

A regulamentação e o Código de Defesa do Consumidor – Assistência suplementar à saúde¹

Walter Antonio Polido²

O tema é vasto, podendo ser tratado sob vários enfoques e finalidades. No tocante à *Saúde*, por exemplo, o tema é extremamente complexo, podendo ser abordado sob os aspectos dos direitos fundamentais estatuídos pela Constituição Federal, a situação dos sistemas público e privado no Brasil, a relação de consumo existente e a eficácia da regulamentação em face da proteção efetiva do cidadão brasileiro. A Declaração Universal dos Direitos Humanos inclui o direito à saúde, ao preconizar, em especial, que toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar (art. 25). A *dignidade humana* é o princípio norteador de todo o sistema constitucional brasileiro (art. 1º, III, CF), inserindo-se também os *direitos sociais* e, como tal, o *direito à saúde* (art. 6º). Através do art. 196, a CF consagrou que a *saúde é direito de todos e dever do Estado*. Neste campo, a CF admitiu a participação da iniciativa privada ao prever no art. 194 que *“a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”*. “Neste sentido, a política estatal na área de saúde deve proporcionar o acesso a todos os cidadãos, propiciando a redução de desigualdades e não podendo criar quaisquer distinções³”.

Cada Estado faz escolhas políticas sobre a saúde – se cuidará de todos ou não. Se não de todos, de quem cuidará. Se os recursos são limitados – o que garantirá. Também, cabe ao Estado estabelecer a quem caberá o financiamento do sistema por ele escolhido. No Chile, por exemplo, são todos os cidadãos que aderem ao sistema público. No Brasil optou-se pela universalidade, integralidade, igualdade e descentralização, sendo *que o sistema público ainda é responsável por cerca de*

¹ Texto publicado em Cadernos de Seguro, n.º 143. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Seguros. Julho de 2007.

² Advogado, mestrando em Direitos Difusos e Coletivos na PUC-SP, diretor do IBDS.

³ Gregori, Maria Stella. *Planos de Saúde: A ótica da proteção do consumidor*. São Paulo: RT, 2007. P.23.

67% do atendimento à população brasileira⁴. Tal orientação constitucional, embora de valor insofismável, todavia tem demonstrado – ao longo dos anos - inúmeras falhas no sistema, deixando o cidadão sem a proteção devida. A dicção ambígua do art. 196 da Constituição Federal tem permitido, inclusive, entendimentos jurisprudenciais que favorecem determinado cidadão em detrimento da coletividade⁵. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, têm julgados que confirmam a *universalidade do direito à saúde*, mas *não à individualização*, a qual pode prejudicar a sociedade como um todo: STA 91⁶ e Resp. 844.291⁷, respectivamente. O Tribunal de Justiça de São Paulo também já delineou entendimento limitativo, diante do seguinte julgamento: “Não se

⁴ Pereira, Maria Dusolina Rovina Castro. *Fraudes e Má utilização no Sistema de Saúde Suplementar e os Reflexos para o Consumidor*. FUNENSEG – Fundação Escola Nacional de Seguros, Rio de Janeiro, 2002.

⁵ Direito à saúde – Fornecimento de medicamento pelo Estado – Doença rara – Fornecimento de medicamento pelo Estado. Considerando que o acórdão recorrido baseara-se na interpretação de normas locais, a Turma manteve acórdão do TJRS que reconheceu a obrigação de o mesmo Estado fornecer, de forma gratuita, medicamentos fabricados exclusivamente nos Estados Unidos da América e na Suíça, para menor impúbere, portador de doença rara – RE 195.192-RS, rel. Min. Marco Aurélio, 22.02.2001, Informativo do STF, n. 179.

⁶ “(...) Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados (...) e outros medicamentos necessários para o tratamento (...)” (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, a tutela concedida atinge, por sua amplitude, esferas de competência distintas, sem observar a repartição de atribuições decorrentes da descentralização do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 198 da Constituição Federal. Finalmente, verifico que o Estado de Alagoas não está se recusando a fornecer tratamento aos associados (fl. 59). É que, conforme asseverou em suas razões, Finalmente, verifico que o Estado de Alagoas não está se recusando a fornecer tratamento aos associados (fl. 59). É que, conforme asseverou em suas razões, “(...) a ação contempla medicamentos que estão fora da Portaria n.º 1.318 e, portanto, não são da responsabilidade do Estado, mas do Município de Maceió, (...)” (fl. 07), razão pela qual seu pedido é para que se suspenda a “(...) execução da antecipação de tutela, no que se refere aos medicamentos não constantes na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde, ou subsidiariamente, restringindo a execução aos medicamentos especificamente indicados na inicial, (...)” (fl. 11). 6. Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido para suspender a execução da antecipação de tutela, tão somente para limitar a responsabilidade da Secretaria Executiva de Saúde do Estado de Alagoas ao fornecimento dos medicamentos contemplados na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde. Comunique-se, com urgência. Publique-se. Brasília, 26 de fevereiro de 2007. Ministra Ellen Gracie Presidente 1. – STA 91/ AL – Alagoas – Suspensão de Tutela Antecipada, STF, j. 26.02.2007, Publicação DJ 05.03.2007, pp-00023”

⁷ Administrativo – Tratamento de saúde no exterior – Legitimidade da Portaria n. 763, de 07.04.1994.

1 – A primeira Seção desta Corte, no MS n. 8.895/DF, julgado em 22.10.2003, considerou legítima a Portaria n. 763, do Ministério da Saúde, que vedou o financiamento de tratamento médico no exterior pelo SUS.

apresenta como justificável, por outro lado, a afirmação de que deve ser perquerida a existência ou não das condições econômico-financeiras da Administração para atender o fornecimento de todo e qualquer remédio. Todo exercício da atividade estatal é vinculado pela lei e não há razões jurídicas para compelir o administrador a efetivar despesa não prevista para atender determinada necessidade de medicamento, que não é padronizado para atender uma generalidade de situações. Argumentar em sentido contrário é desconhecer a realidade e garantir vantagens a uma pequena minoria, que usa das vias jurisdicionais em detrimento das necessidades coletivas. AI 289.242-5/l, j. 1º.10.2002, Des. Laerte Sampaio”. Tais entendimentos estão alinhados dentro da chamada *reserva do possível*, cuja teoria retrata as dificuldades objetivas encontradas quanto a realização dos direitos fundamentais, apesar da exigibilidade deles. “Nem tudo o que é desejável e merecedor de ser perseguido é realizável⁸”, na visão do ilustre Norberto Bobbio.

No *campo secundário da assistência à saúde* – através da iniciativa privada – as chamadas *operadoras de planos de saúde* iniciaram suas atividades no País na década de 60, através das medicina de grupo - cooperativas médicas – autogestão – seguradoras e entidades filantrópicas. A Lei n.º 9.656/98, por sua vez, centraliza a *regulamentação* sobre elas, embora apresentem diferenças formais entre um tipo e outro. Através da Lei n.º 9.961/2000 foi criada a ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar – para regular e fiscalizar o mercado operador de planos privados de assistência à saúde, desvinculando-se da SUSEP – Superintendência de Seguros Privados e do Decreto-Lei n.º 73/1966 (do sistema nacional de seguros privados).

O *interesse público* defendido pela ANS pode não corresponder, necessariamente, aos interesses das operadoras, e isso já gerou e continua gerando série de conflitos. Várias mudanças já ocorreram desde a criação da ANS, modificando drasticamente o perfil deste segmento. O mercado privado atual, inclusive, não é atrativo para novos entrantes, permanecendo bastante concentrado. A

2 – Recurso especial a que se nega provimento. J. 15.08.2006 – DJ. 31.08.2006, p. 281, Min. Rel. Teori Albino Zavascki – T! – Primeira Turma.

⁸ *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

regulamentação do setor, tal como foi formulada, acabou incentivando o mercado a estruturar-se de maneira segmentada, ou seja, operadoras oferecem apenas plano ambulatorial e não integral; empresas oferecem o benefício de planos mais restritivos aos seus empregados, em função do preço, entre outras características. Pelos dados oficiais divulgados pela ANS e DATASUS aproximadamente 78% dos gastos com assistência à saúde são atualmente representados com despesas médico-hospitalares, cada vez mais elevadas e em decorrência das novas tecnologias aplicadas nos tratamentos. Há a tendência das coberturas oferecidas se tornarem limitadas, nada avançando além do patamar médio exigido pela legislação. O fato do Estado não cumprir adequadamente o seu dever constitucional de oferecer serviços públicos de saúde a todos os cidadãos, e, em contrapartida, as Agências Reguladoras determinarem toda a gama de proteção originalmente estatal para a iniciativa privada – não pode estabelecer higidez ao sistema, mas conflitos e deformações. De outro lado, quando implantado o Disque-ANS, a Agência efetivou no período de 16.07.2001 a 30.11.2006, 550 mil atendimentos, entre consultas e denúncias⁹, fato que deixa bastante clara a existência de problemas no sistema privado, em detrimento dos direitos dos consumidores.

Abusos têm sido contidos pelo Judiciário ou mesmo pela Agência Reguladora, como a negativa do pagamento de *stent* – considerado prótese cardíaca, aumento de preços para idosos, contrariando também o Estatuto do Idoso¹⁰. Determinadas operadoras, em função do cenário a elas desfavorável, passaram a operar exclusivamente com *planos coletivos* – deixando de lado os *planos individuais*. Dada a natureza jurídica dos planos coletivos (relação entre empresa ou associação de classe e a operadora), em tese as operadoras ficam fora do alcance do CDC, sendo que já existe julgado no TJSP neste sentido. Diante de tal situação jurídica - aparentemente podem ocorrer alterações contratuais de forma muito mais livre – rescisão do contrato, aumento de preço. Já foi, ao mesmo tempo, reconhecido pela Justiça (em ações movidas pelo IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor) que *as normas da ANS são aplicáveis a*

⁹ *Planos de Saúde*, ob. cit., p. 73 e 74.

contratos coletivos. Em um dos casos, em que a ré era a OMINT¹¹, o juiz entendeu que “não se pode excluir nenhum contrato deste poder normativo fiscalizador [da ANS], mesmo que exista contrato celebrado de forma coletiva e visando prestação de serviços a uma coletividade e não individualmente¹²”. Em relação ao CDC, a posição do IDEC é que, quando o consumidor for pessoa jurídica sem fins lucrativos (associações, sindicatos) ou empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação consumerista. Ainda que o CDC não valesse para as *pessoas jurídicas* – empresas – é inegável que há uma relação de consumo entre o empregado/sindicalizado/associado e a operadora do plano de saúde, servindo a empresa como *mera intermediária* do relacionamento. Caberá ao Judiciário firmar entendimento acerca desta situação que se apresenta, especialmente em prol dos mais fragilizados, pessoas idosas e doentes que, em caso de rescisão contratual, dificilmente conseguirão novos contratos, em condições aceitáveis aos padrões econômicos de cada uma delas. Em face dos princípios que emanam do CDC, com raiz constitucional e não só com base na *boa-fé objetiva* que deve permear todo e qualquer plano de saúde, fácil vislumbrar a posição norteadora do Judiciário neste sentido – independentemente o tipo do contrato – *individual* ou *coletivo*. Não poderá ser diferente o entendimento, diante do diálogo das fontes existente e a finalidade única do ordenamento jurídico: *a justiça*, fundamentada no princípio da *dignidade humana*. Despicienda, portanto, qualquer regulamentação suplementar neste sentido, em face do ordenamento já existente e dos princípios que o regem. De qualquer maneira, o fato da empresa empregadora cancelar o plano de saúde, sem renová-lo com outra operadora – continuará sendo um problema insolúvel, especialmente se ao plano de saúde for atribuída a condição de *mero benefício* ao empregado, com caráter puramente discricionário do empregador. Nesta hipótese, os empregados mais fragilizados e representados por aqueles com idade mais avançada ou já doentes serão bastante afetados, restando-lhes apenas a assistência pública - SUS, uma vez que não encontrarão

¹⁰ Lei n.º 10.741, de 1º.10.2003.

¹¹ Ação Civil Pública n.º 05.070965-8 – 41ª Vara Cível da Comarca de São Paulo, Autor: IDEC, Ré: OMINT Serviços de Saúde Ltda.

¹² Revista do IDEC, n.º 97, março 2006, p. 15 (Contratos individuais e coletivos de planos de saúde devem seguir as mesmas regras).

respaldo em planos privados individualizados. Não há regulamentação que possa resolver tal questão.

A Lei 9.656/98 proibiu a limitação de consultas médicas, exames, internação hospitalar, inclusive em leitos de alta tecnologia (CTI, UTI, etc.), ou seja, os procedimentos médicos, hospitalares e odontológicos são ilimitados, dependendo, exclusivamente, de determinação do médico ou odontólogo assistente. Estabeleceu ainda limitação no período de carência das coberturas dos planos, assim como as cláusulas contratuais obrigatórias que devem constar de um plano privado de assistência à saúde, além de vetar a rescisão unilateral dos contratos individuais, salvo por fraude do consumidor ou não pagamento em período superior a 60 dias, a cada ano de vigência do contrato. Trata, também, das possibilidades de reajustes do preço dos planos. As normas principiológicas do CDC são cumulativas àquelas previstas na Lei 9.656/98 e em especial *na interpretação de todas as cláusulas da maneira mais favorável ao consumidor* (art. 47 do CDC); na visão da Prof. Cláudia Lima Marques “há cumulação de leis, complementaridade de leis, ‘diálogo das fontes’ e não ‘subsidiariedade’. Subsidiariedade significa ordem de aplicação...¹³”.

É necessário que a normalização do setor de saúde suplementar se dê de forma harmônica – conciliando os interesses dos fornecedores e consumidores – da melhor forma possível, com vistas também nos deveres do Estado em relação à saúde. Há que existir, reafirmando, o diálogo das fontes entre a Lei 9.656/98 e o CDC.

No *plano jurídico das relações de consumo* – não há dúvida alguma de que os planos privados de assistência à saúde são *contratos de consumo* e se caracterizam por serem de *adesão, cativos* (catividade intrínseca) ou relacionais, *sinalgmáticos*, de *trato sucessivo* – cuja prestação se protraí no tempo, *onerosos e formais*. “Há o dever de boa-fé de cooperar para a manutenção do vínculo e para a realização das expectativas legítimas dos consumidores¹⁴”. De um lado as operadoras, do outro lado os consumidores – protegidos pelo CDC – os quais

¹³ *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4ª ed., São Paulo: RT, 2002. P.550-551.

¹⁴ *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, obra já citada.

adquirem e utilizam os serviços como *destinatários finais ou equiparados*. A partir deste enquadramento e conceituação feitas não cabe à operadora repassar ao consumidor o *risco empresarial* de sua atividade, uma vez que ela se instalou como prestadora de serviços de assistência à saúde e, como tal, deve se submeter ao ordenamento jurídico posto, em face da imperatividade da lei. A iniciativa empreendedora dela foi livre, mas passou a ofertar serviços de *interesse público*. O Estado não deve *ferir de morte* a iniciativa privada, atribuindo-lhe ações e responsabilidades que ele mesmo negligenciou ao longo de décadas, sendo elas originais e fundamentais do regime republicano vigente. Mas a iniciativa privada também não pode, uma vez instrumentalizada *livremente* para operar em assistência suplementar à saúde, esquivar-se de suas obrigações diante do público consumidor, especialmente pelo fato de que *aufere lucro* a partir de tal empreendimento comercial. No ensinamento lógico de Perelman¹⁵ - “*o que é insuportável não pode ser de direito*”, traduz bem a situação aqui expressa, na medida em que as operadoras devem oferecer serviços dentro de um *padrão mínimo* exigível ou deixarem de existir, tal como se apresentam na atual sociedade, se entenderem aviltadas ou simplesmente tolhidas pelo Estado.

Concluindo, não está nos planos de saúde privados a solução ou a panacéia para todos os males brasileiros pertinentes a este segmento e sim no resgate do serviço público à saúde - para que todos os cidadãos tenham atendimento digno e ético - dentro de um piso mínimo de atendimento. Cumprir-se-ia, assim, preceito constitucional fundamental. É preciso que políticas públicas objetivas, bem traçadas e contínuas - independentemente de mandatos governamentais - existam de fato e integrem de maneira absoluta o orçamento da União, com verba capaz de gerir e cumprir com todas as questões ligadas à saúde pública. A assistência privada tem finalidade complementar, mas nem por isso imune aos ditames e limites da lei.

São Paulo, 05 de Junho de 2007

¹⁵ Perelman, Chaïm. *Lógica jurídica*, Martins Fontes: São Paulo, 2004.