

O JULGAMENTO DOS PLANOS DE SAÚDE

ELANO RODRIGUES DE FIGUEIRÊDO

Diretor Jurídico do GRUPO HAPVIDA, Advogado

Pós-graduando em Direito Empresarial, pela FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS

Bacharel em Direito pela UNIVERSIDADE DE FORTALEZA

SUMÁRIO

Introdução. A regulamentação e a regulação do setor: atual conjuntura. Contratos antigos e o ato jurídico perfeito. O tratamento judicial dispensado aos planos de saúde. Conclusões. Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Para discorrer sobre o desfavorável e amargo momento vivenciado pelos planos de saúde junto ao Judiciário, Órgãos de Defesa do Consumidor e afins, cumpre trazer uma breve digressão sobre o surgimento e atuação da assistência médica pré-paga no Brasil.

Apesar da CF/88, em seus artigos 23, II e 196, impingir ao Estado, em suas várias esferas, o dever de prestar a assistência à saúde dos cidadãos, há muito está evidenciada a deficiência da máquina governamental para cumprir tal papel. Atinando já para tal questão, o próprio constituinte originário facultou ao particular a atuação complementar na respectiva área.

Convém lembrar que, antes mesmo disto, o modelo de assistência privada à saúde dos capitalistas invadia os países em desenvolvimento, como o Brasil, frente à oportunidade de um mercado promissor, constituído de muita miséria e pouca saúde.

Copiando o exemplo alienígena, as empresas privadas nacionais, da área de saúde suplementar, aqui obtiveram êxito, somando uma grande quantidade de usuários que não confiam no atendimento público à saúde.

Até 1998 - antes do advento da Lei 9.656/98 - os contratos de assistência médica pré-paga eram regidos pela legislação civil constante do Código então vigente, com as moderações do Código de Defesa do Consumidor - CDC (para aqueles firmados após sua edição). Prevalencia, portanto, a vontade das partes, havendo uma limitação apenas moderada quanto à liberdade de contratar. Isto permitia ao contratante dispor sobre a abrangência do contrato, bem como sobre a respectiva contraprestação.

Desta forma, consumidores menos abonados não precisavam sacrificar-se na fila do SUS na espera de uma consulta. Eles podiam contratar um plano de saúde "modulado" - de acordo com o alcance de suas economias, mas que lhes desse direito a um "pacote" satisfatório de assistência médica. Óbvio que não seria o ideal, mas, através disto, pelo menos um diagnóstico de urgência ou emergência poderia salvar o paciente da agonia na fila do SUS.

Todavia, em face do alarde feito pelos Órgãos de defesa do consumidor, contra o que estes classificam como abuso do poder econômico, o Governo viu-se pressionado a criar uma regulamentação específica rígida para a assistência médica privada. Aliás, o momento político era extremamente adequado para uma ação desta estirpe. A saúde tinha como Ministro o Sr. José Serra.

Pena, no entanto, o legislador ter sido tão infeliz nas diretrizes legais, conforme se demonstrará nas linhas posteriores.

Assim, independente do dever social ou da conveniência

política, foi dentro deste contexto que surgiu a atual regulação dos planos de saúde que nos socorrem hoje.

2. A REGULAMENTAÇÃO E A REGULAÇÃO DO SETOR: ATUAL CONJUNTURA

Atentando-se para a complexidade da área de saúde, o legislador editou a Lei 9.656/98, em que preferiu estabelecer um poder regulatório no qual o Ministério da Saúde rigorosamente fiscaliza, ou melhor, verdadeiramente conduz a atuação das Operadoras de Planos de Saúde.

A Lei dos Planos de Saúde instituiu no setor, portanto, além das diretrizes legais a serem seguidas, um órgão, vinculado ao Ministério da Saúde, com competência para regular a atividade das empresas que atuem na área. Assim dispôs em seu art. 3º (formato original):

Art. 3º Sem prejuízo das atribuições previstas na legislação vigente e observadas, no que couber, as disposições expressas nas Leis n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, e 8.080, de 19 de setembro de 1990, compete ao Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP, ouvido, obrigatoriamente, o órgão instituído nos termos do art. 6º desta Lei, ressaltado o disposto no inciso VIII, regulamentar os planos privados de assistência à saúde, e em particular dispor sobre:

I - a constituição, organização, funcionamento e fiscalização das operadoras de planos privados de assistência à saúde;

II - as condições técnicas aplicáveis às operadoras de planos privados de assistência à saúde, de acordo com as suas peculiaridades;

III - as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras de planos privados de assistência à saúde;

IV - as normas de contabilidade, atuariais e estatísticas, a serem observadas pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde;

V - o capital e o patrimônio líquido das operadoras de planos privados de assistência à saúde, assim como a forma de sua subscrição e realização quando se tratar de sociedade anônima de capital;

VI - os limites técnicos das operações relacionadas com planos privados de assistência à saúde;

VII - os critérios de constituição de garantias de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, consistentes em bens, móveis ou imóveis, ou fundos especiais ou seguros garantidores, a serem observados pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde;

VIII - a direção fiscal, a liquidação extrajudicial e os procedimentos de recuperação financeira

Com a constatação de diversas impropriedades na lei, editaram-se 44 Medidas Provisórias, com a finalidade de adequá-la. O segundo semestre do ano de 1998 e o primeiro do ano de 1999 foram de absoluta nebulosidade normativa sobre o setor.

Finalmente desenhou-se a realidade legal que regeria a saúde privada, criando-se o CONSELHO SUPLEMENTAR DE SAÚDE - CONSU, vinculado ao Ministério da Saúde, com função fiscalizadora. Posteriormente, instituiu-se a AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS, com poder ver-

dadeiramente regulatório, conforme as diretrizes de controle capituladas na Lei 9.656/98, colacionadas retro.

Ainda é difícil avaliar se a regulação da medicina pré-paga representa o modelo adequado para o respectivo mercado.

Não resta dúvida de que a desestatização é movimento salutar para a economia e de que a intervenção apenas parcial do Estado em determinado mercado, corrigindo suas imperfeições, é cautela benéfica. Mas parece-me exagerada a interferência estatal nos planos de saúde.

O poder regulatório é utilizado no Brasil com a finalidade de controlar os casos de monopólio, tais como aqueles decorrentes da privatização dos setores de Telefonia e de Energia. O caso da medicina pré-paga é muito diferente. Já existia um mercado em competição e a Administração tinha de enxergar essa peculiaridade.

Que a saúde constitui área de extrema importância e deve ser fiscalizada, não há embargo; mas as entidades médico-hospitalares e os próprios profissionais da saúde vêm atuando há muito tempo apenas sob a fiscalização incisiva do Ministério da Saúde e dos Conselhos de Medicina, e isto nunca foi problema.

O fato é que a opção de condução inflexível da atividade dos planos de saúde ensejou uma realidade amarga para tais empresas, notadamente no que se refere aos diferenciais de concorrência.

A ANS adotou, para todos os regulados, um padrão quase que uniforme de contratos que devem ser ofertados aos consumidores, assim como os que devem ser firmados com os prestadores de serviços médicos. Não há, portanto, como criar um *plus concorrencial*. Sobreviverá quem possuir maior força econômica.

Nota-se o rigor com o qual a agência reguladora conduz as seguradoras e operadoras ao se constatar que surge, quase

que diariamente, um emaranhado de normas que buscam regê-las. Resoluções Normativas – RN’s, Resoluções de Diretoria Colegiada – RDC’s, Instruções Normativas – IN’s, Portarias, tudo editado pela ANS. Não há qualquer espaço ou flexibilidade para as empresas do mercado.

Hoje, nem mesmo os que atuam na área dos seguros e planos de saúde dominam com absoluta segurança a normatização correlata. Sempre é necessária uma busca diária no site da ANS (www.ans.gov.br) para verificar eventual publicação de nova norma. E as operadoras que cumpram!

O rigor da regulação ao invés de beneficiar o consumidor, pode vir a prejudicá-lo, ao passo em que restringe o número de empresas que atuam na área, diminuindo a concorrência.

Os contratos firmados posteriormente à Lei 9.656/98, portanto, terminam mostrando-se onerosos e alcançando apenas uma parte mais abonada da sociedade.

3. CONTRATOS ANTIGOS E O ATO JURÍDICO PERFEITO

Em respeito ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal vigente, a Lei 9.656/98 ressaltou, em seu art. 35, que as disposições ali trazidas aplicar-se-iam aos contratos firmados a partir de sua vigência. Texto já adequado através da Medida Provisória 2.177-44.

Evidencia-se, com isto, que não é mais permitido à empresa de saúde oferecer, nem ao usuário contratar, produtos modulados, ou seja, pacotes de assistência proporcional ao alcance econômico do interessado.

A opção do consumidor, hoje, limita-se a plano com acomodação em enfermaria ou apartamento, com ou sem obstetrícia, no segmento ambulatorial ou no hospitalar. Em todos a ope-

radora está obrigada a custear os procedimentos enumerados no Rol de Procedimentos Médicos da ANS, que contempla uma infinidade de tratamentos e, por isso, encarece demais o plano de saúde.

A legislação limitou o mínimo pelo máximo, implementando o plano referência¹, que custa bem mais do que a maioria pobre da população pode pagar. O resultado final da implementação deste tipo de contratação consistiu num grande obstáculo imposto aos pobres para aquisição de plano de saúde, por conta do aumento do custo.

Ainda bem que, por força do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, ao consumidor que já mantivesse contrato anterior à lei e optasse em não o adaptar, estaria garantida a manutenção dos termos e do preço avençados originalmente.

Com isso, as Operadoras colecionam hoje dois segmentos de clientes diferentes: a) os detentores dos mais variados tipos de contratos antigos e modulados; b) os possuidores de contratos regulamentados ou adaptados à nova lei. Os primeiros seguem as normas do pretérito Código Civil², ponderado pelo CDC, quando firmados após a edição deste. Os segundos respitam a regulação criada a partir de 1998.

Desta forma, se já é difícil esclarecer aos profissionais da área de saúde, aos advogados e - parece-me - ao próprio legislador sobre a nova regulamentação referida, impossível, então, orientar o consumidor de maneira incontestada.

Por conta deste tumulto normativo, os Órgãos de defesa do consumidor e o Poder Judiciário têm atuação vital para o cumprimento, a interpretação e aplicação do regulamento dos planos de saúde.

Conforme se verá, entretanto, não é sempre que se está a aplicar a lei corretamente.

4. O TRATAMENTO JUDICIAL DISPENSADO AOS PLANOS DE SAÚDE.

Aos Órgãos de proteção do consumidor compete, é claro, a defesa do chamado hipossuficiente. E assim não vem sendo diferente.

Havendo ou não previsão legal, tratando-se de contratos novos ou antigos, modulares ou regulamentados, básicos ou *vips*, o consumidor sempre é convencido a litigar contra o plano. Afinal, sua saúde representa questão social relevante (art. 197 – CF) e o julgador não poderá escapar desse fator.

Este entendimento vem induzindo os Magistrados em erro e levando-os a julgar pela emoção, ao invés da razão. É necessário alertar contra tal indução!

É difícil a todos nós, agentes do direito e da saúde, conjurar os vícios de interpretação e as omissões da Lei 9.656/98, assim como suprir a ausência de normatização do período anterior a 1998. Mesmo ao Magistrado esta tarefa também não é fácil.

Assim, deparamo-nos, várias vezes, com decisões quase que exclusivamente sociais: julgamentos liminares e meritórios que obrigam as Operadoras a custear o que não deviam, mesmo que o procedimento médico esteja claramente excluído do contrato; ainda que a previsão contratual esteja de acordo com o que regula a ANS.

Há casos em que o usuário reconhece não ter o direito ao atendimento médico e, mesmo assim, o Juiz defere a liminar sob o argumento social de que não pode deixá-lo morrer ou sob a pecha de que a empresa pode arcar com a despesa, o usuário não.

Quanto a isto, cabe um histórico sobre o desenvolvimento destas decisões judiciais, no momento pós-regulação dos planos de saúde.

Numa primeira etapa, tentou-se aplicar a Lei 9.656/98 a todos os contratos, no que diz respeito às regras mais benéficas ao consumidor, sob o pretexto de que a referida norma teria natureza cogente. O julgamento da Medida Cautelar na ADI nº 1931, afastou tal interpretação, firmando-se entendimento de que os preceitos do aludido diploma não podem retroagir para atingir as relações firmadas anteriormente à sua vigência.

Com isto, ficou evidente que as demandas judiciais haveriam de dividir-se entre aquelas que envolvem os contratos regidos pelo Código Civil e pelo CDC e as que discutem os instrumentos já regulados pela Lei 9.656/98.

O julgador, portanto, deveria estar atento para o fato de que os contratos anteriores à Lei dos Planos de Saúde podem trazer limitações e exclusões lícitas.

Mas o foco jurídico do fundamento dos consumidores logo amparou-se nas Portarias 04/1998, 03/2001, e 05/2002, editadas pela Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça. Todas elas elencam como cláusula abusiva as limitações constantes dos contratos antigos.

É dizer, por tal entendimento, que, ainda tenha o consumidor rejeitado contratar determinados serviços no ato do pacto, mesmo assim faz jus a estes benefícios, independente de pagar o preço adequado para tanto.

Assim, o Governo acabou por interferir nos contratos firmados antes da Lei 9.656/98, sob o argumento de abusividade, para, praticamente, igualar os direitos constantes daqueles em relação aos instrumentos regulamentados.

Com fundamento nisto, já vinha decidindo o STJ:

Acórdão: RECURSO ESPECIAL
251024/SP (2000/0023828-7)

Relator(a): Min. SÁLVIO DE

FIGUEIREDO TEIXEIRA (1088)

Órgão Julgador: S2 - SEGUNDA SEÇÃO

Ementa:

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. LIMITAÇÃO TEMPORAL DE INTERNAÇÃO. CLÁUSULA ABUSIVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ART. 51-IV. UNIFORMIZAÇÃO INTERPRETATIVA. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I - É abusiva, nos termos da lei (CDC, art. 51-IV), a cláusula prevista em contrato de seguro-saúde que limita o tempo de internação do segurado.

II – Tem-se por abusiva a cláusula, no caso, notadamente em face da impossibilidade de previsão do tempo da cura, da irrazoabilidade da suspensão do tratamento indispensável, da vedação de restringir-se em contrato direitos fundamentais e da regra de sobredireito, contida no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual, na aplicação da lei, o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige a às exigências do bem comum.

III – Desde que a tese jurídica tenha sido apreciada e decidida, a circunstância de não ter constado do acórdão impugnado referência ao dispositivo legal não é obstáculo ao conhecimento do recurso especial.

Data da Decisão: 27/09/2000

Por maioria, conheceram o recurso e deram-lhe provimento.

Não se apercebeu que a celebração dos contratos antigos

obedeceu ao momento histórico em que ocorreu. No período anterior à regulação, era possível excluir determinados atendimentos, para se obter um preço menor do plano de saúde, conforme já explicitado alhures.

As condições contratuais – agora consideradas indiscriminadamente abusivas -fundamentaram a formação do preço e demais termos do respectivo pacto. Alterar os benefícios sem rever a contraprestação importa em absoluto desequilíbrio contratual, a ensejar a inviabilidade da execução dos mesmos.

Os Órgãos de defesa do consumidor de forma alguma atinaram para esta questão. Os Magistrados, todavia, não podem afastar-se da perspectiva cogitada retro. É necessária a busca do equilíbrio contratual, sendo incoerente a anulação de cláusulas sem a adequação de todo o seu contexto.

E tanto é assim que, os contratos implementados pela Lei 9.656/98, por trazerem uma infinidade de benefícios, custam bem mais que os não regulamentados. Absurdo igualá-los quanto aos benefícios sem fazê-lo em relação ao preço.

Note-se que a coerência impõe o equilíbrio entre os contratantes, não o abandono do consumidor. Não se está a pregar o *pacta sunt servanda*, como condição a impedir que sejam socialmente adequados os serviços de saúde privada. Muito pelo contrário. Apenas é imprescindível alertar sobre o equilíbrio contratual, que vem sendo fulminado pelas decisões judiciais.

Tenho, portanto, que, quanto aos contratos antigos, a ressalva necessária quanto aos julgamentos que vêm ocorrendo está lançada.

Destaque-se, depois disto, que as moléstias preexistentes merecem atenção especial dos julgadores, sob pena de ensejar-se também o desequilíbrio do contrato.

Tal questão não vem sendo enfrentada adequadamente no Judiciário.

Pelo art. 13, parágrafo único, inciso II, da Lei 9.656/98, a fraude contratual enseja a rescisão unilateral do contrato, eximindo a operadora dos custos com os procedimentos respectivos. Se o usuário omite informação sobre doença preexistente, está configurada a fraude.

É certo que aos planos de saúde compete o ônus da prova. A operadora deve comprovar que o usuário tinha efetivo conhecimento do fato de ser portador de moléstia anterior ao contrato e, mesmo assim, deixou de informar tal fato, nos termos do artigo 11, da Lei 9.656/98. *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.

Mas, ainda quando os planos de saúde logram demonstrar a má-fé na conduta praticada pelo consumidor, mesmo assim as decisões judiciais acabam por proteger o usuário.

O conceito de isonomia envolve igualdade para sujeitos em condições semelhantes. Não se pode querer aplicar os mesmos benefícios e preços tanto para pessoas sadias quanto para aquelas que já possuem determinadas doenças preexistentes ao contrato. Tal tratamento deve ser diferenciado.

O próprio Ministério da Saúde regulou a necessidade do tratamento diferenciado para os contratos com pessoas detentoras de moléstias preexistentes, na Resolução nº 02/1998, do

CONSU (Conselho Suplementar de Saúde):

Art. 4º Sendo constatada pela operadora por perícia, ou na entrevista através de declaração expressa do consumidor, a existência de lesão ou doença, que possa gerar impacto nos custos, será obrigatório o oferecimento das alternativas previstas nesta regulamentação, ou seja: a cobertura parcial temporária e agravo do contrato.

Mas não é desta forma que vem sendo decidido judicialmente.

O Min. Ruy Rosado de Aguiar, relator do REsp. 2229078/SP, proferiu a seguinte decisão (4 Turma, DJU 07/02/2000):

A empresa que explora plano de seguro-saúde e recebe contribuições de associado sem submetê-lo a exame, não pode escusar-se ao pagamento de sua contraprestação, alegando omissão nas informações.

Há de se admitir que a decisão do STJ acima referida afronta o dispositivo normativo exarado pelo órgão competente para regulamentar as relações entre as Operadoras e os consumidores. E, lamentavelmente, o julgado gerou o chamado “efeito dominó”.

Hoje, a maioria das decisões sobre doença ou lesão preexistente fundamenta-se nos precedentes do STJ acima colacionados; ou seja, estendem os benefícios dos contratos antigos sem equilibrar a respectiva contraprestação e, quanto aos contratos novos, dispõem na Resolução CONSU 02.

5. CONCLUSÕES.

Não se deve culpar ninguém pela desinformação, mas, sim, alertar a todos sobre o problema que se enfrenta.

Muitos nem se dão conta de que os prejuízos judiciais estão verdadeiramente ajudando a inviabilizar o mercado da assistência médica privada. As operadoras fecham as portas em todas as regiões do país. Até as grandes empresas da área passam por visíveis reestruturações de mercado.

Os Órgãos de defesa do consumidor precisam atentar para as conseqüências e os efeitos reversos da guerra declarada contra os planos de saúde. Se alegam que a conjuntura atual da medicina privada é ruim, com as operadoras, não estão levando em consideração que sem elas seria o caos. O SUS não detém condições de atender toda a população.

A ANS sofre grande pressão do IDEC e dos PROCON'S para melhorar cada vez mais os benefícios em proveito do consumidor. Multas, liminares, proibição de reajuste; tudo para que o usuário não suporte nenhum prejuízo.

Só esquecem que as empresas brasileiras já atuam numa situação financeira e tributária desvantajosa, e que o cenário criado de combate aos planos de saúde pode fulminar a existência da grande maioria destas empresas. O resultado disto seria catastrófico, já que o mercado acabaria sob o controle de poucos, com total concentração do poder econômico.

A conscientização deve partir de uma análise mais apurada da Lei Maior, para relembrar-se que a saúde é dever do Estado, e ao particular compete atuar de forma complementar. Quem deve ser obrigado, portanto, judicialmente, a dar assistência médica a quem precisa, mas não tem direito contratual, é o Governo e não a entidade privada.

Se for necessário que a empresa de medicina pré-paga custeie o procedimento não previsto no contrato, este deve ser ade-

quando financeiramente para tanto, sob pena de falência do setor.

O futuro da saúde exige esta conscientização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

SEGUIN, Elida. **PLANO DE SAÚDE**. 1ª edição, Rio de Janeiro, 2005 Lúmen Juris.

SCHAEFER, Fernanda. **RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE**. 1ª edição, Juruá.

GUERRA, Lucyneles Lemos. **ESTRATÉGIA DE SERVIÇOS DAS EMPRESAS QUE OPERAM PLANOS/SEGUROS DE SAÚDE NO BRASIL: COOPERATIVAS, EMPRESAS DE MEDICINA DE GRUPO E SEGURADORAS**. 2ª edição, Rio de Janeiro, 2001, Funenseg.

LISBOA, Marcos de Barros; ANDRADE, Monica Viegas. **O SEGURO-SAÚDE NOS ESTADOS UNIDOS**. Rio de Janeiro, 2000, FGV.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **COMENTÁRIOS À LEI DE PLANO PRIVADO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE** (Lei nº 9.656, de 03.06.1998) 2ª edição, rev. , ampl. e atual. São Paulo, 2000, Saraiva.

MORAES, Alexandre. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**. 22ª edição, São Paulo, 2004, Atlas.

Notas

¹ O plano referência implementado pela legislação impõe que os contratos de assistência médica, desde os mais simples, envolvam uma vasta gama de procedimentos, o que aumenta o custo repassado ao consumidor.

² Guardada a compatibilidade com os dispositivos de aplicação cogente, do novo código.