

Portabilidade de carências nos contratos de plano de saúde a partir da Lei n.º. 9.656/98

OLIVEIRA, João Batista de Abreu¹
SILVA, Karla de Mello²
CABRAL, Artur José³

RESUMO: Trata-se de um estudo que teve a finalidade de debater a respeito da portabilidade de carências nos contratos de plano de saúde a partir da Lei n. 9656 de 1998, norma esta, conhecida como a “lei dos planos de saúde”, que trouxe muitas modificações importantes no que tange ao regime jurídico dos prestados de serviço em saúde, neste contexto, o estudo também abordou de maneira específica a discussão em torno da possibilidade ou não dos contratos de plano de saúde, anteriores a lei 9656 de 1998, serem regulamentados pela nova norma. A metodologia aplicada foi o Estudo Bibliográfico, com base na doutrina, arcabouço normativo, artigos e jurisprudência. Pelo estudo, foi possível concluir que, segundo o STF, a nova lei não seria aplicada aos contratos anteriores, em respeito à segurança jurídica das relações então pactuadas, entretanto, julgados como o do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, tem permitido a aplicação da lei a contratos anteriores, entendendo ser obrigações sucessivas que se renovam anualmente e, portanto, podem ser atingidas pela lei n. 9656/1998.

Palavras-chave: Contratos; Lei. N. 9656/1988; Portabilidade; Vigência.

ABSTRACT: This study aimed to discuss the portability of shortages in health plan contracts from Law n. 9656 of 1998, this standard, known as the "health plan law", which brought many important changes regarding the legal regime of health service providers, in this context, the study also specifically addressed the discussion around of the possibility or not of health plan contracts, prior to law 9656 of 1998, being regulated by the new standard. The methodology applied was the Bibliographic Study, based on doctrine, normative framework, articles and jurisprudence. Through the study, it was possible to conclude that, according to the STF, the new law would not be applied to previous contracts, with respect to the legal security of the relations then agreed, however, judged as the Court of Justice of Rio de Janeiro and Rio Grande do Sul, has allowed the application of the law to previous contracts, understanding that they are successive obligations that are renewed annually and, therefore, can be met by law n. 9656/1998.

Keywords: Contracts; Law No. 9656/1988; Portability; Validity.

¹ Graduando em Direito pela Universidade Iguçu, UNIG, Campus V, Itaperuna, RJ.

E-mail: jboliveira1970@gmail.com

² Graduanda em Direito pela Universidade Iguçu, UNIG, Campus V, Itaperuna, RJ.

E-mail: karlamello97@gmail.com

³ Mestre em Ciência Animal pela Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro, UENF, Campos dos Goytacazes, RJ. Graduado em Medicina Veterinária pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Graduando em Medicina pela Universidade Iguçu, campus V, Itaperuna, RJ.

E-mail: arturjosecabral@yahoo.com.br

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Pretende-se abordar a portabilidade de carências nos Contratos de Plano de Saúde a partir da Lei n. 9656/98, lei esta que inovou o ordenamento jurídico pátrio ao disciplinar de maneira especial os planos de seguros privados de assistência à saúde. Antes, as relações contratuais referentes a matéria eram interpretadas à luz de normas gerais, como o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor (CDC), trata-se de uma mudança muito esperada por clientes e pelas entidades de defesa do consumidor e que trouxe uma reavaliação bastante significativa a respeito da prestação de serviços de saúde suplementar no Brasil.

As novas regras a respeito da relação entre prestadores e operadores de plano de saúde envolvendo consumidores também trouxe muitos questionamentos nas relações sensíveis sobre plano de saúde, uma delas, e foco deste estudo, trata-se da vigência da Lei n. 9656/98 e sua vigência em relação aos contratos iniciados anterior a Lei, o questionamento principal é, a nova Lei é aplicada as relações contratuais anteriores a sua vigência? Pode o contrato de saúde, de natureza sucessiva, permitir a aplicação da nova lei a fatos anteriores?

O estudo buscará responder a esses questionamentos, para tanto, terá como objetivo geral o seguinte: entender a (im) possibilidade de aplicação da portabilidade de carências nos contratos de plano de saúde a partir da Lei n. 9656 de 1998; como objetivos específicos, entender a respeito da saúde suplementar, abordar a permissibilidade do mercado privado de planos de saúde no Brasil e elencar algumas mudanças ocorridas pela Lei n. 9656/98.

A metodologia escolhida para o estudo foi a pesquisa bibliográfica, com base em fontes normativas, na doutrina, em artigos científicos e na jurisprudência a respeito do tema.

A SAÚDE SUPLEMENTAR E OS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A qualidade de vida de uma população é fruto indissociável de suas condições biológicas, cultural, social, das relações que os homens desenvolvem entre si e com o seu meio, e particularmente, da promoção da saúde. Promover a saúde não significa apenas disponibilizar assistência médica, embora tenha sua importância, mas também por meio do acesso irrestrito e amplo à qualidade de vida, envolvendo e articulando setores sociais e econômicos do Estado. A saúde é um direito constitucional fundamental, devendo o Estado concretizá-lo perante a população; as ações nesse sentido são revestidas de relevância pública, incluída de maneira expressa na Constituição Federal, com um direito de todos e dever do Estado (BRASIL, 1988).

No Brasil, as ações em torno da promoção à saúde também podem ser delegadas às pessoas jurídicas de direito privado, reconhecendo-se assim, um sistema misto, com atuação do setor público paralelamente ao setor privado, isto se dá, principalmente, devido a fatores históricos, diante das discussões sobre a incapacidade do Estado em promover um serviço público de saúde essencialmente para todos e a ideologia de um estado provedor do bem-estar. Desta maneira, o setor privado atua de maneira suplementar ao setor público, por isso a expressão saúde suplementar, quando ofertada diretamente pela gestão pública, saúde complementar; que por sua vez, age por meio de um Sistema Único (Sistema Único de Saúde – SUS), regido pela lei 8080/90; normas infraconstitucionais que vão ao encontro dos parâmetros constitucionais (FONSECA, 2004). Este tema também é visto em:

No Brasil, a atenção à saúde é desempenhada pelo SUS⁸, mediante garantia universal de acesso para toda população⁹. Todavia, as limitações operacionais enfrentadas pelo setor público para comportar o atendimento a todo o extrato da população brasileira frequentemente gera demandas por outras formas de acesso e, com isso, consolida-se a saúde suplementar (ANS, 2021, p. 21).

O setor privado, como visto, pode ofertar serviços de saúde à população, traduzido como um mercado de serviços de saúde, as operadoras de planos de saúde calculam o custo financeiro dos tratamentos a serem oferecidos para um dado indivíduo (ou grupo de pessoas), com base em suas peculiaridades, e assim, ofertam os serviços, e em contrapartida, poderão cobrar uma taxa. Os participantes dessa relação são marcados por uma tríade de agentes, sendo os consumidores, operadores e provedores de serviços. Este

mercado possui regulamentações próprias, as normas são amplas e a temática é extensa, por isso, o estudo abordará algumas peculiaridades dessa normatização, em especial, a Lei nº 9656/98, que regula os contratos de plano de saúde e outras disposições da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). O tema também é abordado da seguinte forma:

O termo “suplementar” decorre da opção de compra de um plano de saúde, para se ter acesso à assistência médica, sem a perda do direito de acesso SUS. Em alguns casos, o sistema privado é usado de modo “complementar”, ofertando a cobertura de serviços, com a possibilidade de reembolso após a solicitação. Assim, estabeleceu-se duas formas distintas de participação da iniciativa privada na assistência à saúde. Uma complementar ao sistema público, integrada e em cooperação com ele. E outra, sem a participação do sistema público, sendo vedada qualquer forma de cooperação estatal (ANS, 2021, p. 21).

Assim sendo, a Legislação 9.656/1998, como será visto a seguir, tratou de regulamentar os chamados Planos de Saúde e as empresas que exercem atividades nesse sentido, também conhecidas como Operadoras de Planos de Saúde, atuantes da saúde suplementar.

A ANS, ligada ao Ministério da Saúde, trata-se de uma Agência Reguladora, que visa definir parâmetros de atuação para este mercado da saúde suplementar, foi criada pela lei n. 9.961/2000; desde a sua criação, houve uma unificação da atividade regulatória dos serviços da saúde suplementar, a Agência então age no sentido de normatizar, controlar e fiscalizar as operadoras (ANS, 2021).

A Lei n. 9.656/98 atribuiu autorizou ao Instituto do plano de saúde operações coletivas de poupança e a possibilidade de consumidores se associarem livremente como beneficiários, por meio de contratos privados que financiarão à saúde neste setor, em paralelo ao Sistema Único de Saúde (SUS) (ANS, 2021); dessa maneira, há o esforço mútuo entre consumidores e operadores de saúde. A legislação também indica que as pessoas jurídicas serão constituídas sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa ou entidade de autogestão, promovendo todos os serviços permitidos na legislação. De maneira expressa, a legislação enuncia:

Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a peça 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 à 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 (BRASIL, 1998, p. 02).

A partir da norma, é possível notar diversos conceitos analisados durante este estudo, entre eles, a prestação continuada de serviços, que tem como finalidade garantir a assistência à saúde pela contratação facultativa dos consumidores, promovendo o atendimento à assistência médica, hospitalar e odontológica, de maneira integral ou parcial, que serão realizadas às expensas da operadora contratada. Ao firmar esse contrato, há a constituição de um convênio entre os contratantes, tendo como objetivo maior a prestação dos serviços que visam a manutenção da saúde do contratante e seus dependentes, quando for o caso. Essa dinâmica é ratificada por Silva:

Os beneficiários podem estabelecer contratos diretos com as operadoras de planos de saúde por meio de contratos individuais ou obter planos coletivos empresariais que se dão por um vínculo com sua entidade empregatícia, estes pagam contraprestações mensais pela utilização de serviços ofertados pelos prestadores de serviços de assistência à saúde; por sua vez, os prestadores de serviços utilizam os produtos comprados dos fornecedores (SILVA, 2017, p. 17).

Segundo Stivali (2011), uma das principais formas de acesso à saúde suplementar se dá através dos vínculos empregatícios, em especial aos planos de contratação coletiva, visto que determinadas relações trabalhistas fornecem planos integrais a seus empregados ou descontos chamativos para contratarem com determinadas operadoras. Sobre o assunto:

Com a finalidade de proporcionar saúde a seus empregados e atrair novos colaboradores, órgãos públicos e empresas privadas incluem em seu plano de benefícios a oportunidade de contratação de plano ou seguro de saúde subsidiado. Muitas controvérsias jurídicas advêm dessa relação operadora-empregador-empregado – entre elas, as discussões sobre o direito de trabalhadores demitidos ou aposentados permanecerem no plano de assistência à saúde (STJ, 2021, p. 2).

No tocante às operadoras de planos de saúde e relações trabalhistas, o STJ entendeu que a saúde suplementar possui autogestão, refletindo assim na autonomia em

relação ao direito do trabalho, ou seja, se um trabalhador rompe com o vínculo trabalhista que originou o serviço de saúde suplementar, a agência não está obrigada a manter este contrato, haja vista, como visto, haver independência entre eles; mesmo durante a vigência da relação trabalhista, há a possibilidade da operadora em romper o contrato, já que não se constitui salário-utilidade (in natura), e principalmente por não ser uma contraprestação ao trabalho (BRASIL. STJ. REsp 1.736.898).

A Lei n. 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), já em seus artigos iniciais, de maneira expressa, apresenta suas finalidades da relação de consumo, para a norma. Consumidor é conceituado como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, isto é, qualquer pessoa que compra um produto ou que contrata um serviço para satisfazer suas necessidades ou familiares, conceito este visto no artigo 2º (BRASIL. Lei n. 8.078/90, 1990).

Adiante, no art. 3º, o conceito de fornecedor é tido como toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importante, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços. Já em relação ao produto, o art. 3, § 1º define como qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. Nota-se que a relação que envolve os planos de saúde e os consumidores se amolda às normas do CDC, tal entendimento também se verifica a partir do entendimento da segunda seção do Superior Tribunal de Justiça – STJ, aprovando a aplicação do CDC aos contratos de plano de saúde, tem pacificando na jurisprudência, tal afirmativa também é ratificada a partir da Súmula extraída do mesmo tribunal, Súmula 608, em que os planos de saúde devem observar as regras contidas no CDC. Além disso, a aplicação do CDC se estende aos contratos firmados anteriormente à sua vigência, quando renovados, não seria caso de retroatividade de lei, mas a natureza sucessiva do contrato de seguro, assim, as renovações que estiverem sob a vigência da Lei por ela estarão regidas (TURBUK, 2021; STJ, 2021).

A Aplicação do CDC visa equilibrar as relações contratuais firmadas entre fornecedores e consumidores, em que estes são as partes hipossuficientes se comparado àqueles. Não é raro nessas relações haver cláusulas abusivas ou que desrespeitem os direitos dos consumidores. Segundo a legislação do CDC, tais normas quando verificadas, seriam incompatíveis. Exemplo disso, é a aplicação do art. 51 do CDC, que em diversos

incisos define o que seriam tais cláusulas abusivas, sendo nulas de pleno direito, e, portanto, inaplicáveis. As interpretações dessas cláusulas serão sempre favoráveis ao consumidor (EMANUELE, 2008).

A proteção do consumidor envolve também dois princípios basilares, além dos esculpido constitucionalmente, que são o da vulnerabilidade e hipossuficiência. Por vulnerabilidade entende-se aquele que está mais apto a sofrer ataques involuntários perante sua condição. O consumidor pode ser vulnerável tanto técnico, jurídico e financeiro, já que tende a ser a parte mais fraca na relação contratual. Por seu turno, a hipossuficiência diz respeito a vulnerabilidade extrema, que se verifica em cada situação, diz respeito àquele que necessita de um determinado amparo da legislação, tendo em vista que não consegue, sozinho, proteger os seus direitos (BOLZAN, 2014).

Cumprido ressaltar também que o direito do consumidor é uma garantia constitucional, traduzido como verdadeiro direito fundamental, de aplicação imediata.

A esse respeito, a doutrina de Direito do Consumidor, de Bolzan (2014) afirma que:

Logo, o amparo constitucional que possui o Direito do Consumidor traz uma conotação imperativa no mandamento de ser do Estado a responsabilidade de promover a defesa do vulnerável da relação jurídica de consumo. Ademais, ao longo do tempo muito se falou em eficácia vertical dos Direitos Fundamentais — respeito pela Administração dos Direitos Fundamentais de seus administrados. Como o advento do Direito do Consumidor foi alçado ao patamar constitucional, é possível tratar na atualidade da eficácia horizontal dos direitos ora em estudo, ou seja, mesmo sem a existência de hierarquia entre as partes envolvidas na relação, como ocorre entre fornecedor e consumidor, o respeito aos Direitos Fundamentais também se faz necessário (BOLZAN, 2014, p. 32).

As relações privadas, conforme se verifica, constituem-se de eficácia horizontal, ou seja, de equilíbrio entre as partes, ambas devem estar num mesmo plano de garantias e direitos, o CDC equilibra essas situações ao promover um regramento capaz de colocar o consumidor em patamares iguais, no caso de afronta a esse direito, incorre-se em graves condutas capazes de gerar sanções previstas em lei.

O ADVENTO DA LEI N. 9656/98 E PORTABILIDADE DE CARÊNCIAS

A Lei nº 9.656 de 1998, tornou-se o marco regulatório do Setor de Saúde Suplementar no Brasil, regulando em âmbito nacional os planos de seguros privados de assistência à saúde. Foi fruto de diversas discussões e movimentos sociais, entre eles, organizações de defesa do consumidor, representantes dos planos de saúde, entidades médicas, órgãos governamentais do setor, dentre outros. Em vigor, a legislação já sofreu inúmeras alterações em busca de aperfeiçoamento. É importante lembrar que até 1998 não havia legislação específica que tratasse das relações jurídicas entre consumidor e operadoras, tornando inseguras e assimétricas as relações contratuais perante os consumidores, embora houvesse a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. A lei, então, veio para reforçar este direito e suprir lacunas (PALUDO, 2005).

Antes do advento da Lei 9.656/1998, não havia previsão expressa de como seriam as coberturas mínimas, com isso, tais previsões eram inseridas em contratos privados entre as operadoras e consumidores, com cláusulas desfavoráveis aos clientes, excluindo coberturas e negativas de procedimentos médicos hospitalares, questões que eram diversas vezes judicializadas. Sobre essa questão, explica Nascimento (2005, p.3):

Havia uma tendência de as operadoras excluírem totalmente de seus contratos a cobertura nos casos de doenças crônicas, degenerativas, infectocontagiosas e as DLPs (doenças e lesões pré-existentes) como a AIDS e o câncer, ou seja, as operadoras excluía por completo a cobertura para o tratamento destas doenças. Além de disso, as operadoras colocavam limitações quanto ao número de consultas médicas, dias de internação, sessões de fisioterapia, exames, e de idade para ingresso e permanência no plano. Porém, deve-se ressaltar que nem todas as operadoras de planos de saúde agiam de forma a lesar o consumidor, como demonstrado anteriormente (com exclusões de coberturas e negativa de procedimentos), não obstante, alguns contratos traziam verdadeiramente um equilíbrio em seu conteúdo, beneficiando para ambas às partes.

Juntamente com a criação da Agência Nacional de Saúde, em 2000, a Lei 9656/98 passou a ter maior efetividade, havendo certa homogeneização e ampliação da cobertura assistencial nos contratos de plano de saúde. A esse respeito:

Desta feita, o advento da Lei n.º 9.656/98, bem como a posterior criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), responsável pela regulação e fiscalização do setor, deu uma maior visibilidade ao mesmo, na tentativa de regulamentar as relações jurídicas entre as operadoras de planos de saúde, fornecedoras dos contratos de plano de saúde, e o consumidor contratante (DIAZ, 2008, p.15).

Diante da nova legislação, os contratos de plano de saúde passaram a ser de três tipos: o primeiro tipo, chamados planos antigos, consistiam em contratos firmados anteriormente à Lei 9656 de 1998, mais especificamente, em 02/01/1999, isto é, quando a Lei entrou em vigor; o segundo tipo, os planos adaptados, por sua vez, dizem respeito aos contratos firmados antes da entrada em vigor da Lei 9.656/98, mas que foram adaptados, em consonância com a nova legislação; o terceiro tipo são os novos planos, sendo aqueles contratados a partir de 02/01/1999, realizados já com base na nova legislação e por ela são regulamentados (NASCIMENTO, 2005).

Entre as inovações obtidas a partir do referido diploma, cita-se, por exemplo, a obrigação de disponibilizar por parte das operadoras, ao consumidor, do plano referência, isto é, o plano básico, regulamentando as coberturas consideradas mínimas. Sobre esse assunto, Rizzato Nunes informa:

Andou bem o legislador neste ponto. De fato, criando-se um modelo padrão, é possível aos consumidores fazer opção mais consciente dentre as ofertas existentes, como da mesma forma poderão as entidades de defesa do consumidor e as autoridades públicas avaliar preços fixados, custos alegados e a qualidade dos serviços prestados, o que, evidentemente, também facilita a escolha do consumidor (NUNES, 2003, p.72).

Esta regulamentação visa coibir as práticas por parte das operadoras em comercializar planos menores, a preços baixos e com pouca cobertura. Desse modo, o art. 12, da citada lei, visa superar essas situações e dar maior amplitude de cobertura prevista pelas operadoras. Ressalta-se também que eventos anteriores não cobertos pelas operadoras, passaram a ser de cobertura obrigatória, estabelecendo também os serviços que as operadoras devem ou não conceder, de maneira obrigatória.

Ademais, outro fato também importante contemplado pela legislação foi relacionado às doenças preexistentes, visto como aquelas em que o contratante já possuía antes da celebração do contrato; antes da lei 9.656/98 entrar em vigor, as operadoras não

cobriam tais comorbidades; entretanto, a partir da vigência do referido diploma, o art. 11 passou a regulamentar as diretrizes para as quais seriam tratadas as doenças preexistentes (BRASIL, Lei n. 9.656, 1998).

A definição das doenças e lesões preexistentes também foram definidas a partir da Resolução CONSU 2, regulamentando o art. 35-A, XII, e no art. 11 da Lei n. 9.656/98. Pelo artigo mencionado é possível interpretar também que caso a doença seja desconhecida por parte do consumidor ou responsável no momento da contratação, não será considerada como preexistente, caso em que, caberá à operadora a prova de que o consumidor sabia de tal doença à época da contratação (BRASIL, Lei n. 9.656, 1998).

Outra importante regulamentação ocorreu a partir do art. 13, em que a Lei mencionou não incidência de taxa diante da renovação automática dos contratos, o que não ocorria anteriormente; antes da vigência da Lei, as operadoras podiam excluir determinados clientes que não a interessava economicamente, taxando a mensalidade quando pediam renovação (DIAZ, 2008).

Outro aspecto importante diz respeito ao art. 33, que garantiu aos consumidores acomodações em leito hospitalar, mesmo diante de indisponibilidade de leito, devendo o plano cobrir acesso à acomodação em nível superior, sem qualquer ônus adicional, sendo, portanto, uma inovação muito importante para os consumidores, já que anteriormente, na falta de leito em enfermarias, quartos com banheiros privativos, eram negados aos clientes acesso aos referidos serviços (BRASIL, Lei n. 9.656, 1998).

Outra inovação também relevante é a previsão do art. 23, que ressalta a proibição por parte das operadoras de planos privados de requererem concordata, bem como não estão sujeitas à falência ou a insolvência civil, somente ao regime de liquidação extrajudicial; a lei ofertou mais garantias e capacidades das empresas em honrarem seus compromissos e a continuidade dos serviços (Art. 23) (BRASIL, Lei n. 9.656, 1998).

Esta seção apontou algumas das inovações que a lei 9656/98 trouxe, com o debate e a aplicação da legislação ao longo do tempo, com dispositivos sendo revogados e ganhando novos contornos à medida que a jurisprudência avança, tendo em vista este contexto, a apresentação do assunto se deu de maneira sucinta, abordando tópicos de maneira objetiva e sem esgotar toda as discussões a respeito.

Adiante, é importante mencionar os agentes reguladores, em especial, a Agência Nacional de Saúde Suplementar, fundada em 2000, pela Medida Provisória n. 2.012-2 de

dezembro de 1999, passando a ser codificada pela Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000, que possui natureza de autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, atuando sob a incumbência de uma intensa produção normativa em todo o Brasil, na regulação, normatização, controle e fiscalização relacionada às atividades de assistência complementar à saúde, conforme descrito no art. 1º da Lei n. 9.961, de 2000. (BRASIL, 2000). As definições sobre as competências da ANS foram tratadas no art. 4º da Lei n. 9.951, de 2000, que possui, entre elas, proposta de políticas e diretrizes gerais, normatização geral, estabelecimento de normas de ressarcimento ao Sistema de Saúde, deliberação sobre a criação de câmaras técnicas, autorização de reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias de planos privados de assistência à saúde, dentre diversas outras competências (BRASIL, Lei n. 9.951, 2000).

A missão da ANS, segundo o Manual de Tópicos da Saúde Suplementar, é a de promover a defesa do interesse público na assistência complementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com os prestadores e consumidores, e assim, contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no país (BRASIL. ANS, 2021).

Segundo Salvatori e Ventura (2012, p. 115) apud ANS (2021), a ANS presta também serviços de mediação de conflitos nos diferentes segmentos do mercado, de modo a concorrer para a solução pacífica dos conflitos. Com isso, a ANS é entendida como uma importante Autarquia de âmbito nacional, visto que não só atua para o cumprimento da legislação, mas também na salvaguarda dos direitos da coletividade nas relações consumeristas no âmbito da saúde complementar.

A respeito da portabilidade de carências e suas particularidades, muitas dúvidas surgem por parte dos consumidores e de profissionais envolvidos nessas relações contratuais. A portabilidade nesse sentido nada mais seria que a possibilidade de o beneficiário migrar de operadora ou plano de saúde sem a necessidade de cumprir novos prazos de carência e a cobertura parcial temporária, de acordo com as coberturas relativas na segmentação do plano anterior, entretanto, desde que cumpridos alguns requisitos previstos na regulamentação da ANS. Essa mudança se deu a partir do advento da RNº 438/2018 da ANS, sendo vista como um alento para os beneficiários em questão, abaixo, segue a transcrição do conceito de portabilidade na mencionada RN:

Art. 2º Para efeito desta Resolução, consideram-se:

I - Portabilidade de carências: é o direito que o beneficiário tem de mudar de plano privado de assistência à saúde dispensado do cumprimento de períodos de carências ou cobertura parcial temporária relativos às coberturas previstas na segmentação assistencial do plano de origem, observados os requisitos dispostos nesta Resolução (ANS, 2018, p. 3).

Ademais, para ter direito à portabilidade, são necessários o cumprimento de alguns requisitos, entre eles, manter o vínculo com o plano atual, estar adimplente junto à operadora e ter cumprido o prazo de permanência exigido no plano, que no caso seria assim: para a primeira portabilidade, o mínimo de dois anos no plano de origem (sendo três se tiver cumprido a cobertura parcial temporária); quanto à segunda portabilidade em diante, as regras são, mínimo de um ano de permanência no plano de origem ou no mínimo dois anos para o beneficiário mudar para um plano com coberturas não previstas no plano de origem (BRASIL. ANS, 2018). É importante também que o plano de destino ofereça um preço semelhante ou inferior ao de origem, salvo exceções, como no caso de portabilidade especial, planos empresariais e pós pagamento. A ANS mantém em seu endereço eletrônico um guia com os planos compatíveis ao consumidor, facilitando a escolha. Nesse sentido, é preciso ressaltar que a ANS não participa diretamente dessas contratações, apenas promove a informação do conteúdo.

Percebe-se, desse modo, que as mudanças ocorridas pela ANS permitem maior mobilidade no setor de planos de saúde, oferecendo autonomia ao consumidor para fazer suas próprias escolhas, e claro, um mercado mais dinâmico, ampliando a concorrência e o mercado de plano de saúde.

A esse respeito, Sousa esclarece que:

Essa nova regra provoca uma ruptura com os padrões anteriormente estabelecidos na saúde suplementar e nas operadoras de planos de saúde, provocando uma nova forma de competitividade e concorrência sobremodo saudável aos consumidores/beneficiários. Devemos salientar que a portabilidade não se limita apenas à troca de operadora, mas, potencialmente uma melhoria nos serviços em caso de insatisfação como a operadora ou nos preços da mensalidade, ressaltando que o beneficiário poderá analisar a avaliação da operadora destino no site da ANS onde diversos critérios são analisados pela agência e poderão servir de parâmetro para efetivação da troca de plano (SOUSA, 2020, p. 2).

É possível esclarecer também nesse sentido que o pedido do beneficiário cabe tanto à operadora quanto à administradora do benefício, não podendo nenhuma delas vedar esse direito ao consumidor. Esta vedação vem expressa na RN 124 (2006, p. 4), em seu artigo 62-A, ao aplicar multa para a violação da determinação legal que poderá chegar a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Em sentido contrário, a ANS também informa que existem situações em que o consumidor não poderá realizar a portabilidade por faixa de preço, entre os casos, estão:

Quando o plano de origem tem formação de preço pós-estabelecida ou mista (plano que não possui valor de mensalidade fixo). Quando a portabilidade for realizada de um plano empresarial para outro plano empresarial. Nas portabilidades especiais e extraordinárias. Nas situações específicas de portabilidade por extinção do vínculo do beneficiário (ANS, 2021, p. 4).

Como se vê, trata-se de uma relação contratual em que se vislumbra diversas regras, é o caso por exemplo, nos planos coletivos de adesão, em que é necessário ter vínculo com a pessoa jurídica contratante do plano de saúde (seja ela associação profissional, classista ou setorial), importante lembrar também dos planos coletivos empresariais, em que deve ser apreciado um vínculo empregatício ou estatutário com a empresa contratante do plano de saúde e ser ou possuir vínculo com um empresário individual contratante do plano de saúde (ANS, 2018).

São essas algumas regras ocorridas a respeito da portabilidade com base na nova RN, é claro que o assunto não se esgota nessas discussões, que são amplas e complexas, mas serviu de norte para a compreensão do tema e a clareza sobre alguns pontos de seus novos regulamentos.

CONTROVÉRSIA ACERCA DA APLICAÇÃO DA LEI N. 9656/98 AOS CONTRATOS ANTERIORES

Inicialmente, é preciso ressaltar que a legislação supramencionada resolveu muitas questões no mercado de saúde suplementar, tendo em vista que anteriormente não havia diploma legal específico que regulasse a matéria, ficando disciplinada por meio de diplomas gerais como o Código Civil e Código e o Código de Defesa do Consumidor.

Apesar dos avanços, algumas questões trouxeram grandes discussões em torno do novo diploma, especialmente quanto à sua aplicabilidade aos contratos existentes, pairando sobre a seguinte indagação: qual a efetividades da nova Lei n. 9656/98 em relação aos contratos pretéritos, antes de 03 de março de 1998, data em vigorou a referida lei? Existe alguma validade ou os seus efeitos seriam da sua data em vigor em diante? Questões essas que causam grandes discussões no meio doutrinário, social e também jurídico.

O Judiciário entendeu que a referida Lei deve possuir aplicação a todos os contratos de plano de saúde, e isso, claro, gerou muitas insatisfações por parte das instituições envolvidas no segmento da saúde suplementar, invocando violação ao Art. 5º, XXXVI da CRFB/88, ou seja, desrespeito ao ato jurídico perfeito. A esse respeito, a Confederação Nacional de Saúde – Hospitais, Estabelecimentos e Saúde (CNS), promoveram a Ação Direta de Inconstitucionalidade em face do diploma legal (Lei n. 9.656/98), alegando que os contratos celebrados anteriormente causariam violação ao artigo constitucional. O julgado do STF se pronunciou da seguinte forma:

Contratos até o dia 03.06.1998, inclusive. Os contratos integralmente aperfeiçoados até o dia 03 de junho de 1.998 - dia imediatamente anterior à publicação da L. 9.656/98 - não oferecem dificuldades. A eles não se aplicam as regras do “plano-referência”. Os direitos e as obrigações serão aqueles decorrentes exclusivamente das cláusulas contratuais. Para esse efeito, é irrelevante, como já decidiu o TRIBUNAL, se as normas em questão são, ou não, de ordem pública. A esses contratos se aplica, sem restrições, a jurisprudência do TRIBUNAL, expressada no voto de MOREIRA ALVES, na ADIN 493DF, citado por 40 MAURÍCIO (VOTO, fls. 70), onde aparece a irrelevância da distinção entre normas cogentes - de direito público - e normas dispositivas - de direito privado. Leio MOREIRA ALVES: Apesar de impostas pela lei certas cláusulas como obrigatórias num contrato, uma vez apostas a ele passam a integrá-lo como fruto de ato de vontade inclusive da parte que a ele adere, e, conseqüentemente, daí resulta que esse contrato, como ato jurídico perfeito, tem os seus efeitos futuros postos a salvo de modificações que lei nova faça com relação a tais cláusulas, ...” (voto, fls. 71, RTJ 143/752-3). Assim, os contratos aperfeiçoados até o dia 03 de junho de 1.998 são regidos pelas suas próprias cláusulas. (STF, ADI 493, Relator (a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 25/06/1992, DJ 04-091992 PP-14089 EMENT VOL-01674-02 PP-00260 RTJ VOL-00143-03 PP-00724).

Segundo a suprema corte, o entendimento é que a Lei terá efeitos ulteriores, ou seja, após a sua vigência, tendo a sua eficácia ligada a fatos futuros, entendendo-se assim pela não aplicação a acontecimentos anteriores. Em interpretação ao julgado supramencionado, caso fosse permitida a aplicação das normas jurídicas de maneira ampla, sem qualquer regra quanto ao marco de sua vigência, estaria se instalando no ordenamento jurídico o caso e a insegurança jurídica em relação aos atos jurídicos perfeitos, criando situações expressamente divergentes. A irretroatividade da lei é um corolário necessário para a segurança das relações jurídicas, fundamental para a paz social, a esse respeito, Diaz (2008, p.42) descreve que:

[...] encontramos a exposição do magistrado LUIZ GUILHERME DE ANDRADE V. LOUREIRO, em sua obra Seguro-saúde (página 280): “A irretroatividade da lei, portanto, é corolário necessário para a segurança das relações jurídicas e para a paz social. Neste contexto, os contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei nº 9.656/98 não podem ser atingidos por suas disposições, uma vez que constituem atos jurídicos⁴¹ perfeitos e acabados, celebrados segundo as regras então vigentes e que correspondem, em tese, à vontade das partes. [...]. Em relação à aplicação da Lei nº 9.656/98, cumpre-nos transcrever, novamente, parte do voto do eminente Ministro MAURÍCIO CORRÊA, do Supremo Tribunal Federal, relatado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.931-8/DF, de 20 de outubro de 1999, requerida pela Confederação Nacional de Saúde, a saber: “55. Assim sendo, os contratos assinados com os consumidores antes da nova legislação não podem ser modificados pelas novas regras impostas, sob pena de violação ao princípio do direito adquirido e também ao ato jurídico perfeito – garantias protegidas pelo mandamento constitucional (CF, art. 5º, inciso XXXVI). 56. Essas empresas estão obrigadas a oferecer aos seus futuros clientes o novo sistema, contudo não aos atuais.

A doutrina é uníssona no entendimento da irretroatividade da lei, em particular quanto aos planos de saúde, a esse respeito, segue a posição da doutrinadora Cláudia Lima Marques:

A jurisprudência atual e reiterada do Superior Tribunal de Justiça, estabeleceu que a lei nova não se aplica aos contratos assinados antes da entrada em vigor desta lei. Isto porque, o Supremo Tribunal Federal instituiu uma forte linha de proibição da retroatividade mínima de qualquer lei, mesmo as de ordem pública, face ao mandamento constitucional de manutenção dos direitos adquiridos com base em contrato anterior à vigência da lei nova e da visão deste contrato como

ato jurídico e perfeito e intocável pelo legislador posterior (MARQUES, 2002, p. 64).

A doutrinadora também esclarece a seguir que:

Face à reiterada jurisprudência brasileira, indiscutível, pois, hoje que aos contratos de seguro e planos de saúde assinados antes da entrada em vigor da nova lei (e suas modificações) aplica-se somente o CDC e a legislação anterior especial aos seguros. A aplicação retroativa a estes contratos da nova Lei 9.656, somente poderá se dar por força do próprio CDC, em um verdadeiro diálogo de fontes, como especificou Erik Jayme. Efetivamente, o CDC trabalha com cláusulas gerais, como a da conduta segundo a boa-fé do combate ao abuso e ao desequilíbrio contratual, logo é possível ao juiz considerar que a nova lei consolidou o que é (e já era) abusivo segundo o CDC e ofensivo, pois as suas normas, então em vigor. O espírito do intérprete deve aqui ser guiado pelo do art. 7º do CDC, que com uma interface aberta do sistema tutelar dos consumidores (*lex specialis rationae personae*), estabelece que a legislação tutelar incorpora todos os direitos assegurados aos consumidores em legislação ordinária, tratados etc. A *ratio legis* é, pois, de incorporar os “direitos” assegurados nas leis especiais e não os deveres, o ônus, ou o retroceder da interpretação judicial já alcançada apenas com a lista de direitos asseguradas pelo CDC (MARQUES, 2002, p. 64).

Adiante, é importante considerar que a própria decisão do Supremo Tribunal Federal havia suspenso a eficácia do Art. 35-E da legislação, pois permitia a possibilidade de efeitos retroativos aos contratos havidos antes de sua vigência. Nesse sentido, é incontestável que a irretroatividade da norma serve de garantia ao próprio ordenamento jurídico, impedindo que lei posterior modifique o ato jurídico perfeito, caso permitisse, estaria consolidada a insegurança jurídica e a anarquia., por isso mesmo, este assunto está expresso na carta constitucional, como um direito fundamental do cidadão.

Para o jurista Bruno Lemos, mesmo os contratos anteriores, já na vigência da legislação 9656/98, que fossem prorrogados, ainda assim a nova lei não seria aplicável, entendendo o jurista como uma liberdade contratual entre as partes, e por isso, haveria a aplicação do direito obrigacional (RODRIGUES, 2002).

Em sentido contrário, entende Rizzato Nunes (2003) que os contratos de plano de saúde são diferidos e continuados, tratando-se de prestações contínuas que se propagam no tempo, e por essa natureza, devem ser atingidos pela nova lei. Esse ponto de vista também vem sendo acolhido por Tribunais de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, com

o principal argumento questões de ordem pública que disciplinam os contratos de consumo de trato sucessivo. Um argumento coerente para esta corrente é a de que os contratos se renovam anualmente, razão suficiente para estarem acobertados pela nova lei; tal entendimento também foi encontrado no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Civil n. 70015440449, julgado pela Sexta Câmara Cível. 17ª Câmara Cível, sob argumentos semelhantes. Corroborando esses entendimentos, o julgado a seguir traz de maneira cristalina tal entendimento:

PLANO DE SAÚDE. MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. REAJUSTE DE MENSALIDADE SEM INDICAÇÃO DO PERCENTUAL A SER REAJUSTADO. ABUSIVIDADE. APLICAÇÃO DA LEI 9656/98 AO ATO NEGOCIAL ANTERIOR À SUA VIGÊNCIA. Possibilidade, por se tratar de lei de ordem pública, e em razão da natureza do contrato ser de prestação de serviços de assistência médica e hospitalar, e de trato sucessivo, cuja execução é continuada ou diferida, sendo a obrigação estabelecida por tempo indeterminado, renovando-se anualmente. Eficácia imediata da lei nova a partir da sua entrada em vigor, que não se confunde com a retroatividade, eis que indiscutível a irretroatividade da lei nova quanto à possibilidade de atingir os direitos adquiridos, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Parcial provimento do recurso para afastar a devolução em dobro. Apelação Cível nº 2007.001.13417 – RJ (2004.001.133543-5). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. (Sétima Câmara Cível).

Desse modo, é possível compreender a partir da ementa do julgado acima exposta que a aplicação imediata da nova lei não se confunde com irretroatividade. Nesse caso, não se trata de retroatividade, uma vez que a aplicabilidade não invalida nem atinge fatos pretéritos, não violando preceitos já consagrados. Então, segundo o entendimento, os contratos passam a ser regulados pela nova lei tendo em vista o fato de ter a matéria conteúdo de ordem pública, que por esse motivo, regula os contratos de consumo de natureza sucessiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As questões referentes à portabilidade de carência nos contratos de planos de saúde geram polêmicas, principalmente quando o consumidor decide trocar o plano de saúde por outro e a administradora do novo plano não concede voluntariamente e de

antemão os direitos que o consumidor já adquiriu e que a lei faculta lhe sejam concedidos em novo contrato. O direito à portabilidade de carências nos contratos de Plano de Saúde surgiu com o advento da Lei n. 9656/98, que trouxe como inovação a disciplina dos planos de seguros privados de assistência à saúde, interpretada à luz das cláusulas gerais do Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor (CDC), representou uma significativa alteração veio proteger os interesses do consumidor no que se refere à prestação de serviços de saúde suplementar no Brasil, principalmente em relação às carências em caso de portabilidade.

Pelo exposto, pode-se concluir, inicialmente, que os serviços em saúde suplementar vêm crescendo consideravelmente em todo o país, operadoras e administradoras de planos de saúde vêm atuando em paralelo ao Estado na oferta de serviços de saúde à população, diferente do Estado, que apresenta um serviço centralizado em torno do SUS, os serviços privados são ofertados por empresas e se relacionam com os consumidores a partir de contratos regulamentados em leis específicas e fiscalizados mediante fiscalização de instituições regulamentadoras, como a ANS, vistos no decorrer do tema.

Tendo em vista a grande judicialização dos temas em torno da saúde e a precariedade de normas que regulasse o comércio de serviços privados de saúde, a Lei 9656/98 veio para regular de maneira específica os serviços em torno dos planos e seguro privados de assistência à saúde, como visto, não houve antinomia entre o Código de Defesa do Consumidor e a nova norma, tendo em vista que o CDC representa a ordem pública constitucional, regulando contratos normas gerais, enquanto a nova regra, especial.

Conquanto a nova regra trouxe de certa forma um conteúdo mais objetivo, trouxe também muitas discussões a respeito da relação jurídica em torno dos contratos regulados anteriormente a sua vigência, que conforme visto, foram solucionados a partir do princípio *tempus regit actum*, ou seja, o tempo rege o ato, aqueles contratos regulados antes da nova lei, continuarão regulados pela norma anterior; entretanto, alguns tribunais vem entendendo que os contratos de plano de saúde são sucessivos, renovando-se anualmente, e por isso, estariam abarcados pela nova regra, não se tratando, portanto, de retroatividade de lei, mas sim de aplicação da norma a fatos presentes, já que as cláusulas estariam se restabelecendo ano após ano.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (Brasil). **Manual de tópicos da saúde suplementar para o programa parceiros da cidadania**. Agência Nacional de Saúde Suplementar (Brasil). Rio de Janeiro: ANS, 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (Brasil). **Plano de Saúde: Portabilidade de Carência. Cartilha. 2021**. Disponível em: <https://bit.ly/3ELa0W3> . Acesso em: 18 de out. 2021.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (Brasil). **RN nº 124 - Aplicação de penalidades para as infrações à legislação dos planos privados de assistência à saúde**. Disponível em: <https://bit.ly/3rN5BhL> . Acesso em: 18 de out. 2021.

BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizador** – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei n.º 9.656, de 03 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Diário Oficial da União. Brasília, DF. 4 jun1998.Seção 1. Acesso em: 03 set. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 9.656, de 03 de junho de 1998 alterada pela Medida Provisória n.º 2177-44, de 24 de agosto de 2001**. Disponível: <https://bit.ly/3Gxy1R8> . Acesso em: 06 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000**. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil: seção 1, Brasília, DF, 29 jan. 2000. Disponível em: <https://bit.ly/3GvDB6s> . Acesso em: 15 set. 2021.

DIAZ, Leandro Gusmão. **O contrato de plano de saúde nas visões do Direito Civil e do Código de Defesa do Consumidor no Brasil**. 2008. Disponível em: <https://bit.ly/3pG2Z2s> . Acesso em: 25 set. 2021.

EMANUELE, Rodrigo Santos. **Os Contratos de planos de saúde à luz do Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <https://bit.ly/3lQBwKd>>. Acesso em: 27 abr.2018.

FERRON, Fabiana. **Planos Privados de Assistência à Saúde – Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998**, ed. LEUD, 2002.

Revista DOMO	Itaperuna, RJ	Volume 01	Páginas: 1-20	Ano: 2021
--------------	---------------	-----------	---------------	-----------

FONSECA, Artur Lourenço da. **Portabilidade em Planos de Saúde no Brasil**. 130. Dissertação de Mestrado. Fundação Oswaldo Cruz - Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca (ENSP). Disponível em: <<https://bit.ly/3dAK7fB>>. Acesso em: 03 set. 2021.

MARQUES, Cláudia Lima. **A abusividade nos contratos de seguro-saúde e de assistência médica no Brasil**. AJURIS, Porto Alegre, V.22, número 64.

NASCIMENTO, Juliana Oliveira. A importância da ANS–Agência Nacional de Saúde Suplementar, no âmbito da saúde suplementar no Brasil. **Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI**, n. 55, 2008.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários à Lei Privada de Assistência à Saúde**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 26.

PALUDO, Daniela Maria. **A lei 9.656/98 e o CDC**. Disponível em: <https://bit.ly/3Grz1pK> . Acesso em: 28 set. 2021.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil Volume III**. 28 ed. Saraiva: São Paulo, 2002, p.45

SILVA, Thereza Maynara de Almeida Silva. **Aspectos Demográficos e de Acessibilidade de Idosos na Saúde Suplementar Brasileira**. Tese (Mestrado). Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa. 2017. 40f.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Na rescisão de plano de saúde coletivo, CDC impõe que beneficiários tenham alternativa para manter assistência. 2021**. Disponível em: <https://bit.ly/3rRNk2D> . Acesso em: 13 set. 2021.

TURBUK, Herbert, Súmula 469 do STJ, **Código de Defesa do Consumidor é aplicável a Contratos de Planos de Saúde**. Disponível em: <https://jus.com.br/duvidas/292529/sumula-469-do-stj-codigode-defesa-doconsumidor-e-aplicavel-a-contratos-de-planos-de-saude>. Acesso: 05 mai.2018.