

# DIRIGISMO CONTRATUAL NOS CONTRATOS DE SAÚDE

## CONTRACTUAL DIRIGISME IN HEALTH CONTRACTS

**Jesualdo Eduardo de Almeida Junior<sup>1</sup>**

Doutorando pelo Instituto Toledo de Ensino – Bauru/SP

**RESUMO:** O presente trabalho aborda a interferência do Estado, nas suas três formas de poder, nos contratos de planos de saúde. Aborda, sobretudo, a limitação da autonomia privada em face de interesses individuais de maior importância e, principalmente, o fenômeno do dirigismo contratual, que permite ao Estado mediante leis, políticas públicas e decisões judiciais, limitar as disposições contratuais dos planos de saúde.

**PALAVRAS-CHAVE:** Dirigismo contratual; planos de saúde; limites à autonomia privada.

**ABSTRACT:** *This paper discusses the State interference in its three forms of power, in contracts for health plans. Discusses, in particular, the limitation of private autonomy in the face of individual*

*interests of greater importance and, mainly, the phenomenon of contractual dirigisme, which allows the State through public policies and laws, judicial decisions, limiting the contractual provisions of the health insurance plans.*

**KEYWORDS:** *Contractual dirigisme; health plans; limits to private autonomy.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Autonomia privada limitada pela intervenção estatal; 2 Intervenção legislativa; 3 Intervenção do Poder Administrativo; 4 Intervenção judicial; Conclusões; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Private limited autonomy for the state intervention; 2 Legislative intervention; 3 Intervention of administrative power; 4 Judicial intervention; Conclusions; References.*

---

<sup>1</sup> Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos. Pós-Graduado em Direito Contratual e Direito das Relações Sociais. Professor da Graduação e Coordenador da Pós-Graduação em Direito da Associação Educacional Toledo, de Presidente Prudente. Professor em Direito Civil e Constitucional da Fema/Imesa, de Assis. Professor da Pós-Graduação da UEL/PR. Autor de vários livros e artigos. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família e do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania. Mestre e Doutorando pela ITE/Bauru.

## INTRODUÇÃO

A regulamentação dos planos de saúde é assunto que recorrentemente volta à baila, quer por conta da interferência do Estado ao dispor sobre limites mínimos e coberturas obrigatórias, quer por conta de decisões judiciais que ampliam o alcance das proteções estendidas em favor dos usuários.

O objetivo deste trabalho foi a análise dos diversos métodos de interferência do Estado nos contratos de plano de saúde, pautando-se pela legalidade e legitimidade desses provimentos, a cuja perspectiva dá-se o nome de dirigismo contratual.

Para tanto, foi utilizado o método dedutivo, partindo-se das premissas das iniciativas reguladoras do setor de saúde privado. Neste passo, no primeiro capítulo discorreu-se sobre a legitimidade da limitação da autonomia privada por medidas estatais protetivas de minorias desprivilegiadas.

O segundo capítulo cuidou de analisar essa ingerência do Estado nos contratos de saúde sob o aspecto legislativo, e o terceiro capítulo pautou-se pelo panorama administrativo.

O quarto e derradeiro capítulo ocupou-se da questão mais polêmica: a intervenção judicial nos contratos privados.

## 1 AUTONOMIA PRIVADA LIMITADA PELA INTERVENÇÃO ESTATAL

É um anacronismo pontuar qualquer debate em torno dos negócios jurídicos pela admissão absoluta do princípio do *pacta sunt servanda*, cuja premissa básica estava no individualismo, oxigênio do liberalismo que grassou até o início do século XX.

Por essas proposições, seria da liberalidade das partes que se criavam os direitos e as obrigações, dando-se à autonomia da vontade e à imutabilidade dos contratos valores quase absolutos. Por conseguinte, ao Estado não cabia intervir no negócio, mas apenas dar-lhe estabilidade e segurança<sup>2</sup>.

Porém, a concepção do contrato mudou ao longo do século XX, seja no conteúdo, seja em suas funções. O *welfare state* implicou, inclusive, a assistência

---

<sup>2</sup> GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde. A ótica da proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 35.

estatal nas relações negociais. As pessoas passaram a ser vistas como desiguais também nos contratos, quer social, quer economicamente. E, por conta disto, admitiu-se a intervenção estatal para reajustarem-se essas diferenças<sup>3</sup>. Por isso Maria Stella Gregori<sup>4</sup> afirma “que a massificação das relações contratuais e a formação de mercados cativos reclamaram a intervenção do Estado para limitar a autonomia da vontade, sem, no entanto, aniquilá-la”.

Via de consequência, o equilíbrio entre as partes tornou-se o pilar da estabilidade na relação contratual, superando o princípio fundante de que o “contrato faz lei entre as partes”. E, assim, “a arquitetura do contrato passa a contemplar uma relatividade dogmática, ao reprimir a falta da idêntica liberdade entre as partes que de margem ao proveito injustificado ou à onerosidade excessiva”<sup>5</sup>.

Pietro Perlingieri<sup>6</sup> sustenta que está superado o “dogma sacro e inviolável” da autonomia privada. Hoje, ela se condiciona ao que diz a lei e, principalmente, aos princípios constitucionais, e, na falta destes, pelos usos e pela equidade.

Segundo parte de uma doutrina vanguardista, os conceitos tradicionais como os do negócio jurídico e da autonomia da vontade perderam seu valor como princípio e nada mais são do que uma visão atrasada do Direito, ou, mesmo os mantendo como princípios, têm seu conteúdo revisto e novos limites impostos pela evolução e pela inclusão de um novo elemento: o interesse social.

Irineu Strenger<sup>7</sup> ensina que a

autonomia da vontade sofreu as inevitáveis vicissitudes do processo histórico, que nas suas projeções culturais não poderia deixar de abranger o mundo do direito, provocando a revisão de muitos de seus esquemas tradicionais, e, em muitos sentidos, com impactos mais sensíveis, reformulando alguns conceitos básicos.

O mesmo autor destaca que o interesse público deve sempre prevalecer em face da autonomia privada. “Ele (o interesse público) pode se referir a

<sup>3</sup> GREGORI, Maria Stella. Op. cit., p. 40.

<sup>4</sup> Op. cit., p. 138.

<sup>5</sup> GREGORI, Maria Stella. Loc. cit.

<sup>6</sup> *Perfis do direito civil*, p. 277.

<sup>7</sup> Op. cit., p. 111.

qualquer tipo de função contratual sem mudar, nem mesmo minimamente, as suas características”<sup>8</sup>.

Paulo Luiz Netto Lôbo<sup>9</sup> prega a existência do contrato social. Para este autor, o contrato somente será admitido à luz da Constituição, se, assim como a propriedade, atingir sua função social. Neste andar,

uma das mais importantes realizações legislativas dos princípios constitucionais da atividade econômica é o Código do Consumidor, que regulamenta a relação contratual de consumo [...]. Assim, o Código do Consumidor subtraiu da regência do Código Civil a quase totalidade dos contratos em que se inserem as pessoas, em seu cotidiano de satisfação de necessidades e desejos econômicos vitais.

Destarte, está cada vez mais claro que o espaço reservado para que os particulares autorregulem suas relações será reduzido por normas imperativas, como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor.

Trata-se tão só do cumprimento de preceito constitucional (art. 174 da CF), da afirmação do princípio constitucional da defesa do consumidor (art. 170 da CF, incisos) e do nascimento de um novo paradigma, qual seja: o princípio da boa-fé objetiva.

Por corolário, mostra-se preemente a necessidade de considerar a igualdade material dos consumidores não como um novo redutor de poder do indivíduo, mas como valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda a atividade econômica a novos critérios de validade<sup>10</sup>.

A prioridade conferida à cidadania e à dignidade da pessoa humana, fundamentos da República, e a adoção do princípio da igualdade substancial, ao lado da isonomia formal, bem como a garantia residual estipulada pelo art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, condicionam o intérprete e o legislador ordinário, modelando todo o tecido normativo infraconstitucional com a tábua axiológica eleita pelo constituinte<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Op. cit., p. 288.

<sup>9</sup> *Constitucionalização do direito civil*, p. 107.

<sup>10</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 47.

<sup>11</sup> TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 47.

Resta concluir, portanto, que a autonomia da vontade não é mais absoluta, sobretudo quando presente uma cláusula abusiva.

A propósito, constava na Exposição de Motivos do Projeto do Código de Proteção e Defesa do Consumidor:

O Código prevê uma série de comportamentos, contratuais ou não, que abusam da boa-fé do consumidor, assim como de uma situação de inferioridade econômica ou técnica. É compreensível, portanto, que tais práticas sejam consideradas ilícitas *per se*, independentemente da ocorrência de dano para o consumidor. Para elas vige presunção absoluta de ilicitude. São práticas que aparecem tanto no âmbito da contratação como também alheias a esta, seja por meio do armazenamento de informações sobre o consumidor, seja mediante a utilização de procedimentos vexatórios de cobrança de suas dívidas.

Prática abusiva é, pois, “a desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor”<sup>12</sup>. São condições que ofendem a boa-fé, a ordem pública, os bons costumes e os princípios constitucionais.

Segundo Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamim<sup>13</sup>, a cláusula abusiva pode ocorrer sob o prisma do momento econômico, como práticas produtivas e comerciais. Sob o aspecto contratual, poderá ser pré ou pós-contratual.

Gustavo Tepedino comenta<sup>14</sup>:

A vigência do Código do Consumidor, a este propósito, tem sido fecunda: os princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio das prestações reduzem a importância da vontade individual, em obediência aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade substancial, que integram o conteúdo do estado social de direito delineado pelo constituinte.

<sup>12</sup> BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. *Código brasileiro de defesa do consumidor*, p. 307.

<sup>13</sup> Op. cit., p. 308.

<sup>14</sup> Op. cit., p. 13.

Eis, pois, o fenômeno do dirigismo contratual, que confere ao Estado-Juiz o poder/dever de modificar relações negociais que se mostrem descompassadas com a função social e com os ditames da boa-fé (CC, arts. 422 e 423). E de tal sorte que Gustavo Tepedino<sup>15</sup> prega que,

com o advento de avanços científicos e tecnológicos, no seio de uma sociedade massificada, aliadas a uma nova modalidade legislativa de dirigismo contratual, fica difícil uma cristalina diferenciação entre o que seja afeto ao direito público e o que esteja atrelado ao direito privado. Urge “uma redefinição de limites e uma profunda revitalização conceitual”.

Para Maria Stela Gregori<sup>16</sup>, é “do reconhecimento do valor social do contrato decorre o dirigismo contratual”. E pontua:

O dirigismo se justifica pela necessidade de intervenção do Estado na priorização do interesse geral em relação ao particular, consagrando a função social do contrato, pois as regras do direito privado não mais atendem à ordem pública do consumidor.

Segundo a autora, a função social do contrato é princípio implícito constitucionalmente (fl. 140), e, a partir do Código Civil atual, tornou-se princípio expresso<sup>17</sup>.

Deste modo, permitem-se pontuais intervenções do Estado na autonomia da vontade, impondo alterações de cláusulas contratuais, ou mesmo de negócios jurídicos na sua extensão.

Com os planos de saúde não é diferente. Abaixo, ver-se-á que o Estado, nas suas 3 esferas de Poder, interfere diretamente nos planos de saúde.

## 2 INTERVENÇÃO LEGISLATIVA

Em obra cujo título é *Planos de saúde. A ótica da proteção do consumidor*, Maria Stela Gregori faz uma rápida análise sobre a evolução legislativa dos sistemas de planos de saúde no país.

---

<sup>15</sup> Op. cit., p. 55-71.

<sup>16</sup> Op. cit., p. 139.

<sup>17</sup> Código Civil brasileiro: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Segundo a autora, historicamente o início da formação do sistema privado (supletivo ou complementar) de saúde deu-se nos últimos 40 (quarenta) anos, inicialmente sem controle do Estado, o que levou a um crescimento desmedido e descontrolado<sup>18</sup>.

Em 1923 e 1933, tivemos algumas medidas legislativas para criação de sistemas privados de pensão, aposentadoria e previdência privada para alguns setores da economia.

Nas décadas de 60 e 70, houve a normatização do seguro-saúde, com edição de alguns regulamentos.

Após, o Código de Defesa do Consumidor foi um marco regulador geral de grande importância. E, por conta dessa generalidade, evidentemente incluiu entre os serviços por ele regidos os planos da saúde.

Entre outras criações, o Código consumerista assegurou “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”<sup>19</sup>, vedou-se ao fornecedor “exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva”<sup>20</sup> e impôs-se como nulas cláusulas contratuais que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”<sup>21</sup>.

Por conta dessas inovações, o legislador permitiu a revisão dos contratos em situações excepcionais. E, evidentemente, os contratos de planos e seguro de saúde estavam incluídos.

Em 1998, houve a edição da Lei nº 9.656/1998, que dispôs especificamente sobre os planos privados de saúde. Basicamente a lei em questão criou dois modelos de regulamentação: a) econômico-financeiro, ao encargo do Ministério da Fazenda, e da Susep, que autorizam o funcionamento das operadoras; b) assistencial, ao encargo do Ministério da Saúde.

---

<sup>18</sup> Op. cit., p. 36.

<sup>19</sup> Código de Proteção e Defesa do Consumidor, art. 6º, V.

<sup>20</sup> Código de Proteção e Defesa do Consumidor, art. 39, V.

<sup>21</sup> Código de Proteção e Defesa do Consumidor, art. 51, IV.

Importante neste aspecto de regulação foi a previsão da criação da ANS. Com isso, sinalizou-se que o sistema de saúde privado estava submetido aos princípios constitucionais da ordem econômica e da livre iniciativa

Essa lei também criou 5 (cinco) modalidades de planos de saúde: a) plano referência, que é o mais completo e abrangente, com assistência ambulatorial, obstétrica com padrão em enfermaria e obrigatoriamente deve ser oferecido pelas operadoras; b) ambulatorial, que não inclui internações, cobrindo apenas procedimentos de consultas, exames e demais serviços; c) hospitalar, aqueles que cobrem internação; d) hospitalar com atendimento obstétrico; e) plano odontológico.

Por outro lado, a própria lei aceitou que houvesse exclusão de algumas coberturas, entre elas aquelas previstas no art. 10, quais sejam, tratamento clínico ou cirúrgico experimental, procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim, inseminação artificial, tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética, fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados, fornecimento de medicamentos para o tratamento domiciliar, fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico, tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes, casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarado pela autoridade competente.

No art. 12, impôs coberturas básicas, como de exigências mínimas, impossíveis de serem excluídas contratualmente<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> "I - quando incluir atendimento ambulatorial: a) cobertura de consultas médicas, em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina; b) cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente; II - quando incluir internação hospitalar: a) cobertura de internações hospitalares, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina, admitindo-se a exclusão dos procedimentos obstétricos; 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; c) cobertura de despesas referentes a honorários médicos, serviços gerais de enfermagem e alimentação; d) cobertura de exames complementares indispensáveis para o controle da evolução da doença e elucidação diagnóstica, fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões e sessões de quimioterapia e radioterapia, conforme prescrição do médico assistente, realizados ou ministrados durante o período de internação hospitalar; 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 f) cobertura de despesas de acompanhante, no caso de pacientes menores de

Essa lei foi posteriormente modificada, inicialmente pela Lei nº 10.223/2001, que definiu caber às operadoras de planos de saúde,

por meio de sua rede de unidades conveniadas, prestar serviço de cirurgia plástica reconstrutiva de mama, utilizando-se de todos os meios e técnicas necessárias, para o tratamento de mutilação decorrente de utilização de técnica de tratamento de câncer.

A Lei nº 11.935/2009 modificou a Lei dos Planos de Saúde para dispor serem obrigatórios os atendimentos de emergência<sup>23</sup>, de urgência<sup>24</sup> e de planejamento familiar.

Também merece citação a Medida Provisória nº 2.177/44-1, que aditou o rol do art. 12, que cria as exigências mínimas de cobertura, inovando ao impor cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente; 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; 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; cobertura de

---

dezoito anos. III – quando incluir atendimento obstétrico: a) cobertura assistencial ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, ou de seu dependente durante os primeiros trinta dias após o parto; b) inscrição assegurada ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, como dependente, isento do cumprimento dos períodos de carência, desde que a inscrição ocorra no prazo máximo de trinta dias do nascimento ou da adoção; IV – quando incluir atendimento odontológico: a) cobertura de consultas e exames auxiliares ou complementares, solicitados pelo odontólogo assistente; b) cobertura de procedimentos preventivos, de dentística e endodontia; c) cobertura de cirurgias orais menores, assim consideradas as realizadas em ambiente ambulatorial e sem anestesia geral. V – quando fixar períodos de carência: a) prazo máximo de trezentos dias para partos a termo; b) prazo máximo de cento e oitenta dias para os demais casos; c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência; 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; VII – inscrição de filho adotivo, menor de doze anos de idade, aproveitando os períodos de carência já cumpridos pelo consumidor adotante.”

<sup>23</sup> “Como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente.”

<sup>24</sup> “Assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional.”

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; 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; 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.

Cabe igualmente a menção ao Código Civil de 2002, que impôs que os “contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”<sup>25</sup>, e, sobretudo, permitiu nos

contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato.<sup>26</sup>

Portanto, o legislador acenou com a possibilidade de revisão dos contratos e modificação das obrigações deles decorrentes. E, evidentemente, os planos de saúde estão contemplados nesta hipótese.

### 3 INTERVENÇÃO DO PODER ADMINISTRATIVO

Os Estados – de um modo geral – sofreram transformações quanto às suas diretrizes ideológicas econômicas. De um estado mínimo ao *welfare state*, sobreveio a nova tendência de regulação, fiscalização e fomento do mercado, sobretudo nas últimas décadas, quanto os problemas fiscais se avolumaram. Para isso, fez-se necessária a criação de organismos que realizassem a supervisão das atividades e serviços que estavam sendo transferidos ao setor privado.

<sup>25</sup> Código Civil brasileiro, art. 422.

<sup>26</sup> Código Civil brasileiro, art. 478.

Houve uma verdadeira reforma do aparelho do Estado, com a adoção de modelos organizacionais distintos destinados aos seus diversos setores da atividade econômica, com suas especificidades.

No Brasil não foi diferente. Com base no art. 174 da Constituição Federal, vários setores da economia sofreram essa intervenção, com abrangência específica para punir e disciplinar, inclusive mediante expedição de instruções normativas. É neste desiderato que surgem agências regulamentadoras como a Anatel, Aneel, ANP, ANTT, Anac etc.

As agências reguladoras são autarquias de regime especial com poder normativo. No entanto, esse poder normativo é meramente complementar, haja vista que não podem inovar legislativamente, mas sim apenas regular o já disposto pelo legislador.

Ao nosso estudo cabe especial atenção à ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar –, criada pela Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, como “órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde”, autarquia de regime especial vinculada ao Ministério da Saúde.

Destaque-se que, quando da criação da ANS, em 2000, o mercado de saúde privado já estava instalado. E, assim, ela teve que disciplinar um mercado que já existia, devendo adaptá-lo. E o fez sistematicamente.

Por exemplo, a Resolução Normativa nº 44/2003 vedou,

em qualquer situação, a exigência, por parte dos prestadores de serviços contratados, credenciados, cooperados ou referenciados das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde e Seguradoras Especializadas em Saúde, de caução, depósito de qualquer natureza, nota promissória ou quaisquer outros títulos de crédito, no ato ou anteriormente à prestação do serviço.

A Instrução Normativa nº 162/2007 tratou das doenças preexistentes e a necessidade de procedimento administrativo prévio para comprovação da má-fé do beneficiário em não as declarar. Assim, regulou-se o art. 11 da Lei dos Planos de Saúde, que declara que

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.

Por conseguinte, em linhas gerais, toda a vez que a operadora de plano de saúde constatar irregularidades cometidas pelo beneficiário, deverá iniciar procedimento administrativo, comunicando-se a ANS e oportunizando-se ampla defesa e contraditório.

A Resolução Normativa nº 211/2010 atualizou o rol das coberturas obrigatórias dos planos de saúde, limitando-se exclusões; a Resolução Normativa nº 259/2011 impôs os prazos para atendimentos básicos.

Há várias outras Resoluções que tratam de reajuste dos preços de mensalidades, contratação e troca de planos etc.

Vê-se, pois, que a ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar –, órgão vinculado ao Poder Executivo Federal, interfere diretamente nas relações contratuais de saúde privada, limitando a autonomia privada, sobretudo no tocante a limites impostos às operadoras.

Eis o dirigismo contratual exercido pelo Executivo mediante sua autarquia setorial.

#### **4 INTERVENÇÃO JUDICIAL**

Em que pese o Legislativo e o Executivo moldarem os contratos, a mais significativa incidência deste fenômeno dá-se pelo Judiciário. Por exemplo, extraem-se do *site* do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>27</sup> 3 (três) súmulas quanto ao tema.

A primeira dessas súmulas diz respeito à cobertura dos planos de saúde. As operadoras, sistematicamente, negam cirurgias plásticas ao argumento de que o art. 10, II, da Lei nº 9.656/1998 exclui das coberturas obrigatórias “procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos”. No entanto, o Tribunal de Justiça fluminense sumulou a questão nos seguintes termos:

Súmula nº 258. A cirurgia plástica, para retirada do excesso de tecido epitelial, posterior ao procedimento

<sup>27</sup> Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>>. Acesso em: 20 jul. 2012.

bariátrico, constitui etapa do tratamento da obesidade mórbida e tem caráter reparador.

Basicamente, a decisão parte da premissa de que a retirada do excesso de tecido após a cirurgia de “redução de estômago” não tem fim estético. Antes, é etapa inerente ao próprio tratamento. Trata-se, pois, de cirurgia reparadora, e não estética, cuja cobertura mostra-se obrigatória.

Outras duas súmulas do mesmo Tribunal também tratam de interessantes questões de planos de saúde:

Súmula nº 210. Para o deferimento da antecipação da tutela contra seguro saúde, com vistas a autorizar internação, procedimento cirúrgico ou tratamento, permitidos pelo contrato, basta indicação médica, por escrito, de sua necessidade.

Súmula nº 209. Enseja dano moral a indevida recusa de internação ou serviços hospitalares, inclusive *home care*, por parte do seguro saúde somente obtidos mediante decisão judicial.

A Súmula nº 210 diz respeito ao deferimento de liminares para internação de pacientes cujo procedimento tenha sido negado pela operadora do plano de saúde. A negativa muitas vezes vinha estampada em argumentos dos mais variados, mormente aqueles de falta de previsão contratual. No entanto, a súmula prevê que, para o deferimento da liminar para determinado procedimento médico, mesmo quando não haja previsão contratual, bastará que haja a indicação médica com a exposição da necessidade da medida. Destarte, o critério da razoabilidade para a concessão da liminar pautar-se-ia na devida indicação médica.

Em complemento, a Súmula nº 209 dispôs que, caso o Plano de Saúde negue-se a custear internações ou quaisquer serviços hospitalares, estará sujeito a indenizar os danos morais disto decorrente.

No Tribunal de Justiça do Espírito Santo não há nenhuma súmula que aborde a temática do “acesso à saúde”. Contudo, há vários acórdãos que enfrentam o assunto. Por exemplo, no AI 035119006183<sup>28</sup>, tem-se o seguinte teor:

<sup>28</sup> Disponível em: [www.tj.es.jus.br](http://www.tj.es.jus.br). Acesso em: 20 jul. 2012.

Agravo de instrumento. Antecipação de tutela. Plano de saúde. Cirurgia. Paciente com disfunção de crescimento em suas mamas (hipertrofia e hipotrofia). Negativa de cobertura. Cirurgia reparadora e não estética. Presentes requisitos para deferimento liminar. Recurso conhecido e provido.

Para esse aresto,

as cirurgias reparadoras se diferenciam das meramente estéticas na medida em que estas visam somente a melhorar a aparência externa, tendo por objetivo o embelezamento, enquanto aquelas possuem finalidade terapêutica, pretendendo a correção de lesões deformantes ou defeitos congênitos ou adquiridos.

E fulmina:

A garantia de acesso à saúde é prerrogativa que, por manter liame indissociável com o direito à vida, abarca não só a assistência médica, mas todas as providências inerentes ao correto e satisfatório tratamento das mazelas comprometedoras da higidez física e mental do cidadão, como se pretende no caso em tela.

Do Superior Tribunal de Justiça extraem-se várias decisões que determinam coberturas em planos de saúde, ora reverberando medidas legislativas, ora inovando.

Por citar-se, no Agravo Regimental em Recurso Especial nº 2011/024122-3, decidiu-se que, com base no Estatuto do Idoso e nas Instruções Normativas da ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar, são vedados reajustes para aqueles com idades superiores a 60 (sessenta) anos, ainda que previsto contratualmente em letras claras e legíveis. A propósito<sup>29</sup>:

O art. 15 da Lei nº 9.656/1998 faculta a variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de planos de saúde em razão da idade do consumidor, desde que estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajuste

<sup>29</sup> Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=planos+sa%FAde&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=8.>> Acesso em: 20 jul. 2012.

incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS. No entanto, o próprio parágrafo único do aludido dispositivo legal veda tal variação para consumidores com idade superior a 60 anos. E mesmo para os contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei nº 9.656/1998, qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de 60 anos de idade está sujeita à autorização prévia da ANS (art. 35-E da Lei nº 9.656/1998), a qual não restou demonstrada no presente caso.

Claramente se viu que o Superior Tribunal de Justiça imiscuiu-se num contrato para rever cláusulas de reajustes de mensalidades.

Em outro momento, a operadora de plano de saúde negou-se a prestar atendimento de gastroplastia, ao argumento de se tratar de cirurgia estética excluída pelo contrato. E o aresto decorrente do Recurso Especial nº 1175616/MT assim decidiu:

A gastroplastia, indicada como tratamento para obesidade mórbida, longe de ser um procedimento estético ou mero tratamento emagrecedor, revela-se como cirurgia essencial à sobrevivência do segurado, vocacionada, ademais, ao tratamento das outras tantas comorbidades que acompanham a obesidade em grau severo. Nessa hipótese, mostra-se ilegítima a negativa do plano de saúde em cobrir as despesas da intervenção cirúrgica.

Também se declarou potestativa a cláusula que exclui a cobertura de tratamento de Aids, quando do julgamento do Recurso Especial nº 650400/SP<sup>30</sup>.

Antecipando-se à alteração legislativa que sobreviria anos depois, a Súmula nº 302 dispôs expressamente quanto aos planos de saúde, ao impor ser “abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”.

É, pois, sintomático que o Judiciário parece fulminar a antiga e superada proposição do *pacta sunt servanda* na seara dos contratos de planos de saúde.

<sup>30</sup> Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=planos+sa%FAde&&=ACOR&p=true&t=&l=10&i=33>>. Acesso em: 20 jul. 2012.

Nem poderia deixar de ser diferente: o direito à saúde é prioritário como direito subjetivo. Ao julgar questão atinente à reserva do possível como impedimento deste direito, o Ministro Relator do REsp 1185474/SC, Humberto Martins, lecionou que “a vida, saúde, integridade físico-psíquica das pessoas é valor ético-jurídico supremo no ordenamento brasileiro, que sobressai em relação a todos os outros, tanto na ordem econômica, como na política e social”<sup>31</sup>.

De fato, os interesses econômicos dos planos de saúde jamais poderão sobrepor-se aos direitos fundamentais dos beneficiários, em especial a preservação da vida, da incolumidade física e, mormente, da dignidade da pessoa humana.

A ponderação destes valores (interesse econômico dos planos de saúde x vida, incolumidade, dignidade dos usuários) leva à inegável conclusão de que é razoável, proporcional e lógico que prevaleçam estes últimos.

Com efeito, Canotilho<sup>32</sup> leciona que

os direitos, não sendo absolutos, devem ser ponderados com outros direitos e interesses da comunidade e do Estado [...] por vezes a ponderação pode ser multidimensional e complexa, na medida em que supõe uma avaliação de uma pluralidade de bens [...]. Há de se aplicar os critérios hermenêuticos da harmonização, da máxima efetividade e da concordância prática [...] a aplicação do princípio da proporcionalidade deve ter em conta a necessidade de ponderar grandezas incomensuráveis entre si e de ter em conta os custos e os benefícios a curto, médio e longo prazo.

Concordemente, a interferência estatal nas relações privadas negociais, de forma a assegurar direitos de maior projeção como a vida, incolumidade física e dignidade da pessoa humana, é legítima, legal e extremamente oportuna.

## CONCLUSÕES

Os negócios jurídicos encerram diretamente interesses econômicos, e de forma indireta projetam e disciplinam os bens da vida.

<sup>31</sup> *Revista de Direito Público Síntese*, n. 45, maio junho 2012, p. 73.

<sup>32</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas. *A questão da constitucionalidade das patentes pipeline à luz da Constituição Federal brasileira de 1988*, p. 39, 40.

No entanto, a perspectiva de um negócio jurídico que seja obrigatório e intangível pode gerar desproporções entre os valores que disciplina, ocasionando uma primazia equivocada dos interesses econômicos em detrimento de direitos de maior importância.

Portanto, a interferência estatal por quaisquer dos seus Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) é de rigor e permite um maior equilíbrio entre os atores do negócio jurídico; permite, sobretudo, a primazia dos direitos que, de fato, mereceriam essa preeminência, como a vida, a incolumidade física e moral, e a dignidade da pessoa humana.

O dirigismo contratual é técnica jurídica aplicável e pertinente em situações de desproporcionalidade contratual, quando direitos de maior envergadura do que os meros direitos econômicos estejam em risco.

A ponderação de valores, principalmente nos planos de saúde, levará à conclusão de que os contratos que regulam o sistema de saúde privado estão à mercê de análises prévias e posteriores do Poder Público, de modo a se garantir o efetivo acesso à saúde de seus usuários.

Evidentemente, há limites que devem ser seguidos. Esses limites já são expostos pelas diretrizes normativas existentes. No entanto, mesmo essas diretrizes não podem ser absolutas quando implicarem cerceamento de direito fundamental à saúde.

Ao cabo do que se viu, resta concluir que a ingerência estatal nos contratos de planos de saúde é legal e legítima.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do ordenamento jurídico*. 9. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
- BRASIL. Código Civil. In: *CD-ROM Revista de Direito Público*, 8, São Paulo: IOB, 2011, 1 CD-ROM.
- \_\_\_\_\_. Código de Proteção e Defesa do Consumidor. In: *CD-ROM Revista de Direito Público*, 8, São Paulo: IOB, 2011, 1 CD-ROM.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. In: *CD-ROM Revista de Direito Público*, 8, São Paulo: IOB, 2011, 1 CD-ROM.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito dos contratos e dos atos unilaterais*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas. *A questão da constitucionalidade das patentes pipeline à luz da Constituição Federal brasileira de 1988*. Coimbra: Almedina.

CARCOVA, Carlos Manuel. *A opacidade do direito*. São Paulo: LTr, 1998.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito positivo brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

ELIAS, João Roberto. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 1994.

FELIPPE, Márcio Sotelo. *Razão jurídica e dignidade humana*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde. A ótica da proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Forense, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais, sua dimensão individual e social. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 1, 1992.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NETTO LÔBO, Paulo Luiz. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, n. 141, 1999.

OLIVEIRA, José Sebastião de. A família contemporânea no âmbito de uma visão sistêmica aberta e o papel das cláusulas gerais como instrumento de permeabilidade e adaptabilidade do sistema jurídico. *Revista de Ciência Jurídica*, Maringá, v. 2, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Noção geral de contrato. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 3, 2001.

PERES, Jesus Garcia. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. Madrid: Tecnos, 1990.

- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, t. XXII, 1983.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ROSA, Antônio José Miguel Fel Rosa. *Direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- ROTHEMBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.
- STRENGER, Irineu. *Autonomia da vontade em direito internacional privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- SUPERIOR Tribunal de Justiça. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br).
- TRIBUNAL de Justiça do Rio de Janeiro. Disponível em: [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br). Acesso em: 20 jul. 2012.
- TRIBUNAL de Justiça de Minas Gerais. Disponível em: [www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br). Acesso em: 20 jul. 2012.
- TRIBUNAL de Justiça do Espírito Santo. Disponível em: [www.tj.es.jus.br](http://www.tj.es.jus.br). Acesso em: 20 jul. 2012.
- TRIBUNAL de Justiça de São Paulo. Disponível em: [www.tj.sp.jus.br](http://www.tj.sp.jus.br).
- VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico*. Nulidade e anulabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ley, derechos e justiça. Editorial Trota, 2009.

