

**ALEGAÇÃO DE DOENÇAS PREEXISTENTES E
INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DOS TRIBUNAIS**

CLAIM OF PRE-EXISTING ILLS AND COURTS INTERPRETATION

Fernanda Barretto Miranda Daólio^(*)

A decisão em análise, sob ótica exclusivamente processual, negou seguimento à Ação Cautelar, com base na correlação de requisito legal para

(*) Advogada; mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); professora assistente do Curso de Especialização de Direito Administrativo da PUC-SP; professora assistente na disciplina Direito Constitucional do Curso de Graduação da PUC-SP; professora assistente na disciplina Direito Sanitário do Curso de Mestrado da PUC-SP. E-mail: — <fbm@tsradvogados.com.br>. Recebido em 5.11.08. Aprovado em 13.1.09.

sua propositura (plausibilidade jurídica do direito postulado, nos termos do artigo 801 do Código de Processo Civil) com requisito jurisprudencial de admissibilidade de recurso especial a que se vincula (proibição ao reexame de matéria probatória, conforme dicção da Súmula n. 07 do Colendo Superior Tribunal de Justiça). Deveras, o Eminentíssimo Ministro Relator entendeu pela ausência de plausibilidade jurídica do direito postulado em sede de ação cautelar, porque a apreciação do mérito do recurso especial pressuporia reexame fático-probatório acerca do preenchimento, ou não, de requisitos autorizadores de antecipação de tutela.

O resultado prático de referida decisão é, de toda sorte, bastante louvável por não obstar a produção dos efeitos de antecipação de tutela deferida em prestígio aos direitos fundamentais à vida e à saúde, bem como aos princípios de presunção de boa-fé do consumidor e de inversão do ônus probatório em matéria de planos privados de assistência à saúde. Justamente sob tal ângulo é que tecemos os comentários a seguir.

Pedidos de antecipação de tutela são, usualmente, formulados em ações judiciais movidas por consumidores ou beneficiários, titulares ou dependentes, em virtude de recusas de custeio de serviços por operadoras de planos de assistência à saúde⁽¹⁾. Há colisão de direitos fundamentais à vida e à saúde com o direito de exploração de atividade de assistência privada à saúde segundo prerrogativas definidas em lei, tais como a de fixação de períodos de carência a doenças preexistentes, nos primeiros vinte e quatro meses a contar da data de celebração do contrato, objeto de discussão do caso em testilha.

De maneira geral, apraz o deferimento desses pedidos de tutela de urgência não apenas em hipóteses claras de injustificada negativa dos operadores de planos de assistência à saúde, como também em hipóteses de dúvida razoável, a fim de que direitos fundamentais à vida e à saúde e a legítima presunção da boa-fé do consumidor não sejam preteridos por questões econômicas de fundo contratual.

(1) O conceito de operadora de plano de assistência à saúde abrange cooperativas e entidades de autogestão que operem produto, serviço ou contrato, nos termos do artigo 1º, incisos I e II, da Lei n. 9.656/98: "Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições: I — Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor; 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 que trata o inciso I deste artigo".

Com efeito, os riscos de irreversibilidade de danos à vida e à saúde parecem bem maiores do que aqueles decorrentes, porventura, do custeio antecipado de valores reconhecidos, que, mais à frente, sejam verificados como indevidos.

Ora, se denegado o pedido de antecipação de tutela, graves danos à vida ou à saúde tornam-se, muitas das vezes, inevitáveis, seja em virtude de boa parte dos particulares não ter condições de responder, às próprias expensas, pelos altos custos da medicina particular não conveniada, seja em razão da insuficiência do serviço público prestado pelo Estado, que, aliás, também sofre danos reflexos de aumento da sobrecarga. Por outro lado, se concedido o pedido de antecipação de tutela indevidamente, o prejuízo de custeio de serviços pela operadora de plano de saúde apresenta essência econômica e, por conseguinte, afigura reversível por simples pedido de restituição dos valores.

Os bens jurídicos em colisão exigem, por conseguinte, incontestemente aplicação do postulado hermenêutico de máxima efetivação e mínima restrição das normas constitucionais, sobretudo daquelas atinentes a direitos fundamentais dos indivíduos⁽²⁾.

A partir desse exato cenário, quer nos parecer que a decisão em exame realiza os direitos fundamentais à vida e à saúde, bem como assegura ampla presunção da boa-fé do consumidor portador de obesidade mórbida, que tem os custos da cirurgia de redução de estômago pagos pela operadora de plano de saúde antes mesmo de esgotado qualquer prazo de carência porventura aplicável.

Para apropriada intelecção do caso, não é demasiado recordarmos que a prestação de assistência à saúde pela iniciativa privada é assegurada pelo artigo 199 da Constituição da República, com sujeição à regulamentação, à fiscalização e ao controle do Poder Público em razão do regime jurídico de serviço de relevância pública aplicável⁽³⁾. Em justa medida, a busca de

(2) Celso Ribeiro Bastos pontua a respeito do postulado hermenêutico em questão: "todos os preceitos constitucionais têm valia, não se podendo nulificar nenhum. (...) Com maior rigor ainda, afirma Jorge Miranda, lastreado na lição de Thoma: 'a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê'. Isto, pois, remete à necessidade de harmonização dos diversos preceitos. Concluindo, o postulado da efetividade máxima possível se traduz na preservação da carga material que cada norma possui, e que deve prevalecer, não sendo aceitável sua nulificação nem que parcial". BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 105.

(3) Serviço de relevância pública, a nosso ver, consiste em serviço prestado por particular sob justificada ingerência de regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, que é bem maior do que aquela verificada, em geral, nas atividades econômicas em sentido estrito. Cogitamos, inclusive, de nova classificação de atividades econômicas em sentido amplo, com três espécies autônomas: serviços públicos, serviços de relevância pública, e atividade econômica em sentido estrito, face peculiaridade de regime jurídico aplicável a cada qual. A propósito da definição do regime jurídico dos serviços de relevância pública, confira-se: MINHOTO, Laurindo. Relevância pública do direito à saúde? *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 64-68, 2004. GRAU, Eros Roberto. O conceito de "relevância pública" na Constituição de 1988. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 68-77, 2004.

lucro pelas operadoras de plano de saúde é legítima, porém a exploração de atividade com *status* jurídico de serviço de relevância pública torna factível maior controle e intervenção do Poder Público não apenas nos preços praticados, como também na própria imposição de restrições à forma de manuseio desmedido de prerrogativas legais de exclusão parcial e temporária da assistência.

O art. 11⁽⁴⁾ da Lei n. 9.656/98, em tais termos, veda exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data da contratação após vinte e quatro meses de vigência do contrato, assim como presume a boa-fé do consumidor, inclusive com inversão do ônus probatório a cargo da operadora que se recusa a efetuar prestação dos serviços durante o período de carência.

Há diversos casos, como o ora ventilado, em que o consumidor, após contratar determinado serviço de assistência privada à saúde, apresenta necessidade de usufruir da contrapartida antes mesmo de completado o período de carência. Ainda que pareceres médicos indiquem que a doença apresentada vinha se desenvolvendo há anos, se não ficar cabalmente comprovada nos autos a omissão dolosa do paciente no momento da contratação, a presunção de boa-fé implica inarredável cumprimento da contrapartida prevista no contrato aleatório.

Vale registrarmos que o próprio Tribunal de Justiça de Rondônia, em sede do processo originário de agravo de instrumento, poderia ter avaliado matéria fático-probatória eventualmente capaz de provar a má-fé do segurado e elidir a presunção legal em sentido contrário. O Tribunal *a quo*, porém, descartou toda e qualquer possibilidade de assim agir pelo entendimento de que não haveria mais respaldo para alegação de doença preexistente de conhecimento prévio do paciente, mas não da seguradora, uma vez aceita a contratação do segurado e o recebimento das mensalidades do plano.

Nessa toada, se a demonstração da má-fé é quase impossível, incumbe aos planos e aos seguros provar que a doença ou a lesão era conhecida pelo particular à época da contratação. A adequada demonstração far-se-ia factível, em muitos casos, apenas mediante realização de perícia anterior à adesão.

A nosso ver, como corolário lógico do princípio de inversão do ônus probatório, incumbe à seguradora solicitar, antes da contratação, os exames que possam atestar enfermidade ou lesão preexistente do particular⁽⁵⁾. Acre-

(4) "Art. 11. É vedada a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei após vinte e quatro meses de vigência do aludido instrumento contratual, cabendo à respectiva operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário. Parágrafo único. É vedada a suspensão da assistência à saúde do consumidor ou beneficiário, titular ou dependente, até a prova de que trata o **caput**, na forma da regulamentação a ser editada pela ANS".

(5) A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado no mesmo sentido. Confira-se: 4º T., Resp n. 229078, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 7.2.2000 e Resp 576088, 4ºT., Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, julgado em 20.05.2004.

ditamos, inclusive, que nem poderia ser diferente, porque o segurado é parte leiga que não tem condições e conhecimentos específicos para atestar sua sanidade.

Aliás, precisamente para a questão não ficar a cargo da natural falta de noções técnicas do consumidor ou do beneficiário, é que o artigo 3º⁽⁶⁾ da Resolução n. 02 do Conselho de Saúde Suplementar (CONSU), em regulamentação da Lei n. 9.656/98, tratou de exigir entrevista qualificada. Aludida entrevista qualificada consiste no preenchimento de formulário de declaração de saúde pelo contratante mediante orientação e supervisão de médico pertencente à lista de profissionais da rede de prestadores credenciados ou referenciados pela contratada, que presta esclarecimentos e solicita pedidos de exames ou perícias para garantia de adequado enquadramento de determinadas situações pessoais na conceituação técnica de doenças ou lesões preexistentes sujeitas ao período legal de carência.

Portanto, a nosso ver, o caso analisado coaduna-se com a legislação pertinente, inclusive com o regime de prerrogativas legais atribuídas à operadora do plano de saúde para recusa de atendimento em período de carência, que pode ser exercitada, quando muito, se, e somente se, demonstrado e provado conhecimento prévio da doença por parte do consumidor ou do beneficiário.

Por derradeiro, é claro que, com todas essas observações, não pretendemos pensar e tratar o tema de modo absolutamente isolado, porque plausível avalanche de inúmeras outras decisões concessivas de pedidos de antecipação de tutela, especialmente se prolatadas sem devida análise criteriosa caso a caso, pode colocar em risco a própria saúde financeira da operadora de plano de assistência à saúde, com inevitáveis reflexos negativos à adequada prestação dos serviços para toda a coletividade de consumidores e de beneficiários sob sua responsabilidade.

(6) “Art. 3º Nos planos ou seguros individuais ou familiar de assistência à saúde contratados após a regulamentação da Lei n. 9.656/98, fica o consumidor obrigado a informar à contratada, quando expressamente solicitado na documentação contratual, a condição sabida de doença ou lesão preexistente, previamente à assinatura do contrato, sob pena de imputação de fraude, sujeito à suspensão ou denúncia do contrato, conforme o disposto no inciso II do parágrafo único do artigo 13 da Lei n. 9.656/98. § 1º Será escolhido pelo consumidor, um médico para proceder a uma entrevista qualificada, pertencente à lista de profissionais médicos da rede de prestadores credenciados ou referenciados pela contratada, sem qualquer ônus para o consumidor. § 2º Caso o consumidor opte por ser orientado por médico não pertencente à lista de profissionais da rede assistencial da contratada, poderá fazê-lo, desde que assumo o ônus dessa entrevista. § 3º A entrevista qualificada se constitui no preenchimento de um formulário de declaração de saúde, elaborado pela operadora, e terá como objetivo principal relacionar, se for o caso, todas as doenças de conhecimento prévio do consumidor em relação a ele próprio e a todos os dependentes integrantes de seu contrato ou apólice. § 4º O médico escolhido atuará como orientador, esclarecendo no momento do preenchimento do formulário, todas as questões relativas às principais doenças ou lesões passíveis de serem classificadas como preexistentes, as alternativas de coberturas e demais consequências em relação a sua omissão. § 5º Fica definida a proibição de alegação de doença preexistente após a entrevista qualificada se porventura for realizado qualquer tipo de exame ou perícia no consumidor.”

Afinal, mesmo com a previsão de mecanismos correccionais acionáveis pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, nos moldes dos artigos 23⁽⁷⁾ e 24⁽⁸⁾ da Lei n. 9.656/98, bem como das Resoluções RDC n. 41, RDC n. 47,

(7) "Art. 23. As operadoras de planos privados de assistência à saúde não podem requerer concordata e não estão sujeitas a falência ou insolvência civil, mas tão somente ao regime de liquidação extrajudicial. § 1º As operadoras sujeitar-se-ão ao regime de falência ou insolvência civil quando, no curso da liquidação extrajudicial, forem verificadas uma das seguintes hipóteses: I — o ativo da massa liquidanda não for suficiente para o pagamento de pelo menos a metade dos créditos quirografários; II — o ativo realizável da massa liquidanda não for suficiente, sequer, para o pagamento das despesas administrativas e operacionais inerentes ao regular processamento da liquidação extrajudicial; ou III — nas hipóteses de fundados indícios de condutas previstas nos arts. 186 a 189 do Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945. § 2º Para efeito desta Lei, define-se ativo realizável como sendo todo ativo que possa ser convertido em moeda corrente em prazo compatível para o pagamento das despesas administrativas e operacionais da massa liquidanda. § 3º À vista do relatório do liquidante extrajudicial, e em se verificando qualquer uma das hipóteses previstas nos incisos I, II ou III do § 1º deste artigo, a ANS poderá autorizá-lo a requerer a falência ou insolvência civil da operadora. § 4º A distribuição do requerimento produzirá imediatamente os seguintes efeitos: I — a manutenção da suspensão dos prazos judiciais em relação à massa liquidanda; II — a suspensão dos procedimentos administrativos de liquidação extrajudicial, salvo os relativos à guarda e à proteção dos bens e imóveis da massa; III — a manutenção da indisponibilidade dos bens dos administradores, gerentes, conselheiros e assemelhados, até posterior determinação judicial; e IV — prevenção do juízo que emitir o primeiro despacho em relação ao pedido de conversão do regime."

(8) "Art. 24. Sempre que detectadas nas operadoras sujeitas à disciplina desta Lei insuficiência das garantias do equilíbrio financeiro, anormalidades econômico-financeiras ou administrativas graves que coloquem em risco a continuidade ou a qualidade do atendimento à saúde, a ANS poderá determinar a alienação da carteira, o regime de direção fiscal ou técnica, por prazo não superior a trezentos e sessenta e cinco dias, ou a liquidação extrajudicial, conforme a gravidade do caso. § 1º O descumprimento das determinações do diretor-fiscal ou técnico, e do liquidante, por dirigentes, administradores, conselheiros ou empregados da operadora de planos privados de assistência à saúde acarretará o imediato afastamento do infrator, por decisão da ANS, sem prejuízo das sanções penais cabíveis, assegurado o direito ao contraditório, sem que isto implique efeito suspensivo da decisão administrativa que determinou o afastamento. § 2º A ANS, *ex officio* ou por recomendação do diretor técnico ou fiscal ou do liquidante, poderá, em ato administrativo devidamente motivado, determinar o afastamento dos diretores, administradores, gerentes e membros do conselho fiscal da operadora sob regime de direção ou em liquidação. § 3º No prazo que lhe for designado, o diretor-fiscal ou técnico procederá à análise da organização administrativa e da situação econômico-financeira da operadora, bem assim da qualidade do atendimento aos consumidores, e proporá à ANS as medidas cabíveis. § 4º O diretor-fiscal ou técnico poderá propor a transformação do regime de direção em liquidação extrajudicial. § 5º A ANS promoverá, no prazo máximo de noventa dias, a alienação da carteira das operadoras de planos privados de assistência à saúde, no caso de não surtirem efeito as medidas por ela determinadas para sanar as irregularidades ou nas situações que impliquem risco para os consumidores participantes da carteira. Art. 24-A. Os administradores das operadoras de planos privados de assistência à saúde em regime de direção fiscal ou liquidação extrajudicial, independentemente da natureza jurídica da operadora, ficarão com todos os seus bens indisponíveis, não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até apuração e liquidação final de suas responsabilidades. § 1º A indisponibilidade prevista neste artigo decorre do ato que decretar a direção fiscal ou a liquidação extrajudicial e atinge a todos aqueles que tenham estado no exercício das funções nos doze meses anteriores ao mesmo ato. § 2º Na hipótese de regime de direção fiscal, a indisponibilidade de bens a que se refere o *caput* deste artigo poderá não alcançar os bens dos administradores, por deliberação expressa da Diretoria Colegiada da ANS. § 3º A ANS, *ex officio* ou por recomendação do diretor fiscal ou do liquidante, poderá estender a indisponibilidade prevista neste artigo: I — aos bens de gerentes, conselheiros e aos de todos aqueles que tenham concorrido, no período previsto no § 1º, para a decretação da direção

RDC n. 82 e RDC n. 84, não podemos fechar os olhos à realidade de que toda eventual adoção desses mecanismos correccionais — seja de regimes de direção fiscal ou técnica, seja de alienação voluntária ou de alienação compulsória da carteira de planos ou, ainda, de liquidação extrajudicial — demora a ser efetivamente identificada, implementada e conduzida pela Agência Nacional de Saúde Suplementar. Até então, os consumidores e os beneficiários arcam, sim, com gradativa queda de qualidade da assistência e descredenciamento ilimitado de prestadores de serviços.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. rev., e atual. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

GRAU, Eros Roberto. O conceito de “relevância pública” na Constituição de 1988. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 68-77, 2004.

MINHOTO, Laurindo. Relevância pública do direito à saúde? *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 64-68, 2004.

fiscal ou da liquidação extrajudicial; II — aos bens adquiridos, a qualquer título, por terceiros, no período previsto no § 1º, das pessoas referidas no inciso I, desde que configurada fraude na transferência. § 4º Não se incluem nas disposições deste artigo os bens considerados inalienáveis ou impenhoráveis pela legislação em vigor. § 5º A indisponibilidade também não alcança os bens objeto de contrato de alienação, de promessa de compra e venda, de cessão ou promessa de cessão de direitos, desde que os respectivos instrumentos tenham sido levados ao competente registro público, anteriormente à data da decretação da direção fiscal ou da liquidação extrajudicial. § 6º Os administradores das operadoras de planos privados de assistência à saúde respondem solidariamente pelas obrigações por eles assumidas durante sua gestão até o montante dos prejuízos causados, independentemente do nexo de causalidade. Art. 24-B. A Diretoria Colegiada definirá as atribuições e competências do diretor técnico, diretor fiscal e do responsável pela alienação de carteira, podendo ampliá-las, se necessário. Art. 24-C. Os créditos decorrentes da prestação de serviços de assistência privada à saúde preferem a todos os demais, exceto os de natureza trabalhista e tributários. Art. 24-D. Aplica-se à liquidação extrajudicial das operadoras de planos privados de assistência à saúde e ao disposto nos arts. 24-A e 35-I, no que couber com os preceitos desta Lei, o disposto na Lei n. 6.024, de 13 de março de 1974, no Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, no Decreto-Lei n. 41, de 18 de novembro de 1966, e no Decreto-Lei n. 73, de 21 de novembro de 1966, conforme o que dispuser a ANS”.