (conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas), estabelece particular proteção à vida da pessoa humana quando delimita, dentre várias hipóteses elucidadas pelo legislador, ser poluição a degradação da qualidade ambiental (alteração adversa das

características do meio ambiente) resultante de atividades que, direta ou indiretamente, prejudiquem a saúde (art. 3º, IV) que a lei considera poluidor “pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta e indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental.

Constata-se, assim, que a definição legal de meio ambiente abrange também o meio ambiente artificial, que é de suma importância para o nosso estudo, diante dos problemas oriundos da população sonora nas metrópoles, a ausência de praças e espaços livres, etc. É importante, também, vislumbrarmos que as doenças ocupacionais vêm crescendo, de maneira assustadora, e estão atreladas ao meio ambiente artificial desequilibrado.

Portanto, desde 1981, o legislador já indicava caminho seguro não só para proteção da saúde humana como fixava critério inequívoco em decorrência de lesão ou ameaça a referido direito material (o direito à saúde). O poluidor, enquanto infrator da Lei (art. 3º, IV), seria o responsável por lesão ou ameaça à saúde da pessoa humana, sendo certo que, para a norma antes apontada, as atividades que, direta ou indiretamente, prejudiquem a saúde são consideradas “poluição” (art. 3º, III, a). Com efeito, a Política Nacional do Meio Ambiente traduz materialmente a definição da palavra ecologia, que é formada pela junção de dois radicais gregos, *oikos* (casa) e *logos* (ciência), ou seja, não há como o ser humano não ser afetado se o meio ambiente em que vive for insalubre. (FIORILLO, 2000)

2.6 A Utilização dos planos privados de saúde

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) publicou Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD 2003 e realizou em convênio com o Ministério da Saúde.

Com relação à cobertura por plano de saúde, estimou em 43,2 milhões o número de brasileiros cobertos por, pelo menos, um plano de saúde, o que correspondia a 24,6% da população do País. Desses, 34,2 milhões de pessoas (79,2%) estavam vinculados a planos de saúde privado, individual ou coletivo. Os restantes, 9 milhões de pessoas (20,8%), estavam cobertos por planos de instituição de assistência aos servidores públicos (municipal, estadual ou militar). A cobertura por plano de saúde era expressivamente maior (28%) na população

residente em áreas urbanas, em comparação aos que residiam nas áreas rurais (6%). (SILVEIRA, 2009).

Segundo Silveira (2009), a cobertura por plano de saúde era maior para as pessoas que avaliam seu estado de saúde como muito bom e bom (26,2%) e diminuiu à medida em que a autoavaliação do estado de saúde piorou: 19,1% para os que o consideraram ruim ou muito ruim.

Dentre as pessoas cobertas por plano de saúde, 44% eram titulares. A faixa de idade com maior concentração de titulares foi a de 40 a 64 anos (63,9%).

Observa-se, também, uma forte associação positiva entre cobertura de plano de saúde e rendimento familiar, isto é, quanto maior o rendimento maior a cobertura por plano de saúde. Na classe de rendimento familiar inferior a um salário mínimo, a cobertura era de 2,9%, enquanto que na classe de 20 salários mínimos ou mais atingia, 83,8% das pessoas, marcando um perfil de desigualdade social no acesso da população à saúde suplementar.

3 DIREITOS DE DEFESA DO CONSUMIDOR FRENTE A SUA SAÚDE E SEGURANÇA

3.1 Código de defesa do consumidor

Neste terceiro capítulo, será formalizado o tema direitos de defesa do consumidor ante a sua saúde e segurança. Onde se vê que o direito do consumidor é um ramo do direito que lida com conflitos de consumo e com a defesa dos direitos dos consumidores, o qual se encontra desenvolvido na maior parte dos países com sociedades de consumo e sistemas legais funcionais.

Nossa Carta Magna prevê, no seu art. 5º, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor (inciso XXXII). (SILVEIRA, 2009).

Segundo Silveira (2009), no art. 170 da Constituição há, como princípio da ordem econômica, a defesa do consumidor no inciso V. Após tramitação de dois anos, adveio a promulgação da lei consumerista que representou uma revolução nas relações entre consumidores, comerciantes e indústrias. Ficou evidenciado que a qualidade de vida foi a grande vitória do movimento consumerista que, como cediço, insere-se no macrotema direitos humanos.

Os principais objetivos da legislação consumerista são:

- a) proteger o consumidor quanto a prejuízos à sua saúde e segurança; b) fomentar e proteger os interesses econômicos destes; c) fornecer informações adequadas para capacitá-los a fazer escolhas acertadas de acordo com as necessidades e os desejos individuais; d) educar o consumidor; e) criar possibilidades de real ressarcimento ao consumidor; f) garantir a liberdade para formar grupos de consumidores e outros grupos e organizações de relevância e oportunidade para que

estas organizações possam apresentar seus enfoques nos processos decisórios a elas referentes. (SILVEIRA, 2009, p. 25 - 26).

Observa-se que se trata de uma legislação muito avançada, a ponto de, após 15 anos de vigência, não ter sido necessária nenhuma modificação substancial, nem mesmo para adequá-la à popularização do comércio eletrônico – em que pese o fato de alguns legisladores acenarem com uma modificação específica para esse setor.

De acordo com Silveira (2009, p. 27), “as seguradoras de saúde e as agências de turismo são as mais resistentes à plena aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Nos níveis estadual e municipal, houve um grande aumento de órgãos de defesa do consumidor, mesmo que só 10% das cidades, hoje, tenham Procons”. O Ministério Público avançou também, criando coordenadorias especiais e fazendo ações positivas. Também foi importante a criação do fundo de direitos difusos, ao qual as organizações podem pleitear recursos. Assim sendo, o direito à saúde é o direito consumerista mais importante.

3.2 Conceito de consumidor

Para Filomeno (1991), o conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter econômico, ou seja, levando em consideração tão-somente a personagem que, no mercado de consumo, adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, e pressupondo-se que assim age com vista ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de outra atividade negocial.

O Código de Defesa do Consumidor conceitua, *in verbis*:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

Não obstante a opinião do nobre professor, não se pode aceitar que o conceito de consumidor adotado pelo Diploma Consumerista foi exclusivamente de caráter econômico,

pois teve como perspectiva a hipossuficiência deste em relação ao fornecedor-hipossuficiência que pode ser técnica, científica ou de outro aspecto qualquer, que prejudique o consumidor, ou favoreça o fornecedor.

Percebe-se que é de fácil dedução que os usuários de planos de saúde são típicos consumidores. Podemos constatar que a linguagem dos contratos de adesão aos planos de saúde é, na sua maior parte, de caráter extremamente técnico, por vezes direcionada apenas a quem tem conhecimentos médicos pormenorizados.

3.3 Conceito de fornecedor

Segundo Silveira (2009), fornecedor é qualquer pessoa física ou jurídica que, a título singular, mediante desempenho de atividade mercantil ou civil, e de forma habitual, ofereça no mercado produtos ou serviços.

O Código de Defesa do Consumidor prevê, *in verbis*:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (FILOMENO, 1991, p. 42).

Filomeno (1991) assevera que, mesmo tomando-se como exemplo uma entidade associativa cujo fim precípua é a prestação de serviços de assistência médica, cobrando para tanto mensalidades ou outro tipo de contribuição, não resta dúvida de que será considerada fornecedora desses mesmos serviços. E isso pela simples razão de que, destinando-se especificamente à prestação daqueles serviços e não à gestão da coisa comum, suas atividades revestem-se da mesma natureza que caracterizam as relações de consumo. E, em consequência, pressupõem um fornecedor, de um lado, e uma universalidade de

consumidores, de outro, tendo por objeto a prestação de serviços bem determinados, por si ou mediante o concurso de terceiros. Com efeito, temos então, que as operadoras de planos de saúde são típicas fornecedoras de serviços.

3.4 Conceito de serviço

Os serviços em geral são as atividades e benefícios que têm como escopo satisfazer uma necessidade do adquirente ao serem colocadas no mercado de consumo. Como afirma Filomeno (1991), o Código fala expressamente em atividade de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, aqui se incluindo igualmente os planos de previdência privada em geral, além dos seguros propriamente ditos de saúde.

Nosso Diploma Consumerista dispõe: Art. 3º (...) § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Conforme Cunha (1999, p. 84), nos contratos dos planos de saúde aplica-se a legislação consumerista, pois os usuários dos planos estão em posição economicamente inferior. “Diga-se de passagem, não somente no aspecto econômico, mas também no financeiro, ou seja, no tocante à ciência e profissão do manejo do dinheiro”.

O fornecedor, definido no art. 3º do CDC, na hipótese da medicina prestada por meio de convênios de saúde, é a empresa que oferece o serviço médico. No caso de assistência médica oferecida pela previdência social ou Sistema Único de Saúde (SUS), o fornecedor é o Estado. (CUNHA, 1999).

3.5 Contrato de adesão

Na dinâmica da atual sociedade de consumo, que se iniciou no século passado, chamado por muitos de era da informação ou sociedade digital, fez-se premente a necessidade

de contratação em massa, mediante formulários com cláusulas preestabelecidas, que pudessem agilizar o comércio jurídico.

Segundo Nery Júnior (2001, p. 457), “neste contexto não há mais lugar para tratativas contratuais, onde as partes discutiam tópico por tópico do contrato que viria a ser formado entre elas”.

Mandelbaum (1996) afirma que o surgimento do contrato de adesão a cláusulas predispostas foi um reflexo das alterações econômicas surgidas com a crise contemporânea, apoiando-se basicamente em três ideias:

- a) Em nosso século, foram acentuados os desequilíbrios entre os indivíduos (ruptura com a liberdade de contratação).
- b) Mudanças radicais que foram operadas no processo de produção e de consumo, tanto de bens quanto de serviços (racionalização e automação).
- c) Todas as alterações – o desequilíbrio entre os contratantes e as mudanças introduzidas nos processos de produção e distribuição – geraram a necessidade de celeridade nas negociações econômicas e sociais. (MANDELBAUM, 1996, p. 127-128)

Segundo Mandelbaum (1996, p. 129), a Lei n. 8.078/90 que instituiu o Código de Defesa do Consumidor dispõe, *in verbis*:

Dos Contratos de Adesão

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§ 1º - A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

§ 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Com o advento do denominado dirigismo contratual, constata-se que o princípio da autonomia da vontade sofreu restrições, mediante intervenção estatal na economia do negócio jurídico.

Nery Júnior (2004, p. 459) esclarece que “o contrato de adesão não é categoria contratual autônoma nem tipo contratual, mas somente técnica de formação, que pode ser aplicada a qualquer categoria de contrato, sempre que seja buscada a rapidez na sua conclusão, exigência das economias de escala”. Os contratos de assistência médica, portanto, são típicos contratos de adesão.

Assim sendo, na realização dos contrastes de planos de saúde é obrigatória a observância do Código de Defesa do Consumidor – lei ordinária editada por expresse mandamento maior nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, e 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 das Disposições Transitórias. Com efeito, só a defesa do consumidor está inserida entre os direitos e garantias fundamentais expressos na Carta Política.

Com precisão, Martins (2002, p. 167) assevera sobre o CDC que se “trata de norma que permeia todo o ordenamento jurídico; decorra daí a impropriedade de arguir-se a respeito de sua aplicabilidade a este ou àquele caso específico, inerente ao consumo”. Cunha (1999) destaca que esse tipo de contratação não admite negociação ou modificação das suas cláusulas, que por vezes sequer atendem aos interesses e necessidades do consumidor, compelindo-o a aceitar condições que podem, inclusive, esbarrar em seus direitos.

Aos consumidores não resta outra alternativa: ou aderem às condições preestabelecidas nos contratos de adesão, ou não usufruem o serviço de que tanto necessitam, aqui notadamente os serviços de saúde, que são de relevância pública. Alude Belinda Pereira da Cunha que, na maioria dos casos, trata-se de aquisições a que o cidadão é levado ao longo de sua vida, considerando-se as falhas no sistema público e as necessidades do mundo moderno: “por isso, a questão de autonomia da vontade, afeiçoada ao direito civil, não cabe em nossos dias para esse tipo de contratação” (CUNHA, 1999, p.88)

Com efeito, nos contratos de planos de saúde, observa-se exatamente a situação supradescrita em que o cidadão, com um mínimo de renda que lhe permite aderir à saúde privada e assim o faz, sob pena de efetivamente perecer se ficar à mercê do serviço médico

que é prestado pelo sistema público. Não há como vislumbrar resquício da propalada autonomia da vontade. Ademais, se pensarmos na miserabilidade de grande parte da população brasileira, os que podem escolher os planos de saúde na justa medida dos seus orçamentos.

Segundo Silveira (2009, p. 31), “é imperiosa neste cenário a presença do Estado, para coibir o abuso no estabelecimento do conteúdo contratual”. É necessário que o contratante tenha prévio conhecimento das condições contratuais, mediante a correta informação e publicidade e também que haja a proibição de cláusulas que possam ser, pelo seu conteúdo, consideradas abusivas.

3.6 O Princípio da boa-fé contratual nos contratos de planos de saúde

De acordo com Silveira (2009, p. 33), embora a Lei n. 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, não preveja expressamente a aplicação do princípio da boa-fé contratual, esta se impõe em decorrência da aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*: “Art. 35-G. Aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadores de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei as disposições da Lei n. 8.078, de 1990”.

Para Silva (2001), trata-se de aplicação subsidiária, sendo, portanto, proibido ao juiz impor às operadoras de planos de saúde obrigações outras senão aquelas expressamente previstas na Lei n. 9.656/98 - só sendo aplicado o CDC em casos onde haja omissão.

Por sua vez, Marques (2002) defende a aplicação cumulativa das leis, em verdadeiro diálogo entre as fontes. É certo que o advento do Código de Defesa do Consumidor criou um microsistema de Direito das Relações de Consumo, pois, sendo ele conjunto de regra especial e principiológica, prevalece sobre a Lei dos Planos de Saúde.

Nery Júnior (2001) afirma que o Código de Defesa do Consumidor é lei principiológica, não é analítica, mas sintética, uma vez que nem seria de boa técnica

legislativa aprovar-se lei de relações de consumo que regulamentasse cada divisão do setor produtivo (automóveis, cosméticos, eletroeletrônicos, vestuário, etc.).

A aplicação do princípio da boa-fé nos, contratos de planos de saúde tem anulado cláusulas de não cobertura de algumas moléstias, como Aids e câncer. O fornecedor, *in casu* (no caso. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/294829/in-casu>. Acesso em: 23/07/2010) as operadoras de planos de saúde, não pode, em detrimento da boa-fé, alegando um critério econômico e sem embasamento jurídico, excluir da cobertura determinadas moléstias, pois, assim o fazendo, estará agindo de má-fé e descumprindo o contrato. Ao adentrarmos a questão nodal do presente trabalho – a exclusão de não-cobertura às doenças preexistentes – verificaremos que o microssistema das relações de consumo não agasalha referida exclusão. (SILVEIRA, 2009).

3.7 A Obrigação de informar o consumidor sobre seus direitos e consentimento informado

De acordo com Nery Júnior (2001), a Lei nº 8.078/90, que institui o Código de Defesa do Consumidor, dispõe que são direitos básicos do consumidor a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem, além da proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais e contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços (art. 6º, III e IV).

Outrossim, dispõe expressamente, *in verbis*:

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Inequívoca a intenção do diploma consumerista de impor ao fornecedor a obrigação de informar o consumidor sobre seus direitos antes de expressar seu consentimento, com o escopo de que este, ao contratar os serviços, saiba o que pode esperar. No tocante à proteção contratual, no caso específico do direito à informação, temos que a seguradora deve oportunizar ao consumidor o efetivo conhecimento das cláusulas contratuais, sob pena de não obrigar o consumidor. Com efeito, “cabe ao plano de saúde explicar suas minúcias, pois é com base nelas que o consumidor irá decidir pela modalidade do plano pelo qual irá optar”. (SILVEIRA, 2009, p. 34)

Observa-se que, especificamente, nos contratos de seguro, quando da aceitação da proposta, as condições gerais muitas vezes são omitidas pelo corretor (ou por ele desconhecidas) e somente serão levadas ao conhecimento do consumidor após o recebimento da apólice.

Com a propriedade que lhe é peculiar, diz Nery Júnior (2001, p. 102), *in verbis*:

Dar oportunidade de tomar conhecimento do conteúdo do contrato não significa dizer para o consumidor ler as cláusulas do contrato de comum acordo ou as cláusulas contratuais gerais do futuro contrato de adesão. Significa, isto sim, fazer com que tome conhecimento efetivo do conteúdo do contrato. Nilo satisfaz a regra do artigo sob análise a mera cognoscibilidade das bases do contrato, pois o sentido teleológico e finalístico da norma indica dever o fornecedor dar efetivo conhecimento ao consumidor de todos os direitos e deveres que decorrerão do contrato, especialmente sobre as cláusulas restritivas de direitos do consumidor, que, aliás, deverão vir em destaque nos formulários de contrato de adesão (art. 54, § 4º, do CDC).

Vê-se que o fornecedor tem a obrigação legal de garantir ao consumidor o acesso e a efetiva ciência de todas as cláusulas do contrato ao qual adere. O objetivo da legislação consumerista é, portanto, colocar o consumidor a salvo da indução ao erro, do dolo e de toda espécie de simulação por parte do fornecedor.

(...) acordo com o inciso II, do art. 6º, do CDC, fica elucidado o dever do convênio de prestar ao associado toda a informação que se fizer necessária sobre a competência do profissional que indicar, além do dever de assegurar a liberdade de escolha do médico especialista, na área que o cliente carecer, prática essa incomum, pois os planos de saúde, geralmente, limitam o cliente na sua liberdade de escolha, isto é, o paciente só poderá escolher um dos médicos credenciados. Em especialidades raras é comum constarem nas listas, apenas um ou dois nomes de profissionais referendados ou conveniados. (BAÚ, 2001, p. 70)

No inciso III do art. 6º, vislumbra-se o dever dos planos de saúde de informar os riscos existentes nos diversos tratamentos de saúde, bem como o de esclarecer o montante que o consumidor pagará ao médico por aquela modalidade de consulta e/ou procedimento.

Conforme Silveira (2009, p. 35), “as operadoras de planos de saúde que oferecem os serviços têm o dever de informar quais os serviços prestados e também os prestadores, bem como a formação completa do médico (Currículo, local da graduação, cursos no exterior, anos de experiência na especialidade, dentre outros)”. Deveriam, também, informar os riscos gerais de procedimentos, como os de aquisição de doenças em transfusões sanguíneas, as vantagens e os perigos de um transplante ou de uma cirurgia etc.

Todavia, a situação atual, em que a Agência Nacional da Saúde (ANS) efetivamente pouco tem zelado pela adequada prestação de serviços, criou espaço para o divisor de águas na relação entre médicos e pacientes – a interferência da seguradora de saúde de maneira quase sempre danosa. São as operadoras de saúde que determinam os valores da remuneração pelo trabalho médico, determinando inclusive as condutas técnicas.

Assim, os planos de saúde, alheios ao tipo de serviço que prestam, focalizam a produtividade e elevam à categoria de desperdício a falta de padrões e protocolos médicos, o que, em sua visão, gera grande distorção de conduta e alto custo dos atendimentos. Nesse panorama, o tecido que reveste a convivência entre médicos e pacientes está esgarçado, até a nomenclatura atual demonstra isso: são agora médicos credenciados e pacientes segurados.

Muitos dos dilemas dessa nova relação são oriundos de uma consulta técnica e extremamente robotizada, em que o afeto não está presente, não havendo espaço sequer para a escuta do paciente. A fragilidade dessa nova relação é enorme e nada garante sua

durabilidade, pois o médico pode a qualquer momento ser descredenciado pela seguradora, causando dissabores e insegurança para o paciente.

Portanto, nessa nova relação triangular, o dever de informação irradia-se por toda a legislação dos planos de saúde, envolvendo todos os partícipes: médicos, seguradoras e segurados.

Assim sendo, Clotet (2000) deixa claro que o consentimento informado consiste na decisão voluntária, realizada por pessoa autônoma e capaz, manifestada após um processo informativo e deliberativo, com o objetivo de aceitar ou não um tratamento específico ou mesmo experimental, tomando conhecimento de sua natureza, suas consequências e seus riscos. Trata-se de uma atitude eticamente correta, normalizada pelo Código de Ética Médica. Ele faz parte da relação contratual (escrita ou verbal) entre médico e paciente.

Enfatiza-se que consentimento é uma autorização ativa e não uma simples concordância passiva. O consentimento deve expressar, idealmente, a reflexão e a deliberação baseadas nos valores próprios de cada indivíduo, seja ele um paciente, seja um voluntário. Trata-se de um elemento necessário ao atual exercício da medicina, como um direito do paciente e um dever moral e legal do médico.

Vale dizer, o consentimento informado deve conter linguagem simples, sem termos técnicos, dirigido ao público leigo.

Segundo Silveira (2009, ps. 36-37), sobre o consentimento informado, o Conselho Federal de Medicina disciplina, assim estabelece, *in verbis*:

Resolução n. 1.081/82

“O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições que lhe confere a Lei n. 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto n. 44.045, de 19 de julho de 1958, e

Considerando que deve caber ao paciente, ou, em certos casos, a seus parentes ou responsáveis, a inteira responsabilidade pelo consentimento de todo e qualquer ato de elucidação diagnóstica ou terapêutica;

Considerando que o paciente deve ser informado do diagnóstico, prognóstico e tratamento de seu caso;

Considerando que cabe ao médico estabelecer bom entendimento na relação médico-paciente, em todos os casos;

Considerando que o médico deve sempre comunicar ao paciente o risco específico de todo e qualquer procedimento médico e cirúrgico;

Considerando que, especialmente em hospitais de ensino, frequentemente se torna indicado o procedimento de meios de diagnóstico post mortem;

Considerando o que consta do Processo CFM n. 121/78;

Considerando, finalmente, o decidido em Sessão Plenária realizada aos 12 dias do mês de fevereiro de 1982, resolve:

Art. 1º O médico deve solicitar a seu paciente o consentimento para as provas necessárias ao diagnóstico e terapêutica a que este será submetido.

Art. 2º Quando o paciente não estiver em plenas condições para decidir, o consentimento ou autorização para necropsia poderá ser dada por pessoa de sua família, ou seu responsável, em caso de paciente considerado incapaz.

Art. 3º Nos hospitais, casas de saúde, maternidades e outros estabelecimentos de saúde que internem pacientes, poderá ser solicitada autorização para necropsia, de preferência no ato do internamento.

Art. 4º A obtenção de autorização para necropsia jamais será condição para efetuar-se o atendimento ou o internamento do paciente.

Art. 5º Os estabelecimentos de saúde capacitados à realização de necropsia através de seus serviços de patologia, deverão firmar acordos com os organismos oficiais, para que essa necropsia seja realizada de modo condizente com a legislação. Murillo Bastos Belchior, Presidente.

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos de 2005 dispõe, *in verbis*:

Art. 6º. – Consentimento

a) Qualquer intervenção médica preventiva, diagnóstica e terapêutica só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido, baseado em informação adequada. O consentimento deve, quando apropriado, ser manifesto e poder ser retirado pelo indivíduo envolvido a qualquer momento e por qualquer razão, sem acarretar desvantagem ou preconceito.

b) A pesquisa científica só deve ser realizada com o prévio, livre, expresso e esclarecido consentimento do indivíduo envolvido. A informação deve ser adequada, fornecida de uma forma compreensível e incluir os procedimentos para a retirada do consentimento. O consentimento pode ser retirado pelo indivíduo envolvido a qualquer hora e por qualquer razão, sem acarretar qualquer desvantagem ou preconceito. Exceções a este princípio somente devem ocorrer quando em conformidade com os padrões éticos e legais adotados pelos Estados, consistentes com as provisões da presente Declaração, particularmente com o art. 27 e com os direitos humanos. (pág. 37, 38)

c) Em casos específicos de pesquisas desenvolvidas em um grupo de indivíduos ou comunidade, um consentimento adicional dos representantes legais do grupo ou comunidade envolvida pode ser buscado. Em nenhum caso, o consentimento coletivo da comunidade ou o consentimento de um líder da comunidade ou outra autoridade deve substituir o consentimento informado individual.

Art. 7º. - Indivíduos sem a Capacidade para Consentir Em conformidade com a legislação, proteção especial deve ser dada a indivíduos sem a capacidade para fornecer consentimento:

a) a autorização para pesquisa e prática médica deve ser obtida no melhor interesse do indivíduo envolvido e de acordo com a legislação nacional. Não obstante, o indivíduo afetado deve ser envolvido, na medida do possível, tanto no processo de decisão sobre consentimento assim como sua retirada;

b) a pesquisa só deve ser realizada para o benefício direto à saúde do indivíduo envolvido, estando sujeita à autorização e às condições de proteção prescritas pela legislação e caso não haja nenhuma alternativa de pesquisa de eficácia comparável que possa incluir sujeitos de pesquisa com capacidade para fornecer consentimento. Pesquisas sem potencial benefício direto à saúde só devem ser realizadas excepcionalmente, com a maior restrição, expondo o indivíduo apenas a risco e desconforto mínimos e quando se espera que a pesquisa contribua com o benefício à saúde de outros indivíduos na mesma categoria, sendo sujeitas às condições prescritas por lei e compatíveis com a proteção dos direitos humanos do indivíduo. A recusa de tais indivíduos em participar de pesquisas deve ser respeitada.

O Código Civil prevê expressamente: “Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

Diniz (2003, p. 124), destaca três princípios importantes:

Princípio da autonomia: O profissional da saúde deve respeitar a vontade do paciente, ou de seu representante, se incapaz. Daí a exigência do consentimento livre e informado. Imprescindível será a informação detalhada sobre o estado de saúde e o tratamento a ser seguido, para que tome decisão sobre a terapia a ser empregada. **Princípio da beneficência:** A prática médica deve buscar o bem-estar do paciente, evitando, na medida do possível, quaisquer danos e risco de vida. Só se pode usar tratamento ou cirurgia para o bem do enfermo. **Princípio da não maleficência:** Há obrigação de não acarretar dano ao paciente. **Direito de recusa de algum tratamento arriscado,** é direito básico do paciente o de não ser constrangido a submetesse, com risco de vida, a terapia ou cirurgia e, ainda, o de não aceitar a continuidade terapêutica.

O consentimento informado, indubitavelmente, faz parte da relação médico-paciente; porém, de acordo com o art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, a informação também é de responsabilidade da empresa que oferece o serviço, pois ela se equipara ao produtor, conforme o referido artigo estabelece. Deverá a empresa esclarecer, principalmente, quanto ao aparato médico disponível em cada hospital ou clínica, assim como solidarizar-se com o médico prestador de serviço na comunicação sobre os riscos, prognósticos e técnicas de tratamento mais usadas em cada doença. Esta atitude ajudaria o paciente a ter uma melhor

compreensão, visto que 50% das informações prestadas diretamente pelo médico ao paciente podem perder-se.

Segundo Goldim (2007), o risco caracteriza-se como sendo a probabilidade de ocorrência de um evento desfavorável. O risco em saúde é o perigo potencial de ocorrer uma reação adversa à saúde das pessoas expostas ao tratamento. A definição de risco engloba uma variedade de medidas de probabilidade, incluindo aquelas baseadas em dados estatísticos ou em julgamentos subjetivos.

3.8 Cláusulas abusivas

Segundo Silveira (2009), nos contratos de adesão, deve ser observada a sua composição, evitando-se a inserção de cláusulas e termos obscuros ou de difícil compreensão do público-alvo, buscando-se uma redação mais clara e objetiva, de preferência explicativa. Com efeito, é abusiva toda cláusula que apresente vantagem exclusiva ao empresário, ocasionando um desequilíbrio de direitos e obrigações entre os contratantes, sendo o contrato redigido exclusivamente pelo empresário.

Para serem consideradas abusivas, as cláusulas devem conter em suas estipulações vantagens econômicas, ou facilidades originadas pelo abuso do predisponente, tornando a negociação ainda mais onerosa ao consumidor. Assim, podemos dizer que as cláusulas abusivas implicam vantagem pecuniária, oriunda de uma inferioridade jurídica do aderente.

O Código de Defesa do Consumidor, na Seção II - Das Cláusulas Abusivas, prevê, *in verbis*:

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

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste Código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

(...)

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

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

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

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

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

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

XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

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

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

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

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

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

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

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

(...)

§ 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste Código ou de qualquer forma não assegure ajusto equilíbrio entre direitos e obrigações das partes". (SILVEIRA, 2009, p.43)

As portarias do Ministério da Justiça, por meio da Secretaria de Direito Econômico, que complementaram o elenco das cláusulas abusivas, não são necessárias, tendo cunho eminentemente educativo, ao exemplificar casos em que a abusividade se faz presente.

Existirão, portanto, situações em que as cláusulas abusivas serão tidas como nulas, mas o contrato será perpetuado, para que não se operem situações prejudiciais ao tráfico mercantil. Não sendo isso possível, todo contrato deverá ser anulado.

De acordo com Nery Júnior (2001), não é demais lembrar que as relações de consumo são informadas pelo princípio da boa-fé (art. 4º, *caput* e inciso III, do CDC), de sorte que toda cláusula que infringir esse princípio é considerada, *ex lege* (Por força da lei. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/294422/custas-ex-lege>. Acesso em: 28/07/2010), abusiva. Há, no sistema contratual do CDC, a obrigatoriedade da adoção pelas partes de uma cláusula geral de boa-fé, que se reputa existente em todo e qualquer contrato de relação de consumo, mesmo que não inserida expressamente nos instrumentos contratuais respectivos.

A proteção contra cláusulas abusivas é um dos mais importantes mecanismos de defesa do consumidor, diante da multiplicidade dos contratos de adesão, concluídos com base nas cláusulas contratuais gerais. O CDC adotou um sistema próprio de enumeração e proteção contra as cláusulas abusivas. Conferiu-lhes o regime de “nulidade de pleno direito”, não estabelecendo grau de invalidação entre elas, tampouco tratando-as como causas de ineficácia da relação jurídica de consumo. Nesse regime jurídico, as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito porque contrariam a ordem pública de proteção ao consumidor, podendo ser reconhecidas, a qualquer tempo e grau de jurisdição, e devendo o juiz pronunciá-las *ex officio*, porque são normas de ordem pública insuscetíveis de preclusão. (NERY JÚNIOR, 2001)

Portanto, em princípio, o contrato deve ser mantido, com a eliminação das cláusulas abusivas que são tidas como nulas de pleno direito.



4. A LEI DOS PLANOS DE SAÚDE N. 9.656/98 E A SUA VIGÊNCIA E CARÊNCIA

4.1 A Lei n. 9.656

Este quarto capítulo fala sobre a Lei dos Planos de Saúde Lei n.º. 9.656/98 e Vigência e Carência nos Planos de Saúde.

A Lei n.º. 9.656, que regulamenta os planos privados de assistência à saúde, foi sancionada em 3 de junho de 1998, após mais de sete anos de discussões e diversos projetos apresentados na Câmara e no Senado Federal. A discussão avançou mesmo em fevereiro de 1994, quando o Senado aprovou o Projeto 93/93 do então senador Iram Saraiva, contendo apenas três artigos. (SILVEIRA, 2009).

Segundo Silveira (2009, p. 77), “o projeto seguiu para a Câmara dos Deputados, sendo-lhe atribuído o número 4.425/94. Em setembro de 1996, após longo tempo ausente da pauta dos debates, a Câmara criou uma comissão especial para examinar o assunto e dar sequência aos trâmites legais”.

No dia 12 de maio de 1998, o plenário do Senado aprovou, por unanimidade, o parecer n.º. 235/98. Em 3 de junho de 1998, o projeto tornou-se a Lei n.º. 9.656, com a sanção, sem vetos, pelo Presidente da República Fernando Henrique Cardoso. A Lei entrou em vigor em 3 de setembro de 1998, 90 dias após sua publicação. NO dia seguinte ao da sanção da Lei, foi editada a primeira Medida Provisória, a de n.º. 1.665, alterando diversos dispositivos da referida Lei. (SILVEIRA, 2009).

De acordo com Rocha (2003), os modelos antigos de planos puderam continuar sendo comercializados até 31 de dezembro de 1998 — a partir do que entraria em vigor o disposto na Lei n.º. 9.656 — permanecendo com validade por tempo indeterminado, a não ser que o seu usuário manifestasse o interesse de migrar para se enquadrar na regulação nascente.

Os novos planos que, a partir de então, deveriam ser protocolados na Susep, passariam a ser enquadrados na legislação pertinente.

Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn): no dia 10 de dezembro de 1998, a Confederação Nacional da Saúde (CNS) recorreu ao Supremo Tribunal Federal, arguindo aspectos inconstitucionais da Lei nº. 9.656 e dos demais atos, via Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº. 1.931-8 – (Distrito Federal).

Conforme Rocha (2003, p. 83), a entidade questionou diversos pontos da Lei nº. 9.656, entre estes, os seguintes, *in verbis*:

- Medida Provisória editada um dia depois da promulgação da Lei, alterando seus dispositivos e impondo novas exigências;
- art. 192 da Constituição Federal exige Lei Complementar para dispor sobre autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguros (caso específico das seguradoras);
- por contrariar princípios constitucionais de liberdade de associação, de livre iniciativa e de livre concorrência, inviabilizando ou, pelo menos, cerceando a atividade econômica das operadoras;
- exigência de cobertura de doenças preexistentes, ampliação da cobertura e proibição de limites para internação, encarecendo o custo do atendimento;
- determinação da aplicação retroativa de normas para os contratos firmados antes da vigência da Lei.

A Lei dos Planos de Saúde veio, em muitos pontos, reafirmar de forma específica o que já era direito dos consumidores, desde a vigência do CDC. Como assevera Ivan Pinto da Rocha, significa dizer que o fato de o STF ter entendido inconstitucionais dispositivos da Lei nº. 9.656/98 não exclui, absolutamente, o direito dos consumidores uma vez que esteja era albergado pelo CDC. (ROCHA, 2003).

Com efeito, não obstante o posicionamento do Supremo Tribunal Federal – que ainda não julgou o mérito da ação, é inconteste que todos os planos de saúde, independentemente do ano, estão sob a égide do Código de Defesa do Consumidor e, assim sendo, entende-se que o consumidor não ficou desprotegido, apesar desta ação.

4.2 Natureza jurídica da Lei n. 9.656/98 – Lei de Plano Privado de Assistência à Saúde

Segundo Marques (2002, p. 400), “a Lei n. 9.656/98 parte de uma base securitária, restando demonstrada a cobertura de um evento, a princípio futuro e incerto, a socialização dos riscos, que é o mutualismo, e a forma de prevenir (previdência) o custo para cobertura de despesas médico-hospitalares que, no momento da contratação, não se consegue mensurar”.

Marques (2002) classifica esses contratos como atípicos, mistos, emergentes da combinação do contrato de assistência médica, profissional, uma locação de serviços médicos e de internação hospitalar, com variedade de serviços médico-auxiliares, cirurgia, fornecimento de alimentos ao sócio ou beneficiário ou aos seus dependentes, pela sociedade contratada.

Portanto, esses contratos *sui generis*, (origem no Latim, significa, literalmente, "de seu próprio gênero", ou seja, único em seu gênero. Disponível em www.suigenerisba.com.br. Acesso em: 27/09/2010) indubitavelmente, têm como escopo assegurar o consumidor contra os riscos relacionados com a saúde e a manutenção da vida.

Marques (2002, p. 412), confirma, *in verbis*:

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

Conforme Diniz (2003), os contratos de planos e seguros de saúde têm, para alguns doutrinadores, como características, a bilateralidade do contrato e a reciprocidade de obrigações. Muitos alegam simplesmente que a operadora deve cobrir os eventos contratados e o consumidor deve pagar em dia os prêmios ou as prestações acordadas. Todavia, essas

características são inerentes ao direito civil, pois não podemos deixar de consignar que esses contratos estão sob a égide do direito consumerista, já que são contratos de adesão. (pág. 80)

Consoante a Diniz (2003), para quem o contrato de assistência médica não é comutativo, em que as empresas tenham se obrigado a fazer algo equivalente à contraprestação do conveniado. E contrato aleatório, na realidade, em que a prestação das empresas depende de risco futuro e incerto, não podendo antecipar seu montante.

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

4.3 Regime de contratação

A Resolução do Conselho de Saúde Suplementar - Consu nº. 14/98 dispõe sobre a definição das modalidades de planos ou seguros sob o regime de contratação individual ou coletiva, “e regulamenta a pertinência das coberturas às doenças e lesões preexistentes e a exigibilidade dos prazos de carência nessas modalidades”. (SILVEIRA, 2009, p.81).

4.3.1 Contratação individual ou familiar

São aqueles contratos oferecidos no mercado para a livre adesão de consumidores, pessoas físicas, com ou sem seu grupo familiar. Caracteriza-se o plano como familiar quando facultada ao contratante, pessoa física, a inclusão de seus dependentes ou grupo familiar.

Observa-se que os planos com contratação individual ou familiar são aqueles contratados diretamente da operadora de plano de saúde, sendo assim, o próprio beneficiário é quem escolhe as características do plano a ser contratado.

4.3.2 Contratação coletiva empresarial

Trata-se de contratos que oferecem cobertura da atenção prestada à população delimitada e vinculada à pessoa jurídica. O vínculo referido poderá ser de caráter empregatício, associativo ou sindical. O contrato poderá prever a inclusão dos dependentes legais da massa populacional vinculada. (SILVEIRA, 2009)

Os planos com contratação coletiva são aqueles em que o beneficiário ingressa no plano de saúde contratado por uma empresa ou órgão público (coletivo empresarial), associação profissional, sindicato ou entidade assemelhada (coletivo por adesão). Nos planos coletivos, é um representante dessas pessoas jurídicas contratantes, com a participação ou não de uma administradora de benefícios, que negocia e define as características do plano a ser contratado. Assim, é importante que o beneficiário antes de se vincular a um plano coletivo, em especial o por adesão, avalie a compatibilidade entre os seus interesses e os interesses da pessoa jurídica contratante (Gama de Saúde Limitada. *Manual de Orientação para Contratação de Planos de Saúde*. s.d. Disponível em http://www.gamasaude.com.br/pdf/manual_contratacao.pdf. Acesso em: 15/10/2010.

4.3.3 Contratação coletivo por adesão

Segundo Silveira (2009, p. 81), “são aqueles contratos que, embora oferecidos por pessoa jurídica para massa delimitada de beneficiários, têm adesão apenas espontânea e opcional de funcionários, associados ou sindicalizados, com ou sem a opção de inclusão do grupo familiar ou dependentes”.

Não é permitida a exigência de cumprimento de carência desde que o beneficiário ingresse no plano, em até trinta dias da celebração do contrato firmado entre a pessoa jurídica contratante e a operadora de plano de saúde. A cada aniversário do contrato, será permitida a adesão de novos beneficiários sem o cumprimento de carência, desde que: eles mesmos tenham se vinculado à pessoa jurídica contratante após os 30 dias de celebração do contrato e tenham formalizado a proposta de adesão até 30 dias da data de aniversário do contrato. (Idem, s.d).

4.3.4 Contratação coletiva com 50 ou mais participantes

Não poderá haver cláusula de agravo ou de cobertura parcial temporária, nos casos de doenças ou lesões preexistentes, nem será permitida a exigência de cumprimento de prazos de carência.

Não se permitida a aplicação de Cobertura Parcial Temporária (CPT) ou Agravo, desde que o beneficiário formalize o pedido de ingresso, em até trinta dias de celebração do contrato coletivo de sua vinculação a pessoa jurídica contratante. (SILVEIRA, 2009)

4.3.5 Contratação coletiva com menos de 50 participantes

Poderá haver cláusula de agravo ou de cobertura parcial temporária, em casos de doenças ou lesões preexistentes, nos termos de Resolução específica, porém não será permitida a exigência de cumprimento de prazos de carência. (SILVEIRA, 2009)

Observa-se que, também, não poderá haver cláusula de agravo ou de cobertura parcial temporária, nos casos de doenças ou lesões preexistentes, nos termos de Resolução específica, e poderá ser considerada a exigência de cumprimento de prazos de carência.

4.3.6 Problema da falsa coletivização

Segundo Marques (2002), atualmente os contratos coletivos representam a maior parte do mercado de planos de saúde e a tendência é que essa modalidade cresça ainda mais. Segundo dados da ANS, considerando só os contratos assinados a partir de 1999, 75,57% são coletivos; quando se consideram todos os contratos (antigos e novos), 68,08% são coletivos, 22,76% são individuais e em 9,15% não há identificação da forma de contratação.

Percebe-se que as maiores seguradoras atuantes no setor de planos de saúde — Sul América, Bradesco Saúde e Amil — não oferecem mais contratos individuais.

E assim sendo, os consumidores, para driblar os altos preços dos planos de saúde individuais, têm se reunido, até mesmo com os colegas da Igreja, para contratar um plano coletivo em nome da paróquia. Nos últimos anos, integrantes de associações de bairros, condomínios, clubes e entidades religiosas vêm se organizando na tentativa de conseguir pagar a assistência médica particular por meio de planos coletivos não patrocinados (que não é paga pela empresa).

As operadoras preferem oferecer esse tipo de plano porque, quando há um grande número de clientes, o risco fica diluído e os custos se reduzem e confessam que os reajustes dos planos individuais são muito protegidos pela ANS (Agência Nacional de Saúde). Diante desse quadro, as seguradoras deixaram simplesmente de oferecer os planos individuais por causa do controle da ANS. (MARQUES, 2002).

O consumidor deve ficar atento, pois nessa modalidade fica sujeito a reajustes de preços sem controle da ANS e à rescisão contratual, seja pela pessoa jurídica à qual está vinculado, seja pela operadora.

Segundo Marques (2002), a ANS não atua nesses contratos, porque alega que a Lei dos Planos de Saúde faz menção apenas aos contratos individuais, o que é, a nosso entender, uma interpretação equivocada, pois a agência deve regular todo o mercado, como dispõe a Lei nº. 9.961/2000 que a criou. Alega, também, que esses contratos são firmados por duas pessoas jurídicas com paridade.

Todavia, diante dos gravíssimos problemas, a ANS abriu à Consulta Pública nº. 30, aos 19 de novembro de 2008, com o objetivo de tornar mais transparentes as relações contratuais do mercado em relação aos planos coletivos e coibir a seleção de riscos e a falsa coletivização e editará duas Resoluções Normativas sobre o tema, tendo disponibilizado em seu *site* a participação da sociedade com críticas e sugestões para a redação final.

Percebe-se que a ANS pretende mudar as regras dos planos coletivos por adesão, para que, nestes os reajustes, passem a ser anuais, pois, em alguns deles, há aumentos até mesmo trimestrais. Outro objetivo da Agência é combater os falsos planos coletivos, restringindo o número de órgãos que podem oferecer os planos. As lojas de departamento, como os clubes sociais, não poderão mais comercializar o produto.

Há também estudo para, nos planos coletivos por adesão, haver dispensa de carência com trinta (30) ou mais participantes, sendo hoje o número mínimo de cinquenta (50).

Aos usuários dessa modalidade de plano resta a proteção do Código de Defesa do Consumidor, que proíbe toda rescisão unilateral do contrato.

4.4 A Lei nº. 9.656/98 e os Contratos-Padrão

4.4.1 Plano – referência

Segundo Silveira (2009, p. 84), com relação a esse tipo de plano, a Lei nº. 9.656/98 disciplina, *in verbis*:

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

I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental;

(...)

VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico;

(...)

§ 1º As exceções constantes dos incisos deste artigo serão objeto de regulamentação pela ANS.

§ 2º As pessoas jurídicas que comercializam produtos de que tratam o inciso I e o

§ 1º e do art. 1º desta Lei oferecerão, obrigatoriamente, a partir de 3 de dezembro de 1999, o plano – referência de que trata este artigo a todos os seus atuais e futuros consumidores.

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

§ 4º A amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS.

O plano-referência é de oferta obrigatória a todas as empresas que comercializam planos de saúde. As únicas que estão isentas da obrigatoriedade de oferecer esse tipo de plano são as prestadoras de serviços de saúde da modalidade de autogestão. Essa modalidade de plano de saúde - plano-referência é o plano básico de saúde.

Para Nunes (2000), andou bem o legislador, ao instaurar no setor uma concorrência com bases claras, uma vez que as várias ofertas existentes no mercado dificultam ao consumidor distinguir o plano melhor e mais barato.

O serviço do plano-referência está contido no art. 12 da Lei nº. 9.656/98:

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

I - (...)

b) cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente;

II - (...)

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

b) cobertura de internações hospitalares em centro de terapia intensiva, ou similar, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, a critério do médico assistente;

(...)

d) cobertura de exames complementares indispensáveis para o controle da evolução da doença e elucidação diagnóstica, fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões e sessões de quimioterapia e radioterapia, conforme prescrição do médico assistente, realizados ou ministrados durante o período de internação hospitalar;

e) cobertura de toda e qualquer taxa, incluindo materiais utilizados, assim como da remoção do paciente, comprovadamente necessária, para outro estabelecimento hospitalar, dentro dos limites de abrangência geográfica previstos no contrato, em território brasileiro; e

III - (...)

b) inscrição assegurada ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, como dependente, isento do cumprimento dos períodos de carência, desde que a inscrição ocorra no prazo máximo de trinta dias do nascimento ou da adoção;

(...)

V - (...)

c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência;

VI - reembolso, em todos os tipos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nos limites das obrigações contratuais, das despesas

efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde, em casos de urgência ou emergência, quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados ou referenciados pelas operadoras, de acordo com a relação de preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo produto, pagáveis no prazo máximo de trinta dias após a entrega da documentação adequada.

§ 1º Após cento e vinte dias da vigência desta Lei, fica proibido o oferecimento de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei fora das segmentações de que trata este artigo, observadas suas respectivas condições de abrangendo e contratação.

§ 2º A partir de dezembro de 1999, da documentação relativa à contratação de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações de que trata este artigo, deverá constar declaração em separado do consumidor, de que tem conhecimento da existência e disponibilidade do plano referência, e de que este lhe foi oferecido. (NUNES, 2000)

4.4.2 Plano mínimo

O plano mínimo pode ser oferecido a partir de uma combinação possível de quatro modelos isolados, que, por sua vez, também podem ser ofertados isoladamente.

Assim, a operadora do plano de saúde poderá oferecer plano isolado, aos pares ou em pacotes a serem escolhidos pelo consumidor. Nesse caso, serão verdadeiras ofertas casadas legais.

4.4.3 Plano ampliado

Como o próprio nome já diz, essa modalidade oferece coberturas mais amplas e acomodações mais confortáveis que as previstas para os planos básicos, denominados pela legislação planos-referência, como foi mencionada no item anterior, epigrafado.

4.5 Vigência e carência nos planos de saúde

Segundo Silva (2005, p. 92), “o início da vigência do contrato será a partir da data da assinatura da proposta de adesão, ou da assinatura do contrato, ou da data de pagamento da mensalidade inicial, o que ocorrer em primeiro lugar”.

Silva (2005) diz que o contrato deve descrever, quando se iniciam as coberturas nele previstas, entendendo que, no momento em que o consumidor realiza a proposta de adesão, efetuando o pagamento da parcela inicial, o contrato já se realizou, independentemente, de eventual prazo para envio de carteirinhas de associados ou orientador de rede própria ou credenciada, até mesmo porque a lei estabelece um prazo de 24 horas para a cobertura dos prazos de urgência ou emergência, observado o disposto na Resolução Conselho de Saúde Suplementar - Consu nº. 13.

A carência é um período predeterminado no início do contrato e deve constar sempre de forma expressa e clara no texto do contrato. Ao longo desses dias, o consumidor não pode usufruir integralmente os serviços. Essa medida existe para evitar que o consumidor use de determinados serviços de um plano por apenas um pequeno período e depois desista.

De acordo com Silva (2005), os períodos máximos ditados por lei são: “- 24 horas para casos de urgência e emergência; - 300 dias para parto a partir da 38ª semana de gravidez; - 180 dias para demais casos (consultas, exames, internações, cirurgias); - 24 meses para cobertura de doenças/lesões preexistentes, não agravadas”.

Percebe-se que os períodos de carência são contados a partir da vigência do contrato. Após cumprida a carência, o consumidor terá acesso a todos os procedimentos previstos em seu contrato e na legislação.

A compra de carências ou redução de carências é o termo utilizado quando a operadora de planos de saúde aproveita o tempo de contribuição do consumidor em contrato anterior, reduzindo-as. Em geral, a compra de carências é registrada em Termo Aditivo de Redução de Carências assinado pelo consumidor no ato da contratação.

Conforme Pfeiffer (2008, p. 30), “a Lei dos Planos de Saúde não determina que na troca de operadoras sejam aproveitados os tempos de carências já cumpridos”. E assim sendo, planos de saúde sem carência geralmente são oferecidos no contrato empresarial, ou seja: para as empresas que possuem uma quantidade entre sócios/funcionários/dependentes de no mínimo 50 usuários.

4.5.1 Emergência e Urgência

A Lei nº. 9.656/98 dispõe, *in verbis*:

Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:

I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizada em declaração do médico assistente; e

II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional.

Parágrafo único. A ANS fará publicar normas regulamentares para o disposto neste artigo, observados os termos de adaptação previstos no art. 35.

Desse modo, a Lei dos Planos de Saúde prevê a obrigatoriedade da cobertura nestas duas hipóteses a partir de 24 horas da vigência do contrato.

“Emergências são os casos que implicam risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizados pelo médico-assistente. E urgências são os casos resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional”. (PFEIFFER, 2008, p. 38).

Percebe-se que acidentes pessoais são os eventos ocorridos em data específica provocados por agentes externos ao corpo humano, súbitos e involuntários e causadores de lesões físicas não decorrentes de problemas de saúde, como, por exemplo, acidentes de carro, quedas e inalação de gases.

Complicações no processo gestacional são as alterações patológicas, exemplo: prenhez tubária, eclâmpsia, parto prematuro, diabetes e abortamento.

A assistência médica para urgência e emergência deve reger-se pela garantia da atenção e atuação no sentido da preservação da vida, órgãos e funções, variando, a partir daí, de acordo com a segmentação de cobertura do plano contratado.

O obstáculo mais comum para os atendimentos nos casos de emergência e urgência refere-se à exigência do termo de responsabilidade pelas exigências que forem realizadas, além da cláusula que autoriza todos os procedimentos indicados pelos médicos que atendem paciente, sem qualquer limite ou consulta prévia ao que se obriga como responsável pelo tratamento. (PFEIFFER, 2008, p. 40).

Observa-se que a Resolução Normativa nº. 44/03 proibiu a exigência dessa caução por parte dos prestadores de serviços contratados, credenciados, cooperados ou referenciados. E desse modo, essa Resolução não permite que se crie um título de crédito ou a prova constituída de uma dívida que não se sabe de quanto será nem se será necessária ao tratamento. Caso o termo de responsabilidade inclua uma antecipada confissão de dívida de valor inexistente, referido documento será nulo.

Silveira (2009, p. 91) “a Resolução Consu de nº. 13/98 trata especificamente dos casos de emergência e urgência e prevê a cobertura limitada às 12 horas de atendimento no plano ambulatorial; no hospitalar com ou sem cobertura obstétrica, até a alta do paciente, inclusive nos casos de emergência e urgência referentes ao processo gestacional”.

Após o prazo de cobertura de 12 horas, a operadora é responsável pela remoção do paciente até um hospital público e é ele também responsável por conseguir a vaga no SUS. Entendemos que essa Resolução é ilegal, porque limita o direito previsto na lei de planos de saúde, que nada estabelece sobre tempo máximo de atendimento.

O consumidor ainda se vê obrigado a procurar o Poder Judiciário, principalmente quando os planos de saúde alegam carência em casos urgentes, mormente se o caso estiver ligado à doença preexistente.

Jurisprudência, in verbis:

Civil. Ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Negativa ilegal de cobertura, pelo plano de saúde, a atendimento médico de emergência. Configuração de danos morais. Na esteira de diversos precedentes do STJ, verifica-se que a recusa indevida à cobertura médica pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito daquele. Recurso especial provido" (STJ Recurso Especial nº. 907.718 -ES. 2006/0266103-0.

Relatora Ministra Nancy Andrichi. 3º Turma. Data do julgamento: 07/10/2008. Data da publicação/Fonte: DJe 20/10/2008).

Seguro-Saúde - Preito de Carência - Internação de Urgência - Carência que não prevalece como contratada, mas de 24 horas - Inteligência da Lei nº. 9.656/98 - Resolução do CONSU nº. 13/98 - Inaplicabilidade - Sentença mantida - Recurso principal improvido - Recurso adesivo provido, para adequação da honorária (TJSP, Apelação Cível n. 381.685.4/0-00 Comarca: São Paulo. Seção de Direito Privado. Relator: Octávio Helene. Processo: 0.381.685-4/0-00. Número do acórdão: 01279540. Data da publicação: 20/4/2007 - destaques nossos).

"PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE ATENDIMENTO EMERGENCIAL. DEMANDANTES QUE TERIAM SIDO INFORMADOS AO TELEFONE, POR ATENDENTE, DE QUE O PROCEDIMENTO NÃO ESTARIA INCLUÍDO NO PLANO. NECESSIDADE DE COBERTURA. DANO MORAL. CASO CONCRETO DE SUA OCORRÊNCIA, PELA ESPECIAL AFLIÇÃO A QUE FOI SUBMETIDA A SEGURADA. Paciente com tenra idade, acometida de bronquiectasia pulmonar e hemorragia alveolar. Negativa de atendimento de emergência alegadamente porque haveria necessidade de prévia apreciação médica e não seria caso de urgência ou emergência. Prova oral, contudo, que é uníssona no sentido de que houve a recusa no atendimento domiciliar, embora a gravidade do caso. A recusa no atendimento configurou grave quebra do contrato, importando em evidente sofrimento e angústia para os autores, sobretudo porque o socorro negado era para uma criança doente, cujos problemas de saúde estão documentados nos autos. Dano moral caracterizado. O valor da indenização, em razão da natureza jurídica da reparação por danos morais, deve atender aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Indenização fixada em R\$ 6.000,00 (seis mil reais) que vai aumentada para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), tendo em vista as circunstâncias do caso concreto. Apelo desprovido. Recurso adesivo provido" (TJRS, Apelação. Processo Cível nº. 70020792800. 6º Câmara Cível. Relator: Desembargador José Aquino Flores de Camargo. Data da distribuição: 01/08/2007. Data do julgamento: 13/11/2008.

Contrato. Plano de saúde. Recusa à internação hospitalar. Alegação de doença preexistente. Carência não cumprida. Abuso da operadora de saúde. Inexistência de exame médico de admissão. Não comprovação da má-fé da consumidora no preenchimento da declaração de saúde. Secundária a questão da 'compra' dos períodos de carência. Ônus da operadora de provar a existência de qualquer outro período de carência. Inteligência do art. 333, II, do CPC. Dano material. Ressarcimento. Dano moral configurado. Precedentes do STJ. Recurso desprovido" (TJSP, Apelação com Revisão nº. 463.038.4/5-00. Comarca de Poá. Relator: A. Santini Teodoro. Órgão julgador: 2º Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 12/08/2008. (SILVEIRA, 2009, ps. 92-93).

4.5.2 Filhos

Segundo Pfeiffer (2008), os filhos recém-nascidos, naturais ou adotivos, dos consumidores que possuem o plano hospitalar com cobertura obstétrica, não sofrem

carência, desde que sejam inscritos no plano até 30 dias após seu nascimento, nos termos do art. 12, inciso III, letras a e b da Lei dos Planos de Saúde.

Na opinião de Pfeiffer (2008, p.32):

Não há no caso, possibilidade de recusa de inclusão do recém-nascido no plano, seja qual for o motivo. Ademais, entendo que a cobertura assistencial estende-se ao recém-nascido durante os primeiros 30 dias após o parto ou enquanto durar o tratamento, se iniciado durante os primeiros 30 dias. Com efeito, pode ocorrer que o recém-nascido permaneça por mais de 30 dias em tratamento, sendo razoável que todas as despesas sejam custeadas pela operadora, uma vez que a Lei nº. 9.656/98 é precisa quanto à impossibilidade de limitação de internação, pois visa à efetiva recuperação da saúde do contratante.

É com extrema felicidade que a jurisprudência já fundamentou, aduzindo que permitir a limitação temporal de 30 dias para a recuperação equivaleria a navegar na contramão do entendimento do Superior Tribunal de Justiça esposado na Súmula 302, que veda o limite máximo de atendimento.

Jurisprudência, *in verbis*:

SEGURO SAÚDE - Gêmeos nascidos prematuros - Pai que figura como segurado no plano estipulado entre a apelante e a empresa empregadora Inclusão como dependentes no trintídio legal – Isenção de carência de acordo com o art. 12, b, da Lei nº. 9.656/98 – Irrelevância de ter em nascido de parto não coberto pelo plano - Abusividade de cláusula declarada Doença preexistente – Discussão inócua ante a isenção de todas as carências – Recurso improvido" (TJSP, Apelação Cível n. 229.045.4/0-00. Comarca: São Paulo. Seção: Seção de Direito Privado. Relator: Carlos de Souza. Número do Acórdão: 00843887. Data da publicação: 17/8/2005.

"EMBARGOS INFRINGENTES - Associação filantrópica, sem fins lucrativos - Relação de consumo, decorrente da prestação de serviços médico-hospitalares, prevista, expressamente, em seu estatuto Preponderância do fato, caracterizado pelo vínculo, a informar sua natureza jurídica, sobre meras disposições estatutárias sem correspondência ou que distorcem a realidade - Subordinação ao Código de Defesa do Consumidor. INTERNAÇÃO – Negativa de cobertura de despesas de tratamento de recém-nascido, após a alta da mãe – Cláusula invocada, à evidência, potestativa, acarretando desvantagem acentuada ao paciente e consumidor. Nulidade reconhecida, determinado à Associação ré a prestação de cuidados médico-hospitalares ao menor até sua alta – Inclusão, ademais, do recém-nascido no quadro associativo da ré, como dependente – Acórdão proferido, por maioria, em apelação, que, dessa forma decidiu – Voto vencido,

orientado à improcedência da ação – Recurso rejeitado, com prevalência, assim, da posição majoritária.

Jus superveniens – O direito vigente à época da decisão deve ser aplicado pelo juiz ou Tribunal, ainda que posterior ao ajuizamento da ação" (TJSP, Embargos Infringentes 1146224101. Comarca de São Paulo. Órgão julgador: Sexta Câmara de Direito Privado de Férias. Relator: Marcus Andrade. Data do julgamento: 21/03/2002).

PLANO DE SAÚDE (SEGURO-SAÚDE) – Agravo contra decisão que determinou continuidade de atendimento a recém-nascido, filho do segurado – Alegação de que a cobertura somente abrangeria os primeiros trinta dias de vida. Descabimento, se no interregno o mal de que acometido não vier a ser debelado – Situação equivalente à do entendimento sumular do STJ, a vedar limite máximo de atendimento (Súmula 302) temporal – Assistência que deve compreender todos os meios necessários à preservação da saúde do paciente - Liminar bem decretada, para o atendimento ter lugar – Agravo improvido" (TJSP, Agravo de Instrumento 5967644300. Comarca: São Paulo. Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Privado. Relator: Luiz Ambra. Data do julgamento: 05/11/2008).

"PLANO DE SAÚDE. Alegação de que a inclusão de dependente menor foi realizada após o prazo previsto em contrato, sendo obrigatório o cumprimento da carência para a cobertura do tratamento e da internação. Inadmissibilidade. Apelado demonstrou ter tomado as providências junto à Corretora do plano de saúde no prazo legal, que por incompetência efetuou o procedimento apenas posteriormente. Falha que não pode ser atribuída ao apelado, o qual cumpriu com sua obrigação, tendo em vista que não existia no contrato previsão expressa no sentido de que o fax deveria ser enviado diretamente à apelante. Sentença mantida. Recurso desprovido" (TJSP, Apelação Cível com Revisão nº. 5431244000. Comarca: São Paulo. Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado "A". Relator: Paulo Alcides. Data do julgamento: J 5/07/2008 — destaques nossos).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECÉM-NASCIDO COM DOENÇA PREEEXISTENTE - INTERNAÇÃO EMERGENCIAL – EXIGÊNCIA DE CARÊNCIA - ART. 35-C DA LEI 9.656/98 - IMPOSSIBILIDADE. Em se tratando de internação em UTI de recém-nascido com doença preexistente, devido a situação emergencial, insuficiência respiratória aguda, uma vez que o menor foi incluído como dependente no plano de sua genitora, em consonância com o art. 12, III, da Lei nº. 9.656/98, não há se falar em cumprimento de carência. Constatada a situação emergencial por declaração médica, nos termos do art. 35-C da Lei nº. 9.656/98, toma-se obrigatória a cobertura" (TJMG, Agravo nº. 1.0024.06.279245-2/001. Comarca de Belo Horizonte. Relator: Desembargador Ismar Ferreira Campos. Data da decisão: 15/02/2007). (PFEIFFER, 2008, ps. 38-39).

4.5.3 Acompanhante

De acordo com Nunes (2000, p. 30), “as despesas da estada do acompanhante são garantidas para internados menores de 18 anos e maiores de 60 anos”. Sabe-se que também

está garantida a permanência de acompanhante de menores de 18 anos e maiores de 60 anos em caso de internação em quarto coletivo.

Os filhos adotados, menores de 12 anos de idade, também têm direito ao aproveitamento das carências já cumpridas pelo consumidor adotante, nos termos do art. 12, inciso VII, da Lei dos Planos de Saúde. (NUNES, 2000).

4.5.4 Doenças e lesões preexistentes

Quanto à previsão do direito da operadora do plano de saúde de não-atendimento pelo período de 24 meses, no caso de doenças preexistentes à época da assinatura do contrato, a Lei nº. 9.656/98 dispõe, *in verbis*:

Art. 11. É vedada a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei após vinte e quatro meses de vigência do aludido instrumento contratual, cabendo à respectiva operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário. Parágrafo único. É vedada a suspensão da assistência à saúde do consumidor ou beneficiário, titular ou dependente, até a prova de que trata o caput, na forma da regulamentação a ser editada pela ANS. (NUNES, 2000, 39).

Ao comentar esse dispositivo, Nunes (2000) diz que ele instituiu o período de carência mais longo permitido pela lei, tratando-se, portanto, de uma carência especial, que ele cunhou como carência negativa.

Assim, não obstante o aludido prazo não estar inserido no rol dos prazos de carência, trata-se também de uma limitação à cobertura contratual, durante um determinado lapso temporal, sendo portanto um prazo de carência.

Silva (2005, ps.94-95) tece as seguintes considerações:

Esclareça-se que, durante muito tempo, a discussão que se travou nos tribunais, antes do advento da lei, era se as cláusulas que excluía ou limitavam os atendimentos decorrentes de lesões ou doenças existentes

antes da data da contratação de um plano de saúde eram válidas ou não. Sempre se alegou que, como aludido contrato assemelha-se a um contrato de seguro, somente poderia cobrir eventos futuros e incertos, dentro da ideia da socialização do risco, jamais podendo cobrir situações que já se encontravam definidas e, conseqüentemente, iriam implicar em gastos médico-hospitalares evidentes. A jurisprudência de então se dividiu em três correntes:

- a) uma entendendo que aludida cláusula restritiva era nula de pleno direito, caracterizando-se como verdadeira cláusula abusiva, à luz do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor;
- b) a segunda corrente, minoritária, cumpre esclarecer, entendia que a cláusula restritiva era válida, pois se tratando de uma relação jurídico-privada, inexistindo qualquer lei regulamentando o setor, o contrato fazia lei entre as partes, sendo totalmente válida tal condição — *pacta sunt servanda*;
- c) a corrente intermediária reconhecia a validade da cláusula limitativa de cobertura, desde que redigida com destaque, sem utilização de letras minúsculas, termos técnicos etc., tudo em conformidade com o disposto no art. 54 do CDC, aplicável aos contratos de adesão.

Hoje, após a promulgação da Lei nº. 9.656/98, a discussão persiste, tendo a maioria dos consumidores não optado pela adaptação dos contratos antigos nos termos da nova legislação. Alguns doutrinadores, como José Luiz Toro da Silva, afirmam que a cobertura parcial temporária, decorrente de lesões preexistentes à data da contratação do plano de saúde pelo prazo máximo de 24 meses, deve estar expressa no contrato, sob pena de não poder ser aplicada.

A definição do que são doenças e lesões preexistentes, previstas no art. 11 da Lei n. 9.656/98, foi dada pela Resolução Consu nº. 2, de 4 de novembro de 2008, *in verbis*:

Art. 1º - Definir que doenças e lesões preexistentes são aquelas que o consumidor ou seu responsável, saiba ser portador ou sofredor, à época da contratação de planos ou seguros privados de assistência à saúde, de acordo com o art, inciso XII do art. 35A da Lei n. 9.656/98 e as diretrizes estabelecidas nesta Resolução" (SILVA, 2005, p. 97)

4.5.5 Cobertura parcial temporária

A Cobertura Parcial Temporária (CPT), junto com o Agravo, é uma das alternativas que o consumidor dispõe para não suportar o período de 24 meses de suspensão da cobertura

de eventos cirúrgicos, leitos de alta tecnologia e procedimentos de alta complexidade, relacionados com as doenças e lesões preexistentes. (SILVEIRA, 2009)

A escolha entre a Cobertura Parcial Temporária e o Agravado dependerá, exclusivamente, da decisão do consumidor por meio de declaração expressa, podendo as operadoras de planos e seguros de assistência à saúde, por sua livre iniciativa, oferecer cobertura total no caso de doenças e lesões preexistentes, sem qualquer ônus adicional para o consumidor.

No tocante à metodologia adotada para o cálculo, esta deve contemplar a diluição do impacto econômico - financeiro pelo universo de consumidores assistidos pelo plano ou seguro de assistência à saúde. Nos termos do art. 8º. da Resolução aludida, quando solicitado pela ANS, as operadoras de planos ou seguros de assistência à saúde deverão demonstrar e informar a metodologia adotada para cálculo.

4.5.6 Agravado

O agravado é o acréscimo que o consumidor pagou ou está pagando para ter direito imediato à cobertura completa. Isto ocorre quando, no momento da adesão, o consumidor optar pela cobertura imediata de lesões preexistentes. Em que pese o agravado ser obrigatório desde 1999, ele não foi aceito pelo mercado de forma geral.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar defende que alguns fatores, como a dificuldade de uma metodologia de cálculo apurada e a omissão da regulamentação quanto aos mecanismos de proteção às operadoras, fizeram com que estas considerassem o dispositivo do agravado ofensivo ao equilíbrio econômico e atuarial da empresa. No entanto, a Resolução nº. 162/07, foram revogadas as Resoluções Consu 02/98, 15/99 e 17/99 que disciplinam sobre o tema, prevê o oferecimento de agravado como alternativa para o atendimento imediato dessa cobertura. (SILVEIRA, 2009).

Observa-se que o agravado foi pensado, segundo a Agência Nacional de Saúde Suplementar, como fruto da necessidade brasileira de suprir a deficiência em seu sistema de saúde público, não havendo dispositivo similar em qualquer lugar do mundo. E, assim, o fato

é que os Planos de Saúde que admitem a oferta do agravo alegam que este custa muito caro e que o cálculo depende de análise da entrevista médica, perícia ou declaração de saúde, tratando-se, portanto, de procedimento complexo e oneroso. É inadmissível e ilegal essa conduta, pois é das operadoras esse ônus.

Por isso, a ideia de não se aceitar a exclusão de doenças sem que o fornecedor tenha obrigado o consumidor a se sujeitar a exames é uma garantia de observância do princípio da boa-fé contratual

4.6 Mobilidade com portabilidade de carências

Mudar de plano de saúde levando consigo as carências já cumpridas. Esse é o princípio da portabilidade de carências dos planos de saúde, regulamentada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) por meio da Resolução Normativa nº. 186, de janeiro de 2009.

A partir de 15 de abril de 2009, os beneficiários de planos individuais de assistência médica com ou sem odontologia e de planos exclusivamente odontológicos contratados a partir de janeiro de 1999 ou adaptados à Lei nº 9.656/98, estão aptos a exercer a portabilidade de carências.

A portabilidade nos planos de saúde entrou em vigor há mais de um ano, mas nesse período, pouco mais de mil mudanças foram feitas, em um universo de 7 milhões de pessoas.

Em abril do ano passado, os clientes de planos de saúde particulares ganharam o direito de trocar de plano sem ter que cumprir em carência. Seria uma forma de baratear os serviços e aumentar a concorrência. No entanto, a burocracia está impedindo muitas trocas.

Segundo Westin (Ricardo Westein. Folha de São Paulo. Cotidiano. *Planos de saúde*. 2009. Disponível em <http://www.folha.uol.com.br/foha/cotidiano/ultu490274.html>. Acesso em: 12/09/2010) a mobilidade beneficiou apenas uma pequena parte dos usuários de planos de saúde, 15,5%, pois a imensa maioria da população possui planos coletivos. A portabilidade

é a possibilidade de mobilidade, ou seja, do consumidor mudar de operadora de plano de saúde, sem a necessidade de cumprir novas carências.

O produto de origem é o plano privado de assistência à saúde contratado pelo beneficiário no período imediatamente anterior à mobilidade. O produto de destino é o plano privado de assistência à saúde a ser contratado pelo beneficiário por ocasião da mobilidade.

O prazo de permanência é o período ininterrupto em que o contrato referente ao produto de origem deve ficar em vigor para se tornar elegível para mobilidade com base na regra de portabilidade de carências prevista no art. 4º. da Resolução. Será necessário que o consumidor fique, pelo menos dois anos na mesma operadora e, caso possua doença preexistente, três anos. (Idem).

Portanto, os requisitos para mudar de plano de saúde sem cumprir novos períodos de carência são:

- (i) o consumidor esteja em dia com as mensalidades; (ii) esteja há pelo menos 2 anos na operadora ou 3 anos, caso o consumidor tenha cumprido cobertura parcial temporária e nos casos de doenças e lesões preexistentes; (iii) o plano de saúde seja da mesma classificação; (iv) a faixa de preço do plano de destino seja igual ou inferior ao plano de origem; (v) o plano de destino não esteja com comercialização suspensa.

O consumidor tem direito a mudar de plano mais de uma vez, só que a partir da mudança (portabilidade), o prazo de permanência passa a ser de dois anos para todos os beneficiários. A mobilidade só pode ser exercida no período entre o mês de aniversário do contrato e o mês subsequente.

A mudança de plano só é possível entre planos equivalentes ou para um inferior. A ANS dispõe de um aplicativo para consulta dos planos compatíveis para fins de portabilidade.

Os critérios que definem planos equivalentes são: abrangências geográficas (nacional, estadual ou municipal), segmentações assistencial, ambulatorial, hospitalar, com ou sem odontologia, e tipo de contratação e faixa de preços.

O plano de destino pode ser mais caro que o de origem, desde que esteja na mesma faixa estabelecida pela ANS, contudo pode ser mais barato e estar na mesma faixa de preço.

O procedimento para mudança de plano é o seguinte:

(i) o consumidor deve consultar o guia de planos de saúde da ANS, para localizar os planos compatíveis com o seu para fins de portabilidade de carências; (ii) contatar a operadora escolhida e pedir a disponibilização da proposta de adesão; (iii) apresentar, na data da assinatura da proposta de adesão, cópia dos comprovantes de pagamento dos três últimos boletos vencidos e de documento que comprove a permanência de 2 anos no plano de origem (pode ser cópia do contrato assinado, da proposta de adesão, declaração da operadora do plano de origem ou outro documento); (iv) Aguardar a resposta da operadora do plano de destino que deverá ser dada em até 20 dias após a assinatura da resposta de adesão. (WESTIN, 2009)

Os contratos de planos de saúde são de trato sucessivo por prazo indeterminado, envolvem transferência onerosa de riscos, possuem como característica principal execução periódica ou continuada e há interesse social na sua regulamentação.

Inaplicável à visão estritamente civilista e não consumerista que advoga que estes contratos já firmados não podem ser rompidos unilateralmente, qual seja: não pode haver a regra da mobilidade.

No encermente à aplicação de multas, a lei que criou a ANS, Lei nº. 9.961/2000, dispõe expressamente que compete à ANS – aplicar as penalidades pelo descumprimento da Lei nº. 9.656, de 1998, e de sua regulamentação (art. 4º, inciso XXX).

De acordo com Silveira (2009), não se vislumbram motivos para que a mobilidade seja exercida pelo consumidor somente uma vez ao ano, ou seja, no período entre o mês de aniversário do contrato e o mês subsequente, vez que o escopo da Resolução é estimular a concorrência, razão pela qual o Poder Judiciário poderá autorizar esta mobilidade em outros períodos do ano, se assim pleitear o consumidor. Não deveria haver óbice para a portabilidade entre os diversos tipos de contrato, porém uma adequação do valor da mensalidade.

A mobilidade deverá ser estendida num futuro próximo para todos os contratos, tendo como laboratório esta resolução da ANS.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após chegar ao término desta pesquisa, percebe-se que doença preexistente é a doença que o consumidor já tinha conhecimento de sua existência, antes de firmar o contrato de plano de saúde.

Os termos doença e normalidade já se expõem de difícil definição, do mesmo modo fica ainda mais difícil quando a sua definição é denominada doença preexistente. É assombroso ver que esses termos, duvidosos como são, sejam utilizados juridicamente com o desígnio exclusivo de restringir os direitos do consumidor.

Acredita-se que o grande problema não é a difícil determinação do início da doença, entretanto, sua total impossibilidade. A discussão que foi realizada neste estudo procurou demonstrar a incoerência do termo doença preexistente e a total incoerência do uso desse termo no vocabulário jurídico.

A desconstrução do conceito de doença preexistente não poderia se dar sem uma verdadeira viagem temporal na construção dos direitos humanos, passando pela legislação constitucional, pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei nº. 9.656/98. O estudo dos conceitos de saúde/doença foi indispensável para o desenvolvimento de toda esta monografia. E assim, vê-se que a norma não pode ser pensada como exterior ao seu campo de atuação, o que se acredita e se aplica ao conceito de doença preexistente, já que a jurisprudência vem recusando os pedidos das seguradoras, quando estas alegam a preexistência da doença sem ter submetido o segurado a exames médicos prévios à contratação.

Vê-se que a legislação de saúde complementar estabelece que é obrigatório o atendimento nos casos de urgência e emergência, a partir de 24 horas da vigência do contrato, devendo ser observadas as regras de cobertura para cada tipo de plano. Acredita-se que o mais difícil é as operadoras de planos de saúde cumprir a legislação determinada.

Deste modo, com essas premissas verifica-se o quão antijurídico e inconstitucional é o conceito de doença preexistente! A rejeição do Conselho Federal de Medicina a esse

conceito equivaleria a uma revolta dos fatos, uma vez que nem a seara da medicina consegue definir quais seriam as doenças preexistentes. Logo, esse conceito assume um caráter dogmático, distanciado dos princípios constitucionais.

Indiscutivelmente, o único viés que norteou a criação do conceito de doença preexistente foi o caráter econômico, uma vez que interessa à iniciativa privada construir concepções economicistas, nas palavras de Nunes (2000). destarte, o conceito de doença preexistente é vago e ambíguo, em sentido lato (médico, jurídico, dogmático, etc.), seja pela ótica do direito positivo, seja pela do direito natural, não resistindo ao enfoque principiológico da isonomia, do direito à saúde e à vida em sentido lato.

A Constituição Federal dispõe ser a saúde um direito de todos e dever do Estado, garantido, mediante políticas sociais e econômicas, que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Ademais, a saúde, por ser um direito fundamental de cunho, prestacional e social, revela-se como um pressuposto para a qualidade de vida e a dignidade humana.

Percebe-se que, antes do advento do Código de Defesa do Consumidor, a exclusão de cobertura de doenças ditas preexistentes, para a maioria da doutrina, era tida como cláusula restritiva, portanto, nula de pleno direito, caracterizando-se como verdadeira cláusula abusiva, à luz do art. 51 do CDC. Nesse particular, verifica-se que houve um retrocesso em parte significativa da jurisprudência e da doutrina, que deram aval ao conceito de doença preexistente introduzido pela Lei nº. 9.656/98.

Por fim, conclui-se que o mercado dos planos privados de assistência à saúde até à promulgação da Lei dos Planos de Saúde (Lei nº. 9.656/98) constituiu-se e tratou de seus afazeres estabelecendo suas próprias regras, a despeito de todas as demandas implicadas: políticas, econômicas e sociais. Essa posição das agências de planos de saúde foi sempre um drama para o associado, uma vez que, durante muito tempo, ele pagava a mensalidade do plano de saúde e, quando dela precisava, principalmente quando era um tratamento mais complexo e custoso, a operadora se recusava a atendê-lo, informando que ele já era portador da doença antes de assinar o contrato. Como era difícil de ser provada a preexistência da doença o consumidor acabava ficando sem a cobertura. Atualmente a doença preexistente

permanece sendo uma argumentação possível por parte da agência de planos de saúde, porém agora há regras, existe a Lei nº. 9.656/98 para defender os consumidores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAÚ, Marilise Kostelnaki. **O contrato de assistência médica e a responsabilidade civil: contratos particulares de assistência médica e contratos envolvendo planos ou convênios de saúde e ainda seguros de saúde, contratos privados de assistência à saúde e a responsabilidade civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CUNHA, Belinda Pereira da. **Antecipação da tutela no Código de Defesa do Consumidor: tutela individual e coletiva.** São Paulo: Saraiva, 1999.

CLOTET, Joaquim. **O consentimento informado a sua prática na assistência e pesquisa no Brasil.** Porto Alegre, Edipucrs, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Novo Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 2003.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

FIORILLO, Celso António Pacheco. **O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2000.

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

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS, João Marcos Brito. **Direito de seguro: responsabilidade civil das seguradoras: doutrina, legislação e jurisprudência: de acordo com o novo Código Civil, Lei n. 10.406, de 10.1.2002.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.** 8ª ed. rev. ampl. e atual., Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2001.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários à lei de plano privado de assistência à saúde (Lei n. 9.656/98).** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Planos de saúde e direito do consumidor. Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ROCHA, Ivan Pinto da. **Os efeitos da decisão liminar do STF (Adin 1931) sobre os planos de saúde.** Teresina, ano 7, n. 113, 25 out. 2003.

SILVA, José Luiz Toro da. **Manual de direito da saúde suplementar: a iniciativa privada e os planos de saúde.** São Paulo: M. A. Pontes, 2005.

SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes. **Doença Preexistente nos Planos de Saúde .** São Paulo, Saraiva, 2009.

Endereço Eletrônico

BRITO, Maria Cristina Cachenski & ARNS, José Fernando. **III Encontro da ANPPAS.** Disponível em www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro3/arquivos/TA480-0403200602634.DOC. Acesso em: 25/05/2010.

GAMA SAÚDE LIMITADA. **Manual de Orientação para Contratação de Planos de Saúde.** S/D. Disponível em http://www.gamasaude.com.br/pdf/manual_contratacao.pdf. Acesso em: 15/10/2010.

GOLDIM, José Roberto. **Risco.** Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioetica/risco.htm>. Acesso em: 20 fev. 2007.

SANTOS, Esther Maria Brighenti dos. **O conceito de doença preexistente nos contratos de planos de saúde.** 2002. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5134>. Acesso em: 20/04/2010.

WESTEIN, Ricardo. Folha de São Paulo. Cotidiano. **Planos de saúde.** 2009. Disponível em <http://www.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ultu490274.html>. Acesso em: 12/09/2010.