

PLANOS DE SAÚDE E RELAÇÃO DE CONSUMO: SOBRE O PRINCÍPIO DA NÃO INTERVENÇÃO EM ORIENTAÇÃO TERAPÊUTICA

HEALTH INSURANCE PLANS AND CONSUMERIST RELATIONSHIP: ON THE PRINCIPLE OF NON-INTERVENTION IN MEDICAL THERAPEUTIC GUIDANCE

Elmer da Silva Marques*

Resumo: O artigo visa ao estabelecimento dos parâmetros jurídicos aplicáveis à resolução de específico litígio envolvendo operadoras de plano de saúde e consumidores: a intervenção do plano de saúde na orientação terapêutica indicada pelo médico de confiança do consumidor, frequentemente seguida da negativa dos custos financeiros do tratamento médico. Mediante aplicação dos princípios informativos de proteção ao consumidor e do dirigismo contratual, e como resultado da densificação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e do direito à vida constitucionalmente assegurados, propugna pelo reconhecimento de um novo princípio de proteção ao consumidor, aplicável especificamente às relações jurídicas entre segurado e operadora de plano de saúde: o princípio da não intervenção em orientação terapêutica. Esse princípio serviria de vetor interpretativo às cláusulas do contrato de plano de saúde, visando à otimização contratual e à proteção do consumidor como parte reconhecidamente vulnerável, servindo como fundamento jurídico à intervenção do Judiciário na relação contratual entre plano de saúde e consumidor.

Palavras-chave: Princípio da dignidade da pessoa humana. Plano de saúde. Princípio da não intervenção em orientação terapêutica.

Abstract: The purpose of this article is to establish the legal parameters applicable in order to solving dispute regarding health insurance plans and consumers: the intervention of the health insurance in the medical therapeutic guidance prescribed by the consumer's trusted doctor, often followed by its negative to support the treatment financial costs. By applying the consumer's protection principles and judicial intervention of contract, and as a result of the fundamental principle of human dignity densification and the right to life, both constitutionally guaranteed, advocates for the recognition of a new consumer's protection principle, specifically applicable to legal relationship between the insured and provider health insurance plan: the principle of non-intervention in medical therapeutic guidance. This principle serves as a rule of health insurance clauses interpretation, aiming to optimize the consumer protection as the part admittedly vulnerable, serving as a legal basis for the intervention of the Judiciary Branch in the contractual relationship between health insurance plan and consumer.

Keywords: Principle of human dignity. Health insurance. Principle of non-intervention in medical therapeutic guidance.

* Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná; Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina; Professor na Universidade Estadual do Oeste do Paraná; Rua Maringá, 1200, Vila Nova, 85605-010, Francisco Beltrão, Paraná, Brasil; emaildoelmer@yahoo.com.br

Introdução

A falência do sistema público de saúde acarretou a difusão, cada vez maior, dos chamados planos de saúde, atualmente regulados pela Lei n. 9.656/98, amplamente alterada pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 24 de agosto de 2001. A vigência dessa Medida Provisória encontra-se atualmente perenizada pela Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001, cujo art. 2º determina a continuidade de vigência das Medidas Provisórias editadas até a data da promulgação dessa Emenda e até que sejam revogadas expressamente ou deliberadas em definitivo pelo Congresso Nacional.

Ao entabular um contrato de plano privado de assistência à saúde (doravante chamado de plano de saúde), a chamada operadora de plano de saúde se obriga, mediante contraprestação financeira do consumidor, a prestar serviço contínuo e ininterrupto de cobertura dos custos financeiros necessários para garantir ao segurado ampla assistência médica, tudo dentro dos limites estabelecidos pelas cláusulas contratuais.

É sabido que o relacionamento entre os segurados e as respectivas operadoras de plano de saúde foi e está permeado de discussões e interesses contrapostos, principalmente no que diz respeito ao reajuste das contraprestações financeiras devidas pelo consumidor às operadoras, à interpretação dos procedimentos médicos abrangidos pela cobertura contratada, entre outras questões frequentemente divulgadas pela mídia.

Atualmente, a litigiosidade dessas relações jurídicas vem atingindo uma nova questão a ser debatida nos meios sociais e jurídicos: a possibilidade de a operadora de plano de saúde intervir no tratamento médico apontado pelo profissional escolhido pelo segurado ou simplesmente se negar à cobertura de determinado procedimento médico.

Tornou-se comum a negativa, por parte das operadoras de plano de saúde, em promover a devida cobertura financeira de tratamentos médicos, alegando a desnecessidade do procedimento indicado, a possibilidade de substituí-lo por outro (frequentemente de custos financeiros mais baixos), ou, ainda, a existência de alguma limitação de natureza contratual.

São várias as formas de interferência das operadoras de plano de assistência à saúde na orientação terapêutica e autonomia técnica do médico, conforme será relatado no transcorrer do presente estudo, notando-se que o problema vem se tornando cada dia mais frequente.

Em pesquisa realizada pelo Datafolha, a pedido da Associação Paulista de Medicina, entre os dias 23 de junho e 18 de agosto de 2010, com 403 médicos que trabalham no Estado de São Paulo (AVALIAÇÃO..., 2010), 93% dos médicos entrevistados declararam que sofrem interferência dos planos ou seguros de saúde em sua autonomia técnica. Em uma escala de zero a dez, os médicos entrevistados declara-

ram, em média, que o grau de interferência das operadoras ou plano de saúde em sua autonomia técnica atinge o nível 6.

Foram pesquisados, ainda, os serviços médicos em que ocorreria o maior grau de interferência da operadora ou plano de saúde na autonomia técnica do profissional. Os resultados podem ser consultados na Tabela 1:

Tabela 1– Grau de interferência da operadora ou plano de saúde

| Tipos de serviços que sofrem interferência das operadoras e planos de saúde | Porcentagem dos entrevistados |
|--|--------------------------------------|
| Glosa de procedimentos ou medidas terapêuticas | 32% |
| Número de exames ou procedimentos | 21% |
| Atos diagnósticos e terapêuticos mediante designação de auditores | 18% |
| Restrições a doenças preexistentes | 5% |
| Tempo de internação de pacientes | 7% |
| Prescrição de medicamentos de alto custo | 3% |
| Período de internação pré-operatório | 1% |

Fonte: Avaliação... (2010).

Litígios dessa ordem não são exclusividade pátria. Nos Estados Unidos da América do Norte, um estudo realizado por pesquisadores da *John Hopkins University* em Baltimore, no ano 2001, demonstra que 64% dos planos de saúde oferecidos pelas 100 maiores empresas listadas pela revista *Fortune* estabelecem limites de consultas psiquiátricas por ano, 46% impõem limites de consultas a terapeutas ocupacionais, 28% limitam o número de sessões de fisioterapia e 28% limitam o número de sessões de fonoaudiologia, entre outras restrições (MONTENEGRO-TORRES et al., 2001).

Esses litígios não demoraram a ser levados ao Judiciário, a fim de que recebessem solução jurídica individual. Entretanto, uma solução definitiva parece não ter sido, ainda, encontrada.

Pretendeu-se, com este estudo, apresentar solução jurídica ao litígio em consonância com os fundamentos principiológicos que se acredita devam nortear a pacificação dessa espécie de conflito que vem, cada vez mais, assombrando os consumidores dessa espécie de prestação de serviço.

Em regra, é possível afirmar que o contrato de plano privado de assistência à saúde está regido pelos princípios contratuais básicos da liberdade contratual e do *pacta sunt servanda*.

Entretanto, a validade das disposições contratuais subordina-se à compatibilidade vertical com as demais normas jurídicas que se encontram acima na estrutura escalonada do ordenamento jurídico.

Em tese, a validade das cláusulas contratuais dos planos de saúde subordina-se de forma imediata ao regramento existente na Lei n. 9.656/98, alterada pela Medida Provisória n. 2.177-44/2001. Entretanto, subordina-se ainda às disposições do Código de Defesa do Consumidor, do Código Civil, da Constituição Federal e das demais leis que possam, ainda que indiretamente, servir como fonte analógica e, principalmente,

principiológica, à resolução do conflito, cuja interpretação e aplicação ao caso concreto devem, evidentemente, ser informadas pelo Texto Constitucional.

A liberdade contratual permite ao consumidor escolher o âmbito de cobertura a qual a operadora estará obrigada a custear. Em princípio, a liberdade contratual permite ao segurado escolher entre as coberturas-tipo oferecidas pelas operadoras de plano de saúde, de modo a contratar de acordo com suas necessidades.

Feita a opção pela cobertura contratual, esta deve ser respeitada, pois a livre opção do segurado refletiu no valor de sua contraprestação pecuniária.

O problema maior surge quando o segurado opta por cobertura que deve lhe garantir amplo acesso aos tratamentos médicos disponíveis, seja de natureza ambulatorial (consultas médicas, exames laboratoriais) seja de natureza hospitalar (cirurgias, internamentos) e, ainda assim, a operadora recusa-se a arcar com os custos financeiros do tratamento indicado pelo profissional médico da escolha do segurado, apresentado uma ou mais das justificativas a seguir:

- a) tratamento não contemplado expressamente pelo contrato;
- b) tratamento cuja técnica não se encontra completamente aceita pela operadora do plano de saúde ou constante do rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar;
- c) tratamento desnecessário para o tratamento da doença diagnosticada, de forma a substituí-lo por outro tratamento ou simplesmente não realizá-lo.

Nesses casos, é inevitável o surgimento de litígio entre a operadora de plano de saúde e o segurado, paciente e consumidor, este tendo sua pretensão à cobertura financeira dos tratamentos médicos necessários resistida por aquela. Não havendo qualquer forma de composição entre as partes ou, ainda, a subordinação do interesse de uma das partes aos interesses da outra, caberá ao segurado, para ver satisfeita sua pretensão, deduzir a lide em juízo e formular sua respectiva pretensão de tutela jurisdicional.

Ocorre que os fundamentos jurídicos que embasam a pretensão do segurado e, até mesmo, o entendimento do magistrado quando da composição da lide, ainda é objeto de intensas controvérsias e carece de melhor sistematização, a fim de proporcionar o devido suporte jurídico à pacificação do litígio. Adiante, procurar-se-á apresentar a solução jurídica que se reputa mais adequada, valendo-se, para tanto, dos princípios e regras informadores do sistema de proteção ao consumidor, do atual Estado Democrático de Direito e da contemporânea situação do Direito Privado.

1 Da relação de consumo entre operadora de plano privado de assistência à saúde e segurado

Como pano de fundo da solução jurídica a ser apresentada ao litígio em estudo, é necessário reafirmar a aplicação da Lei n. 8.078/90 – Código de Defesa e Proteção do Consumidor (CDC) – aos contratos de plano de saúde, bem como às entidades fornecedoras dessa modalidade de serviço, na medida em que se vislumbra estabelecida a relação fornecedor-consumidor nos moldes traçados pelos arts. 2º e 3º do CDC.

O segurado apresenta-se como destinatário final de um serviço oferecido pela operadora, enquanto esta se apresenta nitidamente como fornecedora de atividade oferecida à coletividade mediante remuneração.

Referida norma possui substrato na Constituição Federal, que em seu art. 5º, inc. XXXII, estabelece que “[...] o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (BRASIL, 1998), elevando a defesa do consumidor como princípio geral da ordem econômica (CF, art. 170, V).

Para pacificar a questão, a Medida Provisória n. 2.177-44/2001 incluiu o art. 35-G à Lei n. 9.656/98, determinando expressamente a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor aos contratos estabelecidos entre seguradores e operadoras de plano de saúde.

Diante da inafastável aplicação das normas consumeristas às relações jurídicas existentes entre operadora de plano de saúde e segurado, visando ao equilíbrio contratual entre as partes contratantes, necessário é assegurar ao consumidor garantias básicas, entre as quais o afastamento das cláusulas abusivas e a interpretação mais benéfica do contrato em seu favor.

O contrato de plano de saúde apresenta-se nitidamente como por adesão, isto é, em que as cláusulas contratuais são prévia e unilateralmente estabelecidas pelo fornecedor do serviço, impedindo o consumidor de participar da elaboração das cláusulas, em desrespeito do direito que a doutrina portuguesa convencionou denominar “liberdade de modelação do conteúdo contratual”. Nesses casos, não há limitação à liberdade de contratar, entretanto, há ofensa à liberdade de uma das partes contratantes livremente discutir o conteúdo do “ordenamento contratual” (PINTO, 1999, p. 96-101).

Nesse contexto, em que se vislumbra a desigualdade substancial entre as partes da relação jurídica, impondo à operadora do plano de saúde todas as condições da relação contratual e se beneficiando da fragilidade econômica do segurado – geralmente leigo na área médica – e sua posição de consumidor (vulnerável), faz-se necessário, nos processos envolvendo operadora e segurado, que seja decretada a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, com fundamento no art. 6º, inc. VIII do CDC, que estabelece ser direito básico do consumidor a facilitação de sua defesa em juízo, inclusive com a inversão do ônus da prova.

A inversão do ônus da prova em favor do consumidor, nos termos do que permite o Código de Defesa do Consumidor, apresenta-se assim imperiosa e obrigatória, uma vez que a própria Lei n. 8.078/90, em seu art. 4º, inc. I, pressupõe como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo.

A vulnerabilidade e a fragilidade do consumidor nas relações de consumo provêm não apenas das situações de fato, mas de dispositivo legal próprio, que expressamente reconhece a situação de hipossuficiência dos consumidores, à medida que a diferença de poderio entre o consumidor e o fornecedor do serviço, no caso em tela, empresa especializada em planos de saúde, avulta-se de forma manifesta:

No caso dos contratos, o problema é o desequilíbrio flagrante de forças dos contratantes. Uma das partes é vulnerável (art. 4º, I), é o polo mais fraco da relação, pois não pode discutir o conteúdo do contrato ou a informação recebida; mesmo que saiba que determinada cláusula é abusiva, só tem uma opção, “pegar ou largar”, isto é, aceitar o contrato nas condições que lhe oferece o fornecedor ou não aceitar e procurar outro fornecedor. Sua situação é estruturalmente e faticamente diferente da do profissional que oferece o contrato. Este desequilíbrio fático de forças nas relações de consumo é a justificação para um tratamento desequilibrado e desigual dos co-contratantes, protegendo o direito daquele que está na posição mais fraca, o vulnerável, o que é desigual fática e juridicamente. Aqui, os dois grandes princípios da Justiça moderna (liberdade e igualdade) (assim ensina, em seu novo livro *A volta à Justiça*, o jusfilósofo alemão Braun, p. 142 e ss.) combinam-se, para permitir o limite à liberdade de um, o tratamento desigual a favor do outro (favor *debelis*), compensando a “fragilidade”/ “fraqueza” de um com normas “protetivas” (Calais-Auloy, 4. ed., n.18), controladoras da atividade do outro, resultando no reequilíbrio da situação fática e jurídica. (MARQUES, 2003, p. 73).

O que se verifica é que as relações de mercado em que estão inseridos os consumidores são compostas de formas assimétricas, em que o consumidor, em geral, assume uma posição de debilidade e subordinação estrutural em relação à outra parte, o fornecedor de bens ou prestador de serviços (GRAU, 2003, p. 218).

A aplicação da legislação consumerista aos contratos de plano de saúde afigura-se como elemento de respeito às normas de ordem pública e cogente constantes da Lei n. 8.078/90, cuja aplicação não pode ser preterida, sob pena de ofensa à eficácia e imperatividade do ordenamento jurídico, constitucional e infraconstitucional.

2 Da interpretação contratual de maneira mais favorável ao consumidor

A falta de expressa previsão contratual que garanta a cobertura a determinado tratamento ou técnica médica não pode ser admitida como recusa da operadora de plano de saúde como justificativa para o não pagamento dos custos financeiros.

Na verdade, apenas o raciocínio contrário seria, em tese, admitido: somente seria admitida a exclusão do tratamento se houvesse cláusula expressa excluindo a cobertura financeira do tratamento indicado pelo médico de confiança do segurado.

Esse posicionamento decorre do direito básico do consumidor em ter as disposições contratuais interpretadas da maneira que lhe for mais favorável (art. 47 do CDC), além de aplicação dos princípios da transparência, da informação adequada e da boa-fé objetiva.

Nesse aspecto, é imprescindível o registro de que, nessa espécie de relação contratual, devem-se analisar as doenças e enfermidades que recebem cobertura do contrato de assistência privada à saúde. Apenas em um nível de normatividade inferior é que se perquire sobre eventuais tratamentos médicos que devem ou não ser cobertos pelo plano de saúde.

Explica-se: considerando-se que o contrato de assistência à saúde expressamente prevê a cobertura dos custos financeiros de determinado ramo da medicina (por exemplo, cobertura ortopédica, cardiológica, oncológica, neurológica, etc.) ou, ainda, que não tenha havido expressa exclusão da área da Medicina, todo e qualquer tratamento médico deve ser obrigatoriamente fornecido ao segurado, conforme indicação médica.

Qualquer outra cláusula limitativa do tratamento necessário e indicado pelo médico é nula de pleno direito, eivada de ilegalidade frente aos dispositivos de proteção ao sistema do consumidor, à medida que:

- a) confronta-se com outras cláusulas previstas no próprio contrato que garantem a cobertura dos custos financeiros para aquele determinado ramo da medicina; no confronto entre cláusulas contratuais, aplica-se aquela mais favorável ao consumidor (CDC, art. 47);
- b) haveria afronta grave ao princípio da boa-fé objetiva durante a fase de elaboração e execução do contrato, pois ao prever a cobertura médica, não pode, em seguida, negar-se à cobertura de determinado tipo de tratamento que seja necessário ao restabelecimento da saúde do segurado, configurando-se em evidente ofensa ao “aspecto moral da obrigação contratual” (LISBOA, 2005, p. 103);
- c) ofenderia os princípios da transparência e da informação adequada, pois quando da celebração do contrato não há prestação devida das informações necessárias para que o consumidor entenda e compreenda a extensão desse tipo de restrição. Com efeito, o art. 6º do CDC estabelece ser um direito [subjeto] básico do consumidor a informação adequada do serviço contratado, com informação correta de suas características (III) e a proteção contra métodos comerciais ilegais (IV). Em seguida, em seu art. 39, o CDC expressamente proíbe ao fornecedor do serviço prevalecer-se da ignorância do consumidor (IV). Mais adiante, o art. 51 do mesmo *Codex* estabelece a nulidade de cláusulas (e, evidentemente, de suas respectivas práticas) que estabeleçam obrigações incompatíveis com a boa-fé e a equidade (IV), as quais estejam em desacordo com o

sistema de proteção ao consumidor (XV), que restrinja os direitos e obrigações fundamentais do contrato (§ 1º, II);

- d) constituiria em ofensa ao dever de lealdade e de cooperação mútua dos contratantes, em que a seguradora infringe seu dever de fidelidade na satisfação dos interesses do outro contratante (LISBOA, 2005, p. 104).

A título de conclusão parcial, tem-se que, prevendo o contrato a cobertura de determinado ramo da Medicina ou doenças específicas, não pode haver qualquer espécie de limitação ao tratamento indicado pelo médico, sob pena de ofensa a direito subjetivo do consumidor segurado.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em Acórdão da lavra do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, estabeleceu as diretrizes apontadas para a questão:

Seguro saúde. Cobertura. Câncer de pulmão. Tratamento com quimioterapia. Cláusula abusiva. 1. O plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura. Se a patologia está coberta, no caso, o câncer, é inviável vedar a quimioterapia pelo simples fato de ser esta uma das alternativas possíveis para a cura da doença. A abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, em razão de cláusula limitativa, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno disponível no momento em que instalada a doença coberta. 2. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL, 2007).

Para melhor compreensão, apresentam-se alguns exemplos:

- a) exclusão contratual de cobertura para a alimentação enteral e parenteral;
- b) limitações de sessão de quimioterapia ou radioterapia (quando o próprio contrato prevê a cobertura de tratamento oncológico);
- c) tratamento mediante ablação por abordagem eletroanatômica (quando o próprio contrato prevê a cobertura de tratamento cardiológico);
- d) sistema de tratamento “home care”, quando indicado pelo médico e necessário ao tratamento;
- e) toda e qualquer limitação ao tempo de tratamento, inclusive limitação de diárias em unidades de tratamento intensivo. A propósito, ressalte-se que o entendimento jurisprudencial do STJ quanto a essa hipótese vem atualmente descrito pelo enunciado de sua Súmula 302, *in verbis*: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.”
- f) colocação de próteses quando o próprio contrato prevê a cobertura de tratamento ortopédico ou traumatológico ou quando a prótese está vinculada a um ato cirúrgico coberto pelo contrato.

Ainda a título de exemplo, em litígio julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, condenou-se a operadora de plano de saúde ao pagamento dos custos necessários para a implantação de prótese (esfíncter artificial) necessária para o tratamento de incontinência urinária. “Se a cobertura desejada, no caso a colocação da prótese, está vinculada a um ato cirúrgico coberto, sendo procedimento de consequência, não se pode considerar como incidente a cláusula proibitiva, sob pena de seccionarmos o tratamento que está previsto no contrato.” Nesse caso, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais determinou ao plano de saúde a colocação de esfíncter artificial necessário ao tratamento de incontinência urinária, “[...] porquanto diretamente ligado ao ato cirúrgico principal, inobstante a exclusão prevista no contrato firmado.” (MINAS GERAIS, 2009).

Nesse caso, se o contrato prevê a cobertura de tratamento urológico, todo e qualquer ato cirúrgico e derivado, como a colocação de próteses, deve ser coberto pelo plano de saúde, ainda que haja cláusula excluindo a cobertura de próteses.

Isso porque, no exemplo, haveria duas cláusulas em confronto: uma que prevê a cobertura de tratamento urológico (ou ao menos que não a exclua expressamente) e outra que, embora apenas genericamente exclua a cobertura de próteses, acabou por, diante da situação fática, limitando o direito subjetivo contratual do consumidor em ter a cobertura de seu tratamento urológico.

Nessas hipóteses, a cláusula limitadora deve ser afastada, tudo por força dos princípios de proteção ao direito do consumidor anteriormente informados: “[...] mais que um mero apego à liberdade contratual, prevalecem razões de ordem moral e econômica, com poder para modificação de cláusulas prejudiciais a um dos contratantes, que está situado num plano de inferioridade perante o outro.” (CATALAN, 2004, p. 377).

A existência dessas cláusulas limitadoras do direito do segurado reclama a efetiva atuação do Poder Judiciário, além dos órgãos administrativos e associações de proteção ao consumidor, de modo a “[...] corrigir ou impedir os desenvolvimentos absolutos da liberdade contratual, assegurando uma situação de real liberdade e igualdade dos contraentes, bem como as exigências da justiça social.” (PINTO, 1999, p. 98). Pontes de Miranda já antevia que, quando o conteúdo do contrato for determinado por apenas um dos contratantes, este não pode se afastar da equidade, devendo-se ater ao que é adequado à espécie contratual, sob pena de haver a necessária intervenção estatal que se constituiria em complementação judicial do negócio jurídico (PONTES DE MIRANDA, 2005, p. 94-95).

Trata-se de reflexo do dirigismo estatal aplicado às relações contratuais, relativizando a rigidez dos princípios de natureza liberal que regiam a relação contratual, atenuando-se conceitos e noções do direito de forma a admitir-se a “[...] ingerência de fatores externos nos contratos, limitando-se sensivelmente a participação da vontade individual no vínculo contratual” para, dessa forma, eliminar distorções em defesa da parte prejudicada (BITTAR, 2003, p. 122-128).

3 Da intervenção em orientação terapêutica

Outra espécie de litígio que vem comumente surgindo entre segurado e operadora de plano de saúde reside na hipótese desta última intervir na orientação terapêutica apresentada pelo médico do segurado.

Com efeito, cabe ao segurado dirigir-se até a operadora do plano de saúde a fim de obter a autorização necessária para a realização do procedimento médico (cirurgias, internações, tratamentos quimioterápicos, etc.).

Com a finalidade de liberar a realização do tratamento, há hipóteses em que a operadora do plano de saúde condiciona a cobertura dos custos financeiros mediante:

- a) alteração do hospital no qual o procedimento será realizado (de custos financeiros, evidentemente, mais baratos);
- b) indicação de outra equipe médica para o acompanhamento da cirurgia;
- c) alteração do próprio procedimento médico indicado, ou o número de sessões e/ou dias de internamento;
- d) supressão da quantidade ou qualidade dos equipamentos necessários para a realização do procedimento médico;
- e) substituição de próteses importadas por outras de fabricação nacional.

Todas essas situações se apresentam em grave ofensa aos direitos do segurado consumidor, mormente os relativos à boa-fé objetiva durante a execução do contrato.

É possível, aqui, identificar o surgimento de um novo princípio de proteção ao consumidor, aplicável especificamente às relações jurídicas entre segurado e operadora de plano de saúde: o princípio da não intervenção na orientação terapêutica.

Além de todo o arcabouço consumerista que fundamenta o surgimento desse princípio, pode-se alicerçar sua existência pelos dispositivos do Código de Ética Médica, cujo Capítulo 1, item VIII, prescreve ser princípio fundamental da medicina que “[...] o médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho.”

A intervenção indevida da operadora de plano de saúde na orientação terapêutica do médico desnatura o próprio contrato firmado com o segurado: este se obriga a pagar uma contraprestação, enquanto a operadora se obriga a arcar com os custos financeiros dos tratamentos médicos necessários para a preservação e o reestabelecimento da saúde do seguro.

A intervenção na orientação terapêutica caracteriza-se como descumprimento contratual por parte da operadora, prática abusiva e de má-fé que pretende, por vias transversas, diminuir seus gastos com o tratamento médico do segurado, a

fim de aumentar seus lucros, tudo em flagrante ofensa aos princípios de proteção ao consumidor e seus direitos mais básicos.

A aplicação desse princípio pode ser mais facilmente vislumbrada quando se relembra que o contrato de plano de assistência privada à saúde se caracteriza como um “contrato cativo de longa duração”, contrato de trato sucessivo que se protraí no tempo e que se justifica principalmente pela busca de segurança no futuro, reduzindo o consumidor a uma posição “cativa” frente à fornecedora do serviço (MARQUES, 2005, p. 101).

Isto é, após anos de vínculo contratual e pagamento das contraprestações financeiras, não cabe mais ao segurado se retirar da relação jurídica contratual, pois isso significaria renunciar à proteção e segurança que se almejava desde o início do contrato. Ao intervir na orientação terapêutica, a operadora do plano de saúde violenta justamente aquilo que o consumidor buscava com a relação contratual: proteção à sua saúde e segurança financeira para a realização dos procedimentos médicos necessários.

A noção de plano de saúde incute no segurado a ideia de estar “adquirindo” os meios necessários à manutenção de sua saúde, imputando-lhe a segurança de que serão satisfeitas as suas necessidades humanas básicas no que diz respeito à sua saúde individual, impedindo-o de sofrer, prevenindo-o da morte prematura e mantendo sua capacidade funcional (GARLAND; GREENLICK, 2004, p. 1123).

Em outros termos, haveria indevido desvirtuamento da finalidade básica do contrato: a pretensão de segurança que o contratante almejava ao aderir ao contrato de plano de saúde, no que se refere aos tratamentos médicos indispensáveis para a manutenção de sua saúde, é atingida de tal forma a desvirtuar a eficácia contratual.

Correlatamente, o desvirtuamento da finalidade básica do contrato implica o desvio de eficácia do serviço contratado, ou seja, o serviço contratado não mais será prestado na eficácia ótima que dele era esperado.

No sentido aqui defendido, o Superior Tribunal de Justiça esposou entendimento no sentido de que “[...] a exclusão de cobertura de determinado procedimento médico/hospitalar, quando essencial para garantir a saúde e, em algumas vezes, a vida do segurado, vulnera a finalidade básica do contrato”, justamente pelo fato de o procedimento indicado pelo médico ser o necessário para atingir a segurança de vida e de saúde a que o segurado buscava quando da celebração do contrato (BRASIL, 2008).

Esse desvirtuamento pode ocorrer no momento da celebração do contrato, quando as cláusulas contratuais são unilateralmente dispostas de tal forma a impedir ou limitar a necessária cobertura financeira dos tratamentos médicos necessários (como nos exemplos apresentados, de cláusulas contraditórias, v. g., prevendo a cobertura de tratamento ortopédico, mas excluindo a cobertura de próteses ou, ainda, prevendo a cobertura de tratamento cardíaco, mas excluindo a cobertura de tratamentos mediante ablação por abordagem eletroanatômica); ou, ainda, durante a fase de execução do contrato, mediante interferência indevida da operadora de

plano de saúde na orientação terapêutica, seja no procedimento a ser utilizado, seja no número de sessões, consultas, dias de internamento, utilização de unidades de tratamento intensivo, etc.

Há, assim, um vínculo indissolúvel entre a validade das cláusulas contratuais e a sua interpretação com a finalidade básica do contrato, existente desde sua celebração, que não pode ser desvirtuada seja pela existência de cláusulas contratuais originárias, evidentemente nulas, seja pela interferência indevida da operadora de plano de saúde na orientação terapêutica do médico de confiança do segurado.

Ao conceito de “finalidade básica do contrato”, pode-se, ainda, vinculá-lo à noção de que o contrato de plano de saúde estabelece à operadora do plano uma obrigação de resultado, não no sentido de que o segurado deve ser curado, mas de possuir adequação e qualidade necessárias para fornecer ao consumidor a cobertura financeira indispensável para a realização de todo o procedimento terapêutico julgado indispensável pelo médico (MELO, 2008, p. 215).

É de se analisar, ainda, outra situação: a negativa da operadora de plano de saúde em custear o tratamento médico sob a alegação de que este não estaria incluído no rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Ocorre que esse rol elenca apenas os procedimentos mínimos a serem custeados obrigatoriamente pela operadora de plano de saúde. Não se trata de um rol exaustivo, limitador dos direitos do segurado.

Não se pode querer limitar o tratamento médico do segurado a apenas alguns procedimentos pré especificados sob a desculpa de desequilíbrio econômico-financeiro da operadora do plano de saúde. *In casu*, a própria natureza da relação jurídica, caracterizada como contrato cativo de longa duração, induz à adoção da socialização dos riscos (MARQUES, 2003, p. 637), pelo qual o grupo de segurados (e também a operadora de plano de saúde, evidentemente, abrindo mão de parte de seus lucros) financia mutuamente o tratamento dos demais.

Retome-se, aqui, o que foi exposto no item antecedente: prevendo o contrato à cobertura de tratamentos por área médica (cardiológico, oncológico, etc.), tem direito o segurado de receber todo e qualquer tratamento indicado por seu médico de confiança e que, segundo o exclusivo critério desse profissional, é o indicado e necessário para o pleno restabelecimento da saúde do segurado.

Assim, a ausência do procedimento indicado no rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar não é fundamento válido para a não cobertura dos custos financeiros da orientação terapêutica indicada. Esse posicionamento vem sendo, inclusive, amparado nos Tribunais. Confira-se, a título exemplificativo:

Mostra-se abusiva a cláusula contratual que nega cobertura de realização de exame prescrito por médico que assiste o paciente, sob a alegação de que aquele não está relacionado na resolução normativa expedida pela Agência Nacional de Saúde, devendo ser considerada nula de pleno direito nos termos do art. 51, inc. IV do CDC. Isso porque o rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde não é taxativo, não possuindo uma função limitado-

ra, mas garantidora de procedimentos mínimos, que devem ser observados pelas operadoras de plano de saúde. (MINAS GERAIS, 2009).

Dessa maneira, defende-se o surgimento do princípio da não intervenção em orientação terapêutica a informar a relação jurídica existente entre operadora de plano de saúde e segurado, limitando a ingerência daquela no tratamento indicado pelo médico de confiança do segurado, tudo a fim de resguardar o direito do consumidor, sua saúde e dignidade.

O princípio da não intervenção em orientação terapêutica se apresenta como derivação ou densificação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e do direito à vida, ambos constitucionalmente assegurados, pois toda pessoa tem direito de receber o tratamento médico que lhe confere maiores possibilidades de restabelecer sua saúde e, portanto, manter sua vida: “[...] embora assumida concreção como direito individual, a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio, constitui, ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos humanos.” (GRAU, 2003, p. 176).

O proposto princípio da não intervenção em orientação terapêutica pode ser visto como fruto da tensão existente entre os princípios da liberdade contratual e da autonomia da vontade e os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção ao consumidor, como síntese desse confronto obtido na resolução do caso concreto.

A oposição entre aqueles princípios é característica da complexidade do modelo de um ordenamento de princípios, os quais são muitas vezes opostos. Quando da solução a ser apresentada ao caso concreto, os princípios que se opõem entram em tensão produtiva de uma síntese que somente é construída à medida que os princípios opostos se delimitam reciprocamente, obtendo sentido apenas diante da solução concreta construída:

[...] as normas gerais e abstratas não são capazes de regular as suas próprias condições de aplicação, e que, portanto, a aplicação de uma norma, de um princípio, requer que, na unicidade específica e determinada do caso concreto, diante das várias versões dos fatos que se apresentem, se tenha o tempo todo também em mente a norma geral ou princípio contrário, a configurar uma tensão normativa rica e complexa que opere como crivo para discernir, no caso, as pretensões abusivas das legítimas. Nessa tensão, muito embora efetivamente o significado das duas normas, sem dúvida, seja oposto, a um só tempo, o significado de cada uma delas delimita e matiza o da outra, passando, assim, a conformá-lo profundamente, de tal sorte que uma é recíproca e inafastavelmente constitutiva do sentido constitucional da outra. (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 38).

A par dos princípios opostos em análise “[...] o mesmo se sucede com todos os pares de conceitos opostos típicos da modernidade” (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011), como os pares cultura e natureza, público e privado, igualdade e liberdade, democracia e Constituição, cujos termos guardam “[...] relação, a um só tempo, de oposição e complementaridade que guardam entre si. Em uma termino-

logia habermasiana, são conceitos ou princípios cooriginários e equiprimordiais.” (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 39).

O princípio da não intervenção em orientação terapêutica proposto vem limitar a aplicação dos princípios da liberdade contratual e da autonomia da vontade nos contratos de plano de saúde, limitando-os, na medida em que não podem atingir os limites impostos pelo princípio da dignidade da pessoa humana e pelo princípio da proteção ao consumidor, reconhecidamente vulnerável, e que, nessa específica espécie contratual, aderiu ao contrato com o exclusivo objetivo de ter garantido o tratamento médico indicado para o restabelecimento de sua saúde e, conseqüentemente, a manutenção de sua vida.

Como princípio, a vedação de o plano de saúde intervir na orientação terapêutica indicada pelo médico serve como vetor hermenêutico das cláusulas contratuais, mas também como parâmetro para a declaração de (i)legalidade das condutas do plano de saúde na fase de execução contratual, servindo de fundamento para a intervenção do Poder Judiciário, a fim de restabelecer o equilíbrio contratual e a satisfação dos interesses do consumidor legitimamente por este esperada.

4 Direitos fundamentais e boa-fé objetiva na relação jurídico-privada

As questões apresentadas podem (devem) ser resolvidas considerando-se o atual estágio de constitucionalização das relações privadas, mormente no que se refere à aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas aliada à aplicação da boa-fé objetiva como “cláusula geral implícita” dos contratos.

A par da intensa discussão travada sobre a (im)possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, principalmente considerando a origem histórica destes como garantias opostas contra a atuação do poder estatal, pode-se afirmar a moderna tendência do constitucionalismo brasileiro em adotar a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais às relações privadas.

Por essa teoria, os direitos fundamentais – além de garantias opostas ao poder estatal – são também aplicáveis às relações privadas, condicionando a atuação dos agentes privados aos limites impostos por aquele rol de direitos constitucionalmente previstos, atuando não apenas como fator axiológico-interpretativo, mas como verdadeiros “[...] parâmetros de aferição de validade de negócios jurídicos.” (PEREIRA, 2003, p. 160).

O Supremo Tribunal Federal veio reconhecer e aplicar a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais às relações privadas em conhecido *leading case*, no qual se decidiu que:

As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados [...] A autonomia privada, que encontra

claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. (BRASIL, 2006, p. 64).

Admitir a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas implica o reconhecimento de pressupostos que fundamentam essa escolha teórica: reconhece-se que “[...] o poder do Estado não se manifesta apenas por meio dos entes e órgãos governamentais. Há certas instâncias privadas que atuam em áreas antes reservadas ao poder público” e que “[...] as relações sociais não são sempre iguais ou paritárias, e o fenômeno do poder também se manifesta no seio da sociedade.” (PEREIRA, 2003, p. 187).

Ainda ao justificar a adoção da aplicação imediata dos princípios fundamentais às relações privadas, Sarmiento (2003, p. 245) afirma que a Constituição Federal “[...] não se ilude com a miragem liberal de que é o Estado o único adversário dos direitos humanos” e está voltada “[...] para a promoção da igualdade substantiva.” A análise da linguagem adotada pelo Texto Constitucional, ao instituir maioria das liberdades fundamentais previstas no art. 5º da Constituição Federal, transmitiria a ideia de uma vinculação passiva universal aos direitos fundamentais que ali se encontram dispostos. Some-se a isso o fato de que as “[...] tristes características da sociedade brasileira justificam um reforço na tutela dos direitos humanos no campo privado, em que reinam a opressão e a violência”, o que “[...] impõe ao jurista com consciência social a adoção de posições comprometidas com a mudança do *status quo*.” (SARMENTO, 2003, p. 247-248).

O poder econômico e social das operadoras de plano de saúde é reforçado pela dependência do consumidor em manter o contrato, que não pode correr o risco de perder a garantia adquirida após anos de pagamento da contraprestação financeira, sob pena de pôr o restabelecimento de sua saúde e a conseqüente manutenção da vida em situação de perigo, justamente quando está em condições de maior vulnerabilidade. Assim é que “[...] os atores privados, sobretudo quando investidos em maior poder social, representam um perigo tão grande ou até maior que o próprio Estado para o gozo dos direitos fundamentais dos mais fracos.” (SARMENTO, 2003, p. 255).

Nessa esfera de considerações, os direitos fundamentais expressos no Texto Constitucional condicionam a validade das relações jurídicas travadas entre particulares, o que inclui, evidentemente, a relação jurídica existente entre operadora de plano de saúde e consumidor:

Nesta sua segunda consagração constitucional, a *dignidade da pessoa humana* assume a mais pronunciada relevância, visto comprometer todo o exercício da atividade econômica, em sentido amplo – e em especial, o exercício da atividade econômica, em sentido estrito – com o programa de promoção da existência digna, de que, repito, todos devem gozar. Daí porque se en-

contram constitucionalmente empenhados na realização desse programa – dessa política pública maior – tanto o setor público quanto o setor privado. Logo, o exercício de qualquer parcela da atividade econômica de modo não adequado àquela promoção expressará violação do princípio duplamente contemplado na Constituição. (GRAU, 2003, p. 177).

Essa influência dos direitos fundamentais constitucionais atua desde o início da relação jurídica, com a elaboração contratual, até a sua futura interpretação e execução (no sentido material, e não processual do termo). Em outras palavras, a interpretação do contrato de plano de saúde está submetida aos limites materiais e hermenêuticos derivados dos direitos fundamentais, o que influencia e condiciona a execução das cláusulas contratuais por parte dos contratantes: “[...] o novo método de interpretação civil-constitucional busca um amplo favorecimento do ser humano nas relações jurídicas, e no que pertine aos negócios jurídicos, mitiga o peso da vontade em prol de outros valores tutelados pela Lei Maior.” (CATALAN, 2004, p. 376).

Assim, tem-se que o contrato de plano de saúde, seja no momento de sua interpretação seja no momento de sua execução material, deve sempre considerar a vontade do constituinte em proteger o consumidor, cuja vulnerabilidade foi reconhecida constitucionalmente (CF, art. 5º, XXXII e art. 170, V).

Especificamente na espécie contratual em estudo, vislumbra-se que o contrato de plano de saúde está intimamente ligado à vida, à saúde, e à integridade física e psíquica do consumidor. O contrato somente foi celebrado porque o consumidor almejava – e legitimamente esperava – a obtenção de segurança e certeza quanto à cobertura dos custos financeiros necessários à realização de todo e qualquer procedimento terapêutico indispensável ao restabelecimento de saúde.

Dessa forma, é nessa espécie contratual na qual se pode vislumbrar, com maior densidade, a atuação material dos direitos fundamentais à vida e à saúde, e do supraprincípio da dignidade da pessoa humana. Esses direitos fundamentais, aqui aplicados à relação consumerista, não perdem o caráter de direitos humanos que são e, à medida que as relações de consumo se tornam mais complexas e passam, inevitavelmente, a ter como objeto a vida, a saúde e a integridade física e psíquica do ser humano, novas situações são postas sob a égide dos direitos humanos (inclusive as de natureza consumerista, sendo os litígios ora em estudo exemplo inequívoco desse fenômeno). Nesse sentido é que se fala em “direção extensiva” ou em “ampliação” dos direitos humanos, fenômeno pelo qual os direitos humanos vão adquirindo novas situações de aplicação e novos significados à proporção que o progresso cultural e científico, ao criar litígios dantes inexistentes, reclama soluções jurídicas para a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, de tal modo que as circunstâncias históricas impulsionam os direitos humanos a novas instâncias de compreensão e aplicabilidade (DIAS, 2005, p. 322).

Ao se intrometer na orientação terapêutica indicada pelo médico, ou mesmo ao se recusar, por diversas formas, à cobertura dos custos financeiros do tratamento necessário, a operadora de plano de saúde agride a finalidade básica do contrato,

quebra a confiança de pretensão de segurança que orientou o consumidor a firmar o contrato, desvia o serviço contratado da eficácia esperada, ofende a boa-fé objetiva mais fortemente exigida em contratos cativos de longa duração, atinge os mais elementares direitos fundamentais do cidadão (vida, saúde, dignidade humana), e ofende uma multiplicidade de bens jurídicos, a maioria deles cuja função de defesa era intrínseca ao contrato de plano de saúde.

Em sede de relação consumerista, o *pacta sunt servanda* é relativizado, na medida em que as cláusulas contratuais somente possuem validade jurídica à proporção que não colidem com normas jurídicas que se encontrem em posição superior na escala hierárquica do ordenamento jurídico. Ademais, no âmbito da relação de consumo, o *pacta sunt servanda* é afastado por diversas outras causas, como a ausência de informação adequada ao consumidor, vantagem exagerada, etc.

Mas não se olvida, ainda, que no contrato de plano de saúde, como em todos os outros contratos, deve-se respeitar a cláusula geral implícita, que estabelece a obrigação recíproca de conduta pautada pela boa-fé objetiva, obrigação esta evidentemente positivada no Código Civil em seus arts. 113 e 422. Não é uma cláusula comum, como as demais, pois, além de não ser escrita (é implícita), possui ainda um caráter informativo e condicionante da validade das demais cláusulas.

A cláusula geral implícita da boa-fé objetiva surge, ainda, como condicionante de validade das condutas de execução material do contrato: assim, a ofensa à boa-fé objetiva pode surgir quando da elaboração do contrato, sua interpretação ou no momento de sua execução. Como cláusula contratual geral, entende-se que “[...] contratante algum ingressa em um conteúdo contratual sem a necessária boa-fé. A má-fé inicial ou interlocutória em um contrato pertence à patologia do negócio jurídico e como tal deve ser examinada e punida.” (VENOSA, 2008, p. 363). Atua a boa-fé objetiva, assim como “[...] regra de avaliação do comportamento contratual” (NALIN, 2008, p. 128), cujo desrespeito acarretará consequências jurídicas cabíveis à espécie.

A intervenção das operadoras de plano de saúde na orientação terapêutica ou, como dito alhures, sua recusa em custear financeiramente os procedimentos necessários, implica flagrante ofensa à cláusula geral implícita da boa-fé objetiva, surgindo o descumprimento contratual por parte da operadora do plano de saúde, a quem se pode imputar, portando, o desrespeito ao *pacta sunt servanda*, em uma evidente inversão de posição entre o verdadeiro agente do ilícito contratual.

Não é outro o entendimento de Tartuce (2007), para quem a existência da cláusula geral da boa-fé objetiva implica deveres anexos aos contratantes, como o de se comportarem com lealdade, de agirem com probidade e de informarem ao outro contratante todo o conteúdo do negócio jurídico, “[...] sob pena de caracterização da violação positiva do contrato, modalidade de inadimplemento obrigacional.” (TARTUCE, 2007, p. 213).

A existência da cláusula geral implícita da boa-fé objetiva transformou a noção privada do contrato, em que se contrapunham interesses antagônicos, em um instrumento de solidariedade entre os contratantes. Do contrato passa a decorrer,

portanto, uma obrigação de solidariedade contratual, em que os contratantes não podem se portar como titulares de interesses opostos, mas de concorrentes, para alcançar fins comuns em um sistema indissolúvel de cooperação mútua (NALIN, 2008, p. 174).

O contrato de plano de saúde está, dessa forma, informado tanto pelos conceitos éticos de justiça social quanto de solidariedade social (GARLAND; GREENLICK, 2004, p. 1122), aqui especificamente tratado por sua subespécie de solidariedade contratual.

A exigência de solidariedade contratual é ainda maior no momento da execução do contrato, pois é nesse momento que os direitos de cada contratante devem ser efetivados e, portanto, há maior propensão para que uma das partes despreze o direito contratual da outra. É no momento da execução contratual que as partes contratantes estão mais propensas a buscar o lucro indevido advindo do desprezo ao direito alheio, razão pela qual nesse momento a solidariedade contratual atua como “[...] corretora das autonomias privadas envolvidas na relação jurídica.” (NALIN, 2008, p. 178).

Todas essas considerações, atualmente, não se apegam apenas em fontes metajurídicas, estranhas ao ordenamento jurídico, pois a função social do contrato, do qual deriva a solidariedade contratual, vem agora positivada no art. 421 do CC, de tal modo que a liberdade de contratar somente pode ser exercida “[...] em razão e nos limites da função social do contrato.”

Tanto as cláusulas contratuais prévia e unilateralmente dispostas pela operadora do plano de saúde no contrato-padrão ao qual aderiu o consumidor, quanto a sua interpretação e, em momento posterior, no momento da execução contratual, as exigências de solidariedade contratual (CC, art. 421) e lealdade (CC, art. 422) aparecem agora como condicionantes de validade jurídica.

Dessa forma, as cláusulas contratuais originariamente dispostas no contrato que retirem do consumidor direitos básicos de tratamento médico, em contraposição a outras cláusulas existentes ou limitadores do tratamento, são nulas de pleno direito, uma vez que seu objeto é juridicamente ilícito (CC, art. 104, II). Na mesma esteira, está eivada de nulidade a conduta do plano de saúde quando, no momento da execução do contrato, interfere na orientação terapêutica do médico, impõe restrições de quantidade e qualidade e determina alterações no procedimento terapêutico indicado pelo médico, inclusive mediante sua substituição.

Repita-se que, agora, as fontes de nulidade daquelas cláusulas contratuais e da intervenção do plano de saúde na orientação terapêutica estão positivadas no ordenamento jurídico. Mormente em se tratando de planos de saúde, a exigência da função social do contrato prevista no art. 421 do CC não elimina o princípio da autonomia contratual, “[...] mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse relativo à dignidade da pessoa humana.” (Enunciado n. 23 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal).

A necessidade de os contratantes agirem dentro dos parâmetros da boa-fé objetiva, de modo a alcançar a finalidade básica do contrato com a efetiva prestação do serviço contratado, está intimamente ligada à noção de justiça social e solidariedade contratual, a tal ponto que “ter” um plano de saúde e obter os tratamentos terapêuticos necessários são situações necessariamente ligadas pela lógica da justiça. “*Having insurance and getting needed healthcare become closely linked in the logic of justice.*” (GARLAND; GREENLICK, 2004, p. 1123).

Conclusão

O contrato de plano privado de assistência à saúde pode e deve ser interpretado de acordo com os princípios e as regras informadores do sistema de proteção ao consumidor. Pode, ainda, ser objeto de intervenção judiciária, especificamente para abrandar o rigor das cláusulas predispostas pela operadora ao qual aderiu o segurado, a fim de estabelecer a equidade das disposições contratuais.

Por se caracterizar como contrato por adesão, as cláusulas firmadas devem ser interpretadas sempre de maneira mais favorável ao segurado, inclusive quando uma das cláusulas limita de forma contraditória outra cláusula que prevê a cobertura dos custos financeiros de procedimentos médicos para a ampla e total preservação ou restabelecimento da saúde do segurado.

O contrato de plano de saúde está afeto à influência dos princípios informativos do sistema de proteção ao consumidor (princípios da boa-fé objetiva na celebração, interpretação e execução do contrato, da transparência, da informação adequada), devendo ser respeitados os direitos básicos do consumidor (como a interpretação das cláusulas de maneira mais favorável, da nulidade das cláusulas abusivas ou que coloquem o consumidor em desvantagem). Está, ainda, sujeito aos princípios e direitos fundamentais dispostos pela Constituição Federal, como o direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

Da análise da relação jurídica entre segurado e operadora de plano de saúde, verifica-se, ainda, o surgimento de um princípio específico a regular essa espécie contratual: o princípio da não intervenção na orientação terapêutica, de forma a impedir que a operadora do plano de saúde possa influenciar, alterar ou dificultar a realização do procedimento indicado pelo médico do segurado.

A conjugação de todas essas fontes principiológicas, axiológicas e jurídicas, cuja eficácia normativa se apresenta atualmente indiscutível, impede a operadora de plano de saúde de negar o custeio do tratamento médico necessário ao restabelecimento da saúde do segurado, seja por ausência de previsão contratual seja por não estar relacionado no rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar ou, ainda, por intervenção indevida da operadora na indicação terapêutica indicada pelo médico.

Essas situações reclamam intervenção judiciária enérgica, a fim de compor o litígio estabelecido e satisfazer a pretensão do segurado em ter seus direitos contratuais amplamente efetivados.

Referências

AVALIAÇÃO dos Planos de Saúde Brasil. *Data Folha*. Disponível em: <http://www.apm.org.br/pdf/Apresentacao%20Brasil_imprensa_30_11.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2010.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito Civil Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. *Constituição*: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 183719/SP. 4ª Turma. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Julgamento em 18 set. 2008. *Diário da Justiça da União Eletrônico*, 13 out. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 201819. 2ª Turma. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Relator para acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 11 out. 2005. *Diário da Justiça da União*, 27 de out. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 668216/SP. 3ª Turma. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito. Julgado em 15 mar. 2007. *Diário da Justiça da União*, 02 abr. 2007.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do Direito*: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CATALAN, Marcos Jorge. Negócio jurídico: uma releitura à luz dos princípios constitucionais. *Scientia Iuris*: revista do curso de mestrado em direito negocial da Universidade Estadual de Londrina. Londrina: Ed. Universidade Estadual de Londrina, v. 7/8, n. 1, p. 367-390, 2004.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado n° 23. AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de (Coord.) *Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V*: enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de ética médica*: resolução n° 1931/2009. Diário Oficial da União de 29 de setembro de 2009, Seção I. Publicação retificada no Diário Oficial da União de 13 de outubro de 2009, Seção I

DIAS, José Francisco de Assis. *Direitos Humanos*: fundamentação onto-teleológica dos direitos humanos. Maringá: Unicorpore, 2005.

GARLAND, Michael J.; GREENLICK, Merwyn R. Health Insurance. In: POST, Stephen G. *Encyclopedia of Bioethics*. 3. ed. New York: Macmillan Reference, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: contratos e declarações unilaterais: teoria geral e espécies*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 3.

MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral das relações de consumo: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1.0024.06.030561-2. Relator: Desembargador Nicolau Masselli. 13ª Câmara Cível. Belo Horizonte, 02 abr. 2009. *Diário da Justiça do Estado de Minas Gerais*, 18 maio 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1.0145.07.432543-5/001. 10ª Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Electra Benevides. Belo Horizonte, 14 abr. 2009. *Diário da Justiça de Minas Gerais*, 06 maio 2009.

MONTENEGRO-TORRES, Fernando; et al. Are Fortune 100 Companies Responsive to Chronically Ill Workers? In: MONTENEGRO-TORRES, Fernando et al. *Health Affair*, v. 20, n. 4, p. 209-219, jul./ago. 2001.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2005.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

Data da submissão: 25 de junho de 2013
Avaliado em: 22 de novembro de 2014 (Avaliador A)
Avaliado em: 14 de maio de 2014 (Avaliador B)
Aceito em: 23 de novembro de 2014