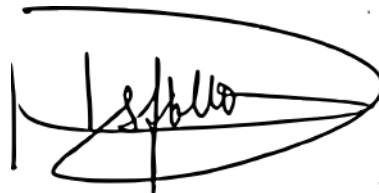


UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**SAÚDE SUPLEMENTAR E O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO
ENFRENTAMENTO À COVID-19**

VITÓRIA CRISTINA LIMA DA SILVA

De acordo.

A handwritten signature in black ink, enclosed within a large, hand-drawn oval. The signature appears to be 'V. C. Lima da Silva'.

Rio de Janeiro

2022

VITÓRIA CRISTINA LIMA DA SILVA

**SAÚDE SUPLEMENTAR E O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO
ENFRENTAMENTO À COVID-19**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Daniela Silva Fontoura de Barcellos.

Data de Aprovação: 15/02/2022.

Banca Examinadora:

Dra. Daniela Silva Fontoura de Barcellos – Orientadora.

Dra. Fabiana Rodrigues Barletta

Profª Sandra Fratane Maciel de Oliveira

Rio de Janeiro

2022

SAÚDE SUPLEMENTAR E O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ENFRENTAMENTO À COVID-19

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Daniela Silva Fontoura de Barcellos.

Rio de Janeiro
2022

FICHA CATALOGRÁFICA

CIP - Catalogação na Publicação

LS586s Lima da Silva, Vitória Cristina
Saúde suplementar e o fenômeno da judicialização
da saúde no enfrentamento à Covid-19 / Vitória
Cristina Lima da Silva. -- Rio de Janeiro, 2022.
71 f.

Orientador: Daniela Silva Fontoura de
Barcellos.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Saúde suplementar. 2. Judicialização. 3.
COVID-19. 4. TJSP. I. Silva Fontoura de Barcellos,
Daniela, orient. II. Título.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, gostaria de agradecer a Deus, que me fortaleceu em todos os momentos e que de forma rotineira conversava comigo, a fim de que eu não desviasse do meu propósito nesta vida. Entregar todos os meus planos ao Senhor foi peça fundamental nesse processo.

À Nossa Senhora das Graças, que intercedeu por mim para que eu pudesse percorrer, de forma mais serena, por essa graduação. Obrigada por escutar as minhas súplicas e as da minha avó.

À minha família, em especial a minha mãe, Daniele, e aos meus avós, Leila e Nildo e ao meu pai, Edvaldo, que me ensinaram sobre a importância do estudo, que me apoiaram em toda a minha jornada acadêmica, choraram e se alegraram em cada momento, sendo por vezes uma extensão do meu sentir. Deixo registrado ainda o meu muito obrigada, vó, pois desde sempre te escutei falar a seguinte frase: “Podem tirar tudo de você, menos o seu estudo.”

À minha irmã Fernanda, que por ser mais nova, foi a primeira pessoa a me impulsionar a ser alguém “melhor”, ser um “exemplo.”

À minha madrinha, Luana, que sempre foi um exemplo para mim em várias áreas da vida, mas que, no tocante aos estudos, era o exemplo mais perto e concreto de alguém que muito conquistou pelo caminho do estudo.

Ao meu noivo, Sérgio, por sempre ser fonte de mensagens positivas, que me encorajavam a seguir. Obrigada por ter sido meu parceiro, cúmplice, por acreditar no meu potencial e ouvir meus desvaneios nos momentos que mais precisei, amo você.

Às amigas que floresceram na Faculdade Nacional de Direito- Ana Flávia, Eduarda, Kayeny, Walquiria, Beatriz, Andressa, Carol e Juliana, pessoas de diferentes realidades e com diferentes propósitos, mas que o destino esteve a cargo de traçar os nossos caminhos para que pudéssemos aprender de forma mútua, bem como para que pudéssemos tornar a graduação uma experiência mais agradável e leve. Registro aqui o meu muito obrigada a cada uma por ter participado de certa forma e facilitado a minha graduação. Vocês são mulheres incríveis.

Ao Ciep 449 Leonel de Moura Brizola Brasil-França e a todos os professores que participaram da minha formação no ensino médio, se eu acreditei no ensino público foi, em primeiro lugar, pela experiência ímpar que tive nesse Brizolão.

Por último, apenas por uma questão cronológica de impacto na minha vida, agradeço à Faculdade Nacional de Direito e ao seu corpo docente, por desempenhar um papel fundamental na minha formação para o mercado de trabalho e me apresentar as primeiras oportunidades de crescimento profissional.

Dedico o presente trabalho aos meus avós maternos: Leila e Nildo (*in memoriam*) que foram meu alicerce, meus primeiros professores e a quem devo dedicar do meu primeiro passo a todas as vitórias que serão alcançadas no decorrer dessa vida.

RESUMO

A presente monografia possui como escopo de análise a saúde suplementar e o fenômeno da judicialização da saúde no âmbito do enfrentamento à Covid-19. Assim, a partir do método de pesquisa bibliográfico e documental, buscou-se compreender as seguintes questões levantadas sobre o tema, em primeiro lugar, direito à saúde e seus desdobramentos na saúde suplementar; Posteriormente, como se verifica no ordenamento jurídico a regulação do setor privado de assistência à saúde; Em seguida, os tipos de contratos de planos de saúde existentes no mercado; Logo após, os desdobramentos da relação que se observa entre o beneficiário e a operadora; Por fim, compreender o fenômeno da judicialização da saúde suplementar, analisar jurisprudências sobre a temática Covid-19 e planos de saúde no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a fim de identificar quais são os problemas mais usuais enfrentado pelos beneficiários envolvendo a Covid-19, bem como os direitos que vem sendo reconhecido aos usuários.

PALAVRAS-CHAVE: Saúde suplementar. Judicialização. Covid-19. TJSP.

RÉSUMÉ

Dans cette monographie on présente un'analyse de le secteur privée de la santé et le phénomène de judiciarisation de la santé dans le cadre de la lutte contre le Covid-19. Ainsi, à partir de la méthode de recherche bibliographique et documentaire, nous avons cherché à comprendre le droit à la santé et ses conséquences dans le secteur privée de la santé. Ensuite, comme on voit ce secteur dans le système juridique, ses régulation; En outre, les types de contrats existants sur le marché ; Peu après, la relation observé entre le bénéficiaire et l'opérateur ; Enfin, comprendre le phénomène de la judiciarisation de la santé privéé, analyser la jurisprudence sur le thème Covid-19 sur la Cour de justice de l'État de São Paulo, afin d'identifier les problèmes les plus courants rencontrés pour les bénéficiaires sur le thème Covid-19, ainsi que les droits reconnus aux utilisateurs.

Mots-clés: santé; judiciarisation; covid-19; cour de justice de l'État de São Paulo.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1.....	37
Figura 2.....	50
Figura 3.....	51
Figura 4.....	52
Figura 5.....	53
Figura 6.....	61

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. LINHAS GERAIS SOBRE A SAÚDE.....	13
2.1. Do processo de positivação do direito à saúde.....	14
2.2. Sistema Único de Saúde.....	19
3. SOBRE A SAÚDE SUPLEMENTAR.....	24
3.1. Linha do tempo sobre o setor suplementar da saúde no Brasil.....	24
3.2. Dos dispositivos legais que disciplinam este ramo.....	26
3.3. Da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).....	27
3.4. Dos Agentes regulados.....	28
3.5. Dos contratos dos planos privados de assistência à saúde: da aplicação da teoria do diálogo das fontes e dos tipos de contratos previstos na Lei Geral de Planos de Saúde..	31
3.6. Considerações sobre o Instituto da Responsabilidade civil.....	44
4. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....	48
4.1. Linhas gerais sobre a judicialização da saúde suplementar.....	48
4.2. Relatório da pesquisa jurisdicional.....	53
4.3. Dos fundamentos das decisões pró-beneficiários.....	56
4.4. Do perfil das Operadoras.....	60
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	62
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	64
6.1. Lista de julgados referidos.....	69

1. INTRODUÇÃO

Em contextos como o enfrentado pela sociedade nos anos de 2020 e 2021, isto é, situação epidemiológica de escala global decorrente da infecção humana, que no citado período foi em decorrência do novo coronavírus¹, é de saltar aos olhos a quão pertinente é o estudo sobre o direito à saúde.

Nesse sentido, cumpre, de início, traçar uma definição para a saúde. De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS)², entende-se a saúde como um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas como a ausência de doença ou enfermidade. Ademais, assevera a OMS que: “os Governos têm responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas (OMS, 1946).”

No direito pátrio, é somente a partir da Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988³ que se observa a positivação da saúde como um direito fundamental e garantia básica, conforme previsto no art. 6º, da CF/886, podendo-se mencionar ainda, os seguintes artigos da Constituição Federal de 1988: 23, inciso II, 24, inciso XII, 196, 197, 198 e 199.

Ocorre que, para além do direito à saúde, a ser promovido pelo Estado, observa-se a atuação paralela da saúde suplementar, para aqueles indivíduos que possuem condições financeiras para contratar planos de assistência privada à saúde. Sobre esse setor, é mister informar que o brasileiro é um dos maiores sistemas privados do mundo.⁴

¹ Segundo KUCHARSKI et al (2020), a doença do coronavírus (COVID-19) é uma infecção viral que causa uma síndrome respiratória aguda grave com sintomas clínicos graves como, tosse seca, febre, distúrbios respiratórios, dispnéia, pneumonia e pode resultar em insuficiência respiratória progressiva e morte. Disponível em: < <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/233358/001135077.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acessado em 17 jan. 2022.

² NOVA IORQUE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**, 22 de Julho de 1946. Disponível em: [Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP - Constituição da Organização Mundial da Saúde \(OMS/WHO\) - 1946 | OMS - Organização Mundial da Saúde](#). Acesso em: 30 set. 2021.

³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: [Constituição \(planalto.gov.br\)](#). Acesso em 30 set. 2021.

⁴ Histórico – ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar. Disponível em: [Histórico - ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar](#). Acesso em: 30 set. 2021.

A saúde suplementar é regulada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que se trata de uma autarquia federal que visa padronizar os planos de saúde ofertados pelas pessoas jurídicas de direito privado, denominadas operadoras de planos de saúde. Para tanto, a ANS foi criada a fim de controlar, fiscalizar e regular a atividade do setor. Nesse sentido, cumpre destacar uma importante atribuição da Autarquia referente à regulamentação: elaboração do rol mínimo de procedimentos e eventos que devem ser cobertos pelas operadoras de saúde.

Levando em consideração esta conjuntura, tem-se mostrado o fenômeno da judicialização da saúde suplementar, uma alternativa à população de ter a garantia do direito à saúde respeitado. A partir desse fenômeno, o consumidor busca, em sua maioria, a flexibilização da cobertura imposta nos contratos de plano de saúde, de modo a priorizar a tutela da vida em situações de enfrentamento à Covid-19.

Os fatores que determinaram a escolha do tema foram (i) a sensibilidade da questão a ser tratada, uma vez que na relação de consumo entre os operadores de saúde e seus beneficiários, vislumbra-se uma situação de vulnerável por parte deste, uma vez que o objeto dos contratos de plano de saúde diz respeito à manutenção da saúde do indivíduo a longo prazo. Ademais, outro fator (ii) é que a jurisprudência pátria se apresenta, muitas vezes, como uma única forma de obtenção, pelos beneficiários, da solução de situações envolvendo a saúde suplementar.

Outro ponto considerado, para escolha desse tema, foi o (iii) contexto atual, visto que o coronavírus, seu diagnóstico, tratamento e efeitos a longo prazo ainda estão sendo comprovados e estudados por profissionais da área de saúde.

A análise do tema será desenvolvida a partir do método de pesquisa bibliográfico e documental, tomando como instrumentos a serem analisados a legislação vigente, obras bibliográficas e doutrinárias, artigos científicos, jurisprudências, notícias, e demais fontes, (Fonseca 2002, *apud* Matos e Lerche, 2001, p. 40).⁵ Cumpre informar que o presente trabalho

⁵ FONCESA, João José Saraiva. Metodologia da pesquisa científica. Curso de especialização em comunidades virtuais de aprendizagem – informática educativa, Universidade Estadual do Ceará, 2002. Disponível em:

está voltado na análise de acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), entre abril/2021 a outubro/2021, envolvendo a temática Covid-19. Optou-se pelo TJSP, pois, conforme informações obtidas no site da ANS,⁶ trata-se de um dos estados que apresenta o maior número de beneficiários de planos de saúde⁷ o que mais realizou reclamações perante a Agência com a temática Covid-19 e o que apresenta o maior número de casos desde o início da pandemia.⁸

Dessa feita, busca-se ao longo da pesquisa, compreender as seguintes questões levantadas sobre o tema: (i) direito à saúde e seus desdobramentos na saúde suplementar; (ii) como se verifica no ordenamento jurídico a regulação do setor privado de assistência à saúde; (iii) tipos de contratos de planos de saúde existentes no mercado; (iv) os desdobramentos da relação que se observa entre o beneficiário e a operadora; (v) judicialização da saúde suplementar e (vi) jurisprudências sobre a temática Covid-19 e planos de saúde no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a fim de (viii) identificar quais são os problemas mais usuais enfrentado pelos beneficiários da Covid-19, bem como os direitos que vem sendo reconhecido aos usuários.

<http://www.ia.ufrj.br/ppgea/conteudo/conteudo-2012-1/ISF/Sandra/apostilaMetodologia.pdf>. Acesso em: 09 jan 2022.

⁶ ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar. Informações sobre demandas de consumidores. Disponível em: [copy_of_BoletimCOVID19ANS_2022Janeirofinal.pdf \(www.gov.br\)](http://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/boletins/boletim-covid-19-2022-janeiro-final.pdf). Acesso em: 09 jan. 2022.

⁷ ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar. Dados Gerais: Tabelas de beneficiários de planos de saúde, taxas de crescimento e cobertura. Disponível em: [Dados Gerais — Português \(Brasil\) \(www.gov.br\)](http://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/dados-gerais). Acesso em: 09 jan. 2022.

⁸ BRASIL. Boletim Covid-19. Ministério da Saúde, 2022. Disponível em: [Covid-19 Casos e Óbitos \(saude.gov.br\)](http://saude.gov.br/covid-19-casos-e-obitos). Acesso em: 09 jan. 2022.

2. LINHAS GERAIS SOBRE O DIREITO À SAÚDE

De acordo com a Organização Mundial da Saúde, entende-se a saúde como um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas como a ausência de doença ou enfermidade. A mesma organização ainda afirma que “os Governos têm responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas.”⁹

A discussão sobre o direito à saúde é mais antiga do que se parece. Há relatos sobre o surgimento por volta de 4.000 a.C.¹⁰ Mas, é na Segunda Guerra Mundial, que ocorre a criação da Organização Mundial da Saúde (OMS), bem como a definição de saúde nos moldes atualmente apresentados. Percebe-se que tal definição visa, para além de definir a saúde, universalizá-la, uma vez que se apresenta como direito público subjetivo, que se caracteriza pelo eterno binômio ser humano e Estado. O ser humano assume a qualidade de sujeito de direitos, quer de ordem privada quer de ordem pública.¹¹ É de se destacar que mesmo reconhecida a importância da definição de saúde imposta pela OMS, alguns autores a criticam por entenderem ser muito universalista. Um exemplo disso é a crítica trazida por Rezende (2010, p. 230):¹²

(...) apesar de representar uma grande conquista por abordar o conceito positivo de saúde e ser importante ponto de vista doutrinário para o Direito, se mostra insuficiente do ponto de vista prático, pois quem não alcança tal estado estaria doente e nesse caso todos nós estaríamos doentes, ou seja, seríamos milhões de doentes na Terra com o sonho de se tornar saudável.”

⁹ NOVA IORQUE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**, 22 de Julho de 1946. Disponível em: <http://www.nepp-dh.ufrj.br/oms2.html>. Acesso em: 14 jan. 2022.

¹⁰ SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 29-30.

¹¹ COSTA, M. L. da. **O direito público subjetivo e a doutrina de Duguit**. *Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, 47, 1951, p. 490. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66172>. Acessado em 14 jan. 2022.

¹² REZENDE, Nanci F. **A amplitude da expressão saúde no marco normativo brasileiro**. In: BLIACHERIENE, Ana C. SANTOS, José. S. (Orgs.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p.230.

Embora reconhecida a existência de inúmeras críticas¹³ sobre o conceito apresentado pela OMS, deve ser reconhecido o avanço. Alterou-se o entendimento de que a saúde é apenas “curativa”, enfoque na ausência de doença, para uma preocupação com o bem-estar, prevenção e promoção à saúde.¹⁴ Restou reconhecido que a saúde não é apenas a ausência de doenças, mas está diretamente ligada ao bem-estar do homem, tanto interiormente quanto em sua relação com o ambiente físico e social onde ele se insere.¹⁵

Dito isso, cabe compreender como se deu o processo de positivação desse direito em nosso ordenamento jurídico.

2.1. Do processo de positivação do direito à saúde

Dentre os textos constitucionais, verifica-se que, antes da CF/88, ocorreram apenas tímidas aparições sobre o direito à saúde na constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 16/07/1934, quais sejam:¹⁶

Art. 10. Compete concorrentemente à União e aos Estados:

II, cuidar da saúde e assistência públicas;

Art. 121. A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a protecção social do trabalhador e os interesses economicos do paiz.

§ 1º A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que collimem melhorar as condições do trabalhador:

¹³ PEREIRA, Jhony Rodrigues. **Os reflexos da judicialização da saúde suplementar na atividade das operadoras de planos de saúde**. Monografia (para obtenção do título de Bacharel em Direito) - Curso de Direito, do Centro Universitário Univates, Lajeado, 2014. p. 15. Disponível em: [Biblioteca Digital da Univates: Os reflexos da judicialização da saúde suplementar na atividade das operadoras de planos de saúde](#). Acesso em: 14 jan. 2022.

¹⁴ Ibidem, p. 13.

¹⁵ DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito à Saúde. Revista de Saúde Pública, São Paulo, v. 22, n.º. 1, 1988, p. 58

¹⁶ POLETTI, Ronaldo. Constituições Brasileiras, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições técnicas, v. III, 3ª edição, 2012, p. 99-136. Disponível em: [Constituicoes_Brasileiras_v3_1934.pdf \(senado.leg.br\)](#) Acesso em: 14 jan. 2022.

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurado a este descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte;

Art. 138. Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:

f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis;

g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais.

A consagração do direito universal à saúde no direito pátrio pode ser considerada, em termos gerais, como recente, uma vez que sua efetiva previsão teve aparição apenas na Constituição brasileira de 1988.

Conforme dispõe o art. 196, da CF/88,¹⁷ “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” Para que ocorresse a consagração desse direito fundamental, foi necessário anteriormente um longo movimento de Reforma Sanitária.

Esse processo democrático recebeu grande fomentação dos movimentos sociais, movimentos estudantis, sindicatos e organizações trabalhistas, que inspiraram a criação de instituições centradas na equidade e na universalidade do acesso à saúde, a exemplo do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde (Cebes) em 1976 e da Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva (Abrasco) em 1979.

Ocorre que a criação do sistema público universal de saúde: o Sistema Único de Saúde (SUS), nos moldes de temos hoje, foi garantido mediante persistente luta da Reforma Sanitária Brasileira, que formula uma concepção ampla para a saúde e o próprio projeto do SUS, nasce

¹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [Constituição \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br). Acesso em: 14 jan. 2022

com Cebes, em 1976, a partir da iniciativa de David Capistrano Filho, médico sanitário, que fomentou efervescente debate sobre a saúde pública mesmo o Brasil estando em um momento histórico tão conturbado: período da ditadura militar (1964-1984).¹⁸ A proposta para a saúde pública discutida no âmbito do Cebes repercutiu diretamente na Assembleia Constituinte (1986-1988), visto que até então os setores conservadores não buscavam alterar a realidade da saúde à época que permanecia sendo excludente e ineficaz.

É mister salientar que a Carta de 1988 buscou se preocupar com a efetiva garantia do direito à saúde até mesmo aos indivíduos ou grupos organizados em situação econômica desfavorecida. Verifica-se essa preocupação quando o texto constitucional prevê duas instituições administrativas, o Ministério Público (CF, art. 129, II)¹⁹ e a Defensoria Pública (CF, art. 134)²⁰ que visam de forma privilegiada assegurar a saúde a aqueles que não têm situação econômica favorável.

Além disso, verifica-se a previsão do direito à saúde no art. 6º, da CF²¹ e a sua elevação à direito social. Ocorre que a localização do referido artigo é no “Capítulo II” do Título II” que trata “Dos Direitos e Garantias Fundamentais.”

Segundo lições trazidas por Schwartz (2001, p.62):²²

[...] os direitos sociais encontram-se elencados no Capítulo II do Título II da Constituição 1998. E o Título II da Carta Magna trata dos direitos e garantias fundamentais. Logo, se os direitos sociais estão insculpidos em um capítulo que se situa e que está sob a égide dos direitos e garantias fundamentais, é óbvio que

¹⁸ COSTA, A. M.; RIZZOTTO, M. L. F.; LOBATO, L.V.C.; GIOVANELLA, L. Centro Brasileiro de Estudos de Saúde: movimento em defesa do direito à saúde. **Saúde em debate**, Rio de Janeiro, v. 44, n. especial 1, p. 135-141, 2020. Disponível em: [SciELO - Brasil - Centro Brasileiro de Estudos de Saúde: movimento em defesa do direito à saúde Centro Brasileiro de Estudos de Saúde: movimento em defesa do direito à saúde](#). Acessado em: 30 set. 2021.

¹⁹ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

II- zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia.

²⁰ Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

²¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [Constituição \(planalto.gov.br\)](#). Acesso em: 14 jan. 2022.

²² SCHWARTZ, Germano A. D. Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.62.

os direitos sociais (como a saúde) são direitos fundamentais do homem e que possuem os mesmos atributos e garantias destes direitos.

Em segundo plano cumpre definir o que seria um direito fundamental. Os direitos fundamentais (sentido lato) dizem respeito àqueles direitos do homem positivamente reconhecido pelo direito constitucional²³

De mesmo entendimento Alexandre Pinto²⁴ leciona que:

(...) os direitos fundamentais representam o núcleo inviolável de uma sociedade política, com vistas a garantir a dignidade da pessoa humana, razão pela qual não devem ser reconhecidos apenas formalmente, mas efetivados materialmente e de forma rotineira pelo Poder Público”

Verifica-se nos estudos dos direitos fundamentais a sua classificação em “dimensões” ou “gerações.” Tais direitos são divididos em três “dimensões”, primeira, segunda, terceira e quarta. Sendo a primeira geração relacionada aos direitos ligados à liberdade tanto de locomoção, religião, direito ao sigilo de correspondência.

No tocante aos direitos de segunda geração, “são os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades”, nascidos “abraçados ao princípio da igualdade²⁵” e que, diferentemente, dos direitos da primeira dimensão requerem uma ação, atuação positiva do Estado, implementação de políticas e serviços públicos.

Com relação aos direitos de terceira dimensão, são direitos universais, destinados à fraternidade, procura assegurar a coletividade, um exemplo é o do ambiente ecologicamente equilibrado. O traço marcante é a proteção dos direitos de titularidade coletiva, voltados de caráter humanitário e universal (PINTO, 2009, p.7)²⁶

Por fim, e não menos importante, os direitos de quarta geração. É de se destacar que a existência dessa geração não é um consenso doutrinário. Seriam os direitos fundamentais

²³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 35-36.

²⁴ PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. Direitos Fundamentais: Legítimas prerrogativas de liberdade, igualdade e dignidade. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, 2009, p.1.

²⁵ BORBA, Alexsander Rafael de. **A gratuidade no sistema único de saúde enquanto princípio implícito e a (IM)possibilidade de co-pagamento pelo usuário.** Monografia (para obtenção do título de Bacharel em Direito) -Departamento de Direito Econômico e do Trabalho, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2017. p. 16. Disponível em: [Biblioteca Digital da Univates: Os reflexos da judicialização da saúde suplementar na atividade das operadoras de planos de saúde](#). Acesso em: 14 jan. 2022.

²⁶ Ibidem, p. 7.

relacionados à biotecnologia e bioengenharia. “Se revelam como direitos das gerações futuras, isto é, preocupações quanto à vida das gerações futuras” (PIRES, 2014, p.76)²⁷

Considerando o que foi aludido, mostra-se evidente que o direito à saúde é posto como direito fundamental da segunda geração, primeiro, por ser um direito social nos termos do texto constitucional, bem como por depender da atuação do Estado para sua garantia. Sendo esse o entendimento majoritário na doutrina.²⁸

Conforme trazido no presente trabalho em outros momentos, o texto constitucional em seu art. 196²⁹ prevê que “*a saúde é direito de todos e dever do Estado*”, devendo, dessa forma, tal direito ser garantido mediante a ação positiva do mesmo que, segundo o citado art., deve ocorrer “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos.” Ocorre que tal dispositivo, quanto à sua aplicação, mostra-se, para alguns doutrinadores, como uma norma de eficácia limitada.

Explica José Afonso da Silva (1998, pp. 82-83)³⁰ o que seriam normas de eficácia limitada:

Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou outro órgão do Estado.

Ainda existe uma subclassificação, norma constitucional de princípio programático, isto é, apresenta um programa, diretrizes a serem implementadas, que segundo SILVA (1998, pp. 83-84):³¹

(...) não impõe propriamente uma obrigação jurídica, mas traduz um princípio, segundo o qual a saúde e o desporto para todos e cada um se incluem entre os fins estatais, e deve ser atendido; sente-se, por isso, que as prescrições têm

²⁷ PIRES, Antonio F. **Direito Constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

²⁸ PEREIRA, Jhony Rodrigues. **Os reflexos da judicialização da saúde suplementar na atividade das operadoras de planos de saúde**. Monografia (para obtenção do título de Bacharel em Direito) - Curso de Direito, do Centro Universitário Univates, Lajeado, 2014. p. 20. Disponível em: [Biblioteca Digital da Univates: Os reflexos da judicialização da saúde suplementar na atividade das operadoras de planos de saúde](#). Acesso em: 14 jan. 2022.

²⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em: [Constituição \(planalto.gov.br\)](#). Acesso em: 14 jan. 2022

³⁰ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3ª ed. Malheiros Editores Ltda. São Paulo: 1998, p. 82-83.

³¹ Ibidem, pp. 83-84

eficácia reduzida, mas também se nota sua diferença em relação àquelas outras, especialmente quanto aos objetivos sociais e aos meios de atuação prática. Aquelas dependem de legislação (a lei disporá..., regulará...etc); o constituinte incumbiu ao legislador ordinário a sua executoriedade, mediante normatividade ulterior. As últimas não remetem à lei; estabelecem apenas uma finalidade, a princípio, não impõem propriamente ao legislador a tarefa de atuá-las, mas requerem uma política pertinente à satisfação dos fins positivos nelas indicados.

Portanto, conforme o exposto, por se tratar de norma constitucional programática, verifica-se a necessidade da existência de norma ulterior, a fim de efetivar o programa previsto.

Ademais, cumpre pontuar que, para outros doutrinadores, como é o caso do Schwartz (2001, p. 60),³² deve-se interpretar o direito à saúde como direito fundamental de aplicação imediata, pois, do contrário, impediria ao cidadão de buscar a tutela da saúde, visto que implicaria na limitação do “dever do Estado de apenas implementar políticas sociais e econômicas objetivando tão somente o esclarecimento da população, a fim de que esta, por si própria, fosse responsável pela proteção da saúde.”

2.2. Sistema Único de Saúde

Ao prosseguir com a análise do texto constitucional, verifica-se a previsão nos art. 198 a 200, do Sistema Único de Saúde (SUS). Pois bem, o que seria tal Sistema e qual a sua função?

O setor de saúde suplementar está presente no Brasil há mais de 70 anos.³³ Um exemplo disso é a Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil (CASSI), criada em 27 de janeiro de 1944. Trata-se de uma operadora de planos de saúde voltada aos funcionários do Banco do Brasil. Inicialmente, a oferta de saúde para população em geral que não houvesse vínculo formal de trabalho ocorria mediante atendimento em instituições filantrópicas (entidades privadas) quando existente ou disponíveis. Já existia a oferta de planos de saúde privados por meio de Institutos de Previdência.³⁴

³² SCHWARTZ, Germano. A. D. Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

³³ CIRICO, F. P.; RESNER, A. A. R.; RACHED, C. D. A. Os impactos da Judicialização na Saúde suplementar. Revista Gestão em Foco. São Paulo, ed. nº 11, 2019.

³⁴ BODRA, Maria Eugênia Ferraz do Amaral. Regulação da Saúde Suplementar à Luz dos Princípios de Direito Econômico Sanitário. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade

A história do SUS é permeada por uma crise do modelo assistencial privatista que o antecedeu. Nos anos de 1970 e 1980, verificou-se “uma sucessão de modificações políticas, econômicas e sociais que determinaram a superação deste modelo”.³⁵ O chamado Movimento da Reforma Sanitária Brasileira, com origem no período militar, motivado pela busca de melhores condições de vida, trabalho e pela efetivação de políticas públicas a fim de garantir efetivação desses direitos básicos aos indivíduos.

É com os crescentes debates motivados por esse movimento que se deu a previsão do Sistema único de saúde na Carta Magna e, dois anos depois sua institucionalização a partir da Lei nº 8.080/1990.³⁶ No artigo 4º da referida lei, o Sistema Único de Saúde é definido como sendo “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público.” Trata-se de uma redação quase idêntica ao art. 198, da CF/88.³⁷ Ocorre que o texto constitucional ainda prevê as diretrizes que devem ser seguidas, a saber: “à descentralização do sistema (inciso I); “ao atendimento integral, priorizando-se a prevenção, mas sem que se deixe de lado os serviços de assistência” (inciso II); e “à participação da comunidade (inciso III)”

Dentre as atribuições delegadas a esse sistema, observa-se, conforme previsão da CF/88:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

de Direito da Universidade de São Paulo. Disponível em: [Maria Eugenia DireitoEconomicoSanitario.RevFinal.14.1.2020 \(usp.br\)](#). Acesso em: 30 set. 2021. p. 33.

³⁵ BORBA, Alexsander Rafael de. **A gratuidade no sistema único de saúde enquanto princípio implícito e a (IM)possibilidade de co-pagamento pelo usuário**. Monografia (para obtenção do título de Bacharel em Direito) -Departamento de Direito Econômico e do Trabalho, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2017. p. 44. Disponível em: [Biblioteca Digital da Univates: Os reflexos da judicialização da saúde suplementar na atividade das operadoras de planos de saúde](#). Acesso em: 14 jan. 2022.

³⁶ BRASIL. **Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências**. Brasília, DF: Previdência da República. Disponível em: [L8080 \(planalto.gov.br\)](#) Acesso em: 14 jan. 2022.

³⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [Constituição \(planalto.gov.br\)](#). Acesso em: 14 jan. 2022

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

A Lei Orgânica da Saúde, como é conhecida a Lei nº 8.080/1990³⁸, em seu art. 7º, ainda consagra princípios que devem ser norteadores do SUS, de modo a garantir a efetivação do Direito Fundamental à Saúde, quais sejam:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;

IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;

VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;

VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;

VIII - participação da comunidade;

IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:

³⁸ BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Previdência da República. Disponível em: [L8080 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br/l8080) Acesso em: 14 jan. 2022.

- a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;
- b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;
- X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;
- XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;
- XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência;
- e
- XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

O SUS apresenta-se como um sistema desafiador, tanto na sua organização quanto no seu financiamento. Verifica-se que a Carta Magna, ao tratar da saúde, decidiu incumbir a proteção e defesa desta como competência comum entre à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, conforme disposto em seu no artigo 23, inciso II.³⁹

Ocorre que mesmo com essa competência comum, observou-se uma crescente dificuldade e desempenho insuficiente para instituir o acesso universal, equitativo à população. Desta forma, criou-se um sistema híbrido de modo a permitir a atuação do setor privado de saúde, a saúde suplementar que é amparada constitucionalmente.

Alguns autores reconhecem que o sistema de saúde brasileiro, na verdade, apresenta-se como duplicado e não suplementar (Classificação da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico).⁴⁰

Nesse sentido, as atividades de saúde seriam serviços públicos mesmo quando prestados pelo setor privado:

Há, portanto, serviço público mesmo nas hipóteses de prestação de serviços de educação e saúde pelo setor privado. Por isso mesmo é que os arts. 209 e 199 declaram expressamente serem livres à iniciativa privada a assistência à saúde e o ensino - não se tratassem, saúde e ensino, de serviço público razão não haveria para as afirmações dos preceitos constitucionais.⁴¹

³⁹ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) II- cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

⁴⁰ BODRA, 2020.

⁴¹ OCTAVIANI, Alessandro. **Atuação do Estado em relação à economia dos seguros privados: pensando a partir de Eros Grau**. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Org.). **Direito: teoria e experiência – estudos em homenagem a Eros Roberto Grau**. São Paulo: Malheiros, 2013, v.1, p. 1211-1251.

Frisa-se que a saúde de iniciativa privada “retira do Estado o monopólio da atuação direta na assistência à saúde, mas não flexibiliza e nem afasta a responsabilidade desse de garanti-la aos indivíduos.” (SCAFF, 2010, p. 38).⁴²Conforme anteriormente aludido, restou comprovado que a necessidade da iniciativa privada atuar de forma “complementar” visa minimizar possíveis prejuízos, carência aos cidadãos.

No presente capítulo, restou elucidado o que é saúde, bem como de que é dever do Estado (art. 198, da CF/88) garantir esse direito fundamental. Ademais, verificou-se que o Estado, mediante políticas públicas deve efetivar o direito à saúde, sendo o Sistema Único de Saúde a principal política pública de saúde implementada e que, em decorrência da dificuldade do financiamento desse Sistema, a Carta Magna previu a atuação suplementar do setor privado na garantia do direito à saúde. Sendo, portanto, pertinente a abordagem dos seguintes temas no segundo capítulo: Quais são os sujeitos que atuam na saúde suplementar? Quais os órgãos e disciplinas legais que regulam esse setor?

3. SOBRE A SAÚDE SUPLEMENTAR

⁴² SCAFF, Fernando C. **Direito à Saúde no Âmbito Privado**: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 38.

Uma vez analisado o marco legal da saúde complementar no Brasil, após a Constituição de 1988, observa-se a necessidade de perpassar pela história da saúde complementar no Brasil, compreender quais os institutos que a regulam e quais são os agentes regulados.

3.1. Linha do tempo sobre o setor suplementar da saúde no Brasil

Inicialmente, cumpre destacar que a assistência médica privada tem origem anterior à criação de hospitais públicos, isto porque, em um primeiro momento, a saúde foi vista como benefício a grupos de trabalhadores brasileiros.

Ocorre que o aparecimento da arquitetura do setor privado que se vislumbra atualmente começou a ser desenhada a partir da Lei Eloy Chaves, marco do início da Previdência do Brasil, este dispositivo criou as Caixas de Aposentadoria e Pensões (CAPs). Tais caixas funcionavam como fundos geridos e que financiavam os serviços médico-hospitalares dos trabalhadores e seus dependentes.

A década de 30 é marcada pelo aparecimento dos Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAPs), financiados pela contribuição patronal e dos empregados, surgem os primeiros “esquemas de intermediação dos serviços médicos-hospitalares, operados pela cobertura de riscos assistenciais, ancorados na solidariedade e mutualismo”. Em seguida, em 1940, verificou-se a criação da Caixa de Assistência aos Funcionários do Banco do Brasil (Cassi).

Posteriormente, no contexto nacional, vislumbra-se uma forte expansão industrial, foram os "Anos JK", que culminaram em um rastro da industrialização do ABC paulista. O atendimento tendia a ser orientado para os casos de acidente de trabalho, no intuito de repor o trabalhador mais rapidamente à produção. É a partir desses anos (1950) que se verifica mais claramente a participação privada lucrativa na assistência à saúde. E em 1966, com a unificação de todos os Institutos existentes em uma único o Instituto Nacional de Previdência Social, INPS, observou-se uma expansão muito grande na assistência médica.

Esse cenário fomentou as medicinas em grupo, que se organizavam em torno de proprietários ou acionistas de hospitais que ampliaram sua rede de serviços pela compra de consultas médicas realizadas pelos profissionais em seus próprios consultórios. Como consequência, houve um incentivo ao mercado privado de saúde, porque desenvolveu nas

empresas a prática de prestar serviços aos empregados, o que gerou no mercado empresas médicas que geriam assistência médica para as empresas empregadoras.

Um aspecto importante do sistema de saúde brasileiro é a sua trajetória desenvolveu-se a partir da previdência social. O benefício era vinculado ao contrato de trabalho formal, sendo caracterizado como espécie de seguro e não como direito de cidadania. Essa característica foi um dos fatores que fomentou a insustentabilidade desse formato, visto que se verifica dois sujeitos que possuem visões antagônicas, aquele que presta um serviço e outro que tem o dever de garantir o direito à saúde (Estado).

A saúde passou a ser um bem de consumo médico. Este ambiente serviu de estímulo para a entrada das seguradoras no ramo saúde no processo de “financeirização” do seguro privado.⁴³

A década de 80 e 90 foi marcada pelo crescimento da comercialização de planos individuais e familiares. Com o crescimento do setor, entre 1992 e 1996, dentre as cinco primeiras reclamações à Fundação de Defesa e Proteção do Consumidor (PROCON) de São Paulo, Brasília e Rio de Janeiro eram queixas sobre planos e seguros de saúde.

Ademais, conforme exposto por Junior e Gouveia, citando Carvalho, o cenário era de um mesmo prestador de serviço que atendia pelo sistema público como pela intermediação dos convênios médicos, *vide* relato a seguir:

Nesses hospitais, os serviços de saúde pública são divididos em dois: um para os que podem pagar e outro para os que não podem. Por exemplo, no Incor, o ambulatório para atendimento do SUS fica no subsolo do edifício. A sala de espera tem poltronas de plástico e está sempre lotada. Sentados, alguns pacientes recebem o soro ali mesmo. É o serviço dos pobres. Os serviços para os que têm direito para pagar o atendimento fica no andar de cima. Na entrada uma placa afasta os desavisados “Consultórios - Convênio Particulares.” Suas poltronas são de couro e piso tem carpete. Quem tem dinheiro para pagar é atendido imediatamente, quem é cliente do SUS corre o risco de esperar até três meses. (Carvalho, 1995, *apud* Junior e Gouveia, 2012 pp.42-43,)

⁴³ SICSÚ, Bernardo. **Seguro saúde no Brasil dos anos 90: uma análise da competição empresarial como subsídio ao desenvolvimento da experiência regulatória.** Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2002, (Tese de Doutorado)

Com a tendência de crescimento do setor suplementar, foi possível verificar a participação ativa de dois personagens, de um lado defensores dos usuários e consumidores e de outro Conselhos de Medicina em defesa da autonomia profissional da classe. Frente a conjuntura apresentada, mostrou-se cada vez mais urgente a regulamentação desse mercado.

3.2. Dos dispositivos legais que disciplinam este ramo

Em 1998, a Carta Magna destinou-se a prever a saúde como um direito social em seu art. 196, a ser garantido pelo Estado. Não obstante, e, conforme já explicitado em outros momentos, previu a possibilidade da atuação da iniciativa privada, conforme o art. 199 do mesmo documento.

Ocorre que a regulamentação do setor é prevista com 10 anos de atraso, apenas com o advento da Lei dos Planos de Saúde, Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998. Tal dispositivo apresenta-se como diretriz geral que estabelece as bases da Saúde Suplementar e determina a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Tal Agência foi criada com a MPv nº 1.012-2, de 2000 e convertida na Lei nº 9961, de 28 de janeiro de 2000. Assim, verifica-se que o *start* para o início do processo de regulamentação do sistema privado de assistência à saúde.

Montone (2002, *apud* Pereira 2009, p. 21) explica que o processo de regulamentação do mercado de saúde suplementar pode ser dividido em três etapas:

O marco legal original da regulamentação é o resultante da Lei 9656 e da Medida Provisória 1655, atualizada em múltiplas MPs subsequentes. A segunda etapa do processo de regulação ocorreu em setembro de 1999 e teve dois movimentos importantes: a) a introdução do conceito legal de Plano Privado de Assistência À Saúde para enfrentar a discussão da inconstitucionalidade da inclusão das seguradoras no universo da regulação. Submetido à legislação específica, o setor de seguros questionava a legalidade da sua inclusão na esfera de abrangência da regulação. Optou-se por definir a abrangência pelo tipo de produto e não pelas características das empresas ou entidades que o oferecem...; b) a definição do Ministério da Saúde, através do CONSU e da SAS/DESAS, como o único responsável pelos dois níveis de regulação do setor: o econômico-financeiro e o de assistência à saúde. A terceira etapa foi a criação da ANS.

Em um primeiro momento, o setor era regulado por um viés predominantemente economicista, uma constatação disso é o fato de a regulação ser exercida pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), que tinha suas diretrizes definidas pelo Conselho Nacional de

Seguros Privados (CNSP) que por sua vez ambos eram de atribuição do Ministério da Fazenda, portanto o Ministério da Saúde desempenhar um papel secundário.

O insucesso de um modelo bipartite, no qual de um lado atuava a SUSEP-CNSP e do outro o Ministério de Saúde através da Secretaria de Assistência à Saúde/Departamento de Saúde Suplementar do Conselho de Saúde suplementar (CONSU), culminou, em 1999, na unificação de todas as atribuições de regulação sob responsabilidade do Ministério da saúde.

Por fim, houve em 28 de janeiro de 2000, através da Lei 9.961 a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Agência essa dotada de autonomia orçamentária, administrativa e política.

Antes de se passar ao estudo da Agência Nacional de Saúde, cabe pontuar que para além das normas acima indicadas, o Código de Defesa do Consumidor é diploma que também deve servir de orientação e regulação no setor da saúde.

3.3. Linhas Gerais sobre a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)

A ANS nasce de um o propósito de instância reguladora de um setor da economia sem padrão de funcionamento. A Agência regula a saúde suplementar enquanto que o SUS é regulado a partir de outro mecanismo. Trata-se de uma autarquia vinculada ao Ministério da Saúde e com isso, adstrita às diretrizes fixadas pelo Consu, Conselho Nacional de Saúde Suplementar, criado pela Lei nº 9.635 de junho de 1998 (LPS). A Agência, segundo o art. 3º da Lei 9.961 de 28 de janeiro de 2000, terá por finalidade “promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.”

Cabe ainda expor o art. 4º da Lei 9.961, pois no mesmo se encontram elencadas as competências direcionadas à Agência. Frente a diversidade de competências destaco apenas as que possuem maior pertinência com as discussões que serão levantadas neste trabalho, a saber: (a) estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras; (inciso II); (b) elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei no 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas

excepcionalidades (inciso II); (c) fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento (inciso XXIII); (d) fiscalizar a atuação das operadoras e prestadores de serviços de saúde com relação à abrangência das coberturas de patologias e procedimentos (inciso XXVI).

Diferentemente das demais Agências Reguladoras, a ANS tem uma característica muito peculiar: seu campo de atuação é a proteção da vida humana, que não pode ser vista apenas como uma mercadoria a ser ofertada. Considerando o exposto, verificou-se a partir de 2004 um processo de mudanças na lógica assistencial, uma preocupação com a qualidade dos serviços a serem prestados. Esse esforço pode ser verificado na implementação do Programa de Qualificação da Saúde suplementar que concentrou o foco no rol de procedimentos obrigatórios, no controle dos preços dos planos e, de modo mais, no desempenho das operadoras que é realizado pelo Índice de Desempenho da Saúde Suplementar (Koyama, 2006 apud Gamarra, 2017, p. 8.).

3.4. Dos Agentes regulados

Uma vez compreendido, em linhas gerais, os desdobramentos da regulamentação estatal da saúde suplementar no Brasil, bem como o que seria a Agência Nacional de Saúde Suplementar e sua finalidade, cabe compreender quem são os agentes regulados por essa autarquia.

Nos termos do art. 1º, II, da Lei 9.656: “II - Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de Plano Privado de Assistência à Saúde.

Cabe dizer que a regulamentação editada pela ANS estendeu a classificação das operadoras no que diz respeito à forma de escrituração contábil e de apuração de resultados como em função do tipo de atenção prestada (Junior e Gouveia, 2012, p.226).⁴⁴

Assim, pode-se dizer que as operadoras passaram a estar classificadas nas seguintes modalidades organizacionais: medicina ou odontologia de grupo, seguradora, cooperativa médica ou odontológica, filantropia, autogestão e administradora.

Por medicina em grupo entende-se por operadoras que administram planos de saúde pelos antes conhecidos convênios médico-hospitalares. Trata-se da forma dominante no mercado, tanto em número de operadoras como de consumidores, mas sua maioria é de operadoras de pequeno porte (Junior e Gouveia, 2012, p.227).

Já no que diz respeito a odontologia de grupo, trata-se de qual estrutura, mas voltada para os planos odontológicos.

No tocante às seguradoras especializadas em saúde, é interessante retornar ao estudo do subcapítulo que apresenta a cronologia sobre a regulação da saúde suplementar nacional, nesse sentido, ponto que a regulação do seguro-saúde é anterior à do mercado de saúde suplementar. Mostra-se pertinente registrar que o seguro saúde era regido pelo Decreto- lei nº 73/73/1996 e fiscalizado pela SUSEP, sob a regulamentação do CNSP. Ocorre que pela edição das Leis nºs 9656/1998 e 9.961/2000, o seguro-saúde passou a se enquadrar como plano privado de assistência à saúde.

⁴⁴ JUNIOR, A. G. S.; GOUVEIA, M. T. C. S. saúde suplementar: regulação e jurisdição. *In*: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. Direito Sanitário. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 255 224-252

Na seara das cooperativas médicas, essas são definidas nos termos da Lei nº 5.764 de dezembro de 1971, que as constitui, como pessoas com forma e natureza próprias que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro (art. 3º e art. 4º).

Por filantropia, para fins de operadoras de saúde, cumpre citar o art. 199, §1º, da CF/88 que dispõe: As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Ainda sobre entidades filantrópicas cabe reproduzir o entendimento do Ministro Moreira Alves em ADI 2.028-5:⁴⁵

Assim, entidade que atua em benefício de outrem com dispêndio do seu próprio patrimônio sem contrapartida é entidade filantrópica, mas não deixa de ser beneficente a que, sem ser filantrópica, atua sem fins lucrativos e no interesse de outrem.

Por fim, as operadoras classificadas como autogestão são as entidades privadas que operam planos em sistema fechado, com população assistida delimitada, vinculada a instituições públicas ou organizações privadas ou, ainda, a sindicatos ou associações, operando o plano por intermédio de um setor interno (Junior e Gouveia, 2012, p.225).

Importante referir que não é objetivo deste trabalho esgotar os estudos sobre as operadoras do sistema suplementar, mas é de suma importância ressaltar que nenhuma delas está dispensada de realizar registro junto à ANS.

⁴⁵ BRASIL. STF, **ADI: 2.028-5/DF**, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Data de Julgamento: 02/03/2017.

3.5. Dos contratos de planos privados de assistência à saúde: da aplicação da teoria do diálogo das fontes e dos tipos de contratos previstos na Lei Geral de Planos de Saúde

Retomando os estudos sobre a Lei de Planos de Saúde, verifica-se que esta delimita um marco temporal para produção de seus efeitos. É o que se verifica a partir da leitura do art. 35 da lei:

Art. 35. Aplicam-se as disposições desta Lei a todos os contratos celebrados a partir de sua vigência, assegurada aos consumidores com contratos anteriores, bem como àqueles com contratos celebrados entre 2 de setembro de 1998 e 1º de janeiro de 1999, a possibilidade de optar pela adaptação ao sistema previsto nesta Lei.

Portanto, para todos os efeitos a Lei dos Planos de Saúde (LPS) possui vigência a partir de 2 de janeiro de 1999. É de se destacar que na doutrina há severas críticas sobre a forma como foi disposto o marco temporal, visto que o texto não é tão claro (RIANI, 2008, p. 80 *apud* RODRIGUES, 2014). Nesse sentido, cumpre destacar que há contratos firmados antes da vigência da Lei nº 9656, de 1998, e posteriores à vigência dessa.

Depreende-se ainda, segundo Silveira, citado por Rodrigues (2014), para além da classificação de contratos “antigos” e “novos”, aqueles que foram adaptados. Contratos que foram firmados antes de 2 de janeiro de 1999 e que sendo anteriores não estariam adstritos às regras impostas pelo diploma, mas que foram adaptados. Cabe destacar que tal adaptação deve ser requerida pelo próprio beneficiário, vedada adaptação por ato unilateral da operadora (SILVEIRA, 2009 *apud* RODRIGUES, 2014, p. 50).

Até a criação desse marco regulatório, LPS, não havia padrão assistencial para os planos antigos, sendo amplo o leque de variações quanto ao acesso à rede de serviços. Desse modo, o consumidor era posto em uma situação de muita instabilidade. A extensão da cobertura também não se mostrava uniforme. Cada segmento apresenta especificidades quanto ao plano oferecido e às formas de comercialização, o que levava a um alto grau de diferenciação entre os produtos (Junior e Gouveia, 2012, p. 226).

É possível verificar, de tudo que foi dito até o momento, que, embora a saúde seja comercializada no setor privado, tanto os operadores quanto os contratos sofrem regulação do Estado. Isso porque o serviço prestado tem natureza pública. Nesse sentido, para que seja possível avaliar o que será posteriormente apresentado, verifica-se a necessidade de interpretar

os contratos de planos de saúde em conformidade com o texto constitucional. Haveria a possibilidade de diálogo entre os diversos instrumentos normativos na análise dos casos envolvendo planos de assistência privada à saúde? Haveria algum método de interpretação dessas diversas fontes?

Algumas mudanças são de profunda relevância para a história do direito e para motivar alterações no “*modus operantes*” vigente. O processo de constitucionalização do direito é um exemplo de mudança que em muito alterou a forma como o Direito Civil era visto e aplicado.

Inicialmente, cumpre, para entender o que seria essa nova forma de ver o direito, apresentar a sua definição, de acordo com Scheireber e Konder (2016, p. 225):

[...] corrente metodológica que defende a necessidade de permanente releitura do direito civil à luz da Constituição, não apenas para interpretar as normas ordinárias de direito civil (aplicação indireta da Constituição), mas também para reconhecer que as normas constitucionais podem e devem ser diretamente aplicadas às relações jurídicas estabelecidas entre particulares, de maneira a obter a máxima relativização dos valores constitucionais no campo das relações privada.

Tal metodologia seria a alteração do paradigma liberal, visão voltada para liberdade individual, para um olhar voltado aos valores trazidos pela Carta Magna, valores mais universais, a partir de fundamentos principiológicos constitucionais, “da nova tábua axiológica fundada na dignidade da pessoa humana (art. 1^a, III), na solidariedade social (art. 3^o, III) e na igualdade substancial (arts. 3^o e 5^o)”. Tem-se reconhecida a superioridade normativa da constituição. Considera-se o ordenamento jurídico como um só, sendo nele existente microssistemas, que contempla diversas leis e estatutos especiais.

Explica Pedra, citando Tepedino que:

Na esteira do texto constitucional, que impõe inúmeros deveres extrapatrimoniais nas relações privadas, tendo em mira a realização da personalidade e da, tendo em mira a realização da personalidade e a tutela da dignidade da pessoa humana, o legislador mais demais condiciona a proteção de situações contratuais ou situações jurídicas tradicionalmente disciplinadas sob ótica exclusiva patrimonial nas relações privadas, ao cumprimento de deveres não patrimoniais. (TEPEDINO, 2002, p. 113 apud PEDRA, 2003)

Frente essa metodologia apresenta-se um questionamento: haveria mais outras leis e estatutos especiais que precisariam ser observados quando analisado os contratos de planos de saúde? Não haveria conflito entre as normas?

Para que sejam esclarecidos os questionamentos apresentados é preciso estudar o que seria a teoria do diálogo das fontes e sua relevância nos contratos de planos de saúde. O primeiro aparecimento desse termo foi na Alemanha por Erik Jayme (1996, p. 259 apud MARQUES e BENJAMIN, 2017, p 23), a saber:

[...] a solução dos conflitos de leis emerge como resultado de um diálogo entre as fontes mais heterogêneas. Os direitos humanos, as Constituições, as Convenções internacionais, os sistemas nacionais: todas estas fontes não se excluem mais mutualmente, elas “dialogam” umas com as outras.

O aparecimento da expressão no Brasil surge do resgate por Cláudia Lima Marques (2012, p.22 apud DE FIGUEIREO e DE FIGUEIREDO 2018, p. 90):

O grande mestre de Heidelberg propõe então a convivência de uma segunda solução ao lado da tradicional: coordenação destas fontes. Uma coordenação flexível e útil (effet utile) das normas em conflito no sistema a fim de restabelecer sua coerência, isto é, uma mudança de paradigma: a retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico (ou do ‘monólogo’, de uma só norma possível a ‘comunicar’ a solução justa), à convivência destas normas, ao diálogo das normas para alcançar sua ratio, finalidade ‘narrada’ ou ‘comunicada em ambas’.

Interessante pontuar que o próprio código de defesa do consumidor reconhece esse método de interpretação, como se observa da leitura do Art. 7º do CDC, que prevê:

Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Considerando que já foram realizados alguns esclarecimentos, pode permanecer um pouco obscuro qual a relevância dessa teoria para análise dos contratos de planos de saúde.

Nesse sentido, cumpre esclarecer que os métodos de interpretação se apresentam como uma alternativa para buscar a melhor solução a um litígio em torno das relações consumeristas.

A fim de exemplificar o uso do diálogo das fontes na prática, seguem abaixo jurisprudências recentes com a sua aplicação.

Em decisão da 7ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios⁴⁶, o Desembargador Cruz Macedo não proveu o recurso de apelação interposto pela ré contra a decisão que julgou parcialmente procedente os pedidos da autora. Dentre os pedidos foi confirmada a tutela provisória, para determinar o custeio integral das despesas médico-hospitalares do autor, bem como condená-la a indenizar por dano extrapatrimonial. A ré argumentou que:

Há prevalência da Lei 9.656/1998 sobre a 8.078/1990, uma vez que aquela seria norma especial e mais recente em relação a esta, tendo como fundamento teórico o critério clássico de solução dos conflitos. Admite-se, excepcionalmente, a aplicação do Código Consumista de forma subsidiária, por determinação do disposto no art. 35-G da Lei dos Planos e Seguros Privados de Assistência à de Saúde.

Porém, verificou-se o posicionamento do Desembargador no sentido da aplicação do “diálogo das fontes” como uma solução ao conflito de normas que se apresentava, visto que essa metodologia se caracteriza como “aplicação simultânea e coerente de muitas leis ou fontes de direito privado, sob a luz da Constituição Federal de 1998.”

Explicou ainda o magistrado:

A bela expressão de Erik Jayme, hoje consagrada no Brasil, alerta-nos de que os tempos pós-modernos não mais permitem esse tipo de clareza ou de “monossolução”. A solução sistemática pós-moderna, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não

⁴⁶ (Apelação Cível nº 0700788-06.2021.8.07.0021 /TJDF Rel. Des. Cruz Macedo. 7ª Turma Cível, j. 29/09/2021 pub. DJe 13/10/2021)

só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, deve ser mais fluida, mais flexível, tratar diferentemente os diferentes, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções. Nestes tempos, a superação de paradigmas é substituída pela convivência dos paradigmas, a revogação expressa pela incerteza da revogação tácita indireta através da incorporação.

Outra decisão envolvendo a temática plano de saúde e que se utilizou da citada metodologia foi Apelação Cível nº 0008899-22.2016.8.19.0066 /TJRJ.⁴⁷ Na presente decisão, a aplicação da teoria das fontes está relacionada a lacuna que a lei especial, o CDC, apresenta sobre o prazo prescricional envolvendo ex-empregado, no presente caso, de Companhia Siderúrgica Nacional – CSN, que visa o restabelecimento e manutenção do benefício de plano de saúde.

O relator, frente a omissão legislativa, entendeu a aplicação da teoria do diálogo das fontes buscando a solução na lei geral (Código Civil), aplicando-se à espécie o prazo prescricional residual de 10 anos disposto no art. 205, do CC.

Pode-se constatar, a partir das decisões acima, uma tendência de aplicar a melhor fonte normativa, Lei dos Planos de Saúde, Código de Defesa do Consumidor, ou Código Civil para resolução de relações envolvendo contratos de assistência à saúde.

Ainda sobre a Lei dos Planos de Saúde e a sua interpretação a luz do Código de Defesa do Consumidor (CDC), preceitua Gregori⁴⁸ que:

Como já se disse, o CDC tem raiz constitucional, é lei geral principiológica, regula todas as relações de consumo, sendo, portanto, hierarquicamente superior à Lei nº 9.656/98, que regula as especificidades dos planos de saúde e é posterior e especial. Isso quer dizer que os consumidores de planos de saúde têm a prerrogativa de ver reconhecidos todos os seus direitos e

⁴⁷Apelação Cível nº 0008899-22.2016.8.19.0066 /TJRJ Rel. Des.Marcos Alcino de Azevedo Torres. 27ª Câmara Cível, j. 12/02/2020 pub. DJe 17/02/2020.

⁴⁸ GREGORI, Maria Stella. **CDC e os planos de saúde**. Rev. Cadernos de Seguro, Ed. 162, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://cadernosdeseguro.ens.edu.br/secao.php?materia=385>. Acessado em: 09 jan. 2022.

princípios assegurados pelo CDC, tanto na legislação especial quanto na esfera da regulamentação administrativa.

Outro assunto de suma importância é compreensão, nos termos Lei nº 9656/1998, que os planos são submetidos a determinadas obrigações de forma diferenciada, a depender de suas características.⁴⁹

Neste sentido, são 4 (quatro) características que devem ser observadas, quais sejam: (i) tipo de contratação; (ii) da rede assistencial; (iii) da abrangência territorial, (iv) da segmentação assistencial; e (v) da segmentação assistencial.

Quanto ao (i) tipo de contratação, esta pode ser (i.i) individuais/ familiares, (i.ii) coletivos por adesão ou (i.ii.i) coletivos empresariais. A principal diferença entre o primeiro grupo e o segundo diz respeito à pessoa que celebra a relação, uma vez que neste é uma pessoa jurídica, e naquele é ou são pessoa(s) física(s).

No tocante à rede assistencial, nota-se que os prestadores de serviço credenciados podem variar a depender do plano de saúde contratado.

Em terceiro plano, observa-se uma característica: quanto à (iii) abrangência geográfica, os planos podem ter cobertura nacional ou regionalizada, compreender um conjunto específico de municípios, grupo de Estados ou ainda apenas um único Estado ou Município.

Quanto à segmentação assistencial, isto é, conjunto de direitos, tratamentos, serviços e procedimento a que um usuário faz jus a partir da contratação⁵⁰ verifica-se a cobertura (v.i) ambulatorial; (v.ii) hospitalar ou (v.iii) odontológica, sendo permitido para além desses modelos algumas variações.

Ainda sobre a segmentação assistencial, mostra-se necessário uma diferenciação mais detalhada sobre os tipos de cobertura. Apresenta-se como o plano de saúde com cobertura mais

⁴⁹ BARCELLOS, Daniela Silva Fontoura. A regulação da saúde suplementar: avanços e limites perante o usuário de plano de saúde. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. Direito Sanitário. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 255.

⁵⁰ Ibidem, p. 255.

básica. Nos termos do art. 12, I, da Lei dos Planos de Saúde compreende cobertura de consultas médicas, em número limitado, bem como dispõe de cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente.



Figura 1 -

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, **Plano de Saúde**: Informações para contratação, manutenção, troca e cancelamento de plano. Disponível em: Apresentação Expertise (www.gov.br) Acessado em: 30 set. 2021.

De acordo com o art. 12, II, da Lei nº 9566/1998, o plano hospitalar compreende a cobertura de internações hospitalares, internações em Unidade de Terapia Intensiva ou similares, cobertura de despesas referente aos honorários médicos, cobertura de exames complementares indispensáveis para controle de doença, cobertura de despesa para acompanhantes de menores de 18 anos, remoção.

No tocante ao plano hospitalar, apresenta-se quatro subespécies desse gênero, a saber: quando inclui obstetria e quando não inclui. Naquele além do rol supramencionado, observa-se a cobertura de exames e procedimentos relativos ao pré-natal, assistência ao parto e ao recém-nascido durante os primeiros 30 dias de vida.

É possível ainda observar variações com a combinação do plano ambulatorial com o hospitalar sem obstetria e do ambulatorial acrescido do hospitalar com obstetria. Nessas subespécies verifica-se uma cobertura mais abrangente.

O plano odontológico é tratado no art. 12, IV, da Lei nº 9.656/1998 como sendo o que cobre: consultas, exames auxiliares ou complementares, procedimentos preventivos, de dentística e endodontia, cirurgias, realizadas no laboratório sem anestesia geral.

O plano referência configura-se como sendo o contrato-padrão que inicialmente compreendia todos os tipos de seguimento. Atualmente, inclui assistência ambulatorial, hospitalar e obstétrica em todo território brasileiro, excluindo-se o segmento odontológico. É obrigatório para as operadoras oferecerem o Plano Referência aos consumidores.

É mister salientar que com a advento da Lei nº9656/1998, houve a padronização das carências por meio do estabelecimento de prazos máximo para cada modalidade. De acordo com o art. 12, V, da referida lei, o prazo máximo de carência é de 24 horas para urgências e emergências, 300 dias para partos e 180 dias para demais casos.⁵¹

Outro ponto que merece destaque é a análise do Rol de Procedimentos Obrigatórios e Eventos em Saúde definido pela Agência Nacional da Saúde – ANS. Nesse rol é definido uma lista de consultas, exames e tratamentos que devem ser obrigatoriamente cobertos pelas operadoras de assistência à saúde em cada semento de plano (ambulatorial, hospitalar, odontológico).

No que diz respeito ao tema da cobertura dos planos de saúde e ao rol de procedimentos obrigatórios, *a priori*, esses temas são regulados pela Lei nº 9.656/1998, que garante e torna público o direito assistencial dos beneficiários dos planos de saúde, válida para planos de saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999, contemplando os procedimentos considerados indispensáveis ao diagnóstico, tratamento e acompanhamento de doenças e eventos em saúde.

Retomando o estudo ao enfrentamento da COVID-19, segundo a ANS, os planos de saúde já cobrem o tratamento dos problemas de saúde causados pelo coronavírus, no entanto esclarece que o consumidor tem que estar atento à segmentação assistencial de seu plano, por

⁵¹ Ibidem, p. 258.

exemplo: o ambulatorial dá direito a consultas, exames e terapias; o hospitalar dá direito a internação.⁵²

É possível observar que o entendimento que se tem prevalecido nos Tribunais tem sido o de flexibilizar a taxatividade defendida pela ANS. Nesse sentido, cumpre reproduzir posicionamento do Desembargador A.C. Mathias Coltro, da 5ª Câmara de Direito Privado do TJSP:⁵³

A alegação de que o procedimento não consta do rol da ANS não comporta acolhida, pois este **rol constitui referência básica para cobertura assistencial mínima e não pode se sobrepor à Lei Federal nº 9656/98, não sendo taxativo, mas sim exemplificativo**, não podendo as operadoras de plano de saúde restringir suas autorizações a este rol.

(...)

Saliente-se que **se cuida de contrato de adesão**, no qual pouco resta à parte para opinar no momento do acerto, sendo inviável a elaboração de contrato individual, **tendo a contratante que optar por aquele que lhe é mais conveniente, mas nem sempre é aquele por ela pretendido e, sempre é o que convém às empresas, tanto que para amparar tais situações desiguais é que se editou o Código de Defesa do Consumidor.**

Conquanto a Lei 9656/98, em seu artigo 10, § 4º, contemple que a amplitude das coberturas médicas de obrigatório custeio pelas operadoras de plano de saúde será definida por normas editadas pela ANS, o certo é que, como já consignado anteriormente, considero o rol da citada agência exemplificativo, não podendo as autorizações, ficarem a ele restritas.

(...)

Os Enunciados 21 e 27 da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça recomendou aos magistrados a observância do rol de procedimentos editado pela ANS ao procederem aos seus julgados, todavia, cuida-se de recomendações que podem ser seguidas, mas que não obriga os julgadores a utilizá-lo quando de suas decisões, que devem pautar-se sempre em leis e firme jurisprudência dominante dos E. Tribunais. **(grifo meu)**

⁵² Agência Nacional de Saúde complementar- ANS **inclui exame para detecção de Coronavírus no Rol de Procedimentos obrigatórios**. Disponível em: [ANS inclui exame para detecção de Coronavírus no Rol de Procedimentos obrigatórios - ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar](#). Acessado em 30 set. 2021.

⁵³ Apelação Cível nº 1001244-44.2020.8.26.0228/ TJSP Rel. Min. A.C. Mathias Coltro. 5ª Câmara de Direito Privado, j. 31/15/2021 pub. DJe 31/052021

Observa-se que a relação estabelecida entre os beneficiários e as operadoras de saúde, deve além de respeitar as normativas aludidas, estar em conformidade com o estabelecido no Código de Defesa do Consumidor, uma vez que se trata de relação de consumo, sendo o beneficiário a parte mais vulnerável da relação, principalmente, pelo bem jurídico a ser tutelado: a vida humana.

Se não bastasse, o Constituinte de 1988 ainda concedeu *status* constitucional ao Código do Consumidor, uma vez que o elegeu como direito fundamental do cidadão e como princípio geral da atividade econômica:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

[...]

Art 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

V - defesa do consumidor;

Motivado por isso verifica-se a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor em vários ramos de atividade ainda que existente leis específicas que regulam o setor. Exemplo: serviços públicos, atividades aéreas, bancárias. De igual maneira, verifica-se a aplicação deste Código com a lei específica que rege os planos de saúde (Lei 9.656/98).

Cláudia Lima Marques (2002, p. 399) assinala que:

“[...] apesar da L.9656/98, na sua versão atual, nominar os antigos contratos de seguro-saúde como planos privados de assistência à saúde, indiscutível que tanto os antigos contratos de seguro-saúde, os atuais planos de saúde, como os, também comuns, contratos de assistência médica possuem características e sobretudo uma finalidade em comum: o tratamento e a segurança contra os riscos envolvendo a saúde do consumidor

e de sua família ou dependentes. Mencione-se, assim, com o eminente Professor e Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que: 'Dúvida não pode haver quanto à aplicação do Código do Consumidor sobre os serviços prestados pelas empresas de medicina de grupo, de prestação especializada em seguro-saúde. A forma jurídica que pode revestir esta categoria de serviço ao consumidor, portanto, não desqualifica a incidência do Código do Consumidor. O reconhecimento da aplicação do Código do Consumidor implica subordinar os contratos aos direitos básicos do consumidor, previstos no art. 6º do Código[...]"

Posto isso, o mero respeito à segmentação assistencial do plano não se mostra como justificativa a argumentar que a ação do operador de saúde está em conformidade com os ditames legais.

De maneira notória na doutrina, tem-se que os contratos de plano de saúde são classificados como do tipo adesão, lanço mão neste momento as demais classificações, sobre essa classificação define o artigo 54, caput, do Código de Defesa do Consumidor como sendo: “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”⁵⁴.

Claudia Lima Marques assevera, ainda, três circunstâncias que caracterizam um contrato de adesão: “1) a sua pré-elaboração unilateral; 2) a sua oferta uniforme e de caráter geral, para um número ainda indeterminado de futuras relações contratuais; 3) seu modo de aceitação, onde o consentimento se dá por simples adesão à vontade manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais forte.”⁵⁵

Em seu livro Curso de Direito Civil, Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 300), orienta, para que ocorra a boa interpretação de um contrato de adesão contrato o respeito ao seguinte procedimento:

⁵⁴ BRASIL. **Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990**. Institui o Código de Defesa do Consumidor.

⁵⁵ SCHMITT, Cristiano Heineck; MARQUES, Cláudia Lima, *Visões sobre os planos de saúde privada e o código de Defesa do consumidor*, 16 mar. 2011, p. 47. Disponível em: *Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor* | eGov UFSC. Acesso m: 30 set. 2021.

Nos contratos de adesão, **prevalece a interpretação desfavorável ao predisponente** (CC, art. 424; CDC, art. 47). Como nos contratos de adesão, as cláusulas são redigidas unilateralmente por um dos contratantes — que pode, inclusive, aperfeiçoar a fórmula no seu interesse, à medida que se sucedem as contratações —, **em caso de obscuridade deve prevalecer a interpretação mais favorável ao aderente**. A regra de hermenêutica destina-se a impedir a introdução de cláusulas no instrumento de adesão intencionalmente arditosas, a partir das quais pudesse o predisponente argumentar em seu indevido proveito. **(grifo meu)**

O aderente no caso acima seria o consumidor na relação de consumo estudada neste trabalho. Nesse sentido, explica Schmitt⁵⁶ que haveria três dimensões de vulnerabilidade do consumidor nessas relações. Primeiro a vulnerabilidade a partir da publicidade, uma vez que com as atuais técnicas de marketing e obtenção de dados sensíveis o consumidor é massivamente manipulado. Em um segundo momento, haveria a vulnerabilidade no sentido técnico-profissional. O consumidor por não ter conhecimento, apresenta-se, frente aos fornecedores, como um indivíduo que carece de conhecimento técnico-profissional. Ademais, em terceiro lugar, observa-se a vulnerabilidade jurídica, primeiro pela falta de conhecimento técnico, depois pelas técnicas de contratação em massa, observadas nos contratos de adesão que impõem cláusulas gerais aos consumidores.

É da aplicação coordenada de ordenamentos jurídicos distintos, a fim de utilizar o dispositivo mais benéfico ao consumidor, que se verifica a teoria das fontes, explicada anteriormente. Sobre essa teoria advertiu Cláudia Lima que:⁵⁷

[...] o nosso método do Diálogo das fontes esclarece a lógica de tutela e proteção especial ao sujeito consumidor do CPC, possibilita uma visão unitária e coerente do direito privado, conforme a Constituição, e eleva a visão do intérprete para o do conjunto sistemático de normas... Método é o caminho, o método do diálogo das fontes é uma generosa luz que ilumina o nosso olhar, que nos guia por um caminho justo a seguir [...].⁵⁸

Nesta seara, Mendes (2013, p. 635)⁵⁹assevera que:

⁵⁶ SCHMITT, Cristiano Heineck; MARQUES, Cláudia Lima, Visões sobre os planos de saúde privada e o código de Defesa do consumidor, 16 mar. 2011, p. 11. Disponível em: Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor | eGov UFSC. Acesso m: 30 set. 2021.

⁵⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3ª Ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2010.

⁵⁹ MENDES, Karyna Rocha, Curso de Direito da Saúde, 1ª ed., Editora Saraiva, 2013, p. 635

Com efeito, nos contratos de prestação de serviços de saúde, como já vimos, as cláusulas que infringem os princípios trazidos do Código de Defesa do Consumidor devem ser consideradas abusivas e, conseqüentemente, desconsideradas do pacto contratual. Nos contratos firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 9656/98, somente se aplicam as normas trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor e pela legislação anterior especial aos seguros – num verdadeiro diálogo das fontes.

Pelo Código de Defesa do consumidor temos a aplicação de cláusulas gerais de boa-fé, transparência, informação, normas que buscam o equilíbrio contratual com a proteção da parte vulnerável na relação, o consumidor. O que a Lei 9.656/98 fez foi consolidar o que já era considerado abusivo. O espírito do intérprete deve ser guiado pelo art. 7º, do CDC, que autoriza a aplicação da lei e tratado que visem dar ao consumidor maior proteção.

Ainda sobre o tema, é importante ressaltar posicionamento pretérito do Superior Tribunal de Justiça que comunga com a explicação acima e consolidou a posição pela incidência da disciplina consumerista sobre os contratos de planos privados de assistência à saúde, Súmula nº 469 do STJ: Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor - CDC aos contratos de plano de saúde.” E em mesmo sentido verifica-se Súmula mais recente⁶⁰ proferida pelo mesmo Tribunal Superior, mas que exclui os contratos administrados por entidades de autogestão.

Destaca-se que essa submissão dos contratos de planos de saúde independe da data em que foi celebrado, se renovados após a vigência do CDC ou anteriormente, mostra-se relevante, uma vez que veda a evocação da retroatividade da lei. Diferentemente, do que ocorre na aplicação da Lei nº 9656/1998, que restou vedada a incidência sobre contratos antigos, deixando de estar sujeitos à regulamentação da ANS.

No que diz respeito à atuação regulatória da Agência, cumpre pontuar dois fenômenos interessante que foram observados na última década: a) o excesso de confiança do legislador na regulação do setor pela agência, que culminou em uma ação pouco convincente dos órgãos na proteção dos interesses do consumidor; bem como b) a edição de regulamentos que não comungam completamente com o disposto na Lei 9.656/98 e no Código de Defesa do Consumidor. (MIRAGEM, Bruno, Curso de Direito do consumidor, 6ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016)

Outro instituto de grande importância na esfera dos contratos de planos de saúde é da responsabilidade civil. O assunto se mostra ainda mais pertinente, pois visa-se que, após os

⁶⁰ Súmula 608 do STJ: Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão. (SÚMULA 608, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/04/2018, DJe 17/04/2018)

estudos e análise de recentes decisões jurisprudenciais, verificar se foi reconhecida a responsabilidade dos planos de saúde pelo tratamento dos beneficiários no enfrentamento à COVID-19, para tanto, serão tecidos alguns esclarecimentos sobre o instituto.

3.6. Considerações sobre Instituto da Responsabilidade Civil

Cavaliere Filho (2007, p. 200) leciona que a responsabilidade civil é uma obrigação secundária, que nasce de um dever jurídico originário. Ferreira e Rezek, ao citar Cavaliere, ainda afirma que:

“o principal objetivo da ordem jurídica, é proteger o lícito e reprimir o ilícito, ao mesmo tempo em que ela se empenha em tutelar a atividade do homem que se comporta de acordo com o Direito, reprime a conduta daquele que o contraria.” (DANTAS apud CAVALIERI FILHO, 2011, p. 1)

De início, cabe a diferenciação quanto à origem da responsabilidade. São duas as possibilidades, a saber: contratual e extracontratual.

Tartuce (2014, apud ZAMQUIM JUNIOR et al, 2016, p. 4) explica que:

a) Responsabilidade civil contratual ou negocial – nos casos de inadimplemento de uma obrigação, o que está fundado nos artigos 389, 390 e 391 do atual Código Civil. Como visto no capítulo anterior desta obra, o art. 389 trata do descumprimento da obrigação positiva (dar e fazer). O art. 390, do descumprimento da obrigação negativa (não fazer). O art. 391 do atual Código consagra o princípio da responsabilidade patrimonial, prevendo que pelo inadimplemento de uma obrigação respondem todos os bens do devedor. Repise-se, mais uma vez, que apesar da literalidade do último comando, deve ser feita a ressalva de que alguns bens estão protegidos pela impenhorabilidade, caso daqueles descritos no art. 649 do CPC. Cite-se o exemplo contemporâneo do bem de família, inclusive de pessoa solteira (Súmula 364 do STJ)

b) Responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana – pelo Código Civil de 1916 estava fundada no ato ilícito (art. 159). No Código Civil de 2002 está baseada no ato ilícito (art. 186) e no abuso de direito (art. 187).

Ainda sob a ótica da responsabilidade civil, temos a responsabilidade objetiva e subjetiva. No primeiro caso, faz-se necessário para o retorno ao “*stato quo ante*” da presença de quadro elementos: o fato, o dano, o nexa de causalidade a culpa. Já no segundo caso, responsabilidade objetiva, exclui-se a necessidade de observar o elemento culpa.

Com a evolução do instituto da responsabilidade civil consagrado no Código Civil de 2002, foi adotada a regra da responsabilidade civil objetiva, isto é, independente da demonstração de culpa do agente, haverá o dever de indenizar pelo ofensor.

No tocante às operadoras dos planos de saúde, observa-se a imposição da responsabilidade objetiva solidária. Nesse ponto, cabe frisar que o bem assegurado pelos contratos de planos de saúde é a saúde, deste modo, não faria sentido a presença do elemento culpa, uma vez que a responsabilidade objetiva é calcada na teoria do risco.

A modalidade de responsabilidade civil atingida seria a teoria do risco da atividade (ou risco profissional). É observada essa situação “quando a atividade desempenhada cria riscos a terceiros, o que pode se enquadrar na segunda parte do art. 927, §único, do CC.

Portanto, no âmbito das prestações realizadas pelo plano de saúde não se faz necessário a existência de culpa para caracterizar responsabilidade civil. Tal entendimento é previsto no art. 14, do Código de Defesa do Consumidor, a saber:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistiu;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

É possível, após retorno jurisprudencial, observar decisão recente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro⁶¹ sobre a temática covid-19 e planos de saúde e que corroboram com o que foi supramencionado:

Apelação cível. Direito do Consumidor. Ação de responsabilidade civil fundada em falha na prestação de serviço. Plano de saúde que recusa cobertura de procedimento cirúrgico. Paciente acometida de suspeita de Covid-19 e que requereu cobertura para procedimento de exame diagnóstico. Presença dos requisitos autorizadores da imposição da responsabilidade civil do demandado por falha na prestação do serviço (art. 14 do Código de Defesa do Consumidor). **É abusiva a negativa de cobertura, pelo plano de saúde,** a algum tipo de procedimento, medicamento ou material necessário para assegurar o tratamento de doenças previstas no contrato. Jurisprudência local e também do Superior Tribunal de Justiça. Cobertura de tratamentos e demais procedimentos solicitados pelo médico assistente que é prevista pelos arts. 12, I, "b" e 35-F da Lei n. 9.656/99. Rol de procedimentos da ANS que deve ser reputado como um alicerce mínimo para fins de diagramação da cobertura obrigatória dos planos de saúde, não se constituindo de uma lista impermeável a situações fáticas que encontrem abrigo na Lei n. 9.656/99, fonte normativa hierarquicamente superior e que, não bastasse, é seu fundamento de validade e sua razão de ser. Pretensão indenizatória que não comporta reparo quando cotejados os parâmetros de grau de reprovabilidade da conduta, intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, capacidade econômica da parte ré e condições sociais do ofendido. Majoração da condenação ao pagamento de indenização fundada em dano moral, para o valor de R\$5.000,00, por bem se amoldar ao desiderato de compensar efetivamente a extensão dos transtornos sofridos, levando-se em conta as circunstâncias valoradas nos autos. Reforma da sentença. Procedência do pedido em maior extensão. Provimento do recurso.

⁶¹Apelação Cível nº 0007825-68.2020.8.19.0202/TJRJ Rel. Des. Paulo Sérgio Prestes Dos Santos. 2ª Câmara Cível, j. 24/11/2021 pub. DJe 01/12/2021

Vale ressaltar que este trabalho de conclusão não tem por escopo esgotar o estudo o instituto da responsabilidade civil, mas apenas demonstrar as principais considerações sobre esse instituto como base, principalmente, no estudo doutrinário e sua aplicação prática na jurisprudência.

4. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

4.1. Linhas gerais sobre a judicialização da saúde suplementar

A partir das exposições realizadas no capítulo anterior e mediante a leitura do Código de Defesa do Consumidor, tem-se que os beneficiários de plano privado de assistência à saúde são consumidores e com isso a parte mais vulneráveis na relação beneficiários-operadores de assistência privada à saúde.

A situação é ainda mais agravada, visto que o direito que é comercializado é o direito à saúde, que possui *status* de direito fundamental. Assim, foi construída uma arquitetura jurídica a fim de regular a comercialização do direito à saúde no setor privado.

[...] o cidadão brasileiro ficou sem alternativas: submetia-se às imposições das empresas de convênios médicos ou ficava sem a prestação de serviços. A ausência do controle do Estado sobre as atividades das operações de convênios médicos, somada ao intenso volume de associados por contratos de adesão, resultou em uma hipertrofia da vontade do fornecedor de serviços. O desequilíbrio contratual tornou-se regra. Diante da torpeza na edição destas leis, o Poder Judiciário foi cada vez mais suscitado para decidir conflitos que poderiam ser evitados.

(A Saúde na constituição federal e o contexto para recepção da Lei 9.656/98, pp. 177-185. In: BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, C. L. Saúde e Responsabilidade: Nova assistência Privada à saúde, 2008)

Mesmo após a Lei nº 9656/98, há aspectos que precisam ser repensados os quais geram conflitos ainda alvo de reclamações nos órgãos de defesa do consumidor e no Poder Judiciário.

“Dado que o setor saúde necessita de permanente regulação para resolver imperfeições de mercado⁶²” por vezes o beneficiário, ao se sentir desamparado por um negativa, precisa buscar a garantia de direito à saúde provocando o judiciário. Por esse fenômeno tem-se a judicialização da saúde, expressão no direito Sanitário cunhada por Medici (2009).⁶³

Antes de mais nada, é importante conceituar o termo Judicialização. Segundo Barroso (2009):⁶⁴

⁶² MEDICI, André Cezar, **Judicialização, integridade e financiamento da saúde**, Washington, 2010. Disponível em:

http://epsm.nescon.medicina.ufmg.br/dialogos2/Biblioteca/Artigos_pdf/Judicializacao_integralidade_e_financiamento_da_saude.pdf. Acesso em: 09 de jan 2022.

⁶³ MEDICI, André Cezar, Breves considerações sobre a relação entre financiamento da saúde e direito sanitário no Brasil, Brasil, 2009. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/242218909_Breves_Consideracoes_sobre_a_Relacao_entre_Financiamento_da_Saude_e_Direito_Sanitario_no_Brasil. Acesso em: 09 de jan 2022.

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto, **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, vol. 5, nº8, 2009. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009_barroso_judicializacao_ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 09 de jan 2022.

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral.

Ao buscar estudos sobre a judicialização da saúde suplementar, observou-se a carência de produções científicas e tal realidade também foi observada por Freitas et al (2020).⁶⁵ Em contrapartida, no tocante ao fenômeno da judicialização da saúde pública restou verificado uma diversidade de estudos.

Tal realidade pode ser explicada pela origem da expressão “judicialização da saúde”, nasce de um crescimento no número de cobranças judiciais ao SUS para o pagamento de procedimento, medicamentos e terapias de alto custo que muitas vezes se encontravam indisponível nos Estados e Municípios (MÉDICI, 2009).

Para fins de compreensão deste trabalho a definição de judicialização de saúde a ser utilizada será a de Vieira (2020),⁶⁶ a saber:

[...] situação de acionamento do Poder Judiciário por parte dos indivíduos ou grupo de indivíduos, na condição de cidadãos ou de consumidor, com a finalidade de que este poder arbitre conflitos destes com o Poder Executivo, com empresas privadas ou até mesmo com pessoas físicas em matéria de saúde. Abrange, portanto, solicitações de prestadores de saúde a serem disponibilizada por meio do SUS, litígios contratuais no tocante à cobertura e cobranças no âmbito da saúde suplementar.

No passado, a doutrina majoritária recusava a possibilidade de tutela judicial deste direito ancorada no argumento do caráter programático da norma e aqui retoma-se os estudos sobre a classificação das normas constitucionais apresentado no capítulo I.

Ocorre que com o passar dos anos multiplicaram-se decisões judiciais de todas as instâncias condenando o Poder Público e as operadoras de saúde ao fornecimento de medicamentos e tratamento à população. Tal mudança está motivada, principalmente, no reconhecimento da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, e do papel do Poder Judiciária na garantia e efetivação.

Ainda sobre o tema cumpre destacar quais são as hipóteses de judicialização da saúde que podem ser observadas:

A primeira situação ocorre quando se postula o exercício do direito já reconhecido, mas negado na via administrativa – como os medicamentos, tratamentos ou tecnologias já incorporadas no SUS ou nos planos de saúde. Já na segunda hipótese ocorre quando a discussão processual gira em torno de direitos não reconhecidos – como em tratamentos ou tecnologias ainda não incorporada, sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), ou sem comercialização no mercado nacional. (Schulze e Neto, 2015 *apud* Freitas et al., 2020, p 11).

⁶⁵ FREITAS, Beatriz et al, **A Judicialização da saúde nos sistema público e privado de saúde: uma revisão sistemática**, Interface (Botucatu), 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/icse/a/wMrQzjzYts8wnBfmdPNhwNK/?format=pdf&lang=pt> Acesso em: 09 jan 2022.

⁶⁶ VIEIRA, Direito à saúde no Brasil, 2020. Disponível em: Acesso em: 17 jan 2021.

Outro ponto interessante observado em revisão sistemática da literatura realizada por Freitas e al. (2020), foi que, no tocante à saúde suplementar, observam como maior problema da judicialização a busca por cobertura de procedimentos médicos (31,4% do total); cobertura de outros tratamentos e incorporação tecnológica (8,5%); exames (8,3%), medicamentos (4,9%); e órteses, próteses e materiais especiais (OPME) (4,6%), assim como a falta de prestadores de serviços credenciados em outras áreas médicas e localidades.

É interessante a análise desses resultados, pois embora dizem respeito ao período de 2013 e não abordam a temática covid-19, ao analisar o Gráfico 15 - de Reclamações NIP relacionadas ao coronavírus, em novembro de 2021 emitido pela ANS é possível verificar uma semelhança, pois dentre as maiores reclamações realizadas pelos beneficiários junto a ANS (42%) dizem respeito às reclamações sobre exames/tratamentos médicos.

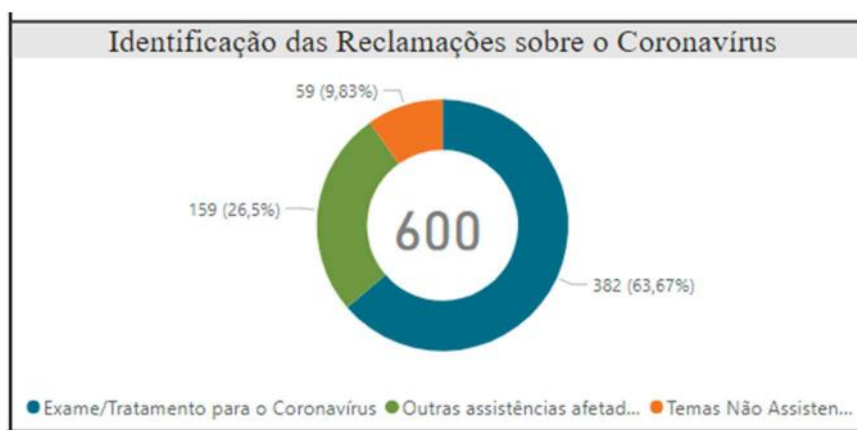


Figura 02 – Identificação das Reclamações sobre o Coronavírus
Fonte: ANS – Informe sobre demandas dos beneficiários: janeiro 2022

A partir do cenário abordado acima, bem como as discussões levantadas no presente trabalho, é de se verificar que a ANS é dotada de um poder normativo pautado na discricionariedade técnica que por seu turno torna a atuação da agência limitada as determinações previstas no Rol de Procedimentos editado por esta.

Assim, por vezes o que se verifica é que o beneficiário, após realizar a reclamação junto a ANS e não ter o seu problema solucionado, recorre ao ativismo judicial, a fim de solucionar a questão. Nesse sentido, há severas críticas sobre a atuação do judiciário em resoluções de conflito sobre a temática “direito à saúde.”⁶⁷

Com o aparecimento da COVID-19, caracterizada como uma pandemia pela Organização Mundial da Saúde, verificou-se o aumento nas demandas judiciais relativas à saúde no Brasil. Fato é que a judicialização da saúde no Brasil já se tornou uma cultura na qual os beneficiários acionam o poder judiciário com a certeza de que seu pleito relativo à saúde será atendido (MARTINEZ, 2019).⁶⁸

⁶⁷ SARMENTO, D; TELLES, C. **Judicialização da saúde e responsabilidade federativa: solidariedade ou subsidiariedade?** In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. Direito Sanitário. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p.117.

⁶⁸ ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar, **Conhecimento científico e e regulação – contribuições para a saúde suplementar**, 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/ans/pt-br/centrais-de-conteudo/livro-de-monografias-premiadas-pdf> Acesso em: 17 jan 2022.

Conforme dados obtidos pelo ⁶⁹Observatório de Judicialização da Saúde suplementar, observou-se que das decisões proferidas em ações contra planos de saúde em 88% dos casos a decisão mostrou-se favorável ao beneficiário. Conforme pontuado por Martinez (2019), um ponto que chama atenção é o fato da tendência de o Judiciário decidir esse tipo de ação com fundamento no direito à vida do consumidor, ainda que o pleito não tenha respaldo no contrato ou nas normas emanadas pela ANS. Esse perfil decisório comunga com o que foi explicitado no capítulo I deste trabalho e, com isso, retomo no presente momento: segundo alguns autores, as atividades de saúde seriam serviços públicos mesmo quando prestados pelo setor privado.

Sobre essa ótica é possível entender a importância da judicialização da saúde suplementar para além de um fenômeno que busca a regulação do mercado, mas como uma forma de garantir os direitos dos beneficiários, principalmente, em momentos como os atuais que ao mesmo tempo que se enfrenta o vírus e são produzidos estudos científicos. Nesse cenário, a Covid-19 fomenta uma necessidade de resoluções normativas da ANS. Sobre esse último ponto, seguem listadas abaixo algumas das ações realizadas pela Agência como forma a colaborar ativamente na resposta ao Coronavírus:

- Cobertura obrigatória de exame para Covid-19;
- Cobertura obrigatória para o tratamento da doença, segundo segmentação do plano;
- Prorrogação temporária de prazos máximos de atendimento, priorizando casos de Covid-19;
- Orientação para realização de atendimento à distância e viabilização de telessaúde;
- Orientação para disponibilização de canais de atendimento específicos para esclarecimentos e informações sobre a doença;
- Prorrogação de prazos de obrigações das operadoras;
- Concessão de incentivos regulatórios a operadora em situação regular junto à ANS;
- Flexibilização de Normas Prudenciais e Fator de Insuficiência de contraprestação;
- Suspensão dos reajustes de planos de saúde por 120 dias, contados de 21/08/2021.

Mesmo com a adoção das medidas supramencionadas, ainda se verificou um grande número de beneficiários que recorreu ao Poder Judiciário como uma alternativa mais rápida e efetiva para assegurar o respeito aos direitos e garantias constitucionais.

Após analisar um informe, emitido pela ANS, intitulado por “Coronavírus, informe sobre demandas dos beneficiários (Jan/22)” ⁷⁰foi possível constatar que o Estado de São Paulo é o que possui, dentre os estados brasileiros, o maior número de reclamações sobre Exame/Tratamento para o Coronavírus, *vide* tabela abaixo.

⁶⁹ SCHEFFER, **Mario**, **Judicialização de planos de saúde**. Superior Tribunal de Justiça, 2018. Disponível em: Acesso em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/10/67ac89ee5438180e34cc1a3c5896c83a.pdf> 09 jan 2022.

⁷⁰ ANS- Agência Nacional de Saúde Suplementar, Boletim Covid-19, v2, nº 10, dezembro 2021.



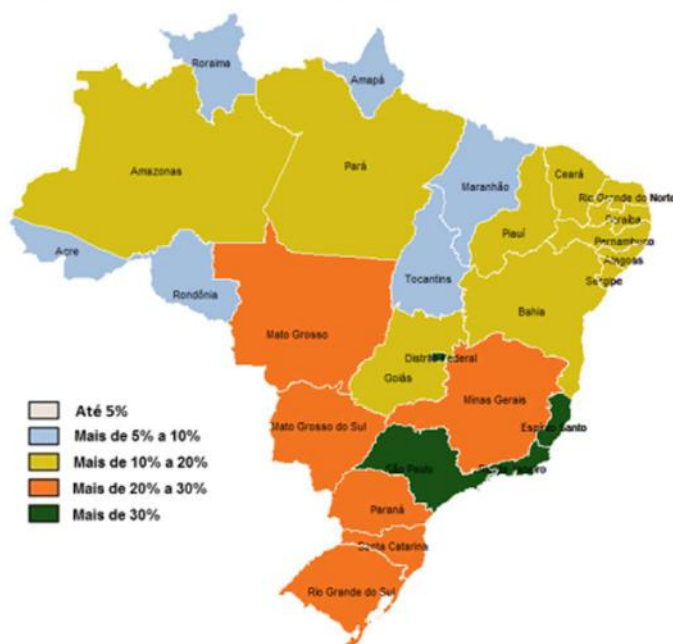
Figura 03 – Identificação das Reclamações sobre o Coronavírus
Fonte: ANS – Informe sobre demandas dos beneficiários: janeiro 2022

Considerando que o estado de São Paulo configura o estado com maior número de reclamações junto a ANS, foi levantado o seguinte questionamento: como tem sido a atuação do Poder Judiciário do Estado de São Paulo frente as demandas envolvendo as temáticas “plano de saúde” “covid-19”?

Diante disso, o objeto do próximo subcapítulo será desenvolvido em torno da análise de decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no período de 01/03/2021 a 31/10/2021. Buscou-se verificar se o as decisões proferidas por este Tribunal são pró-beneficiários de planos de saúde ou pró-operadoras de assistência à saúde privada, bem como quais foram as principais demandas, entorno da temática covid-19, ajuizadas pelos beneficiários.

Cumpra-se destacar que se mostra pertinente a escolha do referido estado, ainda pelos seguintes motivos: trata-se do estado que apresenta os maiores números de casos de Covid-19⁷¹ e um dos que mais possui aderentes aos planos de assistência médica na Federação, conforme verificado na tabela abaixo.

Taxa de cobertura dos planos de assistência médica por Unidades da Federação (Brasil - Setembro/2021)



⁷¹ BRASIL. Boletim Covid-19. Ministério da Saúde, 2022. Disponível em: [Covid-19 Casos e Óbitos \(saude.gov.br\)](https://saude.gov.br). Acesso em: 09 jan. 2022.

Figura 4 – Taxa de cobertura dos planos de assistência médica por Unidades da Federação (Brasil- setembro/2021
Fonte: Sistema de Informações de Beneficiários- SIB/ANS/MS-12/2021 e População – IBGE/DATASUS/2012.

4.2. Relatório da pesquisa jurisprudencial

A metodologia utilizada para realizar a análise das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) foi a tabulação dos 120 casos julgados no período compreendido entre 01/03/2021 a 31/12/2021, indexados no site do TJSP com a expressão “plano de saúde”, “covid-19” e “covid.”

Após o retorno, foi obtido um total de 1155 acórdãos, mas foram excluídas as decisões que se referiam a assuntos diversos a temática covid-19, quais sejam: questões relativas à obrigação de fazer cirurgias reparatórias pós-bariátrica, sobre a solicitação de tratamentos médicos hospitalares diversos de pessoas acometidas pela Covid-19, controversas versando sobre o fornecimento de medicamentos, questões envolvendo pensão alimentícia. Assim, ao final foi obtido um total de 84 decisões com temática que comungam com o objetivo do presente trabalho.

Inicialmente, buscou-se identificar quais as demandas mais recorrentes no Judiciário e quantificar sua recorrência. É possível verificar, mediante a leitura do gráfico abaixo, que a questão do tratamento médico-hospitalar é a demanda mais recorrente, com 62 incidências. Dos processos envolvendo esta temática, parece pertinente destacar o deferimento de tutelas de urgência, a fim de obter internação hospitalar, bem como o reconhecimento do tratamento pós-covid no modelo *home care*. Sobre esse último:

EMENTA. Apelação. Plano de saúde. Ação de obrigação de fazer. Sentença de procedência. Inconformismo da ré. Descabimento. Perda do objeto e cerceamento de defesa não configurados. Pessoa idosa diagnosticada com COVID-19 necessitando de serviço médico domiciliar. Necessidade e periodicidade atestada pelo médico que acompanha a paciente. Aplicabilidade do CDC. Precedente do STJ. Súmulas 100 do TJSP e 608 do STJ. Dever de fornecer os serviços de “*home care*”, que é a extensão do tratamento hospitalar. Sentença mantida. Recurso improvido. (Apelação Cível nº 1088412-80.2020.8.26.0100/TJDF Rel. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, 8ª Câmara de Direito Privado, j. 26/10/2021pub. DJe 26/10/2021).

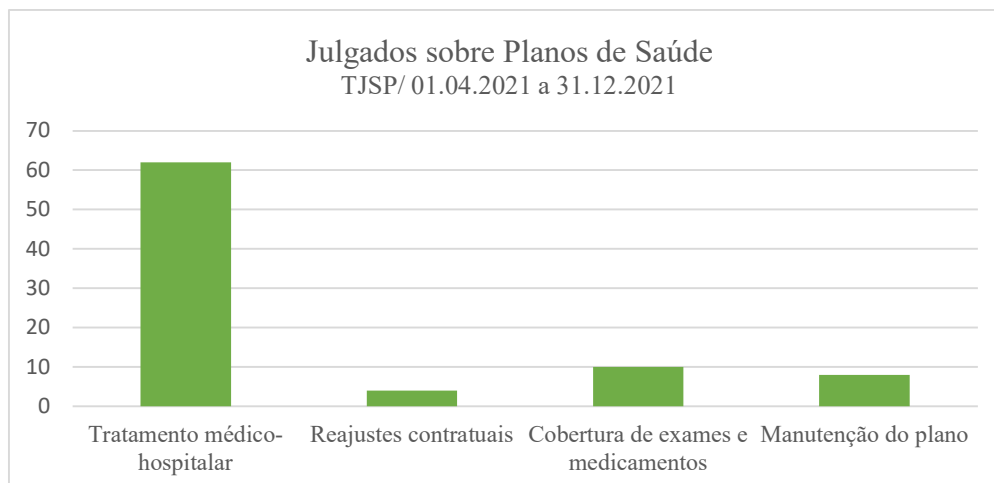


Figura 5

Fonte: análise dos julgados do TJSP

O segundo grupo de casos mais incidentes é o que diz respeito às coberturas de exames e medicamentos (10 incidências), aqui não se realizou distinção entre essas demandas e foi possível observar que a maioria dos processos envolviam o pedido de medicamentos específicos para o tratamento do Covid-19 e o seu custeio no período de internação do beneficiário. Sobre esses casos, tanto no tocante ao pedido de medicamentos quanto o de exames, verificou-se uma constante fundamentação das operadoras no sentido de que o medicamento/exame não fazia parte do rol da ANS e, por isso, não deveria ser provido. Ocorre que de forma uníssona o TJSP reconhece que o rol da ANS é exemplificativo, sobre o tema:

[...] o fato de um tratamento não estar previsto no rol de procedimentos da ANS não é empecilho à sua cobertura pelo plano de saúde, que pode prever rol contratual maior se assim o desejar.

Por outro lado, um **catálogo de natureza administrativa**, como o rol de procedimentos a ANS, ou manual do usuário, ou mesmo o contrato, não tem como contemplar todos os avanços da ciência, muito menos esgotar todas as moléstias, todos os métodos de tratamentos, exames, medicamentos ou meios curativos que podem ser usados com base científica.

Assim, **limitar a atuação dos profissionais da medicina às indicações de natureza administrativa da ANS, bem como impedir o acesso de beneficiários de plano de saúde a exames e tratamentos obtidos com os avanços da medicina e recomendados por médicos especialistas, seria tornar o contrato totalmente inócuo, uma vez que as pessoas contratam plano de saúde ou seguro-saúde a fim de terem assistência médica e tratamento e de se verem amparados na proteção de sua saúde.**

É de se ressaltar, ainda que o rol de coberturas obrigatórias da ANS, se refere a coberturas mínimas, funcionando apenas como orientador das prestadoras de serviços de saúde.

Nesse sentido são as Súmulas a seguir transcritas:

[...]

Súmula 96: Havendo expressa indicação médica de exames associados a enfermidade coberta pelo contrato, não prevalece a negativa de cobertura do procedimento.

Súmula 102: Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS.

[...] (grifo meu)

(Apelação Cível nº 1011972-78.2021.8.26.0562/TJDF Rel. Miguel Brandi, 7ª Câmara de Direito Privado, j. 28/09/2021. pub. DJe 28/09/2021).

Ainda sobre a tabela acima, na sequência das incidências, verificou-se as questões referentes aos pedidos de manutenção do plano, com 8 incidências. Sobre essas decisões, é interessante pontuar que o posicionamento do Tribunal⁷² foi no sentido de que “a suspensão ou o cancelamento do plano de saúde durante a pandemia de Covid-19 pode, em tese, caracterizar prática abusiva, vedada pelo Código de Defesa do Consumidor.”

Por fim, constatou-se questões relativas aos reajustes contratuais. Nessas decisões, os beneficiários solicitavam o não reajuste, principalmente, pautados no Comunicado nº 85, da ANS.⁷³ Observou-se que em alguns casos ou o tipo de contrato não ensejava esse benefício ou a base para o reajuste anual era do período autorizado pela ANS a reajustar os valores⁷⁴

Constatou-se que das 84 decisões analisadas apenas 9 não foram favoráveis aos beneficiários de operadores de saúde. Na sua maioria, verificou-se que o pedido dos beneficiários era de fato infundado.

Um exemplo é a Apelação nº 1122493-55.2020.8.26.0100⁷⁵, na qual o autor apela informando que precisou realizar a transferência hospitalar aérea de Cuiabá/MT ao Hospital Sírio Libanês em razão de sua idade e estado físico e, por isso, solicitava o reembolso da ré. Ocorre que não restou comprovado que o hospital em que o mesmo se encontrava em Cuiabá não possuía estrutura para realizar o tratamento pulmonar. Ademais, reconheceu o Relator que não restou comprovada a urgência, sendo reconhecida a negativa de cobertura, uma vez que a remoção aérea partiu de orientação de médico do autor, em São Paulo, e da vontade do paciente.

Outro exemplo de decisões pró-operadoras merece atenção é a Apelação Cível nº 1.103.339-51.2020.8.26.0100, *in casu*, a apelante requer reembolso total do período que ficou internado em hospital não credenciado. O Desembargador Natan Zellinschi de Arruda defende que:

[...] a relação é de consumo e a ré se dispôs a cuidar de vidas e de pessoas, portanto, ao disponibilizar o necessário para que o paciente vá em busca da cura ou amenize a adversidade na higidez em hospital credenciado teria o custo correspondente, logo, essa cifra é que deverá ser reembolsada ao requerente, observando-se os limites contratuais e nada além disso. [...]

⁷² Apelação Cível nº 1022583-58.2020.8.26.0002/TJDF Rel. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, 8ª Câmara de Direito Privado, j. 23/07/2021. pub.DJe 23/07/2021.

⁷³ ANS -Agência Nacional de Saúde Suplementar. Comunicado nº 85 de 31 de agosto de 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/comunicado-n-85-de-31-de-agosto-de-2020-275431775>. Acesso em: 09 jan. 2022.

⁷⁴ Apelação Cível nº 1085911-56.2020.8.36.0100 /TJDF Rel. Miguel Brandi, 7ª Câmara de Direito Privado, j.06/10/2021. pub.DJe 07/10/2021

⁷⁵Apelação Cível nº 1122493-55.2020.8.26.0100 /TJDF Rel. James Siano, 5ª Câmara de Direito Privado, j.01/10/2021. pub.DJe 01/10/2021.

Por fim, outro caso interessante, antes de se prosseguir para incidências pró-beneficiários, é o Agravo de Instrumento nº 2139144-23.2021.8.26.000.⁷⁶ Argumenta a ré que beneficiária deu entrada no Hospital Sírio Libanês em 24/05/2021 e veio a contratar plano apenas em 27/05/2021, para que custeasse o tratamento, fora da rede credenciada, o que foi negado, oferecida como alternativa a transferência da paciente para hospital credenciado. O Desembargador Rui Cascaldi deu provimento ao recurso, uma vez que (i) não restou comprovado que o atendimento implicava em risco imediato ou lesões irreparáveis para a autora que a impedisse que se direcionar ao hospital credenciado.

4.3. Dos fundamentos das decisões pró-beneficiários

Dentre os fundamentos mais repetidos nas decisões pró-beneficiários, verificou-se a aparição das seguintes súmulas:

Súmula 608-STJ: Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administradores por entidades de autogestão.
STJ. 2ª Seção. Aprovada em 11/04/2018, DJe 17/04/2018

Súmula 597-STJ: A cláusula contratual de saúde que prevê carência para utilização dos serviços de assistência médica nas situações de emergência ou de urgência é considerada abusiva se ultrapassado o prazo máximo de 24 horas contado da data da contratação.
STJ. 2ª Seção. Aprovação em 08/10/2017

Súmula 90 TJSP: Havendo expressa indicação médica para a utilização dos serviços de “home care”, revela-se abusiva a cláusula de exclusão inserida na avença, que não pode prevalecer.

Súmula 100 TJSP: O contrato de plano/seguro saúde submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e da Lei n. 9.656/98 ainda que a avença tenha sido celebrada antes da vigência desses diplomas legais.

Súmula 102 TJSP: Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS.

Súmula 103 TJSP: É abusiva a negativa de cobertura em atendimento de urgência e/ou emergência a pretexto de que está em curso período de carência que não seja o prazo de 24 horas estabelecido na Lei n. 9.656/98.

Mostra-se interessante pontuar que no tocante às demandas que envolviam pedidos de internação e custeio do tratamento hospitalar, verificou-se que, a caracterização dos casos envolvendo pessoas acometidas por covid-19 como atendimento de emergência (art. 35-C,II, da Lei nº 9.656/98), sendo o prazo de carência reconhecido o previsto no art. 12. V, alínea c, da Lei nº 9656/98, isto é, o 24 (vinte e quatro) horas. Vale pontuar, que a configuração de atendimento de emergência ocorria mediante a apresentação, nos autos do processo, de

⁷⁶ Agravo de Instrumento nº 2139144-23.2021.8.26.000/TJDF Rel.Rui Cascaldi, 1ª Câmara de Direito Privado, j.19/08/2021. pub.DJe 19/08/2021

documento que comprovasse a urgência, seja por comorbidade, idade do beneficiário, comprometimento dos pulmões.

Ainda sobre esse assunto é interessante explicitar a lição do Desembargador João Pazine Neto na Apelação Cível nº 1118570-21.2020.8.26.0100:⁷⁷

[...]

Também não pode ser admitido o argumento da limitação contida na Resolução n. 13/98 do CONSU, que “não tem força suficiente para veicular restrição desta natureza à disposição legal (artigo 12, V, c, da Lei n.9.659/98) que, no caso é amplo e não prevê, em nenhum momento, restrição ao atendimento de emergência para as primeiras 12 horas” (TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível n. 361.343.4/3, Relator CAETANO LAGRASTA).

Tal questão já se encontra pacificada pela **Súmula 103** desse Tribunal de Justiça, que enuncia “**É abusiva a negativa de cobertura em atendimento de urgência e/ou de emergência a pretexto de que está curso período de carência que não seja o prazo de 24 horas estabelecido na Lei n. 9.656/98**”.

Nessa 3ª Câmara de Direito Privado o entendimento é unânime a respeito, com a edição do Enunciado nº 30: “**Indevida a negativa de cobertura em atendimento de urgência e/ou de emergência, sob o pretexto da presença de período de carência, que não seja o prazo de 24 horas estabelecido na Lei n. 9.656/98.**” No mesmo sentido segue a doutrina, até porque a negativa de tratamento coloca em risco o objeto do contrato e constitui ofensa ao princípio da boa-fé, como acima referido.

A propósito, NELSON NERY JÚNIOR leciona: “Quem quer contratar plano de saúde quer cobertura total, como é óbvio. Ninguém paga plano de saúde para, na hora em que adoecer, não poder ser atendido. De outro lado, se o fornecedor desse serviço exclui de antemão determinadas moléstias, cujo tratamento sabe dispendioso, estará agindo com má-fé, pois quer receber e não prestar o serviço pretendido pelo consumidor” (Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, 8ª ed., RT, 2004, p.570).

[...] **(grifo meu)**

Ademais, foi possível constatar duas decisões com fundamentações ancoradas no princípio da função social do contrato, quais sejam:

EMENTA: PLANO DE SAÚDE – RECUSA DE TRATAMENTO A COVID-19 – INADMISSIBILIDADE – AFECÇÃO MORTAL - RECUSA QUANTO A OUTRAS “PATHOS” COM SER OBJETO DE PROVA - DECISÃO MANTIDA – AGRAVO IMPROVIDO.

[...]

E de aí que havia mesmo que ser oferecida a cobertura integral do tratamento, diante **da necessidade de se resguardar a função social do contrato** vendo-se o atendimento de urgência decorrente de doença grave que, se combatida a

⁷⁷ Apelação Cível nº 1118570-21.2020.8.26.0100/TJDF Rel. João Pazine Neto, 3ª Câmara de Direito Privado, j.04/08/2021. pub.DJe 04/08/2021

tempo, tornaria ineficaz o fim maior do pacto celebrado: o de assegurar eficiente amparo à saúde e à vida.

E nem se trata de doença pré-existente do segurado, senão de moléstia mundial, mortal, e de que não se tem evidência dos motivos de seu agravamento em alguns pacientes.

[...] **(grifo meu)**

(Agravo de instrumento nº 2115799-28.2021.8.26.0000/ TJDF Rel.Giffoni Ferreira, 2ª Câmara de Direito Privado, j.30/06/2021. pub.DJe 30/06/2021)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Plano de saúde. Ação de obrigação de fazer cc com pedido de dano moral e tutela de urgência. Requerente diagnosticada com COVID/19 com prescrição médica para internação imediata. Liminar concedida. Irresignação da ré. Não acolhimento. Situação de urgência. Dispensabilidade do cumprimento de carência. Inteligência das Súmulas 103 deste E. Tribunal e 597 do Superior Tribunal de Justiça. Não provimento do agravo de instrumento. Prejudicado o agravo interno.

[...]

Ademais, o art. 421, do Código Civil, estabelece **que a liberdade de contratação encontra por limite pela função social do contrato, que, nos casos de plano de saúde, é a preservação da vida. Desta maneira, a relação entre a segurada e seguradora, por se tratar de típica relação de consumo, deve ser analisada à luz da Política Nacional das Relações de Consumo**, que tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua saúde e a melhoria da sua qualidade de vida, na forma do art. 4º, Código de Defesa do Consumidor.

[...] **(grifo meu)**

Agravo de instrumento nº 2109656-23.2021.8.26.0000/ TJDF Rel. Enio Zuliani, 4ª Câmara de Direito Privado, j.29/06/2021. pub.DJe 29/06/2021

Nas presentes decisões, pode-se constatar uma preocupação do Tribunal não apenas com o respeito aos princípios que envolvem a liberdade, autonomia das vontades, com o respeito ao *pacta sunt servanda*, mas com na esfera social dos contratos de planos de saúde, com o respeito ao princípio contemporâneo que envolve a teoria dos contratos, o da função social, que nos citados contratos visa, sobretudo, o respeito à interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela. Ora haveria interesse mais relevante que a “manutenção/conservação” da vida?

Ainda sobre as decisões pró-beneficiários, verificou-se que dos Recursos que obtiveram parcial provimento, em sua maioria o pedido indeferido versava sobre a recusa de reconhecimento de danos morais ao beneficiário.

Depreende-se da leitura da Apelação Cível nº 1001381-73.2021.8.26.0007,⁷⁸ que a recusa de cobertura médica é reconhecida pelo Tribunal como motivo a ensejar caracterização

⁷⁸ Apelação cível nº 1001381-73.2021.8.26.0007/TJDF Rel. Beretta da Silveira, 3ª Câmara de Direito Privado, j.12/08/2021. pub.DJe 12/08/2021

de dano moral. Cabe aqui apresentar alguns dos argumentos expostos pela Des.^a Beretta da Silveira.

[...]

No que tange aos danos morais, a injusta negativa inseriu a apelada/segurada em estado de aflição que extrapola o mero aborrecimento.

O Superior Tribunal de Justiça já assentou o entendimento de que a recusa indevida à cobertura médica é causa de danos morais, já que agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no estado de espírito do segurado e aumenta o risco à sua saúde e integridade física. Nessa linha:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO. RECUSA INDEVIDA. ABUSIVIDADE RECONHECIDA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DEVIDA. PRECEDENTES. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 83/STJ. MONTANTE INDENIZATÓRIO. PLEITO DE REDUÇÃO. NÃO DEMONSTRADA A ABUSIVIDADE NO VALOR FIXADO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Com efeito, é pacífica a jurisprudência da Segunda Seção no sentido de reconhecer a existência **do dano moral nas hipóteses de recusa injustificada pela operadora de plano de saúde, em autorizar tratamento a que estivesse legal ou contratualmente obrigada, por configurar comportamento abusivo. Incidência, mais uma vez, da Súmula n. 83/STJ.**

2. O valor arbitrado a título de danos morais pelo Julgador a quo observou os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade, visto que o montante fixado não se revela exorbitante, e sua eventual redução demandaria reexame de provas (Súmula n. 7/STJ).

3. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ, AgInt no AREsp nº 1.380.767/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 11.09.2018 grifo nosso).

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. IPERGS. PLANO DE SAÚDE. RECUSA DE REALIZAÇÃO DE CIRURGIA. AFRONTA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. OCORRÊNCIA DE DANO MORAL IN RE IPSA. AGRAVO INTERNO DO IPERGS DESPROVIDO.

1. Deferida Assistência Judiciária Gratuita à parte autora (fls. 122), não há falar em deserção do Recurso Especial. 2. **A jurisprudência desta Corte reconhece a ocorrência de dano moral in re ipsa nos casos em que houve a recusa indevida do plano de saúde de realização de procedimento cirúrgico necessário, porquanto há afronta à dignidade da pessoa humana.** Precedentes: AgInt no REsp. 1.552.287/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, DJe 3.4.2017; AgInt no REsp. 1.610.337/PR, Rel. Ministro. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 28.3.2017; AgInt no AREsp. 1.016.100/DF, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, DJe 31.3.2017.

[...]

(grifo meu)

Por outro lado, verificou-se o posicionamento do Tribunal no sentido de não reconhecer a recusa a realização de testes de identificação do vírus como falta da operadora que

legitimasse uma indenização ao beneficiário por dano moral. Sobre o tema, segue trecho de decisão da Relatora Ana Maria Baldy, da 6ª Câmara de Direito Privado do TJSP:

[...]

Assim, entendo que **a negativa em autorizar o exame, a despeito de ter sido reconhecida como ilícita judicialmente, pautou-se em interpretação da operadora de saúde das normas da ANS. Assim, ainda que possa ter causado certos dissabores à autora, inclusive implicando na necessidade de socorrer-se do Judiciário para resolver o impasse contratual, não houve dano moral comprovado.** Eventuais constrangimentos e ansiedades experimentados, com a negativa de **realização do exame de COVID-19, não caracterizam a dor moral grave que justifique uma condenação pecuniária com caráter indenizatório.**

Em consonância com este entendimento estão os ensinamentos do ilustre doutrinador, SÉRGIO CAVALIERI FILHO, em “Programa de Responsabilidade Civil” (ed. Malheiros, 2.004, pág. 98): “só deve ser reputado como **dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimentos, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral,** porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.” **(grifo meu)**

4.4. Do perfil das Operadoras

No que diz respeito à estrutura societária das operadoras, foi possível verificar que das decisões analisadas a maioria eram Sociedades Anônimas ou Sociedades Limitadas (LTDA). De início cumpre diferenciá-los. Entende-se por sociedades limitadas:

quando a responsabilidade dos seus sócios possuir limites patrimoniais vinculados ao valor de suas respectivas quotas ou ações, de modo que as dívidas da sociedade não alcançarão, em regra, seus respectivos patrimônios pessoais. (CRUZ, André Santa. Direito Empresarial, 8. Ed. São Paulo: Forense, 2018, p. 345)

Uma outra característica importante desse tipo societário é a sua contratualidade, que “confere aos sócios maior liberdade na hora de formar o vínculo societário entre eles.”

Diferentemente das LTDA, as Sociedades Anônimas são regidas por uma lei específica, a Lei 6.404/1976, e por isso não possuem a contratualidade como uma característica. Esse tipo societário em que o capital social dividido em ações e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço da emissão das ações, aqui se verifica outra diferença. Podem ser classificadas em sociedade de capital aberto ou fechado. (CRUZ, André Santa. Direito Empresarial, 8. Ed. São Paulo: Forense, 2018, pp. 345-346)

Um ponto interessante é que, conforme Gráfico que segue abaixo, retirado de relatório emitido pela ANS em 2021,⁷⁹ sobre as operadoras com registro na ANS, depurou-se que, com relação ao tipo societário, 40% das operadoras são LTDA e 5%, apresentando-se o cenário obtido após retorno jurisprudencial como uma parcela de 45% dos atores que atuam no mercado da saúde suplementar.

Gráfico 2 – Operadoras com registro na ANS, por Tipo Societário

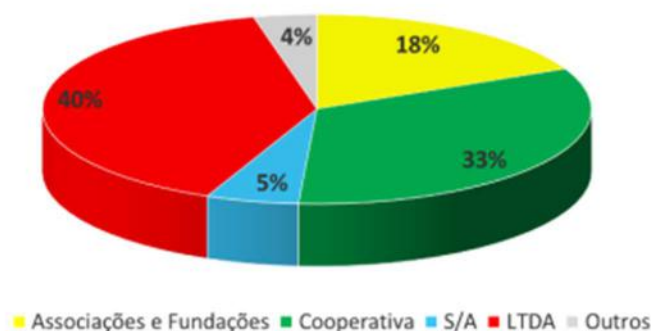


Figura 6

Fonte: CADOP/ANS e RFB, em 09/2019

O mesmo relatório mostrou que, referente aos portes assistenciais, os pequenos *players* constituem a maioria dos regulados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar⁸⁰. Além disso, levanta o questionamento de que seria pertinente avaliar a possibilidade um tratamento regulado diferenciado de acordo com a escala da operadora.

Outro dado importante foi o resultado de desempenho de operadoras no ano-base 2020, emitido pela ANS, constatou-se que o Índice de Desempenho das operadoras (IDSS) 2021, ano-base 2020 foi inferior cerca de 1,2% ao índice obtido em 2019. Segundo Cesar Serra, diretor de Desenvolvimento Setorial Substituto da ANS, “explica que a redução do desempenho do setor em alguns indicadores, em 2020, se deve à necessidade de ajustes frente à pandemia, o que não implica, necessariamente, queda de qualidade dos serviços prestados por operadoras de planos de saúde e prestadores de serviço de saúde.”

Frente ao exposto, parece-me pertinente uma avaliação a longo prazo dos impactos que as decisões pró-beneficiários poderão causar no mercado de saúde suplementar. É notória a urgência de demandas que envolvem o enfrentamento à Covid-19, o que ainda não restou claro é até quando restará instaurado esse estado de crise e quais serão os impactos a longo prazo desse perfil decisório do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, principalmente, por ser um dos maiores mercados de assistência à saúde privada do país.

⁷⁹ ANS- Agência Nacional de Saúde Suplementar. Classificação de Operadoras para fins de avaliação proporcional de regulação prudencial, DIOPE, 2021. Disponível em: [relatorio_tecnico_classificacao_aplicacao_proporcional_de_regulacao_prudencial.pdf \(www.gov.br\)](http://relatorio_tecnico_classificacao_aplicacao_proporcional_de_regulacao_prudencial.pdf). Acesso em: 09 jan. 2022.

⁸⁰ De acordo com o Relatório da ANS o enquadramento é feito com base nos critérios indicados abaixo:

- Operadora de pequeno porte: número de beneficiários inferior a 20 mil;
- operadora de médio porte: número de beneficiários entre 20 mil e 100 mil; e
- operadora de grande porte: número de beneficiários superior a 100 mil.

A definição consta do art. 4º da RN nº 392, de 2015, que trata de ativos garantidores

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou tecer uma análise geral sobre a saúde suplementar, a fim de compreender o fenômeno da judicialização da saúde no enfrentamento à Covid-19. Nesse sentido, foram utilizadas diversas fontes de pesquisa bibliográfica para compor uma narrativa que facilitasse a compreensão dos conceitos e institutos que envolviam essa temática. Além disso, buscou-se a análise de decisões no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo com intuito de compreender quais as discussões debatidas no âmbito do Poder Judiciário envolvendo a covid-19, bem como seus desfechos.

De início, mostrou-se a necessidade de preceituar o que seria saúde no âmbito mundial e o como ocorreu o processo de positivação desse direito no ordenamento jurídico pátrio. A partir disso, foi possível compreender a saúde como direito fundamental que deve ser garantido pelo Estado, conforme programa previsto no texto constitucional.

Ocorre que a Carta Magna na tentativa de garantir que os indivíduos tivessem a efetiva promoção do direito à saúde, retirou do Estado o monopólio da atuação direta na assistência à saúde de modo a permitir a atuação de pessoas jurídicas do setor privado. Dessa abertura no mercado que se verificou a saúde suplementar. Destaca-se o entendimento de que ainda que o fornecimento de assistência saúde seja oferecido pelo operador de plano de assistência à saúde, deve-se verificar o caráter de serviço público, uma vez que a princípio, ao Estado incumbiu o dever de garantir esse direito.

Pelo exposto, verificou-se no decorrer da história da saúde suplementar a necessidade de regulação desse setor, a fim de que as ações dos operadores fossem adstritas às normas, os regimentos e ao *modus operandi* próprio requerido a esse mercado. Dessa necessidade nasceu a Agência Nacional de Saúde Suplementar, agência reguladora.

Em dado momento deste trabalho, foi apresentado o arranjo normativo que envolvia esse setor, restando demonstrado os seguintes instrumentos: em primeiro lugar a Constituição Federal/1988, depois a Lei nº 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor, em seguida, a Lei dos Planos Privados de Assistência à Saúde – Lei nº 9656/1998, por fim, a Lei 9.961/ 2000, que cria a Agência Nacional de Saúde.

Ora, tendo em vista esse arranjo seguiu-se o questionamento: seria possível a aplicação dos instrumentos nos casos concretos, sem conflito entre as normas? Sim, mediante a utilização da teoria do diálogo das fontes importada da Alemanha pela Claudia Marques.

Após as explicações e breve análise histórica sobre a saúde suplementar, o presente trabalho buscou retomar a segunda parte do título “judicialização da saúde no âmbito do enfrentamento à covid-19.” Nesse momento, buscou-se a compreensão do fenômeno da judicialização da saúde e de forma a perpassar o contexto atual, foram analisadas 84 decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, envolvendo a temática covid-19, a fim de compreender qual tem sido o perfil decisório desse Tribunal e as principais demandas ajuizadas pelos beneficiários.

Cabe aqui pontuar que a escolha do Estado de São Paulo deu-se pelos seguintes motivos: trata-se do estado que apresenta os maiores números de casos de Covid-19, um dos

que mais possui aderentes aos planos de assistência médica na Federação, bem como o Estado que mais fez reclamações perante a ANS.

Após o retorno da pesquisa jurisprudencial, foi possível constatar, pelas decisões recortadas do TJSP, um perfil pró-beneficiários, pró-consumidor. Cabe frisar que tal tendência é justificada principalmente pela urgência das demandas que envolvem esse vírus, bem como do caráter irreparável do acesso tardio a assistência à saúde nos casos de pacientes acometidos por ele acometidos.

Ademais, deve ser reconhecido o posicionamento do Tribunal no sentido de priorizar, sobretudo, a função social do contrato, tendo em vista a essencialidade no produto que é oferecido pelas operadoras: a preservação da vida. Nessa perspectiva, verifica-se o ativismo judicial como instância a garantir que o programa constitucional seja garantido.

Outra reflexão importante, é o reconhecimento na jurisprudência de que o rol de procedimentos mínimos da ANS é exemplificativo e não taxativo. Verifica-se, o resgate ao papel fiscalizador do Poder Judiciário, de modo a cobrar uma atualização periódica desse rol, da revisão dos critérios técnicos, de modo a não impedir o acesso aos beneficiários aos tratamentos mais avançados da medicina para enfrentamento de determinada doença que, *in casu*, é a Covid-19.

Encerra-se, assim, o presente trabalho compreendendo que dentre os atores que participam do mercado de saúde suplementar, o beneficiário é a parte mais vulnerável. O reconhecimento dessa vulnerabilidade é tamanho que motivou o Estado a criar um arranjo institucional a fim de regular os players do mercado de assistência à saúde.

É urgente uma avaliação da atuação da ANS, que parece técnica e distante, enquanto que o Judiciário se apresenta aos beneficiários como o “herói” a garantir a assistência à saúde. Seria a judicialização da saúde um problema ou uma solução em meio a cenários como o enfrentamento ao covid-19? A resposta parece estar em torno de como esse fenômeno ocorre. Na sua dimensão positiva, mostra-se como importante no processo de salvaguardar direitos, de fiscalização, mas em uma esfera negativa é obrigar o que não está previsto, é criar soluções simples para o que é complexo.

6. REFERÊNCIAS

ANS- Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Classificação de Operadoras para fins de avaliação proporcional de regulação prudencial, DIOPE, 2021.** Disponível em: [relatorio_tecnico_classificacao_aplicacao_proporcional_de_regulacao_prudencial.pdf](#) (www.gov.br). Acesso em: 09 jan. 2022.

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar, **Conhecimento científico e regulação – contribuições para a saúde suplementar**, 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/ans/pt-br/centrais-de-conteudo/livro-de-monografias-premiadas-pdf> Acesso em: 17 jan 2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **ANS inclui exame para detecção de Coronavírus no Rol de Procedimentos obrigatórios.** Disponível em: ANS inclui exame para detecção de Coronavírus no Rol de Procedimentos obrigatórios - ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar. Acessado em 30 set. 2021.

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Informações sobre demandas de consumidores.** Disponível em: [copy_of_BoletimCOVID19ANS_2022Janeirofinal.pdf](#) (www.gov.br). Acesso em: 09 jan. 2022.

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar. Disponível em: **Histórico - ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar.** Acesso em: 30 set. 2021.

ANS -Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Comunicado nº 85 de 31 de agosto de 2020.** Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/comunicado-n-85-de-31-de-agosto-de-2020-275431775>. Acesso em: 09 jan. 2022.

ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Dados Gerais: Tabelas de beneficiários de planos de saúde, taxas de crescimento e cobertura.** Disponível em: Dados Gerais — Português (Brasil) (www.gov.br). Acesso em: 09 jan. 2022.

BARCELLOS, Daniela Silva Fontoura. **A regulação da saúde suplementar: avanços e limites perante o usuário de plano de saúde.** In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. Direito Sanitário. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, pp. 252-566.

BARROSO, Luís Roberto, **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática,** Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, vol. 5, nº8, 2009. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009_barroso_judicializacao_ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 09 de jan 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1998. Disponível em: [Constituição \(planalto.gov.br\)](#). Acesso em 30 set. 2021.

BRASIL. **Boletim Covid-19.** Ministério da Saúde, 2022. Disponível em: [Covid-19 Casos e Óbitos \(saude.gov.br\)](#). Acesso em: 09 jan. 2022.

BORBA, Alexsander Rafael de. **A gratuidade no sistema único de saúde enquanto princípio implícito e a (IM)possibilidade de co-pagamento pelo usuário.** Monografia (para obtenção do título de Bacharel em Direito) -Departamento de Direito Econômico e do Trabalho, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2017. p. 16. Disponível em: Biblioteca Digital da Univates: Os reflexos da judicialização da saúde suplementar na atividade das operadoras de planos de saúde. Acesso em: 14 jan. 2022.

BODRA, Maria Eugênia Ferraz do Amaral. **Regulação da Saúde Suplementar à Luz dos Princípios de Direito Econômico Sanitário.** 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Disponível em: Maria_Eugenia_DireitoEconomicoSanitario.RevFinal.14.1.2020 (usp.br). Acesso em: 30 set. 2021. p. 33.

BORBA, Alexsander Rafael de. **A gratuidade no sistema único de saúde enquanto princípio implícito e a (IM)possibilidade de co-pagamento pelo usuário.** Monografia (para obtenção do título de Bacharel em Direito) -Departamento de Direito Econômico e do Trabalho, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2017. p. 44. Disponível em: Biblioteca Digital da Univates: Os reflexos da judicialização da saúde suplementar na atividade das operadoras de planos de saúde. Acesso em: 14 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.** Brasília, DF: Previdência da República. Disponível em: L8080 (planalto.gov.br) Acesso em: 14 jan. 2022.

CIRICO, F. P.; RESNER, A. A. R.; RACHED, C. D. A. Os impactos da Judicialização na Saúde suplementar. *Revista Gestão em Foco*. São Paulo, ed. nº 11, 2019.

COSTA, M. L. da. **O direito público subjetivo e a doutrina de Duguit.** *Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, 47, 1951, p. 490. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66172>. Acessado em 14 jan. 2022.

COSTA, A. M; RIZZOTTO, M. L. F.; LOBATO, L.V.C.; GIOVANELLA, L. Centro Brasileiro de Estudos de Saúde: movimento em defesa do direito à saúde. **Saúde em debate**, Rio de Janeiro, v. 44, n. especial 1, p. 135-141, 2020. Disponível em: SciELO - Brasil - Centro Brasileiro de Estudos de Saúde: movimento em defesa do direito à saúde Centro Brasileiro de Estudos de Saúde: movimento em defesa do direito à saúde. Acessado em: 30 set. 2021.

CRUZ, André Santa. **Direito Empresarial**, 8. Ed. São Paulo: Forense, 2018, pp. 345-346

COELHO, Fábio Ulhoa, **Curso de direito civil**, 3 : contratos, 5. ed., Saraiva, São Paulo, 2012.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Direito à Saúde.** *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 22, nº. 1, 1988, p. 58

DE FIGUEIREDO, C. A. P; DE FIGUEIREDO, E. L. IV. **Diálogo das fontes: harmonização sistêmica, unidade e papel constitucional.** *Revista de estudo jurídicos*, n. 28, vol. 1, Maringá (PR), 2018. Disponível em: DIÁLOGO DAS FONTES: HARMONIZAÇÃO SISTÊMICA,

UNIDADE E PAPEL CONSTITUCIONAL | de Figueiredo | Revista de Estudos Jurídicos (actiorevista.com.br). Acesso em: 09 jan. 2022.

FERREIRA, Júlio e REZEK, Yure, **Os efeitos da anotação indevida nos sistemas proteção ao crédito e a existência de inscrição legítima anterior**, 2015. Disponível em: OS EFEITOS DA ANOTAÇÃO INDEVIDA NOS SISTEMAS PROTEÇÃO AO CRÉDITO E A EXISTÊNCIA DE INSCRIÇÃO LEGÍTIMA ANTERIOR (webartigos.com) Acessado em: 09 jan. 2022.

FILHO, Cavarieli. **Programa de responsabilidade civil**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FONCESA, João José Saraiva. **Metodologia da pesquisa científica**. Curso de especialização em comunidades virtuais de aprendizagem – informática educativa, Universidade Estadual do Ceará, 2002. Disponível em: <http://www.ia.ufrj.br/ppgea/conteudo/conteudo-2012-1/1SF/Sandra/apostilaMetodologia.pdf>. Acesso em: 09 jan 2022.

FREITAS, Beatriz et al, **A Judicialização da saúde nos sistema público e privado de saúde: uma revisão sistemática**, Interface (Botucatu), 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/icse/a/wMrQzjzYts8wnBfmdPNhwNK/?format=pdf&lang=pt> Acesso em: 09 jan 2022.

GAMARRA, Tatiana Pereira das Neves. **A Produção acadêmica sobre a Agência Nacional de Saúde suplementar: um olhar a partir da biblioteca digital brasileira de teses e dissertações**, Saúde Soc. São Paulo, v.26, n.3, p.712-725, 2017

GREGORI, Maria Stella. **CDC e os planos de saúde**. Rev. Cadernos de Seguro, Ed. 162, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://cadernosdeseguro.ens.edu.br/secao.php?materia=385>. Acessado em: 09 jan. 2022.

HANSEN, Alexandra Mery (Org.). **Direito: teoria e experiência – estudos em homenagem a Eros Roberto Grau**. São Paulo: Malheiros, 2013, v.1, p. 1211-1251.

JUNIOR, A. G. S.; GOUVEIA, M. T. C. S. saúde suplementar: regulação e jurisdição. *In*: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. Direito Sanitário. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 255 224-252

MARQUES, C. L.; BENJAMIN, A. H. **A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme**, Revista de direito do consumidor, vol. 115, ano 27, São Paulo, Ed. RT, 2018. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1042/911>. Acesso em: 09 jan. 2022.

MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3ª Ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2010.

MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Org.). **Direito: teoria e experiência – estudos em homenagem a Eros Roberto Grau**. São Paulo: Malheiros, 2013, v.1, p. 1211-1251.

SCAFF, Fernando C. **Direito à Saúde no Âmbito Privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 38.

MEDICI, André Cezar, **Judicialização, integridade e financiamento da saúde**, Washington, 2010. Disponível em: http://epsm.nescon.medicina.ufmg.br/dialogos2/Biblioteca/Artigos_pdf/Judicializacao_integridade_e_financiamento_da_saude.pdf. Acesso em: 09 de jan 2022.

MEDICI, André Cezar, **Breves considerações sobre a relação entre financiamento da saúde e direito sanitário no Brasil**, Brasil, 2009. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/242218909_Breves_Consideracoes_sobre_a_Relacao_entre_Financiamento_da_Saude_e_Direito_Sanitario_no_Brasil1. Acesso em: 09 de jan 2022.

MENDES, Karyna Rocha, Curso de Direito da Saúde, 1ª ed., Editora Saraiva, 2013, p. 635

NOVA IORQUE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**, 22 de Julho de 1946. Disponível em: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP - Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) - 1946 | OMS - Organização Mundial da Saúde. Acesso em: 30 set. 2021.

OCTAVIANI, Alessandro. **Atuação do Estado em relação à economia dos seguros privados: pensando a partir de Eros Grau**. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de;

PEREIRA, Jhony Rodrigues. **Os reflexos da judicialização da saúde suplementar na atividade das operadoras de planos de saúde**. Monografia (para obtenção do título de Bacharel em Direito) - Curso de Direito, do Centro Universitário Univates, Lajeado, 2014. p. 15. Disponível em: Biblioteca Digital da Univates: Os reflexos da judicialização da saúde suplementar na atividade das operadoras de planos de saúde. Acesso em: 14 jan. 2022.

POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras**, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições técnicas, v. III, 3ª edição, 2012, p. 99-136. Disponível em: [Constituicoes_Brasileiras_v3_1934.pdf](#) (senado.leg.br) Acesso em: 14 jan. 2022.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. **Direitos Fundamentais: Legítimas prerrogativas de liberdade, igualdade e dignidade**. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, 2009, p.1.

PIRES, Antonio F. **Direito Constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

PEREIRA, Silvana Souza da Silva. **Regulação da saúde suplementar: econômica, social ou da qualidade?** Escola Nacional de Administração Pública, 2009. (Monografia para título de especialista)

PEDRA, Anderson Sant'Ana. Interpretação e aplicabilidade da Constituição: em busca de um Direito Civil Constitucional. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 99, 10 out. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4266>. Acesso em: 10 fev. 2022.

REZENDE, Nanci F. **A amplitude da expressão saúde no marco normativo brasileiro**. In: BLIACHERIENE, Ana C. SANTOS, José. S. (Orgs.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p.230.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 35-36.

SARMENTO, D; TELLES, C. **Judicialização da saúde e responsabilidade federativa: solidariedade ou subsidiariedade?** In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. Direito Sanitário. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p.117

SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 29-30.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. Malheiros Editores Ltda. São Paulo: 1998, p. 82-83.

SCAFF, Fernando C. **Direito à Saúde no Âmbito Privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 38.

SICSÚ, Bernardo. **Seguro saúde no Brasil dos anos 90: uma análise da competição empresarial como subsídio ao desenvolvimento da experiência regulatória**. Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2002, (Tese de Doutorado)

SCHMITT, Cristiano Heineck; MARQUES, Cláudia Lima, **Visões sobre os planos de saúde privada e o código de Defesa do consumidor**, 16 mar. 2011, p. 47. Disponível em: Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor | eGov UFSC. Acesso em: 30 set. 2021.

SCHREIBER, A.; KONDER, C. N. **O futuro do direito civil constitucional**. In: TERRA, A. M. V. *et al* Direito civil constitucional, 1ª ed., São Paulo: Atlas, 2016, p. 225

SCHEFFER, **Mario, Judicialização de planos de saúde**. Superior Tribunal de Justiça, 2018. Disponível em: Acesso em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/10/67ac89ee5438180e34cc1a3c5896c83a.pdf> 09 jan 2022.

VIEIRA, Direito à saúde no Brasil, 2020. Disponível em: Acesso em: 17 jan 2021.

ZAMQUIM JUNIOR et al. **Responsabilidade civil do engenheiro**. Revista Matiz Online. Instituto Matonense Municipal de Ensino Superior, 2016.

6.1. Lista de julgados referidos

Apelação Cível nº 0700788-06.2021.8.07.0021 /TJDF Rel. Des. Cruz Macedo. 7ª Turma Cível, j. 29/09/2021 pub. DJe 13/10/2021

Apelação Cível nº 0008899-22.2016.8.19.0066 /TJRJ Rel. Des.Marcos Alcino de Azevedo Torres. 27ª Câmara Cível, j. 12/02/2020 pub. DJe 17/02/2020

Apelação Cível nº 1001244-44.2020.8.26.0228/ TJSP Rel. Min. A.C. Mathias Coltro. 5ª Câmara de Direito Privado, j. 31/15/2021 pub. DJe 31/052021

Apelação Cível nº 1001244-44.2020.8.26.0228/ TJSP Rel. Min. A.C. Mathias Coltro. 5ª Câmara de Direito Privado, j. 31/15/2021 pub. DJe 31/052021

Apelação Cível nº 0007825-68.2020.8.19.0202/TJRJ Rel. Des. Paulo Sérgio Prestes Dos Santos. 2ª Câmara Cível, j. 24/11/2021 pub. DJe 01/12/2021

Apelação Cível nº 1088412-80.2020.8.26.0100/TJDF Rel. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, 8ª Câmara de Direito Privado, j. 26/10/2021pub. DJe 26/10/2021

Apelação Cível nº 1011972-78.2021.8.26.0562/TJDF Rel. Miguel Brandi, 7ª Câmara de Direito Privado, j. 28/09/2021. pub. DJe 28/09/2021

Apelação Cível nº 1022583-58.2020.8.26.0002/TJDF Rel. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, 8ª Câmara de Direito Privado, j. 23/07/2021. pub.DJe 23/07/2021.

Apelação Cível nº 1085911-56.2020.8.36.0100 /TJDF Rel. Miguel Brandi, 7ª Câmara de Direito Privado, j.06/10/2021. pub.DJe 07/10/2021

Apelação Cível nº 1122493-55.2020.8.26.0100 /TJDF Rel. James Siano, 5ª Câmara de Direito Privado, j.01/10/2021. pub.DJe 01/10/2021

Agravo de Instrumento nº 2139144-23.2021.8.26.000/TJDF Rel.Rui Cascaldi, 1ª Câmara de Direito Privado, j.19/08/2021. pub.DJe 19/08/2021

Apelação Cível nº 1118570-21.2020.8.26.0100/TJDF Rel. João Pazine Neto, 3ª Câmara de Direito Privado, j.04/08/2021. pub.DJe 04/08/2021

(Agravo de instrumento nº 2115799-28.2021.8.26.0000/ TJDF Rel.Giffoni Ferreira, 2ª Câmara de Direito Privado, j.30/06/2021. pub.DJe 30/06/2021

Agravo de instrumento nº 2109656-23.2021.8.26.0000/ TJDF Rel. Enio Zuliani, 4ª Câmara de Direito Privado, j.29/06/2021. pub.DJe 29/06/2021

Apelação cível nº 1001381-73.2021.8.26.0007/TJDF Rel. Beretta da Silveira, 3ª Câmara de Direito Privado, j.12/08/2021. pub.DJe 12/08/2021

BRASIL. STF, **ADI: 2.028-5/DF**, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Data de Julgamento: 02/03/2017.