

A HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR IDOSO FRENTE AOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE

THE HYPER VULNERABILITY OF ELDERLY CONSUMERS IN THE FACE OF HEALTH PLAN CONTRACTS.

Fabiola Albuquerque Lobo¹

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo analisar a lei que regula os planos de saúde, em particular quanto a taxatividade ou não do Rol de Procedimentos, atualizado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, para fins de cobertura de planos de saúde e sua adequação com a legislação consumerista, o Estatuto da Pessoa Idosa e com o Estatuto da Pessoa com Deficiência. A situação problema refere-se a idoso hipervulnerável acometido de limitação incapacitante e os entraves enfrentados frente ao plano de saúde que insiste na interpretação taxativa do rol e a ausência de previsão contratual, para cobertura de determinados tipos de doenças e/ou procedimentos. Para fins de desenvolvimento será utilizado, o método de pesquisa descritivo, com análise crítica da tentativa reiterada, por parte das operadoras de planos de assistência à saúde, de afastar a incidência do Código de Defesa do Consumidor desta espécie contratual, o que culmina com a potencialização da vulnerabilidade do contratante idoso.

Palavras-chave: Idoso; Consumidor; Hipervulnerabilidade; Deficiente; Contrato.

Abstract

The aim of this work is to analyze the law that regulates health plans, in particular the List of Procedures, updated by the National Supplementary Health Agency, regarding taxation or not, for the purposes of health plan coverage and its adequacy with the consumerist legislation, the Statute of the Elderly Person and the Statute of Persons with Disabilities. The problem situation refers to a hypervulnerable elderly person suffering from disabling limitations and the obstacles faced by the health plan that insists on a strict interpretation of the list and the lack of contractual provision for coverage of certain types of diseases and/or procedures. For development purposes, the descriptive research method will be used, with critical analysis of the repeated attempt, on the part of health care plan operators, to remove the incidence of the Consumer Protection Code from this type of contract, the which culminates in increasing the vulnerability of the elderly contractor.

Keywords: Elderly; Consumer; Hypervulnerability; Deficient; Contract.

1. INTRODUÇÃO

Comumente, o sentido atribuído a vulnerabilidade relaciona-se diretamente com o reconhecimento jurídico quanto a necessidade de tutelar, com maior acuidade determinadas categorias de sujeitos de direito, principalmente quando inseridos em relações negociais contratuais não paritárias, cuja intervenção estatal é imprescindível, a fim de assegurar a igualdade material daquelas relações.

Paulo Lobo, ao tratar da vulnerabilidade jurídica do contratante, esclarece que atualmente, nos contratos podem ocorrer duas espécies de vulnerabilidade, quais sejam: a vulnerabilidade estrutural e a circunstancial. De modo breve, a primeira incide quando em determinadas relações contratuais “o direito presume que uma das partes é merecedora de tutela jurídica, independentemente das condições reais, a exemplo do consumidor”.² A segunda, por sua vez, “diz respeito aos contratos de execução duradoura, nos quais os contratos de plano de saúde se inserem”.³

Não obstante, o sentido de vulnerabilidade vem se transformando, conforme se infere da própria Constituição Federal/1988, ao eleger como fundamento maior o princípio da dignidade da pessoa humana. Esta opção do constituinte resta configurada quando a norma

¹ Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito do Recife /UFPE. Doutora em Direito Privado, pela UFPE. Professora dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da UFPE. Colíder do Grupo de Pesquisa Constitucionalização das Relações Privadas (UFPE/CNPq). Autora de livros e artigos em Direito Civil. Orcid id: <https://orcid.org/0009-0006-7725-9629>

² LOBO, Paulo. “Vulnerabilidade jurídica do contratante.” Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro, Indaiatuba, Foco, 2021. p. 1.

³ LOBO, Paulo. “Vulnerabilidade jurídica do contratante.” Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro, Indaiatuba, Foco, 2021, p. 5.

expressamente reconhece a necessidade de tutelar determinadas categorias de sujeitos de direito, face a reconhecida vulnerabilidade a eles impostas.

Destaquemos o prescrito no art. 227, que assegura com absoluta prioridade à criança, ao adolescente e ao jovem um rol de direitos fundamentais, no mesmo sentido o art. 230 volta os olhos ao amparo das pessoas idosas e no art. 5º, XXXII a obrigação de promover a defesa do consumidor e mais recentemente, com status de emenda constitucional, a ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Ainda podemos referenciar o § único do art. 6º relativo a política pública que estabelece o direito de uma renda básica familiar, a todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social e § 2º do art. 100, ambos da normativa constitucional, ao dispor sobre os pagamentos (precatórios) reconhecidos em virtude de sentença judicial, devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estadual, Distrital e Municipal, tidos como débitos de natureza alimentícia, serão pagos com preferência aos titulares, originários ou por sucessão hereditária, que tenham 60 (sessenta) anos de idade, ou sejam portadores de doença grave, ou pessoas com deficiência, assim definidos na forma da lei.

Nesta linha de compreensão, são as considerações de Marcos Ehrhardt Jr:

a noção de vulnerabilidade vem sendo ressignificada, priorizando aspectos existenciais das relações jurídicas, de modo a desenvolver a proteção necessária da pessoa em situações de desigualdade de oportunidades, fragilidade, redução da autodeterminação ou capacidade de agir, que transcendem a preocupação com restrições à autonomia negocial ou desigualdade no campo das relações privadas patrimoniais.⁴

Como se constata, a dimensão jurídica de vulnerabilidade foi ampliada e o balizamento constitucional de proteção às pessoas, independentemente, de estarem ou não inseridas em relações negociais reverberou positivamente na estruturação de um arcabouço normativo voltado a determinados sujeitos de direitos, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Código de Defesa do Consumidor, do Estatuto da Pessoa Idosa e do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A fim de guardar coerência com a situação problema escolhida para o desenvolvimento do presente trabalho, qual seja: a hipervulnerabilidade do consumidor idoso, a análise se voltará aos maiores de 80 anos ou mais beneficiários de planos de saúde.

O trabalho encontra-se dividido em quatro partes, assim distribuídas: o arcabouço jurídico brasileiro e o reconhecimento da hipervulnerabilidade negocial e subjetiva; na sequência a incidência do princípio da confiança nas relações consumeristas; posteriormente, o contrato de plano de saúde e o imperativo constitucional da harmonização entre a proteção do consumidor e a liberdade econômica; e, por fim, a análise jurisprudencial e legal acerca dos planos de saúde e o rol da ANS.

2. BASE LEGAL PARA O RECONHECIMENTO DA HIPERVULNERABILIDADE

Segundo os dados do último Censo de 2022, a população de 80 anos e mais deu um salto. Em 2010 eram 2,9 milhões, atualmente no país são 4,6 milhões, o que representa um aumento de 56,3%.⁵ Esta realidade quanto ao aumento na expectativa de vida no Brasil vai ao encontro das modificações legislativas ocorridas, no cenário brasileiro.

O Código de Defesa do Consumidor, por exemplo reconhece a vulnerabilidade pressuposta do consumidor no mercado de consumo (Art. 4º, I), mas ampliou a tutela, quando

⁴ EHRHARDT JR. Marcos. “Afim, o que significa ser vulnerável no direito brasileiro.” Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro, Indaiatuba, Foco, p.III.

⁵ G1. Censo do IBGE mostra um Brasil mais envelhecido e feminino. População com 65 anos ou mais cresceu 57,4%. <https://g1.globo.com/economia/censo/noticia/2023/10/27/censo-2022-graficos-mostram-por-que-o-brasil-envelhece-mais-rapido-e-esta-ainda-mais-feminino.ghtml>

inseriu no rol das práticas abusivas e vedou o comportamento do fornecedor que se prevalece da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços (art. 39, IV). Outro exemplo é o Estatuto da Pessoa Idosa, ao conferir uma prioridade especial aos maiores de 80 (oitenta) anos,⁶ assim como, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao considerar como especialmente vulneráveis a criança, o adolescente, a mulher e o idoso, com deficiência (art. 5º, § único).

Como se percebe, a legislação brasileira reconhece e protege a vulnerabilidade negocial, bem como a vulnerabilidade subjetiva em razão da idade ou de alguma deficiência. Perante a doutrina e a jurisprudência o consumidor super idoso (80+) passou a ser reconhecido como consumidor hipervulnerável ou consumidor com vulnerabilidade agravada ou potencializada. Este mesmo reconhecimento foi estendido ao sujeito consumidor com deficiência, com base no art. 39 do CDC, acima referenciado.

A partir do trabalho realizado pelo Instituto de Estudos de Saúde Suplementar (IESS) (2013 a 2022), a partir de dados da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) voltado ao estudo da evolução do número de idosos em planos de saúde no Brasil nos últimos 10 anos (entre dez/2013 e dez/2022), os dados revelados foram muito interessantes, para se conhecer a realidade deste segmento social.

Durante o decênio investigado, a quantidade de idosos beneficiários de planos médico hospitalares na faixa etária 80 anos + foi a que mais cresceu em termos percentuais, passando de 955,6 mil (dez/2013) para 1,3 milhão de beneficiários (dez/2022), importando em um aumento de aproximadamente 33,5%. Este dado agrega novos beneficiários que entraram no sistema e os beneficiários que passaram a integrar esta faixa etária. Aspecto que ratifica o relevante número de consumidores idosos hipervulneráveis, nas faixas etárias 80 mais, enquanto partes integrantes de uma relação contratual de plano de saúde.⁷

Ao se firmar um contrato de plano de saúde, automaticamente significa a inserção em contrato de consumo, massificado, por adesão, cuja essência é a redução da autodeterminação do contratante consumidor, cuja liberdade cinge-se a aceitar ou não aceitar as condições gerais impostas pelo fornecedor. Em consequência, as normas de regência para dirimir eventuais demandas envolvendo os consumidores/ beneficiários de plano de saúde e os fornecedores de serviços de saúde são o Código de Defesa do Consumidor e, a depender da idade do beneficiário, o Estatuto da Pessoa Idosa.⁸

A relação contratual de consumo detém características próprias, que demandam interpretação mais próxima e em maior conformidade com os princípios sociais dos contratos (boa-fé, função social e equivalência material) em razão da expressa vulnerabilidade legal do consumidor. A efetividade da defesa do consumidor, necessariamente perpassa pela manutenção do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica (CF/1988, art. 174) e da presença do Estado no mercado de consumo, a fim de proteger os interesses econômicos do consumidor (CDC, art. 4º, II, c).

3. O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NOS CONTRATOS DE CONSUMO

Como visto alhures, Paulo Lobo ao tratar dos contratos de plano de saúde, os insere na categoria de contrato de execução duradoura, no qual “há a razoável expectativa de que o contrato perdure por anos ou até mesmo até o fim da vida da pessoa impondo-se a consideração

⁶ Lei nº 14.423/ 2022

⁷ MINAMI, Bruno. Evolução do número de idosos em planos de saúde no Brasil nos últimos 10 anos (2013 a 2022), Instituto de Estudos de Saúde Suplementar, 2023. www.iess.org.br

⁸ Encontra-se em tramitação no STF o Recurso Extraordinário 630.852, correspondente ao Tema 381, de Repercussão Geral, quanto a aplicação do Estatuto do Idoso a contrato de plano de saúde firmado anteriormente a sua vigência.

da vulnerabilidade de quem dele se utiliza e o permanente ajustamento da equivalência material”.⁹ Este tipo contratual necessariamente lastreia-se na confiança e na legítima expectativa em torno do princípio da boa-fé, de que o beneficiário e ou dependentes ao precisarem realizar tal ou qual procedimento, este esteja coberto pelo plano de saúde.

Embora na legislação consumerista, o termo confiança não apareça expressamente, mas inferido, a partir do direito conferido ao consumidor à informação adequada e clara, correta, clara, precisa, ostensiva e em língua portuguesa sobre as características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados dos produtos e serviços disponibilizados no mercado de consumo, com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho a fim de evitar riscos à saúde ou segurança dos consumidores.

Como se depreende, a relação consumerista é totalmente estruturada na confiança, a qual se volta a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo, mediante a salvaguarda das expectativas contratuais e a realização da satisfação dos interesses dos contratantes.

A propósito, Humberto Theodoro Júnior manifestando-se sobre a confiança afirma que:

esta teoria retrata bem os rumos da nova ordem jurídica, que se afasta do individualismo para melhor valorizar o interesse social. Daí porque vai além da tutela da vontade do declarante para se ocupar também do interesse daqueles que confiam na segurança das relações jurídicas e que também devem concorrer para que ela se concretize.¹⁰

As reflexões sobre a tutela da confiança no tráfico jurídico é tema doutrinário recorrente e divergente quanto ao reconhecimento da confiança, enquanto princípio jurídico autônomo ou decorre do princípio jurídico da boa-fé.

Para Menezes Cordeiro, a confiança “exprime a situação em que uma pessoa adere, em termos de actividade ou de crença, a certas representações passadas, presentes ou futuras, que tenha por efectivas”. A confiança explicitaria o reconhecimento dessa situação e a sua tutela”.¹¹ “A proteção da confiança, ainda quando seja o objectivo de determinados institutos, não se justifica, só por si”.¹² “Fica, no entanto já assente a realidade da confiança como um dos fatores materiais da boa fé”.¹³

Por outro lado, Paulo Nalin aponta a confiança enquanto princípio e assim se manifesta:

O princípio da confiança visa proteger os legítimos interesses daqueles que pretendem contratar e, quando já contratados e em execução, as respectivas obrigações, na adequação do objeto do contrato aos fins esperados pelos contratantes. Cuida, portanto, de salvaguardar as expectativas contratuais dos que se aproximam e contratam.¹⁴

No mesmo sentido, Carlos Konder, em escritos sobre a teoria da aparência, cujo fundamento se revela na tutela da confiança defende que a confiança “não se resume à aplicação do princípio da boa-fé objetiva, visto que as circunstâncias definidoras da “boa-fé não parecem suficientes para abarcar os casos que a confiança se funda de maneira inequívoca na legitimidade jurídica da situação aparente”. O autor ao destacar o novo papel da confiança na sociedade e sua

⁹ LOBO, Paulo. “Vulnerabilidade jurídica do contratante.” *Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro*, Indaiatuba, Foco, 2021, p. 5.

¹⁰ THEODORO JR, Humberto. “Dos efeitos do negócio jurídico no novo código civil”. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, nº 40, 2001 p. 121. <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/issue/view/83>

¹¹ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra, Almedina, 1997, p.1234.

¹² MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra, Almedina, 1997, p. 1247.

¹³ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra, Almedina, 1997, p. 1251.

¹⁴ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil*. Curitiba, Juruá, 2001, p. 154.

necessária apreensão pelo Direito defende que “a proteção da confiança fundada na aparência constitui elemento essencial e redutor da complexidade das relações jurídicas na atualidade”.¹⁵

Na linha dos dois autores, acima referenciados seguimos a orientação de interpretar a confiança, enquanto princípio autônomo frente ao princípio da boa-fé. Na mesma linha de compreensão destacamos dois enunciados aprovados, respectivamente, na IV e na V Jornadas de Direito Civil, também ratificando a confiança, enquanto princípio jurídico autônomo. Vejamos:

Enunciado 363 – Art. 422: Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, sendo obrigação da parte lesada apenas demonstrar a existência da violação.

Enunciado 414 A cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança, e aplica-se a todos os ramos do direito.¹⁶

Contextualizando a confiança, à luz dos ensinamentos de Clovis V. do Couto e Silva, vislumbra-se a compreensão que o liame obrigacional deve ser compreendido em sua totalidade. Desta maneira, o desenvolvimento da relação perpassa por uma relação de cooperação e não mais de subordinação entre as partes. A relação negocial, baseada na cooperação e com vistas à satisfação dos interesses dos contratantes é matizada na confiança recíproca. Portanto, a quebra de expectativa de conduta de um contratante frente ao outro resultará em uma frustração, com a imediata perturbação da segurança do tráfico jurídico.¹⁷ Com o conseqüente dever de reparar o dano extrapatrimonial e patrimonial causado ao contratante.

Após as considerações estabelecidas, acerca do princípio da confiança, o passo seguinte é contextualizá-lo à luz do art. 170 da Constituição.

4. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE E O IMPERATIVO CONSTITUCIONAL DA HERMPNIZAÇÃO ENTRE A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E A LIBERDADE ECONÔMICA

A Política Nacional das Relações de Consumo foi incisiva quando estabeleceu como premissa o atendimento das necessidades dos consumidores, ao tempo que impôs a necessária compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.¹⁸

Portanto, resta incontroverso que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, conforme resguardo constitucional (art. 199), porém conformada ao princípio da defesa do consumidor, também constitucionalmente previsto (art. 170).

Porém, o que se vê na prática e de modo reiterado é uma tentativa de violação àqueles dispositivos constitucionais, quando às operadoras de planos de assistência à saúde, se utilizam de um capcioso argumento relativo à aplicação subsidiária do CDC e insistem que a norma de regência deste tipo de relação contratual é a lei que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde (Lei nº 9.656/1998). Ou seja, que deve prevalecer o modelo de lista fechada ou o rol taxativo da ANS, sendo de competência da Agência Reguladora definir a amplitude das coberturas obrigatórias nos planos de saúde.

¹⁵ KONDER, Carlos Nelson. “A proteção pela aparência como princípio”. Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p.120.

¹⁶ JORNADAS de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.págs. 57 e 70.

¹⁷ SILVA, Clóvis V. do Couto e. A obrigação como processo. São Paulo: Bushatsky. 1976, p. 08-09.

¹⁸ CDC. Art. 4º caput e inciso III.

Subjacente ao debate, o problema recai na perspectiva de desatrelar o papel desempenhado pela saúde coletiva privada, da saúde coletiva pública, como se fossem dois campos distintos de atuação. Com efeito e como afirma Gabriel Schulman, ao defender o necessário entrelaçamento entre o público e o privado na saúde, frisando haver uma relação sistemática entre o mercado e o Estado, na área de saúde, principalmente quando os dados revelam “o financiamento público do setor de saúde privada, a repercutir em um volume cada vez maior de recursos públicos envolvidos com os mercados dos planos de saúde privados”.¹⁹

O fundamento da aplicação subsidiária do CDC, por parte das operadoras de planos de assistência à saúde, revela a tentativa da imposição da lógica de mercado, com substrato na liberdade econômica em prejuízo ao consumidor. Como bem diz, Paulo Lobo “a análise econômica do direito, aplicada aos contratos, tem levado a resultados discutíveis, do ponto de vista dos princípios constitucionais e dos valores jurídicos predominantes em nosso sistema”.²⁰

Na mesma direção há a pertinente crítica de Felipe Comarela Milanez e Marcos Catalan quando afirmam que:

Notadamente em relação ao fomento à normatividade concreta que emana de referidos princípios constitucionais, quando se analisa o tema a partir da perspectiva do Direito do Consumidor, normalmente se confere grande destaque à previsão contida no retro citado inciso XXI do artigo 5º, porém, exatamente no que se refere à ordem econômica, nem sempre o caput do artigo 170 é levado em consideração nas discussões sobre Direito do Consumidor, que costuma ser olvidado quando o sistema econômico capitalista é identificado em movimento e revela seu leitmotiv.²¹

Repise-se aquele comportamento contratual, por parte dos fornecedores (operadoras de planos de assistência à saúde), vai de encontro à Constituição, ao Estatuto da Pessoa Idosa e ao Código de Defesa do Consumidor. A normativa constitucional dispõe que a saúde é direito de todos (art. 196) e no Estatuto da Pessoa Idosa a saúde integra o rol de direitos fundamentais e assegura à pessoa idosa, com absoluta prioridade, a garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais (art. 3º, § 1º, III). Em relação ao Código de Defesa do Consumidor constata-se uma prática abusiva, com uma vantagem manifestamente excessiva contra o consumidor (art. 39, V), viola a proteção dos interesses econômicos, bem como a transparência e harmonia (equivalência material) das relações de consumo (art. 4º). Ademais, fragiliza a vulnerabilidade do consumidor e, em particular quando a situação incide na pessoa do consumidor super idoso (80+), consumidor hipervulnerável ou consumidor com vulnerabilidade agravada ou potencializada e detona a total ausência de cognoscibilidade, pois o dever de informar do fornecedor, não se esgota apenas com a informação prevista no art. 6º, III do CDC, mas com a necessária compreensão do consumidor, quanto às limitações e restrições contratuais em sua inteireza e complexidade, ou seja, ocorre também a violação ao dever de informação.

Paulo Lobo em incisiva crítica à análise econômica do direito, assim se manifesta:

(...) mais importante que a análise econômica do direito é a consistente análise jurídica da economia, ou melhor, da atividade econômica, para a qual sobrelevam os valores e princípios jurídicos, voltados à construção de uma sociedade “livre, justa e solidária” (artigo 3º, I, da Constituição), que não podem ser sacrificados em razão de maior eficiência econômica, de custos sociais ou de maximização da riqueza individual ou social é insustentável a negação da normatividade, se houver colisão entre as normas

¹⁹ SCHULMAN, Gabriel. Planos de saúde – saúde e contrato na contemporaneidade. Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 241.

²⁰ LOBO, Paulo. “Análise econômica do contrato e o direito brasileiro”, CONJUR, abril/2024. www.conjur.com.br

²¹ MILANEZ, Felipe Comarela e CATALAN, Marcos. “Direito do Consumidor resiste ao desmonte do padrão civilizatório.” CONJUR, maio/2024. www.conjur.com.br

jurídicas e os postulados econômicos, pois se nega a própria essência do ordenamento jurídico democrático.²²

Seguindo a mesma linha, do autor acima referenciado, renovamos as considerações de Felipe Comarela Milanez e Marcos Catalan. Segundo os autores:

É preciso lembrar, contudo, que as relações econômicas no Brasil e, por decorrência lógica, as relações de consumo, estão sujeitas à orientação normativamente instituída pela Ordem Constitucional de 1988 e, com efeito, todo e qualquer comportamento comercial praticado em um sistema de mercados deve ser igualmente analisado pelo prisma que baliza a finalidade da Ordem Econômica Brasileira.²³

5. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E LEGAL ACERCA DOS PLANOS DE SAÚDE E O ROL DA ANS

Quando se faz qualquer pesquisa relativa, ao direito à saúde, no âmbito do judiciário, facilmente se constata que um dos temas mais complexos e recorrentes, diz respeito ao aumento crescente da judicialização em casos de pedidos de tratamento domiciliar ou *home care*.

Com base pesquisa jurisprudencial, no site do STJ, com o termo *Home Care* e realizada de modo exemplificativamente, nos deparamos com alguns acórdãos, inclusive julgados recentemente, em que os termos AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS, DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL, RECALCITRÂNCIA, PLANO DE SAÚDE, NEGATIVA DE COBERTURA, RECUSA ABUSIVA. ROL DA ANS, ASTREINTES, aparecem de maneira recorrente.

Ao mesmo tempo, constatamos que desde 2010, o STJ vem consolidando jurisprudência, no sentido da aplicação do CDC aos contratos de plano de saúde. Inclusive é o objeto da Súmula nº 608.²⁴

A 3ª Turma do STJ em 2015 firmou o seguinte posicionamento: Ainda que, em contrato de plano de saúde, exista cláusula que vede de forma absoluta o custeio do serviço de *Home Care* (tratamento domiciliar), a operadora do plano, diante da ausência de outras regras contratuais que disciplinem a utilização do serviço, será obrigada a custeá-lo em substituição à internação hospitalar contratualmente prevista.²⁵

A partir de julgados publicados até 02/2020, o mesmo Tribunal fixou a seguinte tese: O plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado para a cura de cada uma, sendo abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento domiciliar (*home CARE*).²⁶

A taxatividade do Rol de Procedimento e Eventos em Saúde da ANS, pacificada pela Segunda Seção do STJ, ao examinar o EREsp nº 1.886.929/SP, não prejudica o entendimento há muito consolidado nesta Corte de que é abusiva a cláusula contratual que veda a internação domiciliar (*Home Care*) como alternativa à internação hospitalar, por não configurar procedimento, evento ou medicamento diverso daqueles já previstos pela agência.²⁷

²² LOBO, Paulo. “Análise econômica do contrato e o direito brasileiro”, CONJUR, abril/2024. www.conjur.com.br

²³ MILANEZ, Felipe Comarela e CATALAN, Marcos. “Direito do Consumidor resiste ao desmonte do padrão civilizatório.” CONJUR, maio/2024. www.conjur.com.br

²⁴ STJ - Súmula 469 (cancelada): Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde. Súmula 608: Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão. SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/04/2018, DJe 17/04/2018).

²⁵ STJ – Informativo nº 571, 3ª T, [...] desde que haja: (i) condições estruturais da residência; (ii) real necessidade do atendimento domiciliar, com verificação do quadro clínico do paciente; (iii) indicação do médico assistente; (iv) solicitação da família; (v) concordância do paciente; e (vi) não afetação do equilíbrio contratual, como nas hipóteses em que o custo do atendimento domiciliar por dia não supera o custo diário em hospital.

²⁶ STJ – Jurisprudência em Tese. Edição 143 – Plano de Saúde - extraídos de julgados publicados até 21/02/2020.

²⁷ STJ –AREsp 2508606, RELATOR(A) Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DATA DA PUBLICAÇÃO, 05/02/2024.

Como largamente noticiado, em 2022, o STJ foi instado a decidir acerca da natureza taxativa ou exemplificativa da lista de procedimentos e eventos em saúde instituída pela ANS. Do julgado resultou o entendimento de ser taxativo, em regra, o rol de procedimentos e eventos estabelecido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), não estando as operadoras de saúde obrigadas a cobrirem tratamentos não previstos na lista. Contudo, o colegiado fixou parâmetros para que, em situações excepcionais, os planos custeiem procedimentos não previstos na lista, a exemplo de terapias com recomendação médica, sem substituto terapêutico no rol, e que tenham comprovação de órgãos técnicos e aprovação de instituições que regulam o setor.²⁸

A decisão do STJ, em 22/09/2022, praticamente coincidiu com a entrada em vigor a Lei 14.454/2022, que alterou a Lei nº Lei 9.656/1998, e reafirmou a natureza exemplificativa do rol da ANS e estabeleceu critérios para permitir a cobertura de exames ou tratamentos de saúde não incluídos na lista da ANS, desde que exista comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico. (§ 13 do art. 10), além de ter explicitado a aplicação do CDC.²⁹

6. CONCLUSÃO

Do exposto, conclui-se pela imprescindibilidade da presença do Estado/Juiz nas relações contratuais de consumo. Sem este lastro do Estado Social, as conquistas sociais e jurídicas destinadas à coletividade a exemplo da defesa do consumidor e da proteção da pessoa idosa tenderão a sucumbir diante do habilidoso argumento da autorregulação do mercado, com o consequente afastamento do Estado das relações contratuais.

As teorias da livre iniciativa econômica e da lógica do mercado apregoam que o Estado enquanto agente normativo e regulador engessa o desenvolvimento da atividade econômica e, portanto, para que haja efetivo crescimento há de se privilegiar a autonomia da vontade dos sujeitos integrantes de uma relação contratual. A premissa é a da paridade contratual, cujos riscos são inerentes ao contrato. Consequentemente são afastadas as possibilidades de revisão ou modificação das cláusulas contratuais, ainda que incidam fatos imprevisíveis ou supervenientes que impactem no princípio da equivalência material.

Entretanto, como cediço, as relações de consumo são estruturadas na vulnerabilidade pressuposta do consumidor e aquela será agravada se o sujeito da relação for consumidor idoso

²⁸ www.stj.jus.br/sites/portaltp/Paginas/Comunicacao/Noticias/08062022-Rol-da-ANS-e-taxativo--com-possibilidades-de-cobertura-de-procedimentos-nao-previstos-na-lista.aspx - A Segunda Seção, ao julgar o EREsp 1.889.704/SP e o EREsp 1.886.929/SP, estabeleceu a seguinte tese, 1 - o rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar é, em regra, taxativo; 2 - a operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante do Rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado ao Rol; 3 - é possível a contratação de cobertura ampliada ou a negociação de aditivo contratual para a cobertura de procedimento extra Rol; 4 - não havendo substituto terapêutico ou esgotados os procedimentos do Rol da ANS, pode haver, a título excepcional, a cobertura do tratamento indicado pelo médico ou odontólogo assistente, desde que (i) não tenha sido indeferido expressamente, pela ANS, a incorporação do procedimento ao Rol da Saúde Suplementar; (ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; (iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como CONITEC e NATJUS) e estrangeiros; e (iv) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva ad causam da ANS.

²⁹ Lei 9.656/1998, alterada pela Lei 14.454/2022 - § 13 do art. 10, as condições para a cobertura obrigatória, pelas operadoras de planos de saúde, de procedimentos e eventos não listados naquele rol, a saber: I - exista comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico; ou II - existam recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), ou exista recomendação de, no mínimo, 1 (um) órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais

e deficiente. A lógica do mercado é ofertar produtos e serviços a quem pode pagar e neste cenário a saúde passa a ser mais uma mercadoria.

Em razão da normativa constitucional, máxime do princípio de defesa do consumidor, impõe-se a aplicação pelos julgadores da técnica da interpretação em conformidade com a Constituição das normas regentes das atividades econômicas (art. 170 CF/88), observados ainda os princípios da boa-fé e da equivalência material nas relações entre consumidores e fornecedores.

O argumento da aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor, em hipótese alguma deve prosperar como pretendem as operadoras de planos, no sentido de prevalecer o modelo de lista fechada ou o rol taxativo da ANS.

A Lei 14.454/2022 ao ratificar a natureza exemplificativa do rol da ANS trouxe uma relevante conquista à sociedade e, em particular aos beneficiários de planos de saúde, na medida que afinou o discurso com a doutrina e a jurisprudência dominantes, ao tempo que colocou uma pá de cal no debate, acerca da taxatividade ou não do Rol da ANS.

Importante referenciar a recente decisão da 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, o Colegiado decidiu que, a Lei 14.454/2022, somente se aplica aos processos cujas negativas de cobertura tenham ocorrido após 21 de setembro de 2022. Ou seja, o rol enunciativo assegurado pela lei não retroage, portanto o rol da ANS permanece taxativo, aos casos anteriores à lei.³⁰

Porém é importante frisar que esta decisão do STJ é uma interpretação jurisprudencial de constitucionalidade duvidosa, tendo em vista que o texto da Lei 14.454/2022, não faz qualquer referência a critério temporal, relativo à taxatividade ou não do rol da ANS. Pelo contrário, a lei dispõe que “O rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, atualizado pela ANS a cada nova incorporação, constitui a referência básica para os planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 e para os contratos adaptados a esta Lei e fixa as diretrizes de atenção à saúde (art.10, § 12)”.

Em nosso sentir a linha restritiva do STJ, contraria e vulnerabiliza a Defesa do Consumidor e colide com a interpretação enunciativa dada pela Lei, ao rol da ANS. Ademais, a Lei expressamente dispõe que sua aplicação se dará em simultaneidade com o Código de Defesa do Consumidor.

7. REFERÊNCIAS

CONJUR. **STJ mantém tese do rol taxativo da ANS para casos anteriores à nova lei.** www.conjur.com.br, abril/2024.

EHRHARDT JR, Marcos. **Afinal, o que significa ser vulnerável no direito brasileiro. Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro**, Indaiatuba, Foco, 2021.

G1. **Censo do IBGE mostra um Brasil mais envelhecido e feminino.** População com 65 anos ou mais cresceu 57,4%. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/censo/noticia/2023/10/27/censo-2022-graficos-mostram-por-que-o-brasil-envelhece-mais-rapido-e-esta-ainda-mais-feminino.ghtml>

JORNADAS de Direito Civil I, III, IV e V: enunciados aprovados. Brasília, **Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários**, 2012.

KONDER, Carlos Nelson. A proteção pela aparência como princípio. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

LOBO, Paulo. Análise econômica do contrato e o direito brasileiro, **CONJUR**, abril/2024. www.conjur.com.br.

30. CONJUR. STJ mantém tese do rol taxativo da ANS para casos anteriores à nova lei. www.conjur.com.br, abril/2024.

- LOBO, Paulo. Vulnerabilidade jurídica do contratante. **Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro**, Indaiatuba, Foco, 2021.
- MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra, Almedina, 1997.
- MILANEZ, Felipe Comarela; CATALAN, Marcos. Direito do Consumidor resiste ao desmonte do padrão civilizatório. **CONJUR**, maio/2024. www.conjur.com.br
- MINAMI, Bruno. Evolução do número de idosos em planos de saúde no Brasil nos últimos 10 anos (2013 a 2022), Instituto de Estudos de Saúde Suplementar, 2023. www.iess.org.br
- NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil**. Curitiba, Juruá, 2001.
- SCHULMAN, Gabriel. **Planos de saúde – saúde e contrato na contemporaneidade**. Rio de Janeiro, Renovar, 2009.
- SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo, Bushatsky. 1976.
- THEODORO JR, Humberto. Dos efeitos do negócio jurídico no novo código civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, nº 40, 2001 p. 121. <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/issue/view/83> .