

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC – SP

FELIPE FROTA DE ALMEIDA KOURY

APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS
COLETIVOS DE PLANO DE SAÚDE E A ABUSIVIDADE NO REAJUSTE DAS
PRESTAÇÕES

PÓS GRADUAÇÃO LATO SENSU

SÃO PAULO

2014

FELIPE FROTA DE ALMEIDA KOURY

Monografia apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, com exigência para obtenção do título de especialista em Direito das Relações de Consumo, sob a Orientação da Professora Fabíola Meira.

SÃO PAULO

2014

À minha família que sempre esteve em meu pensamento.

Aos meus amigos, por todo o apoio.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu pai Felipe que sempre foi um conselheiro e amigo e que me deu total apoio em todas minhas decisões.

Agradeço à minha mãe Celina que, mesmo distante, sempre esteve orando e se preocupando comigo. Uma mãe guerreira que muitas vezes se prejudicou para me proteger. Serei eternamente grato por tudo.

Às minhas irmãs Ana Paula e Juliana pela amizade e cumplicidade que sempre tivemos. Vocês sempre virão em primeiro na minha vida.

Aos meus amigos de infância, Fernando, Gustavo e Luiz por toda a preocupação, companheirismo, apoio, compreensão que me deram em todos esses anos.

Ao meu cunhado Fernando Folha, que se tornou um amigo e irmão.

À minha professora orientadora Fabiola Meira por todo o apoio e incentivo

A todos os meus amigos que conquistei durante esses dois anos e meio de curso. Agradeço-lhes por todo o companheirismo que tivemos em todo esse tempo, são amigos para vida toda.

RESUMO

O presente estudo tem como finalidade demonstrar a abusividade encontrada no reajuste das prestações da mensalidade dos contratos coletivos de planos de saúde e a necessidade de se aplicar as normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor nestes contratos. Será demonstrado o contexto histórico dos direitos fundamentais com ênfase nos direitos de terceira dimensão, especificamente, o surgimento da proteção ao consumidor no Brasil. Em seguida, será abordado o conceito de consumidor e fornecedor no Código de Defesa do Consumidor, o enquadramento das Operadoras de Planos de Saúde nesta denominação e a responsabilidade civil que possuem no mercado de consumo. Após, serão conceituadas e explicitadas as diferenças entre contratos coletivos e individuais, bem como de seguro saúde e plano de saúde. Será detalhado o modo em que o direito à saúde é tratado na Constituição da República Federativa do Brasil. A análise da regulamentação dos planos de saúde será aprofundada, explicando de forma detalhada o papel da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, no mercado de consumo. Também será observada a necessidade de aplicação das normas consumeristas nos contratos coletivos de planos de saúde, com o objetivo de garantir os direitos constitucionais previstos expressamente.

Palavras-chave: Código de Defesa do Consumidor – Planos de Saúde – Contratos coletivos – Reajuste abusivo – ANS.

ABSTRACT

This study aims to demonstrate unconscionability found in the adjustment of the monthly benefits of collective contracts of health plans and the need to apply the protective provisions of the Code of Consumer Protection in these contracts. The historical context of fundamental rights with emphasis on the rights of third dimension will be demonstrated, specifically, the emergence of consumer protection in Brazil. Then we will address the concept of consumer and supplier in the Code of Consumer Protection, the framework of the Health Insurance Carriers in this denomination and the liability they have in the consumer market. After, be conceptualized and explained the differences between collective and individual contracts, as well as health insurance and health care. The way in which the right to health is treated in the Constitution of the Federative Republic of Brazil will be detailed. The analysis of the regulation of health plans will be elaborated, explaining in detail the role of the National Health Agency - ANS, in the consumer market. Also the need for application of consumeristas standards in collective bargaining agreements health plans, with the aim of ensuring the constitutional rights expressly provided will be observed.

Keywords: Code of Consumer Protection - Health Plans - collective contracts - Adjustment abusive - ANS.

Sumário

1 INTRODUÇÃO	1
2 CONTEXTO HISTÓRICO	3
2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	3
2.2 SURGIMENTO DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL	8
3 REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL	11
3.1 DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	11
3.2 DA LEI DE PLANOS DE SAÚDE. LEI 9.656/98	13
3.3 ANS E SEU PAPEL NA REGULAMENTAÇÃO DOS PLANOS DE SAÚDE	15
4 CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE	19
4.1 DISTINÇÃO ENTRE SEGURO SAÚDE E PLANOS DE SAÚDE.....	19
4.2 CONTRATOS COLETIVOS E INDIVIDUAIS FAMILIARES DE PLANOS DE SAÚDE À LUZ DA RN 195 DA ANS.....	21
4.3 CONTRATOS COLETIVOS POR ADESÃO E EMPRESARIAL.....	22
5 A SAÚDE E O CDC – RESPONSABILIDADE CIVIL	25
5.1 CONCEITO DE CONSUMIDOR	29
5.2 CONCEITO DE FORNECEDOR.....	36
5.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FORNECEDORES DE PRODUTOS E SERVIÇOS	37
5.4 ENQUADRAMENTO DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE NO CONCEITO DE FORNECEDOR.....	40
5.5 RESPONSABILIDADE DAS OPERADORAS NA RELAÇÃO DE CONSUMO	41
6 ABUSIVIDADE DAS OPERADORAS NO REAJUSTE CONTRATUAL DOS PLANOS DE SAÚDE	43
6.1 PRÁTICAS ABUSIVAS.....	43
6.2 CLÁUSULAS ABUSIVAS	45
6.3 REAJUSTE ABUSIVO DOS CONTRATOS COLETIVOS REALIZADO PELAS OPERADORAS (CASO CONCRETO)	47
7 CONCLUSÃO	50

1 INTRODUÇÃO

Iremos tratar no presente trabalho, acerca da necessária aplicação do direito do consumidor nos contratos coletivos nos planos de saúde, juntamente com a exposição da abusividade no reajuste das prestações nesses contratos.

Para se chegar à conclusão da necessária aplicação do direito do consumidor nos contratos coletivos, deveremos cumprir necessárias e determinadas etapas, inclusive para se concluir o motivo dos reajustes nessas modalidades contratuais serem abusivos.

A primeira etapa consistirá no contexto histórico dos direitos fundamentais em nossa Constituição, a forma em que foi introduzido em nosso país, com ênfase aos direitos de terceira dimensão, especificamente o direito do consumidor.

Após isso, demonstraremos a regulamentação existente no Brasil acerca da assistência à saúde privada no Brasil. Inicialmente, será demonstrado o direito à saúde na CF/88. Posteriormente, será exposto a Lei de Planos de Saúde (9.656/98), bem como o papel da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS na regulação e fiscalização das operadoras e seguradoras.

Feito isso, demonstraremos e diferenciaremos os contratos coletivos de planos de saúde. Exporemos a diferença entre seguro saúde e plano de saúde, na qual daremos ênfase aos planos de saúde, explanando acerca das modalidades que possuem.

A partir da explanação do contexto histórico dos direitos fundamentais na CF/88, especificamente o direito do consumidor e o direito à saúde, será exposto a responsabilidade civil inserida no código de defesa do consumidor, que os fornecedores de produtos e serviços possuem no mercado de consumo.

Com a conceituação do conceito de fornecedor, demonstraremos a perfeita aplicabilidade deste conceito, com as operadoras e seguradoras de assistência à saúde privada.

Com isso, demonstraremos os conceitos de abusividade à luz do Código de Defesa do Consumidor, expondo acerca das práticas e cláusulas abusivas dispostas no referido Código.

Feitas todas essas considerações, chegaremos à conclusão dos debates envolvendo a aplicação do código de defesa do consumidor nos contratos coletivos de planos de saúde. Vamos chegar à resposta acerca da necessária aplicabilidade do código à esses contratos, assim como, veremos que o reajuste aplicado nos contratos coletivos de planos saúde pelas operadoras de assistência à saúde é abusiva.

2 CONTEXTO HISTÓRICO

É sabido que os direitos fundamentais nada mais são do que a afirmação dos direitos humanos na Constituição de cada país. No Brasil, os direitos fundamentais basearam-se também em direitos humanos discutidos e aceitos internacionalmente e que foram inseridos em nossa Constituição de 1988. Com o objetivo de exemplificar e enriquecer o argumento utilizado, vejamos a lição de Flávia Piovesan:

A título de exemplo, merece referência o disposto no art. 5º, III, da Constituição, que, ao prever que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento cruel, desumano ou degradante”, é reprodução literal do art. V da Declaração Universal de 1948, do art. 7º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e ainda do art. 5º (2) da Convenção Americana.¹

Assim, torna-se evidente que todas as normas constitucionais brasileiras tiveram origem em tratados, constituições ou declarações passadas de outros países e que foram internalizadas em nossa Constituição aos poucos, até a elaboração e promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil no ano de 1988, que trouxe em seu corpo diversos direitos fundamentais já resguardados internacionalmente.

2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Elaborada a sucinta introdução do contexto histórico dos direitos fundamentais inseridos em nossa Constituição e sua origem, passemos a demonstrar quais foram os direitos introduzidos, com ênfase na inserção da Proteção ao Direito do Consumidor em nossa Carta Magna.

Os direitos fundamentais inseridos na Constituição brasileira de 1988 têm como centro de proteção a dignidade da pessoa humana. Assim, os direitos que revestem de proteção esta dignidade foram surgindo com o decorrer do tempo, com as mudanças ocorridas na mentalidade da sociedade. Dizemos assim, que determinados direitos pertenceram e pertencem às gerações ou dimensões de direitos fundamentais.²

Os direitos de primeira dimensão são os direitos à liberdade. Na época de seu surgimento, este direito dizia-se respeito à uma liberdade negativa em que o Estado tinha como única obrigação não interferir na vida do indivíduo pertencente à sociedade.

¹ PIOVESAN, 2006, p. 116

² Não entraremos no mérito da discussão doutrinária acerca da diferenciação dos termos “*dimensão*” e “*gerações*” dos direitos fundamentais. Utilizaremos a expressão “*dimensões*”, por entendermos ser a mais correta.

“Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo”³

Podemos identificar os direitos de liberdade em nossa Constituição da República Federativa do Brasil no próprio artigo 5º *caput*. Quando a CF garante a inviolabilidade do direito à liberdade do indivíduo, nos deparamos com um direito pertencente à primeira dimensão. Há alguns incisos em que essa liberdade é mais específica, como por exemplo, o inciso VI, que garante a liberdade de crença.

Pelo fato do ordenamento jurídico brasileiro ser baseado na proteção da dignidade da pessoa e a liberdade, por consequência, ser fundamento para essa dignidade, não iremos encontrar o direito à liberdade presente somente no corpo de nossa Constituição Federal. Iremos encontrar, por exemplo, a liberdade amparada no Código de Defesa do Consumidor, precisamente no artigo 39, inciso I, no capítulo que trata sobre as práticas comerciais abusivas, em que é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços condicionar o fornecimento de produtos ou serviços ao fornecimento de outros produtos ou serviços.

Os direitos de segunda dimensão vieram principalmente a partir da Revolução Industrial, que teve início no século XVIII, em que o Estado precisava impor uma postura mais ativa e impositiva na sociedade, em razão dos problemas sociais da época. Os direitos característicos dessa dimensão, foram o direito à igualdade, e o direito à liberdade real, ou seja, eram direitos prestacionais, que tinham como objetivo a atuação direta do Estado para exercê-los.

Tais direitos estão presentes também no artigo 5º, da CF, como também em outras partes da própria. “Os direitos de segunda geração são chamados de direitos sociais, não porque sejam direitos de coletividades, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social (...)”⁴

Os direitos de terceira dimensão são os direitos à defesa dos interesses metaindividuais, baseados na ideia de solidariedade. Essa concepção de novos direitos foi surgindo em razão da evolução da sociedade, da economia e com a globalização impondo novos comportamentos. Esse direito está ligado, por exemplo, à proteção do

³ MENDES, COELHO E BRANCO, 2009, p. 267

⁴ MENDES, COELHO E BRANCO, *loc. cit.*

meio ambiente, por ser de interesse de todos a proteção ao meio ambiente equilibrado, como também, à proteção do consumidor, haja vista que, esse direito é baseado também na defesa de direitos difusos e coletivos pautado na ideia de solidariedade.

Desta forma, vimos que nossa Constituição inseriu no ordenamento jurídico brasileiro todos os direitos fundamentais que foram surgindo com o decorrer dos acontecimentos históricos. Com o acolhimento desses direitos no corpo da Constituição, fez-se necessário definir o que são esses direitos, o que eles representam para o ordenamento jurídico, e quais são suas características.

Dimoulis e Martins elaboram uma definição do que seriam os direitos fundamentais, senão vejamos:

Direitos fundamentais são direitos públicos-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual⁵

A Constituição Federal de 1988 traz direitos fundamentais em diversas partes de seu texto, mas é no Título II que trata “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, que os direitos fundamentais ganharam um espaço reservado.

Apenas para exemplificar, estão presentes no referido título, extenso rol de direitos individuais e coletivos, como também, deveres individuais e coletivos (artigo 5º); direitos sociais a serem concretizados por todos os órgãos estatais (artigo 6º); direitos do trabalho elevados a nível constitucional (artigo 7º).

Importante e necessário ressaltar que os direitos fundamentais não estão presentes e inseridos apenas no título II da CF. O próprio §2º, do artigo 5º da CF, nos remete a um conceito aberto de direitos fundamentais, em virtude de apontar a existência de outros direitos positivados em outras partes do texto constitucional, como também, em tratados internacionais.

Como a (difícil) finalidade de caracterizar os direitos fundamentais, vejamos a lição de Paulo Gustavo Gonet Branco:

Se a tarefa de conceituar os direitos fundamentais enfrenta algumas dificuldades, fixar-lhes características que sejam

⁵ DIMOULIS E MARTINS, 2009, p. 46-47

sempre válidas em todo lugar também é mister complexo, se é que possível⁶

As características dos direitos fundamentais não possuem um caráter absoluto. Haverá casos, em que uma determinada característica do direito fundamental vai ser limitada, ou vai ser renunciada temporariamente, sendo assim, em algum momento, uma característica deverá ser flexibilizada, em razão ou do titular do direito, ou de um terceiro.

A primeira característica dos direitos fundamentais é a universalidade. Neste sentido, Mendes, Coelho e Branco ensinam que a universalidade está ligada na vinculação dos direitos a todas as pessoas, isto é, todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais.⁷

Outra característica é o caráter absoluto. Todavia, Mendes, Coelho e Branco lecionam que haverá casos em que os direitos fundamentais deverão ser limitados em razão da colisão com outras normas constitucionais.⁸

A característica da historicidade dos direitos fundamentais está ligada às dimensões dos direitos já mencionados. A historicidade significa que os direitos são cumulativos.

A irrenunciabilidade significa dizer que os direitos não podem ser renunciados de forma alguma. No entanto, podemos ver atualmente e frequentemente nos programas televisivos renúncias ao direito à intimidade, como nos casos que mostram a realidade (reality show).

Outra característica é a imprescritibilidade, em que Mendes, Coelho e Branco ensinam que os direitos fundamentais, de forma alguma os irão prescrever com o tempo, eles sempre serão eternos, ou seja, a declaração de que o cidadão tem aquele direito é imprescritível. A inalienabilidade também é uma característica dos direitos em que de maneira alguma, a pessoa poderá alienar um direito seu.⁹

A característica que entendemos ser a mais importante é sobre a aplicabilidade imediata dos direitos. Essa característica está prevista expressamente no §1º, do artigo 5º da CF.

⁶ MENDES, COELHO E BRANCO, 2009, p. 273

⁷ MENDES, COELHO E BRANCO, *op. cit.*

⁸ MENDES, COELHO E BRANCO, *op. cit.*

⁹ MENDES, COELHO E BRANCO, *op. cit.*

Este dispositivo diz que as normas que garantem direitos fundamentais terão aplicabilidade imediata, não dependendo da atuação do legislador. Ou seja, “o significado essencial dessa cláusula é ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente programático”¹⁰

Assim, os direitos fundamentais deverão surtir efeitos imediatamente perante todos os responsáveis por proteger, respeitar e resguardar esses direitos. No entanto, esta eficácia imediata será flexibilizada quando ocorrerem conflitos entre direitos. Há outras características doutrinárias dos direitos fundamentais, no entanto, entendemos ser essas as mais importantes e que merecem destaque.

Ao se fazer essa ponderação entre direitos, ambos pautados na dignidade da pessoa humana, devemos conceituar o que seria a Dignidade da Pessoa Humana e o porquê dela ser o centro do ordenamento jurídico brasileiro.

Nas palavras de Oscar Vieira:

Os direitos da pessoa humana constituem uma formidável construção da modernidade, que está diretamente associada ao sentimento de que as pessoas não podem abrir mão de uma esfera de proteção, que lhes assegure determinados valores ou interesses fundamentais¹¹

A dignidade da pessoa é fundamental para a organização de uma sociedade justa. O mundo passou por diversos problemas graves, como guerras e revoluções, que teve como consequência o surgimento do pensamento de que os direitos, a sociedade, e principalmente o Estado precisavam mudar.

Com isso, a dignidade humana surgiu com um objetivo a ser alcançado. Os primeiros direitos fundamentais com relevância internacional foram os positivados nas Constituições Mexicana e Alemã, que foram as primeiras a buscar essa dignidade para os indivíduos.

Posteriormente a essas Constituições, Pactos, Tratados, Convenções, dentre outros, buscaram a proteção dessa dignidade. No Brasil, onde vivemos em um Estado Democrático de Direito, o ordenamento jurídico também busca essa dignidade humana.

¹⁰ MENDES, COELHO E BRANCO, *op. cit.*, p. 267

¹¹ VIERA, 2006, p. 24

A dignidade humana, assim, não é um princípio ou um direito previsto na Constituição Federal, ela é um fundamento na qual a própria deve ter como base. Os princípios, os direitos fundamentais, as leis, ou seja, todo o ordenamento jurídico brasileiro deve ser realizado, aplicado, respeitado, observando a dignidade da pessoa humana para vivermos em uma sociedade justa e solidária.

Portanto, podemos dizer que a busca pela dignidade da pessoa humana “(...) permite a construção de um mundo fundado na igualdade entre os seres humanos”¹².

A proteção ao direito do consumidor como um direito de terceira dimensão estão previstos no artigo 5º, XXXII e 170 V da CF, conforme será visto adiante.

2.2 SURGIMENTO DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL

O surgimento do direito do consumidor, não somente em nossa Constituição Federal, está pautado na evolução da mentalidade da sociedade, conforme já foi discorrido em tópico anterior.

Esta evolução ocorreu, para alguns doutrinadores, desde o Código de Hamurabi, na qual naquela época já havia uma certa proteção (pequena) ao adquirente de algum produto ou serviço.

Apenas para citar um doutrinador, José Geraldo Brito Filomeno¹³, ensina que, “o arquiteto que viesse a construir uma casa cujas paredes se revelassem deficientes teria a obrigação de reconstruí-las ou consolidá-las às suas próprias expensas.”

O tempo foi passando, a sociedade foi evoluindo e quando chegamos no momento pós-Revolução Industrial, em que as indústrias passaram a produzir em massa os produtos e prestar os serviços, em razão do crescimento populacional das metrópoles, observou-se a necessidade do Estado efetuar uma proteção eficaz nesta relação por se mostrar totalmente desigual.

Com o surgimento da produção em massa, surgiu também os contratos de massa que foram chamados na lei 8.078 de contrato de adesão.¹⁴

¹² VIEIRA, 2006, p. 25

¹³ FILOMENO, 2012, p. 2

¹⁴ NUNES, 2011, p. 60.

A mudança da mentalidade ocorrida internacionalmente também foi ratificada em nosso país, precisamente em nossa Constituição Federal, na qual mostrou-se fundamental a defesa e proteção aos direitos do consumidor.

Especificamente no que tange ao Direito do Consumidor inserido em nossa Carta Magna, vejamos a lição do Professor Luiz Rizzato Nunes:

Quando examinamos o texto da Constituição Federal de 1988, percebemos que ela inteligentemente aprendeu com a história e também com o modelo de produção industrial que acabamos de relatar. Podemos perceber que os fundamentos da República Federativa do Brasil são de um regime capitalista, mas de um tipo bem definido em nossa Carta Magna, que diz, em seu art. 1º, que a República Federativa é formada com alguns fundamentos, dentre eles a cidadania, a dignidade da pessoa humana e, como trata o inciso IV, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.¹⁵

Ou seja, com todo contexto histórico já demonstrado neste trabalho, com as transições ocorridas durante o tempo, da mentalidade e da evolução da sociedade, principalmente no momento pós-2ª Guerra Mundial, resta transparente que nossa Constituição abarcou a mentalidade global de proteção aos novos direitos, mesmo que de um modo atrasado, trazendo a proteção expressa desses direitos apenas no ano de 1988.

Nas palavras de Rizzato Nunes:

A Lei n. 8.078/90 tinha de vir, pois já estava atrasada. O Código Civil de 1916, bem como as demais normas do regime privatista, não dava mais conta de lidar com as situações tipicamente de massa.¹⁶

Nossa Constituição trouxe em corpo 4 (quatro) citações ao direito do consumidor, artigo 5º, inciso XXXII, 150, 170 e 48 da ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

O artigo 5º é uma norma programática que determina que o Estado promova a defesa do consumidor. O artigo 150 da Constituição Federal versa acerca das limitações ao poder de tributar dos entes da Federação, estabelecendo que os consumidores sejam devidamente esclarecidos com relação aos impostos que incidem nos produtos e serviços.

¹⁵ NUNES, 2011, p. 62

¹⁶ NUNES, *op. cit.*, p. 154

No ensinamento de José Geraldo Brito Filomeno¹⁷, “ao que se saiba, até o presente momento apenas as empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos essenciais (fornecimento de energia elétrica, gás, telefonia, por exemplo) é que têm dado cumprimento a essa exigência constitucional”.

O artigo 170 da Constituição Federal trata sobre a ordem financeira e tributária, garantindo que seja observado a defesa o consumidor como princípio para se alcançar a justiça social. Por fim, temos o artigo 48¹⁸ da ADCT que determinou que o Congresso Nacional, no prazo de 120 dias, após a promulgação da Constituição, elaborasse o Código de Defesa do Consumidor.

Assim, após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil no ano de 1988, trazendo expressamente no artigo 5º, inciso XXXII¹⁹, que o Estado deveria promover a proteção ao direito do consumidor, no dia 11 de março de 1991, passou a entrar em vigor a Lei Consumerista.

¹⁷ FILOMENO, 2012, p. 7.

¹⁸ “Art. 48 - O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.”

¹⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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

3 REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Inicialmente, necessário expor acerca da mentalidade, da concepção e do motivo do direito à saúde ter se tornado um direito fundamental, conseqüentemente ter sido garantido em nossa Constituição Federal de 1988.

José Luiz Toro da Silva²⁰ ensina que:

A idéia do direito à saúde nasce no Estado do Bem – Estar Social. No Estado liberal não existia qualquer preocupação com as questões sociais, haja vista que se acreditava que o mercado, através de sua mão invisível, resolveria todos os problemas, até mesmo os relacionados ao acesso da população aos serviços de saúde. Importante lembrar que o Direito Constitucional surgiu com o estabelecimento de um sentido negativo, ou seja, ele foi fruto da preocupação com a limitação do poder do soberano e o estabelecimento de direitos políticos. Todavia, inexistia naquele época qualquer preocupação de ordem social.

Assim, diante desta concepção, e da observância de todos esses problemas e obstáculos, o Estado se deparou com a necessidade de impor uma ordem social pautado no direito à saúde, direitos de terceira dimensão pautados na ideia da coletividade, ou seja, um direito que visasse a coletividade e não somente a um indivíduo.

3.1 DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Diante a mudança paradigmática de pensamento de proteção à coletividade, de solidariedade, de proteção a direitos difusos, ou seja, proteção aqueles direitos que atingiriam pessoa indeterminadas, porém, atingiram a toda a sociedade, nosso legislativo, acompanhando a atualidade, se viu na necessidade de incluir, como direito fundamental, na Constituição Federal de 1988 o direito à saúde.

Necessário ressaltar novamente que, diante da observância do Estado da incapacidade de suportar toda a garantia à saúde através do Sistema Único de Saúde – SUS, o Estado também previu que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada²¹.

²⁰ SILVA, 2005, p. 19

²¹ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

Isto quer dizer que, a obrigação de garantir à saúde de toda a população é do Estado, porém, é livre que a iniciativa privada atue também na garantia à saúde, conjuntamente com o SUS, para que todos tenham acesso à saúde, haja vista ser um direito fundamental previsto expressamente na CF/88.

Maria Stella Gregori²² ensina que:

A Constituição de 1988 autorizou expressamente a atuação da iniciativa privada na prestação de serviços de atenção à saúde, pelo que a oferta de serviços de assistência à saúde, no Brasil, deriva de uma combinação de dois sistemas. De um lado está o público, como já se disse, de acesso universal e gratuito e com a hegemonia na prestação dos serviços; e, de outro, está o sistema privado, de caráter supletivo.

Na lição de José Luiz Toro da Silva²³:

O art. 199 da Constituição Federal assevera que a “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”. Esta atuação poderá se dar de forma complementar ao Sistema Único de Saúde – SUS, segundo diretrizes desse, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos, ou então a iniciativa privada poderá atuar diretamente, sem vinculação ao SUS. Além das formas tradicionais de participação neste segmento (consultórios, laboratórios, clínicas, hospitais), pode também a iniciativa privada atuar no setor de planos ou seguros privados de assistência à saúde.

Juliana Pupo²⁴ leciona que:

Pois bem. A proteção da saúde do consumidor foi elevada à condição de direito fundamental do homem pela Constituição Federal brasileira de 1988 (CF). Assim, como direitos fundamentais que integram a dignidade da pessoa humana na CF, tem-se o direito à saúde (art. 6, da CF) e o direito à vida (art. 5, caput, da CF) e, na lição de Geraldo de Farias Martins da Costa²⁵, são “bens jurídicos mais essenciais da existência humana” e o “direito à integridade física e o direito à integridade psíquica são prolongamentos naturais e indissociáveis da pessoa.

Assim, a Constituição Federal previu dois sistemas para assegurar à assistência à saúde, na qual, inicialmente, há a prestação derivada de um serviço público, conveniada

§ 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

²² GREGORI, 2011, p. 35

²³ SILVA, 2005, p. 23

²⁴ PUPO, 2012, 26-27.

²⁵ COSTA, 1997, *apud* PUPO, *loc. cit.*

e contratada ao SUS. De outro lado, a assistência à saúde poderá ocorrer através de um atendimento decorrente de um sistema privado autônomo, sem qualquer vínculo com o SUS, de caráter supletivo, fiscalizado pelo Poder Público.²⁶

Por derradeiro, esta definição e diferenciação da prestação ao serviço à saúde é fundamental e torna-se suficiente para o presente trabalho pois, por meio dessa definição, poderemos expor a regulamentação advinda dessa normativa, e como será o objeto desta monografia, a regulamentação criada a partir da prestação de assistência à saúde pela iniciativa privada, qual seja, a Lei 9.656/98.

3.2 DA LEI DE PLANOS DE SAÚDE. LEI 9.656/98

Não caberá neste trabalho expor, detalhadamente, as previsões trazidas nesta Lei, e sim, apenas informar e transcorrer apenas acerca das regras gerais que esta lei estabeleceu.

A Lei 9.656/98 “dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde”. Pois bem. Após as exposições realizadas acerca da mudança paradigmática da concepção de novos direitos que deveriam ser resguardados, e diante da observância do Estado da incapacidade de fornecer, individualmente, assistência à saúde a toda a sociedade, o Estado criou regulamentações e assegurou, de alguma forma, a assistência à saúde de toda a população através da iniciativa privada.

Assim, foi elaborada a Lei 9.656/98 que tem como principais objetivos: a) assegurar aos consumidores de planos privados de assistência à saúde cobertura assistencial integral regular as condições de acesso; b) definir e controlar as condições de ingresso, operação e saída das empresas e entidades que operam no setor; c) definir e implantar mecanismos de garantias assistenciais e financeiras que assegurem a continuidade da prestação de serviços de assistência à saúde contratados pelos consumidores; d) dar transparência e garantir a integração do setor de saúde suplementar ao SUS e o ressarcimento dos gastos gerados por usuários de planos privados de assistência à saúde no sistema público; e) estabelecer mecanismo de controle da abusividade de preços e; f) definir o sistema de regulamentação, normatização e fiscalização do setor de saúde suplementar.²⁷

²⁶ GREGORI, *apud* PUPO, *op. cit.*, p. 38

²⁷ MONTONE, 2001, *apud*, SILVA, 2005, p. 46

Logo, esses são os principais objetivos da Lei que veio regulamentar as operadoras e/ou seguradoras que venham a ofertar no mercado de consumo serviços de assistência médica e/ou odontológica.

Porém, a Lei por si só não seria capaz de regulamentar, controlar e fiscalizar todas as operadoras e/ou seguradoras, pelo motivo da mesma dispor apenas de diretrizes e regras a serem seguidas e observados, devendo haver um ente ou uma regulamentação mais específica para cada situação na prestação do serviço.

Desta forma, foi editada Medida Provisória nº 2.177-44 de 2001, que deu nova redação ao §1º do artigo 1º, determinando que as pessoas jurídicas de direito privado que operem planos de assistência à saúde, serão subordinadas às normas e à fiscalização da ANS²⁸. Assim, foi criada a ANS que tem como únicos e principais objetivos, regular, controlar e fiscalizar as operadoras e/ou seguradoras que fornecem serviços de assistência à saúde.

Necessário expor pequena discussão doutrinária acerca da aplicabilidade subsidiária, ou cumulativa do CDC e lei especial de planos de saúde (9.656/98). Maria Stella Gregori, assinala que “a lei 9.656/1998, por sua vez, é lei especial que regula planos privados de assistência à saúde e expressamente menciona a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor em seu art. 35-G”.²⁹

Maria Stella Gregori cita Claudia Lima Marques ao explicitar a discussão acerca desta problemática, na qual expõe que o artigo não está dogmaticamente correto, pois determina que lei de hierarquia constitucional tenha aplicação subsidiária a norma de hierarquia infraconstitucional. Todavia, mesmo diante da controvérsia, seria perfeitamente possível a aplicação cumulativa e complementar do CDC e Lei 9.656 aos

²⁸ 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: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

(...)

§ 1º Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

(...)

²⁹ GREGORI, 2011, p. 176

contratos de planos de saúde, sendo que, da lei geral extraem-se os comandos principiológicos aplicáveis à proteção do consumidor, ao passo que a legislação específica caberá reger os planos privados de assistência à saúde.³⁰

3.3 ANS E SEU PAPEL NA REGULAMENTAÇÃO DOS PLANOS DE SAÚDE

Maria Stella Gregori³¹ expõe que a ANS foi criada o final de 1999, com o objetivo de regular e fiscalizar todo o segmento de saúde suplementar. Assim a ANS é vinculada ao Ministério da Saúde, passando, após sua criação, a assumir todas as atribuições da SAS/Desas.

Maria Stella Gregori³² continua ensinando que:

A criação da ANS foi um marco importante para o mercado de saúde suplementar, à medida que o Estado sinalizava, de um lado, que esta atividade estava submetida aos princípios constitucionais da ordem econômica, da livre iniciativa e competição, por considera-los instrumentos agregadores de eficiência a esse mercado; e, de outro, que tais atividades deveriam ser desenvolvidas de acordo com decisões e regulamentações editadas por um órgão estatal responsável por autorizar, regulamentar e fiscalizar o exercício dessas atividades, de modo a permitir que a competição se desse de forma saudável e em benefício da sociedade como um todo.

Após a exposição acerca da criação da ANS, devemos expor o que seria uma Agência Reguladora, quais são suas funções, seus poderes. Assim, na lição de José Luiz Toro da Silva³³:

As agências reguladoras exercem o seu poder normativo através de resoluções, instruções normativas, súmulas normativas e diplomas assemelhados. Têm poderes quase legislativos e quase judiciais, pois além de normatizarem e fiscalizarem as empresas e entidades que atuem no setor regulado, têm poderes punitivos bem como julgam os recursos administrativos decorrentes de seus próprios atos.

Logo, sendo a Agência Nacional de Saúde Suplementar uma agência reguladora, também possui essas características citadas, a qual, ressalta-se desde já, concentra poder que em determinados casos, infringe direitos fundamentais previstos na CF/88, bem como, viola a hierarquia das leis, em razão de resoluções ou instruções normativas se sobreporem à leis ordinárias e complementares.

Diante de tal problemática, dispõe José Luiz Toro³⁴:

³⁰ GREGORI, *loc. cit.*

³¹ GREGORI, *op. cit.*, p. 48

³² GREGORI, *loc. cit.*

³³ SILVA, *op. cit.* p. 49

Neste ponto é que reside a preocupação da maioria dos juristas, ou seja, o abuso no poder regulamentar. Lembre-se, inclusive, que aludido modelo foi transplantado do direito norte-americano, sendo que lá as agências exercem poderes quase-judiciais e quase-legislativos, pois naquele direito a separação de poderes não é tão rígida como a encontrada no direito brasileiro.

Desta forma, analisando o papel da ANS do ponto de vista legal, da Constituição Federal e a hierarquia das normas e leis, torna-se evidente que a agência possui um poder exacerbado, no que, optando por este ponto de vista, não deveria e não poderia possuir

Porém, há outro lado que deve ser retratado também acerca deste poder conferido à agência. Observa-se que as resoluções, principalmente a Resolução Normativa nº 343 de 2013, que trata do novo procedimento da Notificação de Investigação Preliminar – NIP, focam quase que unicamente a defesa dos interesses dos consumidores, dispendo, inclusive, acerca de normas idênticas às normas do Código de Defesa do Consumidor. Podemos citar como exemplo, o artigo 9º, §2º da RN 343 que praticamente é a transcrição do artigo 42, parágrafo único do CDC, que trata de devolução em dobro de valores nos casos de cobrança indevida.

José Luiz Toro da Silva expõe que, “no que concerne à ANS, verifica-se através da análise de suas resoluções que o seu foco é a defesa dos interesses dos consumidores de planos de saúde, oferecidos pelas empresas do setor”³⁵. Assim, torna-se evidente que o papel principal da ANS é a proteção ao consumidor das violações que as operadoras possam cometer na prestação do serviço à saúde.

Porém, o mesmo doutrinador acima citado faz uma crítica a este foco que a ANS possui, na qual o foco da agência deveria ser mais ampla do que realmente é. Vejamos:

Cabe aqui uma pequena crítica à declaração do Presidente da ANS, no sentido que disse que o foco da agência é a defesa do consumidor. A finalidade da agência reguladora é muito mais ampla, pois deve harmonizar os interesses dos consumidores, das operadoras e do Estado, assegurando a qualidade do serviço, protegendo o usuário e defendendo a livre concorrência, princípios garantidos pela Constituição Federal. A proteção ao consumidor irá ocorrer à medida que o mercado esteja trabalhando dentro de regras claras, com a observância desses principais.³⁶

³⁴ SILVA, 2005, p. 50.

³⁵ SILVA, 2005, p. 51.

³⁶ SILVA, *loc. cit.*, p. 52

Maria Stella Gregori faz uma ressalva acerca do papel da ANS, na qual salienta que a mesma não pode ser vista como um órgão do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, porém, não significa dizer que o consumidor não seja beneficiado de suas ações.³⁷

Desta forma, exposta as duas visões principais acerca da ANS, observa-se que a agência possui esse poder exacerbado de fiscalização, normatização e punição, com o único objetivo de proteger os interesses dos consumidores no que tange à assistência à saúde.

Porém, temos dos dois lados da relação de consumo, pessoas – sejam elas físicas ou jurídicas - que possuem direitos que devem ser resguardados. De um lado um consumidor com seu direito à assistência à saúde, e de outro, a operadora que possui seu direito de contraditório e ampla defesa, segurança jurídica, igualdade e etc.

Ocorre que, quando analisamos de forma imparcial a atuação da ANS, observamos uma relação desbalanceada, na qual vigora uma super proteção ao consumidor e diversas violações constitucionais aos direitos das operadoras de planos de saúde.

Inicialmente, no que tange à normatização, conforme já explanado neste tópico, as resoluções, instruções e portarias emitidas pela ANS, em diversos casos, contrariam e/ou se sobrepõem à leis ordinárias e/ou complementares que, na teoria da hierarquia das normas, é complementemente inadmissível e inconstitucional. Assim, na prática, as operadoras acabam se sujeitando às regulamentações da ANS, sob pena de não possuírem autorização para prestar os serviços de assistência à saúde, ou também sob pena de multa no caso de não observância ou violações às regras estabelecidas.

Com relação a fiscalização, principalmente no que se refere à Notificação de Investigação Preliminar, observamos a total ausência de imparcialidade, devido processo legal, segurança jurídica, contraditório e ampla defesa, de uma fiscalização que, caso não seja bem administrada e realizada, poderá acarretar em suspensões de planos da operadora que será divulgado nacionalmente ocasionando diversos prejuízos as operadoras.

³⁷ GREGORI, 2011, p. 83

Na fiscalização acima citada, observamos que não há um crivo no recebimento das reclamações. Ou seja, há casos em que o beneficiário já nem possui mais relação contratual e jurídica com a operadora, e mesmo diante deste cenário, precisa se manifestar e se justificar em uma reclamação totalmente indevida. Tal reclamação seria irrelevante se não fosse contabilizada no índice de reclamações da ANS para elaboração de mediana de mercado e possível suspensão dos planos. Todavia, não há este crivo, na qual a operadora fica sujeita ao recebimento dessas reclamações totalmente indevidas que são contabilizadas no índice de reclamações.

Por fim, acerca das punições, observamos uma total discrepância na fixação de multas que inclusive já foram pré-fixadas na Resolução Normativa nº 124/2006 que não observa a situação socioeconômica da operadora. Por exemplo, a operadora (seja ela com 10.000 vidas ou 1.000.000 de vidas) que deixar de garantir cobertura ao beneficiário, será multada no valor de R\$80.000,00 (oitenta mil reais). A insegurança jurídica na aplicação da multa é gritante, na qual viola frontalmente também o princípio da igualdade, que aplica o mesmo valor de multa para todas as operadoras, sejam elas de menor ou maior porte, diferenciando apenas os fatores de compatibilização de penalidade.

Por derradeiro, mesmo que a ANS tenha como principal foco a proteção dos interesses do consumidor, não pode violar os direitos, inclusive constitucionais das operadoras de planos de saúde. Tal fato ocasiona tantos problemas, debates e discussões, que encontramos no judiciário diversas ações judiciais das operadoras requerendo anulação ou revisão dos atos administrativos cometidos pela a agência.

4 CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE

Inicialmente, necessário expor, preliminarmente, os fatos que ensejaram a regulamentação dos planos de saúde, conseqüentemente, regulamentação dos contratos de planos de saúde ofertados pelas Operadoras.

Muito bem. A Lei 9.656/1998 veio regulamentar e estabelecer regras para todas empresas (Operadoras, Cooperativas e etc.) que possuam interesse em comercializar planos de saúde.

Tal fato ocorreu, em razão incapacidade do Estado em atender toda a população pelo SUS – Sistema Único de Saúde, desta forma, buscou-se mecanismos para garantir o direito à saúde e ao bem estar da sociedade, surgindo, assim, as regulamentações dos planos de saúde.

Após a regulamentação, na qual permitiu-se empresas adentrarem na prestação dos serviços de saúde, surgiram determinados contratos de planos de saúde, em que mostrou-se necessário uma regulamentação específica que previsse quais seriam esses contratos e se tais contratos estariam inseridos em planos de saúde ou seguro saúde.

Na lição de Maria Stella Gregori³⁸:

Como já se teve a oportunidade de abordar a relação contratual de consumo do segmento de assistência à saúde se forma quando se encontrar, em um dos polos, uma pessoa jurídica que oferece prestação de serviços de assistência à saúde e, no outro, se encontrar um ou mais consumidores, e o objeto dessa relação for a prestação de um serviço de assistência à saúde.

A prestação de assistência à saúde firmada entre fornecedor e consumidor se dá por meio de um contrato, denominado contrato de plano ou seguro-saúde.

Portanto, veremos no decorrer deste capítulo quais são esses contratos que surgiram com a regulamentação da assistência à saúde privada, bem como, veremos que estes contratos poderão integrar um seguro saúde, ou a um plano de saúde.

4.1 DISTINÇÃO ENTRE SEGURO SAÚDE E PLANOS DE SAÚDE

Após a breve síntese dos contratos de saúde, passemos a expor a distinção entre seguro saúde e plano de saúde, haja vista que a Lei 9.656/98 prevê as duas espécies de comercialização pelas Operadoras de Planos de saúde.

³⁸ GREGORI, 2011, p. 144

Inicialmente, necessário expor o entendimento do Mestre José Luiz Toro da Silva³⁹ acerca dos planos privados de assistência à saúde:

Plano privado de assistência à saúde é definido como sendo a “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, assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não da 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”.

Logo, diante da lição, torna-se mais claro identificar as formas de contratação dos planos de assistência médica ou odontológica em que as Operadoras poderão utilizar para prestar os serviços de proteção à saúde da sociedade.

Portanto, verificamos que a Operadora que atua como uma seguradora de plano de saúde, oferece serviços de saúde na qual o beneficiário tem uma livre escolha de médico, hospital ou clínica. As seguradoras de planos de saúde não possuem rede credenciada, na qual o serviço prestado consiste no reembolso das despesas dos beneficiários, ou seja, o mesmo escolhe livremente qual o prestador que deseja realizar os procedimentos médicos e a seguradora reembolsa o beneficiário de todas as despesas adquiridas nos tratamentos realizados.

Com a finalidade de corroborar o que foi dito, vejamos a lição do Mestre José Toro da Silva⁴⁰:

(...) o seguro saúde surgiu como plano de custeio, isto é, garantia aos seus segurados à livre escolha de médicos e hospitais, com o conseqüente reembolso das despesas efetivadas. Os seguros saúde evoluíram e, atualmente, além do sistema de reembolso, trabalham com uma lista referenciada de hospitais, médicos e laboratórios. Fundamentalmente, seguro-saúde é reembolso, quer dizer, a pessoa tem total liberdade de usar os serviços que desejar, apresentando as despesas para o reembolso, nos limites contratados.

Já as Operadoras que comercializam planos de saúde, os beneficiários contratam um serviço que consiste em uma contraprestação. Os planos de saúde são uma modalidade de pré-pagamento, de prestação, o beneficiário paga o plano para em contrapartida, em contraprestação, receber e utilizar dos serviços prestados. Outra particularidade dos planos de saúde está no fato de possuir rede credenciada própria. O

³⁹ SILVA, 2005, p. 59

⁴⁰ SILVA, 2005, p. 66.

beneficiário não possui a discricionariedade de escolher qualquer médico, hospital ou clínica disponível no mercado de consumo, e sim, deverá escolher somente os prestadores credenciados à Operadora.

Após as considerações realizadas, torna-se transparente as duas principais modalidades de comercialização dos plano de assistência à saúde, bem como as suas diferenças.

Desta forma, torna-se necessário apenas ressaltar que a lei de 9.656/98, estabeleceu que todas as operadoras devem obter autorização de funcionamento da ANS, logicamente que, sem a devida autorização da ANS, as operadoras não poderão disponibilizar ou comercializar planos ou seguros privados de assistência à saúde⁴¹.

Deve-se expor também que anteriormente a Lei 10.185/01, as seguradoras de planos de saúde eram regulamentadas pela SUSEP, na qual, após o advento da Lei acima, com a conseqüente alteração do artigo 8º da Lei 9.656/98, as seguradoras de planos de saúde também passaram a ser regidas e fiscalizadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

Na lição de José Toro da Silva⁴²:

A Lei nº 10.185, de 12 de fevereiro de 2001, determinou que as sociedades seguradoras que mantinham também a carteira de saúde, conjuntamente com outros ramos de seguro, constituíssem seguradora especializada neste seguro, ficando subordinadas às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Logo, restou transparente a diferença entre as duas modalidades de contratação de assistência à saúde privada, na qual de um lado, teremos um seguro saúde com livre escolha de profissionais, clínicas e hospitais, de outro, um plano de saúde com um rede credenciada já pré-fixada.

4.2 CONTRATOS COLETIVOS E INDIVIDUAIS FAMILIARES DE PLANOS DE SAÚDE À LUZ DA RN 195 DA ANS

Elaborada a síntese de comercialização de planos de assistência à saúde, torna-se imperioso destacar as modalidades contratuais, quais sejam, os contratos coletivos e os contratos individuais familiares.

⁴¹ SILVA, 2005, p. 68

⁴² SILVA, op. cit., 66

Os contratos individuais ou familiares, “são aqueles oferecidos para a livre adesão de beneficiários, pessoas naturais, com ou sem seu grupo familiar.”⁴³

Na lição de José Luiz Toro da Silva⁴⁴:

Aquela oferecida no mercado para a livre adesão de consumidores, pessoas físicas, com ou sem seu grupo familiar; no contrato, deverá haver cláusulas de agravo ou cobertura parcial temporária, à escolha do usuário, em caso de doenças ou lesões preexistentes, observada a Resolução Normativa nº 20, além de ser facultada a exigência do cumprimento de prazos de carência, dentro dos limites previstos em lei.

Já os contratos coletivos, são divididos em coletivos empresariais e coletivos por adesão:

Planos coletivos empresariais são aqueles oferecidos para população delimitada e vinculada a uma pessoa jurídica. O vínculo pode ser empregatício ou estatutário (cf. art. 5º, *caput*, da RN nº 195/2009). Os planos coletivos por adesão são aqueles oferecidos à população que mantenha vínculo com pessoas jurídicas de caráter classista, profissional ou setorial (como, por exemplo, associações, sindicatos, entidade de classe, caixas de assistência, cooperativas, etc.). Há, também, opção de inclusão do grupo familiar (art. 9º da RN nº 195, de 2009).⁴⁵

Assim, diante as explicações, resta evidente a diferença entre os dois contratos, de um lado um contrato individual ou familiar, na qual o consumidor pessoa física, à sua livre escolha decide pela associação à um contrato individual, e de outro, um contrato coletivo na qual, em linhas gerais, vislumbra-se a necessidade da observância de algum requisito, seja ele empregatício ou classista, por exemplo.

4.3 CONTRATOS COLETIVOS POR ADESÃO E EMPRESARIAL

Realizada as considerações necessárias acerca das modalidades de contratos de planos de saúde, bem como, realizada a breve distinção entre os contratos coletivos, passaremos a expor de forma mais aprofundada a diferença entre os contratos coletivos por adesão e os contratos coletivos empresariais.

Os contratos coletivos por adesão são aqueles previstos no artigo 9º⁴⁶ da Resolução Normativa nº 195 da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, na

⁴³ PUPO, 2012, p. 120

⁴⁴ SILVA, op. cit., p. 104

⁴⁵ PUPO, 2012, p. 104.

⁴⁶ Art 9º Plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão é aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população que mantenha vínculo ^[1] com as seguintes pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial:

qual define que o plano de saúde privado coletivo por adesão será aquele firmado com pessoa jurídica na qual as pessoas tenham vínculo de caráter profissional, classista ou setorial.

José Luiz Toro da Silva⁴⁷ leciona que:

Aquela que, embora oferecida por pessoa jurídica (empresa, associação ou sindicato) para massa delimitada de beneficiários, tem adesão espontânea e opcional de funcionários, associados ou sindicalizados, com ou sem opção de inclusão do grupo familiar ou dependentes; nos contratos com número de participantes igual ou maior que 50 (cinquenta), não poderá haver cláusula de agravo ou cobertura parcial temporária, nos casos de doenças e lesões preexistentes, e poderá ser considerada a exigência de cumprimento de prazos de carência.

Os contratos coletivos empresariais estão definidos no artigo 5^o⁴⁸ da Resolução Normativa nº 195 da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, na qual dispõe

I – conselhos profissionais e entidades de classe, nos quais seja necessário o registro para o exercício da profissão;

II – sindicatos, centrais sindicais e respectivas federações e confederações;

III – associações profissionais legalmente constituídas;

IV - cooperativas que congreguem membros de categorias ou classes de profissões regulamentadas;

V - caixas de assistência e fundações de direito privado que se enquadrem nas disposições desta resolução;

VI - entidades previstas na Lei nº 7.395, de 31 de outubro de 1985, e na Lei nº 7.398, de 4 de novembro de 1985; e

§1º Poderá ainda aderir ao plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão, desde que previsto contratualmente, o grupo familiar do beneficiário titular até o terceiro grau de parentesco consanguíneo, até o segundo grau de parentesco por afinidade, cônjuge ou companheiro.

§2º A adesão do grupo familiar a que se refere o §1º deste artigo dependerá da participação do beneficiário titular no contrato de plano de assistência à saúde.

§3º Caberá à operadora exigir e comprovar a legitimidade da pessoa jurídica contratante, na forma do **caput** e a condição de elegibilidade do beneficiário.

§4º Na forma de contratação prevista no inciso III do artigo 23, caberá tanto à Administradora de Benefícios quanto à Operadora de Plano de Assistência à Saúde comprovar a legitimidade da pessoa jurídica contratante, na forma do **caput** deste artigo, e a condição de elegibilidade do beneficiário.

⁴⁷ SILVA, 2005, p. 104.

⁴⁸ Art. 5º Plano privado de assistência à saúde coletivo empresarial é aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população delimitada e vinculada à pessoa jurídica por relação empregatícia ou estatutária.

§1º O vínculo ^[1] à pessoa jurídica contratante poderá abranger ainda, desde que previsto contratualmente:

I - os sócios da pessoa jurídica contratante;

II - os administradores da pessoa jurídica contratante;

III - os demitidos ou aposentados que tenham sido vinculados anteriormente à pessoa jurídica contratante, ressalvada a aplicação do disposto no **caput** dos artigos 30 e 31 da Lei nº 9.656, de 1998;

IV – os agentes políticos;

que este contrato será firmado com pessoa jurídica, em que as pessoas terão vínculo empregatício ou estatutário.

José Luiz Toro da Silva⁴⁹ ensina que:

Aquela que oferece cobertura à população delimitada e vinculada à pessoa jurídica, devendo este vínculo ser de natureza empregatícia, associativa ou sindical, podendo prever a inclusão dos dependentes legais da massa populacional vinculada; nesta modalidade, a adesão dos beneficiários da empresa, associação ou sindicato contratante será automática, de modo a abranger a totalidade ou a maioria absoluta de seus membros; nos contratos com número de participantes igual ou maior de 50 (cinquenta) não poderá haver cláusula de agravo ou cobertura parcial temporária, em casos de doenças e lesões preexistentes, nem será permitida a exigência de cumprimento de prazos de carência.

Desta forma, diante da leitura dos dois dispositivos e das explicações realizadas, torna-se transparente a diferença de ambos os contratos, na qual em linhas gerais, em um, a adesão será obrigatória em razão de vínculo empregatício (coletivo empresarial) e no outro, a adesão ocorrerá de forma espontânea desde que haja vínculo de caráter profissional, classista ou setorial (coletivo por adesão).

V – os trabalhadores temporários;

VI – os estagiários e menores aprendizes; e

VII - o grupo familiar até o terceiro grau de parentesco consanguíneo, até o segundo grau de parentesco por afinidade, cônjuge ou companheiro dos empregados e servidores públicos, bem como dos demais vínculos dos incisos anteriores.

§2º O ingresso do grupo familiar previsto no inciso VII do §1º deste artigo dependerá da participação do beneficiário titular no contrato de plano privado de assistência a saúde.

⁴⁹ SILVA, *loc. cit.*

5 A SAÚDE E O CDC – RESPONSABILIDADE CIVIL

Realizado o contexto histórico dos direitos fundamentais em nossa Carta Magna, principalmente, a inserção do Direito do Consumidor e o Direito à saúde, em nosso Ordenamento Jurídico, passemos a discorrer acerca da responsabilidade civil prevista no Código de Defesa do Consumidor.

Todavia, antes de passarmos para a análise da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor, devemos discorrer acerca do conceito de responsabilidade civil.

Maria Helena Diniz⁵⁰ conceitua a responsabilidade civil da seguinte forma:

O vocábulo “responsabilidade” é oriundo do verbo latino *respondere*, designando o fato de ter alguém se constituído garantidor de algo. Tal termo contém portanto, a raiz latina *spondeo*, fórmula pela qual se vinculava, no direito romano, o devedor nos contratos verbais. Deveras, na era romana a *stipulatio* requeria o pronunciamento das palavras *dare mihi spondes? Spondeo*, para estabelecer uma obrigação a quem assim respondia. Todavia, a afirmação – de que o responsável será aquele que responde e que responsabilidade é a obrigação do responsável, ou melhor, o resultado da ação pela qual a pessoa age ante esse dever – será insuficiente para solucionar o problema e para conceituar a responsabilidade. Se ele agir de conformidade com a norma ou com seu dever, seria supérfluo indagar da sua responsabilidade, pois ele continuará responsável pelo procedimento, mas não terá nenhuma obrigação traduzida em reparação de dano, como substitutivo do dever de obrigação prévia, por a cumprir, de modo que o que nos interessa, ao nos referirmos à responsabilidade, é a circunstância da infração da norma ou obrigação do agente. A responsabilidade serviria, portanto, para traduzir a posição daquele que não executou o seu dever.

Vejamos o conceito utilizado por Juliana Pupo, em sua Dissertação de Mestrado:

O conceito de responsabilidade civil teve origem no Direito Romano. Inicialmente de forma primitiva apenas com a ideia de “vingança” privada, mediante a qual alguém respondia a outrem da mesma forma a qualquer dano físico ou patrimonial sofrido. Era a reação selvagem, espontânea e natural do homem contrato o agressor, sem se verificar culpa ou intenção daquele que agrediu ou causou dano.⁵¹

Na definição de José Geraldo Brito Filomeno, “entende-se por responsabilidade civil a circunstância de alguém ser compelido a ressarcir algum prejuízo causado a outrem pela prática de um ato ilícito, quer por dolo, quer por culpa.”⁵²

⁵⁰ DINIZ, 2009, p. 33

⁵¹ LIMA, 1960, *apud* PUPO, 2012, p. 63.

⁵² FILOMENO, 2012, p. 199.

A responsabilidade civil é aquela obrigação que um indivíduo “adquire” quando causa dano a outrem. Ou seja, quando um indivíduo age de forma comissiva ou omissiva, de forma dolosa ou culposa, causando danos a outro indivíduo, aquele tornasse responsável pela conduta praticada, devendo reparar o dano cometido.

A reparação, na grande maioria das vezes ocorre por meio de pagamento de indenização, geralmente de cunho pecuniário. O dano nem sempre será apenas à integridade física do indivíduo, podendo ser também um dano à sua honra, à sua dignidade, ou até aos bens que ele possua.

Por fim, na análise do conceito de responsabilidade civil, Maria Helena Diniz conclui:

Com base nessas considerações poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal. Definição esta que guarda, em sua estrutura, a ideia da culpa quando se cogita da existência de ilícito (responsabilidade subjetiva), e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva).⁵³

Para se caracterizar a responsabilidade civil de um indivíduo, necessário se faz a verificação de três requisitos: a) dano; b) nexa causal e; c) culpa.

O dano, conforme já relatado brevemente acima, é aquele dano não só à integridade física do ser humano, podendo ser também o dano à sua dignidade, honra, costumes e etc.

O nexa causal é a ligação que se faz entre o dano e o agente causador. Ou seja, somente poderá se atribuir a responsabilidade civil à um indivíduo se houver uma ligação entre a conduta praticada por ele (através de uma ação ou omissão) e o dano sofrido por outro indivíduo.

Por fim, o último requisito para se auferir a responsabilidade é a culpa. A culpa nada mais é do que a verificação subjetiva da conduta praticada pelo indivíduo causador do dano. Se restar caracterizada a culpa do agente, mesmo que por imperícia, imprudência ou negligência, o mesmo terá responsabilidade civil na conduta praticada.

⁵³ DINIZ, 2009, p. 34

Necessário ressaltar que estes requisitos fazem parte da responsabilidade subjetiva, e como veremos no decorrer deste tópico, a responsabilidade civil divide-se em duas modalidades: a) responsabilidade civil subjetiva e; b) responsabilidade civil objetiva.

Juliana Pupo discorre em seu trabalho acerca da divisão da responsabilidade civil no Código Civil:

A CF prevê o direito à indenização por dano material, moral ou à imagem (artigo 5º, inciso V). O legislador infraconstitucional brasileiro adotou, no Código Civil de 2002, as duas formas de responsabilidade civil para garantir a reparação dos danos: a subjetiva e a objetiva (conforme caput do artigo 927 e parágrafo único). Prevê o dispositivo legal que, aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Como consequência para aquele que comete ato ilícito está o dever de reparar o dano.⁵⁴

A distinção entre as duas responsabilidades está apenas na aferição de culpa. Enquanto que na responsabilidade subjetiva necessário a observância da culpa, na responsabilidade objetiva, não se faz necessário essa verificação. Ou seja, para se aferir responsabilidade civil objetiva a alguém, basta que seja verificada o dano e nexos causal existente entre a conduta praticada e o dano.

Necessário discorrer também acerca da responsabilidade contratual e extracontratual. O conceito que foi primeiramente exposto, refere-se à responsabilidade extracontratual, ou seja, é a lesão ao direito subjetivo do indivíduo, na qual o causador do dano tem o dever de reparar a vítima. Neste caso, resta transparente que não há nenhuma relação contratual preexistente entre ofensor e ofendido, caracterizando-se, assim, a responsabilidade civil extracontratual.

Assim, “quando nos referimos ao dano patrimonial indireto, podemos fazer menção à tutela do interesse moral sobre os bens que constituem a vida (CC, artigo 948) e a integridade corporal (CC, arts 949 e 950).”⁵⁵

A responsabilidade contratual, é aquela onde exista “um vínculo obrigacional preexistente, uma relação contratual, cujo inadimplemento gera o dever de indenizar.”⁵⁶

Ou seja, em linhas gerais, a distinção entre os dois conceitos está em sua origem. Se o dano decorrer de uma relação contratual, obrigacional preexistente, estaremos

⁵⁴ PUPO, 2012, p. 67

⁵⁵ DINIZ, 2009, p. 139

⁵⁶ PUPO, *op. cit.*, p. 69

diante da responsabilidade contratual. Agora, se o dano decorrer de uma lei ou de uma ordem jurídica, estaremos diante de uma responsabilidade extracontratual.

O exposto até o momento, foram os conceitos gerais da responsabilidade civil. Porém, não será objeto desta monografia, explicitar detalhadamente os conceitos doutrinários e legais da responsabilidade civil. O objeto aqui, é expor a responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor.

Assim, após breves comentários acerca da responsabilidade civil, quando analisamos os dispositivos, as normas e as regras constantes no Código de Defesa do Consumidor, torna-se claro que a responsabilidade civil que o legislador buscou impor, é a responsabilidade civil contratual ou extracontratual objetiva.

Esta responsabilidade é a regra, e assim como toda regra, há exceção. O Código de Defesa do Consumidor previu algumas exceções à responsabilidade objetiva, como por exemplo, a responsabilidade subjetiva do profissional liberal⁵⁷, na qual necessária se faz a apuração de culpa daquele profissional na ocorrência do dano.

Torna-se, porém, imprescindível tecer algumas considerações acerca do fundamento desta responsabilidade objetiva ser ponto central e regra no Código de Defesa do Consumidor.

Em consonância com o contexto histórico já exposto, acerca da evolução da sociedade, evolução no mercado de consumo, avanço das tecnologias, globalização e etc., o direito precisava e precisa avançar e acompanhar os acontecimentos para que não fique defasado.

Pois bem. Após o pós-modernismo, restou demonstrado que a responsabilidade subjetiva não era mais suficiente para o ordenamento jurídico, tampouco, correspondia as necessidades da sociedade em relação ao mercado de consumo massificado e as tantas formas de danos ocorridos pela sociedade contemporânea⁵⁸.

São dois os principais fundamentos que embasam a responsabilidade civil objetiva, quais são: a) teoria do risco e; b) culpa presumida.

⁵⁷ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (...) § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

⁵⁸ PUPPO, 2012, p. 76

Na primeira, nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves⁵⁹:

Toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa.

Na segunda, há a lição de Rui Stoco⁶⁰:

Dentro da teoria clássica da culpa, a vítima tem de se demonstrar a existência dos elementos fundamentais de sua pretensão, sobressaindo o comportamento culposo do demandado. Ao se encaminhar para a especialização da culpa presumida, ocorre uma inversão do ônus probandi. Em certas circunstâncias, presume-se o comportamento culposo do causador do dano, cabendo-lhe demonstrar a ausência de culpa, para se eximir do dever de indenizar.

A partir desses fundamentos basilares da responsabilidade civil objetiva, torna-se de fácil visualização a presença desses fundamentos no conceito de consumidor e fornecedor elaborado pelo legislador.

5.1 CONCEITO DE CONSUMIDOR

Quando se fala em consumidor, não iremos identificar apenas um conceito no CDC. O legislador adotou uma postura bastante positiva no sentido de apresentar quatro conceitos legais no referido código.

Estes conceitos são apresentados no primeiro momento como uma referência do legislador em estabelecer aqueles que apenas poderiam ser considerados consumidores. Não iremos ver uma preocupação do legislador no sentido contrário, ou seja, expor quem não poderá figurar no polo ativo da relação.

Isto significa, que a legislação consumerista tem o mérito de aumentar o alcance do próprio código. O objetivo é elastecer o alcance, pois o CDC apresenta quatro conceitos diferentes com a finalidade de albergar a um número maior de pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, como veremos adiante.

O primeiro conceito está previsto no artigo 2º, *caput* do CDC, que permite que pessoas jurídicas ou físicas possam ser consideradas consumidoras, desde que sejam destinatárias finais dos bens ou serviços adquiridos. No entanto, há casos em que essas pessoas de alguma forma não serão consideradas destinatárias finais desses bens ou serviços, mas irão adquiri-los, ou, também, vamos ver casos em que essas pessoas não vão participar de nenhuma relação de consumo, mas poderão ser consideradas

⁵⁹ GONÇALVES, 1995, p. 18-19

⁶⁰ STOCO, 2000, p. 108

consumidoras, em razão dos bens ou serviços, ou alguma prática abusiva decorrente daquelas relações.

Discorreremos brevemente acerca das teorias doutrinárias existentes acerca do conceito de consumidor destinatário final.

A discussão é travada, em razão de no polo ativo das relações de consumo, estarem pessoas físicas ou jurídicas, que consomem determinados bens ou serviços, não para uso próprio, mas sim para o uso no seu negócio ou no uso da sua empresa.

Essa discussão, está no fato de que, o consumidor destinatário final do produto ou serviço é somente aquele que usa o bem para consumo próprio ou de sua família. Ora, o empresário individual ou a sociedade empresária não consomem bens e serviços com esta finalidade.

Assim, na lição de José Filomeno, consumidor destinatário final é aquele “que adquire o bem para utilizá-lo em proveito próprio, satisfazendo a uma necessidade pessoal (...)”⁶¹

Com isso, surge a indagação se os empresários poderiam ser considerados consumidores em razão de sua atividade. Nas palavras de Paulo Khouri⁶²:

(...) o comerciante não pode ser considerado consumidor, já que ele adquire o produto para a sua revenda, sendo, portanto, um intermediário, e não um destinatário final; destinatário este que vai ser justamente a pessoa a quem ele vai revender o bem.

Contudo, nem sempre o empresário adquire o bem para revenda, há casos em que ele irá adquirir o bem para uso da empresa ou estabelecimento comercial, como por exemplo, quando ele compra um sofá para acomodar os clientes na sala de espera. Nesse caso hipotético, se o sofá viesse com algum defeito de fábrica, o empresário individual ou a sociedade empresária não poderiam se utilizar da tutela consumerista?

A partir dessa indagação, surgiram três teorias sobre o empresário ser considerado ou não consumidor destinatário final. Podemos vislumbrá-las em uma pirâmide para explicar a amplitude delas, ou seja, a teoria presente no topo é aquela que mais restringe a interpretação do consumidor destinatário final, enquanto a que está na base é a que mais elastece essa interpretação.

⁶¹ FILOMENO, 2012, p. 24

⁶² KHOURI, 2005, p. 43

A primeira é a teoria finalista. Ela é a predominante na doutrina e na jurisprudência, inclusive é essa teoria que o Superior Tribunal de Justiça adota.

Para os defensores dessa interpretação, o empresário não poderia de forma alguma ser considerado consumidor, pelo fato de que, nunca iria adquirir bens de consumo, pois a rigor, estes bens seriam utilizados no seu processo produtivo, assim, o valor deste bem será incorporado em seu produto final, repassado conseqüentemente ao consumidor. Nas palavras de José Filomeno⁶³:

Consumidor seria apenas aquele que adquire o bem para utilizá-lo em proveito próprio, satisfazendo a uma necessidade pessoal e não para revenda ou então para acrescentá-la à cadeia produtiva

Para Claudia Lima Marques⁶⁴, a interpretação do consumidor a partir dessa teoria, deve ser a mais restrita possível, em razão de se caracterizar como consumidor aquele que adquire um produto para uso próprio e de sua família. Para a doutrinadora, consumidor seria o não profissional.

Essa interpretação a partir do entendimento de Claudia Lima Marques é de um finalista extremo que não admite sob nenhuma hipótese que um empresário seja considerado consumidor.

Outra teoria, é a finalista mitigada, uma inovação jurisprudencial. Diante das variadas situações existentes no mercado de consumo, o STJ, desde 2003, vem aprofundando ou mitigando a teoria finalista. Sobre essa inovação, vemos a lição de Claudia Lima Marques⁶⁵:

(...) desde a entrada em vigor do CC/2002, parece-me crescer uma tendência nova entre a jurisprudência, concentrada na noção de consumidor final imediato (*Endverbraucher*) e de vulnerabilidade (art. 4º, I), que poderíamos denominar finalismo aprofundado.

Essa nova tendência, é em razão, como já foi exposto, de certos casos no mercado de consumo precisarem ser protegidos pelas normas do CDC, vejamos um exemplo:

Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de *expertise* ou com uma utilização mista, principalmente na área de serviços; provada a vulnerabilidade, concluiu-se pela destinação final de consumo prevalente.⁶⁶

⁶³ FILOMENO, 2012, p. 24

⁶⁴ MARQUES, 2006, p. 84

⁶⁵ MARQUES, *op. cit.*, p. 85

⁶⁶ MARQUES, loc. cit.

Assim, essa tendência jurisprudencial também vem encontrando força na doutrina. Para Paulo Khouri⁶⁷, se o empresário não demonstrar a vulnerabilidade, não poderá ser acionada ao seu favor a proteção da lei consumerista.

Observamos, portanto, que a interpretação do conceito de consumidor destinatário final, a partir desta teoria, difere da interpretação da teoria finalista. Na finalista, se o bem ou o serviço fosse inserido na atividade econômica direta ou indiretamente o empresário não poderia ser considerado consumidor.

Já na teoria finalista mitigada, não é essa a interpretação. Para que o empresário seja considerado consumidor, ele deverá demonstrar a sua vulnerabilidade, seja ela econômica, técnica, jurídica e etc.

A última teoria acerca do conceito de consumidor destinatário final, é a teoria maximalista. Para os defensores desta corrente, a ideia proposta pelos finalistas é completamente equivocada, pelo fato de entenderem que quando se impõe ao empresário a possibilidade de apenas adquirir bens de produção e não de consumo, estaríamos limitando a ideia de consumidor à ideia de destinatário privado e não de destinatário final.

Assim, essa teoria é o oposto da teoria finalista. Enquanto que a finalista restringe a interpretação do artigo 2º, caput, do CDC⁶⁸, a maximalista é a interpretação literal do referido artigo.

Assim, para os defensores dessa corrente, basta que a pessoa retire o bem do mercado de consumo e seja destinatária final dele para ser considerada consumidora. Como bem salienta Paulo Khouri:

Os maximalistas entendem que consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire bens. Não importa que seja economicamente forte ou não, se adquiriu um produto ou serviço para utilizá-lo em sua atividade ou cadeia produtiva. Ou seja, para essa corrente é desinfluyente o elemento teleológico ou a finalidade desse “consumo”. Na verdade, os maximalistas fazem uma interpretação literal do art. 2º do CDC, uma vez que, se o legislador não excepcionou a pessoa jurídica como consumidora, não caberia ao intérprete da lei excepcioná-la.

⁶⁷ KHOURI, 2005, p. 47

⁶⁸ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Na lição de Claudia Lima Marques⁶⁹, os maximalistas veem nas normas do CDC um novo regulamento para o mercado de consumo, e não somente, normas que visem a proteção do consumidor não profissional. Acrescenta, portanto, que a interpretação do artigo 2º, através dessa teoria, deve ser a mais extensa possível, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado de consumo.

Desta forma, essas são as teorias acerca do conceito de consumidor destinatário final. Os demais conceitos, previstos no parágrafo único, artigo 2º, 17 e 29, tratam de consumidor por equiparação, na qual veremos a seguir.

O conceito de consumidor do parágrafo único do artigo 2º⁷⁰ é uma hipótese de consumidor equiparado. A importância desse dispositivo é o seu caráter genérico, enquanto que, nas outras hipóteses de consumidor equiparado o conceito que será dado a cada um servirá somente para determinados casos, o conceito do § único do artigo 2º poderá ser aplicado a todos os capítulos e seções do CDC.

Além de ser um coringa, este dispositivo permite que sejam interpostas ações coletivas na proteção do consumidor. No entanto, somente a partir da leitura desse dispositivo, podemos identificar quais os interesses que poderão ser tutelados por ele.

Quando falamos em direito do consumidor e naturalmente da proteção metaindividual dos consumidores, vamos poder identificar quatro espécies de interesses tutelados pelo direito do consumidor. São os interesses individuais subjetivos (que são aqueles individuais), os interesses individuais homogêneos, os interesses coletivos em sentido estrito e os interesses difusos, todos previstos no artigo 81⁷¹ do CDC.

⁶⁹ MARQUES, 2006, p. 84.

⁷⁰ Art. 2º (...)

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, **ainda que indetermináveis, que haja intervindo** nas relações de consumo. (grifo nosso)

⁷¹ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

O § único do artigo 2º estabelece que, para se equiparar a consumidor, a coletividade de pessoas, mesmo que indetermináveis, precisam estar intervindo nas relações de consumo. Assim, podemos dizer que, somente os interesses individuais homogêneos e os interesses coletivos em sentido estrito estão tutelados por este dispositivo, pois são os únicos interesses coletivos que participam da relação de consumo.

Na lição de José Filomeno⁷²:

O parágrafo único do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor trata não mais daquele determinado e individualmente considerado consumidor, mas de uma *coletividade de consumidores*, sobretudo quando *indeterminados*, que tenham intervindo em uma relação de consumo

Paulo Khouri quando trata do consumidor por equiparação previsto no parágrafo único do artigo 2º acrescenta que:

Aqui, então, o CDC não está tratando do consumidor em potencial, conforme faz no art. 29, (...) mas do consumidor *stricto sensu* ou *standard* do caput do art. 2º, aquele que já adquiriu ou utilizou produtos ou serviços como destinatário final.⁷³

Assim, exemplo clássico em que será usado o disposto no parágrafo único do artigo 2º, é aquele em que, moradores insatisfeitos com a qualidade da água fornecida pela concessionária do serviço, pleiteiam judicialmente mediante sua associação civil a melhoria do serviço valendo-se da tutela consumerista.

O artigo 17⁷⁴ do CDC traz o conceito do consumidor *bystander*, que é a vítima do evento, aquele que não tem relação jurídica com o fornecedor, mas sofre danos devido ao mal funcionamento do produto ou serviço

De acordo com Paulo Khouri⁷⁵, no artigo 17, o legislador deixa muito claro a sua intenção de levar a proteção do consumidor às pessoas que estão fora da relação contratual de consumo. Esse artigo reforça o direito fundamental de defesa do consumidor que tem como principal objetivo a proteção dos direitos metaindividuais.

Assim, todos aqueles que sofreram danos morais e patrimoniais que abalaram o seu bem estar, pelo mal funcionamento do produto ou serviço, serão equiparados ao

⁷² FILOMENO, 2012, p. 33

⁷³ KHOURI, 2005, p. 50

⁷⁴ Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento

⁷⁵ KHOURI, *op. cit.*, p. 54

consumidor destinatário final, na qual, terão os mesmo direitos como se fossem destinatários finais.

Desta forma, como eles são equiparados a consumidores destinatários finais, além do encargo sofrido por esses terceiros, deverá ter havido danos para os consumidores reais, os que participaram da relação de consumo.

O artigo 29 é o conceito de consumidor exposto, pois este irá abarcar as práticas comerciais abusivas. É um conceito coletivo de consumidor, mas que não exclui a tutela individual, pois o legislador ao falar em coletividade exposta as práticas abusivas, está incluindo o interesse difuso (relação meramente factual), está incluindo o interesse coletivo em sentido estrito (posso ter grupo atingindo pela prática abusiva em particular), posso ter uma individualidade comum (individual homogêneo) e posso ter uma individualidade meramente subjetiva.

Paulo Khouri também relata sobre esses interesses, quando diz que, “o simples fato de poder vir a contratar, estando exposto a uma prática abusiva, é suficiente para merecer proteção até mesmo por meio das chamadas ações coletivas, de que trata o art. 81 do CDC”⁷⁶

No entanto, diferente do parágrafo único do artigo 2º, que como dissemos, é um coringa, o artigo 29 só é referente a dois capítulos do CDC:

O capítulo V, onde se localiza o citado dispositivo, cuida basicamente de proteger o consumidor na fase pré-contratual, pois trata da oferta e da publicidade. Aqui, ele ainda não contratou; apenas está, de alguma forma, exposto a eventuais práticas abusivas, que o CDC coíbe. Já o capítulo VI dirige a sua proteção para o consumidor que já contratou, adquirindo bens e serviços.⁷⁷

Assim, “este dispositivo é também uma porta de entrada para a proteção contratual à pessoa jurídica, que não se qualifica como consumidora *strictu sensu*. Por esta equiparação, o CDC poderia ser perfeitamente aplicável ao contrato celebrado entre dois comerciantes”⁷⁸

Portanto, esses são os conceitos de consumidor previstos no código de defesa do consumidor, na qual, resta evidente que qualquer que seja a situação, o empresário, seja ele pessoa física ou jurídica poderá ser considerada consumidora. Tal explanação torna-

⁷⁶ KHOURI, 2005, p. 50

⁷⁷ KHOURI, *loc. cit.*

⁷⁸ KHOURI, *op. cit.*, 53

se necessária para que possamos identificar os empresários contratantes de planos de saúde como consumidores e aplicação das normas consumeristas na relação entre fornecedora operadora de plano de saúde e consumidor empresário pessoa física ou jurídica.

5.2 CONCEITO DE FORNECEDOR

Após discorrermos acerca dos fundamentos basilares da responsabilidade civil objetiva e do conceito de consumidor, torna-se evidente o motivo desta responsabilidade ter sido adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, quando nos deparamos com o conceito doutrinário e legal de Fornecedor.

O conceito de fornecedor está presente no artigo 3º⁷⁹ do referido código, que dispõe acerca de quais pessoas (sejam elas físicas ou jurídicas) podem ser caracterizadas como fornecedor de produtos ou serviços.

No supracitado artigo, há um rol exemplificativo de agentes econômicos direta ou indiretamente responsáveis pela colocação dos bens de consumo no mercado. Temos, assim, uma referência muito transparente do conceito de fornecedor. Todos os agentes inseridos na cadeia de produção poderão vir ser considerados fornecedores.

Professor Luiz Rizzato Nunes, afirma que além das pessoas físicas e jurídicas poderem ser caracterizadas como fornecedores, os entes desprovidos de personalidade, também podem, a partir do que dispõe o artigo 3º, se enquadrar no conceito de fornecedor de produtos ou serviços⁸⁰.

Continuando no ensinamento de Luiz Rizzato Nunes⁸¹:

Não há exclusão alguma do tipo de pessoa jurídica, já que o CDC é genérico e busca atingir todo e qualquer modelo. São fornecedores as pessoas jurídicas públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, com sede ou não no País, as sociedades anônimas, as por quotas de responsabilidade limitada, as sociedades civis, com ou sem fins lucrativos, as fundações, as sociedades de economia mista, as

⁷⁹ Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

⁸⁰ NUNES, 2011, p.175

⁸¹ NUNES, *loc. cit.*

empresas públicas, as autarquias, os órgãos da Administração direta etc.

Este é o conceito de fornecedor que o Código de Defesa de Consumidor nos remete, ou seja, um conceito geral e genérico de fornecedor, abarcando e enquadrando todos essas pessoas em fornecedor, tornando-as responsáveis objetivas por qualquer fornecimento de produtos ou serviços no mercado de consumo.

José Geraldo Brito Filomeno define ainda como fornecedor aquele, “(...) que são compreendidos todos quantos propiciem a oferta de bens e serviços no mercado de consumo (...)”⁸². Ou seja, todos aquelas pessoas que ofertarem bens ou serviços no mercado de consumo, serão consideradas fornecedores.

Portanto, no tema ora abordado as operadoras de planos de saúde são consideradas fornecedoras de produtos ou serviços.

5.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FORNECEDORES DE PRODUTOS E SERVIÇOS

Realizada a conceituação de fornecedor, passaremos a discorrer neste tópico a responsabilidade que esses fornecedores – sejam eles pessoas físicas, jurídicas ou entes despersonalizados – possuem no mercado de consumo e perante os consumidores.

O Código de Defesa do Consumidor deu nova roupagem ao instituto da responsabilidade civil, objetivando concretude para toda a tutela material e até mesmo processual previstas no capítulo de direitos básicos. O referido código, neste particular, transforma a responsabilidade civil a partir de duas premissas fundamentais, a primeira delas seria a adoção da Teoria do Risco Objetivo, que na definição de Luiz Rizzato Nunes, “trata-se da teoria do risco do negócio, que, uma vez estudada, justifica, sem qualquer sombra de dúvida, a opção legislativa”⁸³, enquanto que a outra seria a Solidariedade Passiva.

A Teoria do Risco Objetivo versa sobre a desconstituição da culpa para efeito de responsabilidade, ou seja, o elemento subjetivo, que é a culpa, se torna irrelevante para a apuração da conduta do fornecedor para culminação de obrigação e para o arbitramento de indenizações por danos, sejam eles patrimoniais ou morais.

⁸² FILOMENO, 2012, p. 42.

⁸³ NUNES, 2011, p. 237.

A culpa não é considerada para efeito de vinculação do dever jurídico, ou seja, não interessa se fornecedor agiu intencionalmente (com dolo), não interessa se houve imperícia ou uma negligência, esses aspectos não excluem o dever objetivo de se colocar um produto ou serviço adequado às expectativas do consumidor, um produto ou serviço seguro ao ponto de não expor ao risco sua saúde, sua vida e a sua segurança.

Para José Geraldo Brito Filomeno, “(...) para o consumidor seria extremamente penoso demonstrar essa circunstância, mesmo porque ele é a parte vulnerável nas relações de consumo, tendo o Código de Defesa do Consumidor, optado pela responsabilidade objetiva.”⁸⁴

O Código de Defesa do Consumidor ao optar pelo Risco Objetivo favorece a rápida instrumentalização desses direitos básicos, pois assim se simplifica o enquadramento legal do dano e da conduta do fornecedor, evitam-se discussões paralelas cuja prova a rigor seria de difícil produção. Logo, no CDC basta a identificação de três aspectos: a) conduta do fornecedor; b) dano e; c) nexos de causalidade.

Conforme já foi dito na introdução a este capítulo, a conduta pode ser uma conduta comissiva, quando o fornecedor coloca um produto no mercado e consumo e este produto causa um dano à saúde do consumidor. Ou a conduta pode ser omissiva, quando o fornecedor não informa sobre os riscos relativos a aquisição daquele bem e o consumidor, sem a informação essencial, faz uso equivocado daquele bem.

Assim, temos a conduta do fornecedor analisada sob uma perspectiva objetiva, pois não adentraremos em discussões, especulações concernentes a intenção e a circunstância técnica ou negligência ou imprudência. “Vê-se, só por isso, que, se o consumidor tivesse de demonstrar a culpa do produtor, não conseguiria. E, na sistemática anterior do Código Civil (art. 159), o consumidor tinha poucas chances de se ressarcir dos prejuízos causados pelo produto ou serviço.”⁸⁵

Isso significa dizer que o Código de Defesa do Consumidor vai garantir uma rápida e imediata reparação do dano na medida em que a vinculação do fornecedor se tornar uma vinculação direta, uma vinculação em que a própria presunção de veracidade

⁸⁴ FILOMENO, 2012, p. 199.

⁸⁵ NUNES, 2011, p. 243.

do consumidor quando alegar ser vítima de um produto viciado ou de um serviço defeituoso, ela, por si só, terá o condão de indicar estes elementos objetivos.

Além da Teoria do Risco Objetivo, o Código de Defesa do Consumidor pauta-se na ideia de uma responsabilidade solidária entre os agentes econômicos do mercado, ou seja, todos que contribuíram de forma direta, de forma indireta ou de forma oblíqua para a colocação do produto no mercado de consumo respondem como coobrigados, não havendo benefício de ordem em relação ao consumidor sendo o direito de escolha dele – podendo escolher um, dois, ou todos os agentes econômicos envolvidos na cadeia – não haverá a possibilidade do fornecedor demandado suscitar uma denúncia a lide (com exceção prevista no artigo 101, inciso II do CDC⁸⁶) ou querer se escusar da responsabilidade apontando um suposto responsável pelo dano.

O Código de Defesa do Consumidor simplifica a instrumentalização do direito básico da saúde, da vida, do resguardo ao patrimônio e etc. Desta forma, temos dois pilares fundamentais na responsabilidade civil objetiva dos fornecedores de produtos ou serviços.

Necessário ressaltar, porém, as exceções que já foram citadas acerca dessa responsabilidade civil objetiva. Vamos observar exceção a responsabilidade civil objetiva quando o legislador no §4º do artigo 14 impor a necessidade de aferição de culpa aos profissionais liberais. Vamos ver também, no âmbito da solidariedade passiva, que no artigo 12 o legislador retira o comerciante da cadeia quando se tratar de produtos defeituosos que gerem risco decorrente à insegurança do produto e riscos à vida dos consumidores.

Luiz Rizzato Nunes também observa a exceção presente no artigo 12, da exclusão do comerciante do rol do referido artigo, aparecendo e respondendo apenas na hipótese do artigo 13.⁸⁷

⁸⁶ Art. 101. Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas: (...) II - o réu que houver contratado seguro de responsabilidade poderá chamar ao processo o segurador, vedada a integração do contraditório pelo Instituto de Resseguros do Brasil. Nesta hipótese, a sentença que julgar procedente o pedido condenará o réu nos termos do art. 80 do Código de Processo Civil. Se o réu houver sido declarado falido, o síndico será intimado a informar a existência de seguro de responsabilidade, facultando-se, em caso afirmativo, o ajuizamento de ação de indenização diretamente contra o segurador, vedada a denúncia da lide ao Instituto de Resseguros do Brasil e dispensado o litisconsórcio obrigatório com este.

⁸⁷ NUNES, *loc. cit.*

Além destes fatos, o legislador quis resguardar os bens jurídicos fundamentais do consumidor de maneira diferenciada e em razão disso, modelos específicos de responsabilidade, modelos que vão variar de acordo com a natureza jurídica do bem tutelado.

A atribuição a estes determinados bens será maior, ou seja, haverá uma importância maior dentro do sistema normativo de proteção ao consumidor porque eles integram o próprio conceito de dignidade diferente do aspecto meramente patrimonial, que é importante, mas que não pode ter o mesmo tratamento desse outro patrimônio imaterial do consumidor.

Assim, vamos observar que o legislador vai estabelecer tipos, modelos, espécies de responsabilidade civil que variam de acordo com este bem jurídico tutelado.

Portanto, as operadoras de planos de saúde enquanto fornecedores de serviços de assistência à saúde privada responderão independentemente de culpa por qualquer vício ou defeito na prestação do serviço.

5.4 ENQUADRAMENTO DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE NO CONCEITO DE FORNECEDOR

Diante a fundamentação apresentada acerca da definição do conceito de fornecedor, resta evidente que as Operadoras de Plano de Saúde, enquadram-se perfeitamente neste conceito por colocarem serviços no mercado de consumo mediante contraprestação pecuniária.

Maria Stella Gregori expõe que no tocante aos sujeitos da relação de consumo, afirma-se com a maior certeza, que as empresas que prestam serviços de assistência à saúde mediante remuneração são consideradas típicas fornecedoras, em que prestam serviço condicionado a evento futuro, mediante contraprestação pecuniária. Assim, diante esta constatação, enquadram-se perfeitamente na descrição do caput do artigo 3º do CDC.⁸⁸

No ensinamento de Juliana Pupo⁸⁹:

Os consumidores e fornecedores formam a relação de consumo. Assim, ao tratarmos dos planos de saúde, de um lado temos os beneficiários dos planos (titulares e dependentes) e de outro, as

⁸⁸ GREGORI, p. 131.

⁸⁹ PUPO, 2012, p. 106

operadoras de planos de saúde. Assim, as operadoras de planos de saúde enquadram-se no conceito de fornecedores, conforme art.3º, §2º do CDC, pois prestam serviço de assistência à saúde de forma reiterada ao mercado de consumo e mediante remuneração.

Desta forma, não há controvérsia, tampouco entendimentos contrários à caracterização das operadoras de planos de saúde como fornecedores de serviços, inclusive pelo fato do Superior Tribunal de Justiça ter disposto, na súmula de nº 469 que, “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

Ou seja, se o STJ determinou a aplicação das normas consumeristas na relação entre beneficiário e Operadora, resta evidente que classificou as Operadoras de planos de saúde como fornecedoras de serviços de assistência médica.

5.5 RESPONSABILIDADE DAS OPERADORAS NA RELAÇÃO DE CONSUMO

Conforme discorrido, aplica-se às relações entre beneficiário e operadora as normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor. Sendo assim, as operadoras caracterizam-se com fornecedoras de serviços de assistência à saúde.

Sendo fornecedora de serviço à luz do CDC, as operadoras devem entender as suas responsabilidades perante os seus beneficiários. Nos planos de saúde individual ou familiar (contratos de pessoa física), torna-se mais evidente a relação de consumo existente, tendo em vista que o beneficiário remunera um serviço na qual contratou, assim, havendo disponibilização de serviços no mercado de consumo e havendo remuneração por parte dos beneficiários desses serviços, torna-se mais transparente a relação de consumo. Tais modalidades de contratos serão explicitadas posteriormente, cabendo apenas neste momento, tecer breves comentários acerca dos tipos de contrato para fundamentar o argumento da responsabilidade das operadoras.

Desta forma, evidenciando-se a relação de consumo nesses contratos de planos de saúde individual ou familiar, as operadoras devem respeitar todas as normas consumeristas, como também resguardar todos os direitos básicos do consumidor como qualquer outra fornecedora do mercado de consumo.

Assim, não poderão divulgar publicidades enganosas e abusivas, não poderão impor aos beneficiários práticas e cláusulas abusivas, deverá sempre resguardar a vida e a saúde dos beneficiários, deverão sempre prestar informações adequadas e suficientes acerca do serviço, deverão efetuar a efetiva reparação aos danos que porventura possam

ocorrer por vício ou defeito nos serviços, bem como, deverão agir de acordo com os ditames do CDC.

Nesses contratos é observado claramente a incidência do CDC. O problema – e o tema deste trabalho versa acerca dessa problemática – é a aplicação do CDC nos contratos coletivos, sejam eles empresariais ou por adesão.

Ou seja, os beneficiários dos contratos coletivos seriam qualificados como consumidores? E os seus dependentes, seriam também qualificados como consumidores? A questão não é simples de ser resolvida e respondida, havendo correntes divergentes acerca da aplicação do CDC nesses contratos, conforme já explanamos neste capítulo.

Porém, cabe informar de antemão que, caso o entendimento seja que nos contratos coletivos haja a incidências das normas consumeristas, as mesmas responsabilidades que as operadoras possuem nos contratos individuais e familiar, também se aplicariam nos contratos coletivos. Não haveria nenhuma exceção, devendo as operadoras se enquadrarem à todas as normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor.

6 ABUSIVIDADE DAS OPERADORAS NO REAJUSTE CONTRATUAL DOS PLANOS DE SAÚDE

Vimos até aqui, o contexto histórico dos direitos fundamentais e também do direito à saúde em nossa Constituição Federal. Expomos a responsabilidade civil das Operadoras de planos de saúde, principalmente a responsabilidade contratual dos fornecedores. Analisamos os contratos de planos de saúde, como também discorreremos acerca da regulamentação desses contratos. Assim, neste capítulo, demonstraremos a problemática deste tema, com todas as abusividades e ilegalidades cometidas pelas operadoras de planos de saúde na prestação do serviço de assistência à saúde no mercado de consumo.

Já expusemos nossa crítica ao órgão regulador, no entanto, entendemos que há ainda irregularidades praticadas que devem ser coibidas.

Vale ressaltar, como bem dispõe Maria Stella Gregori, que os consumidores, seus dependentes e agregados, que utilizam esses produtos ou serviços, como destinatários finais ou equiparadamente, serão consumidores de acordo com os artigos 2º, 17 e 29 do CDC. Desta forma, a relação entre consumidor e operadoras de planos de saúde estará amparada pelo CDC, incidindo todas a suas regras e princípios.⁹⁰

6.1 PRÁTICAS ABUSIVAS

Rizzato Nunes ensina que “a ideia da abusividade tem relação com a doutrina do abuso do direito. Foi a constatação de que o titular de um direito subjetivo pode dele abusar no seu exercício que acabou levando o legislador a tipificar certas ações como abusivas.”⁹¹

Na lição de James Eduardo Oliveira⁹²:

A proteção do consumidor é qualificada como princípio constitucional, como se extrai dos arts. 5º e 170 da Constituição da República. O Código de Defesa do Consumidor veio justamente para dar concretude a esse postulado, porém não esgota em si mesmo a malha jurídica protetora projetada pelo legislador constitucional, dada a patente impossibilidade de serem dispostas legalmente todas as situações concretas em que o consumidor possa ser alvo de condutas antijurídicas. Assim, além da existência de normas de proteção identificadas em outros diplomas normativos, quando se estabelece um diálogo ou uma conjugação entre as normas que objetivam

⁹⁰ GREGORI, 2011, p. 132

⁹¹ NUNES, 2011, p. 563-564

⁹² OLIVEIRA, 2011, p. 430.

resguardar a posição jurídica do consumidor, outorga-se ao juiz a prerrogativa de identificar, nos litígios que lhe são submetidos, situações de abuso transgressoras dos direitos do consumidor que necessitem ser expurgadas.

As práticas abusivas cometidas pelas operadoras de planos de saúde ocorrem nas fases pré, pós e contratuais, na qual visando estas práticas pelos fornecedores, o legislador englobou todos esses comportamentos e buscou resguardar o consumidor de todas as práticas que potencialmente os fornecedores poderiam cometer.

A fase pré contratual compõem-se principalmente na oferta e na publicidade cometida pelo fornecedor para vincular o consumidor. A fase pós contratual poderá ser exemplificado com a negativação indevida do consumidor. A fase contratual refere-se à abusividade das cláusulas contratuais, que será objeto de explanação no tópico posterior.

O artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor inaugura esse controle, esse resguardo das chamadas práticas abusivas em espécie. Note-se que o legislador elaborou este dispositivo em um rol exemplificativo, uma vez que não poderia esgotar todo âmbito da tutela consumerista, hipotetizando práticas que pela própria complexidade do mercado de consumo, que pela próprias variações de produtos, de serviços, de abordagem, de captação de clientela, que poderiam mudar com o passar do tempo.

Essa estratégia amplia o alcance da norma, isso favorece a adaptação do próprio dispositivo legal a atuações particularizadas e que tragam como características essa iniquidade, essa abusividade.

Na lição de Luiz Rizzato Nunes⁹³:

Mais um vez a Lei n. 8.078 apresenta rol de condutas que é exemplificativo. É o que decorre da singela leitura do caput do art. 39. É verdade que essa redação do caput foi introduzida pela Lei 8.884, de 11 de junho de 1994 (a Lei Antitruste), e veio sanar uma aparente dificuldade que o veto ao inciso X da redação original teria trazido.

Assim, em razão da amplitude do artigo, e da impossibilidade de previsão de todas as práticas abusivas que poderão ocorrer no mercado de consumo, qualquer prática que viole os direitos básicos do consumidor (artigo 6^a, inciso IV) será considerada abusiva.

James Eduardo Oliveira⁹⁴ ensina que:

⁹³ NUNES, *loc. cit.*, p. 567.

Como é facilmente vislumbrável, as mais variadas possibilidades de práticas comerciais abusivas podem acontecer em um mundo tão complexo como o atual, motivo pelo qual a lei consumerista traz um elenco não exaustivo de práticas abusivas no artigo 39, ficando claro que outras poderão ser reconhecidas judicialmente, quando for maculado algum dos princípios do CDC.

Portanto, a prática abusiva que mais nos deparamos nos planos coletivos, e objeto deste trabalho, é o reajuste abusivo das prestações (artigo 39, incisos X e XIII), conforme veremos mais detalhadamente em tópico posterior.

6.2 CLÁUSULAS ABUSIVAS

Diferentemente do que ocorre no artigo 39 do CDC em que as práticas abusivas podem ocorrer nas fases pré, pós e contratuais, as cláusulas abusivas, conforme morfológicamente já é dito, a abusividade ocorre na fase contratual, quando já há um contrato firmado entre consumidor e fornecedor, disposto no artigo 51 do CDC.

O artigo 51 ilustra claramente a colocação da lei como principal fonte obrigacional, retirando a vontade desta função. O CDC através do artigo 51 e seguintes, irá retirar, ou melhor, anular, algumas cláusulas vexatórias, extremamente onerosas, que atentem contra os princípios básicos do CDC.

O mérito do legislador, assim como o fez no artigo 39, foi ter apresentado um rol meramente exemplificativo, que vai integrar os conceitos gerais contidos no CDC ampliando o alcance do dispositivo legal.

Na lição de James Eduardo Oliveira⁹⁵:

Distinção entre cláusula abusiva e prática abusiva: Enquanto a primeira se refere a conteúdo negocial ofensivo aos interesses do consumidor, a prática abusiva, ao contrário, diz respeito a um comportamento vedado pelo ordenamento jurídico, podendo ser observado antes, durante ou após a celebração do contrato. O art. 39 do CDC contém um rol exemplificativo de condutas abusivas que podem ser praticadas pelo fornecedor, tais como repasse de informação depreciativa referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos.

Podemos extrair do conceito acima exposto, que cláusula abusiva será toda aquela que violar os direitos básicos dos consumidores, assim como ocorre nas práticas abusivas, porém, com a diferença que a abusividade ocorrerá na fase contratual, com

⁹⁴ MORAES, *apud*, OLIVEIRA, 2011, p. 431.

⁹⁵ OLIVEIRA, 2011, p. 431.

cláusulas que violarem os direitos do consumidor, na qual, estas serão nulas de pleno direito, conforme dispõe expressamente o caput do artigo 51 do CDC.

Com relação a nulidade das cláusulas abusivas, Nelson Nery Junior⁹⁶ ensina que as cláusulas nulas de pleno direito, porque contrariam a ordem pública de proteção ao consumidor, ou seja, as nulidades podem ser reconhecidas a qualquer tempo e grau de jurisdição, devendo o juiz ou tribunal pronunciá-las de ofício, em razão das normas de ordem pública serem insuscetíveis de preclusão.

Corroborando o entendimento acerca da nulidade das cláusulas abusivas, Humberto Theodoro Júnior⁹⁷ expõe que:

Embora a nulidade do CDC decorra de uma tutela de ordem pública, não é possível imaginá-la fora da intervenção judicial. É que, após individualização do resultado concreto da operação de consumo, o interesse de recuperar o prejuízo do consumidor é individual e disponível. O juiz pode até reconhecer a nulidade ex officio, mas só o fará se a questão sobre a relação concreta de consumo estiver deduzida em juízo, em processo singular.

James Eduardo Oliveira leciona também que⁹⁸:

A nulidade de pleno direito fulmina a cláusula contratual e por isso pode até ser reconhecida de ofício pelo juiz. Mas é preciso estabelecer uma ressalva: o juiz pode identificar a nulidade e pronunciá-la ex officio em processo onde exista superfície cognitiva apropriada. Não se concebe, *exempli gratia*, que no processo de execução o juiz, sob o fundamento de que determinada cláusula é nula de pleno direito, afaste o encargo financeiro nela previsto. O processo de execução não é devotado ao princípio do contraditório no que tange ao direito incorporado no título executivo, suscitando a iniciativa do juiz apenas quanto à própria existência do título. Logo, qualquer cláusula contratual ilícita que não desfigura a executividade do título só pode ter a sua validade discutida em sede de embargos à execução, arena processual adequada para o debate da matéria.

Desta forma, os mesmos pressupostos utilizados na identificação da abusividade nas práticas cometidas pelos fornecedores, também serão utilizados na identificação da abusividade nas cláusulas, com a diferença que, nesta, a abusividade ocorrerá apenas na fase contratual, quando já haverá um obrigação contratual que deverá ser cumprida (*pacta sum servanda*) por ambas as partes.

⁹⁶ JUNIOR, p. 521.

⁹⁷ JUNIOR, 2003, p. 464

⁹⁸ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 542

A cláusula abusiva mais cometida pelas operadoras de planos de saúde é o cancelamento unilateral do contrato. Além de ser vedado expressamente pelo CDC em seu artigo 51, inciso XI, também é vedado na lei de planos de saúde 9.656/98 em seu artigo 13.

6.3 REAJUSTE ABUSIVO DOS CONTRATOS COLETIVOS REALIZADO PELAS OPERADORAS (CASO CONCRETO)

Diante todo o exposto, com a finalidade de analisar os tópicos demonstrados em um caso concreto, iremos colacionar o acórdão julgado no dia 26.04.2013, acerca do reajuste abusivo em contrato coletivo de plano de saúde com base na sinistralidade, tem que como partes de um lado Elca Empreitada de Obras e Locação de Equipamentos Ltda., contratante e autora da ação, e de outro, Unimed Paulistana Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico, contratada e ré.

Em 1º grau, o juízo a quo julgou a ação procedente, declarando a nulidade das cláusulas contratuais de reajuste por sinistralidade e possibilidade de rescisão unilateral, determinando a aplicação somente de reajustes autorizados pela ANS.

Insatisfeita com a r. sentença, a ré/apelante, alegou inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de contrato coletivo empresarial. Relatou que os contratos coletivos não estão sujeitos ao controle de reajuste pela ANS. Aduziu que o reconhecimento da nulidade da cláusula em apreço acarreta desequilíbrio econômico ao contrato. Alegou, por fim, que caso seja reconhecida a incidência das normas consumeristas, as cláusulas do contrato foram redigidas em conformidade com as regras. Esses são os principais e únicos pontos que interessam no debate do caso neste trabalho.

Todavia, em que pese as tentativas da ré de modificar a sentença desfavorável, o juízo ad quem julgou improcedente a apelação interposta, mantendo-se a sentença em sua integralidade, vejamos a ementa do acórdão do processo de nº 0218154-93.2011.8.26.0100 que tramita perante o Tribunal de Justiça de São Paulo:

PLANO DE SAÚDE – Contrato Coletivo – Reajuste com base na sinistralidade – Relação de consumo configurada – Inteligência da Súmula 469 do STJ – Disposição contratual que coloca o consumidor em desvantagem exagerada ao permitir que o fornecedor varie o preço de maneira unilateral – Violação ao art. 51, incisos IV e X do Código de Defesa do Consumidor – Abusividade reconhecida – Cláusula contratual que prevê rescisão unilateral imotivada – Inadmissibilidade – Cancelamento injustificado do seguro saúde que coloca os

segurados do contrato coletivo em situação de desvantagem – Entendimento contrário à Lei 9.656/98 e o Código de Defesa do Consumidor – Sentença mantida – Recurso desprovido.

No fundamento do acórdão, o Desembargador Relator expôs que há a incidência das normas consumeristas no caso em comento, em razão da qualidade de consumidor resultar da prestação dos serviços de saúde, mediante pagamento de mensalidade, pouco importante que a contratação tenha sido realizada entre duas pessoas jurídicas.

Com isto, visualizamos perfeitamente a aplicação dos artigos 2º e 3º do CDC nos contratos coletivos, na qual restou identificado de um lado um consumidor pessoa jurídica e de outro um fornecedor de produtos e serviços.

Ademais, expõe acerca do que dispõe a súmula 469 do STJ que determina a aplicação das normas consumeristas aos contratos de planos de saúde sem qualquer distinção. A presente súmula somente veio, utilizando um pleonasma, deixar ainda mais transparente a aplicação do CDC a esses contratos, em razão das normas consumeristas já deixarem descaradamente claro esta aplicação.

Continua expondo que, não é razoável, dentro do CDC, a aplicação do reajuste anual da mensalidade com base na sinistralidade, na qual, o microssistema consumerista prevê grave violação ao sistema protetivo.

É bem verdade que a ANS não fixa nenhum controle efetivo no reajuste dos planos nos contratos coletivos, porém, mesmo diante da omissão da Agência, com base na aplicação das normas consumeristas nestes contratos, há de se observar os parâmetros legais deste reajuste, o que, de acordo com as normas consumeristas são totalmente indevidas por transmitir ao consumidor uma excessiva desvantagem exagerada.

Portanto, vimos que as operadoras de planos de saúde cometem diversas abusividades no mercado de consumo, sejam elas através de práticas, em momento pré-contratual, ou no momento contratual com cláusulas abusivas nulas de pleno direito. Tais condutas, como demonstramos neste capítulo são totalmente violadoras às normas consumeristas e combatidas firmemente pelo judiciário pátrio resguardando os direitos dos consumidores.

Desta forma, diante dos argumentos utilizados pelo Desembargador Relator, que corroboram tudo o que foi dito neste trabalho, resta inegavelmente evidente que o CDC

tem que ser aplicado nos contratos coletivos de planos de saúde pois: 1) de um lado há evidentemente um consumidor vulnerável, mesmo que seja uma pessoa jurídica, e de outro um fornecedor de serviços de assistência à saúde; 2) os parâmetros de reajuste nos contratos coletivos de planos de saúde são totalmente contrários aos direitos dos consumidores por violarem diversas normas, principalmente transmitindo ao consumidor uma excessiva desvantagem exagerada e; 3) o nosso Superior Tribunal de Justiça já sumulou o entendimento de que todos os contratos de planos de saúde sujeitam-se às normas consumeristas.

7 CONCLUSÃO

Vimos em um primeiro momento a inserção dos direitos fundamentais na Constituição Federal do Brasil de 1988. Analisamos o contexto histórico dos referidos direitos, como eles foram inseridos em nossa Constituição. Explicitamos as características dos direitos fundamentais, bem como expomos as dimensões desses direitos, chegando até os de terceira dimensão.

Analisamos o contexto histórico do direito do consumidor em nossa Constituição Federal de 1988, bem como em nosso ordenamento jurídico. Expomos a mudança paradigmática dos direitos fundamentais chegando até o direito do consumidor o pensamento trazido com este direito ao ordenamento jurídico pátrio.

Após isso, nos propusemos a expor a regulamentação da assistência à saúde privada no Brasil. Expomos, inicialmente, o direito à saúde em nossa Constituição Federal de 1988, na qual, após a previsão expressa, tornou-se necessária a regulamentação específica do referido direito.

Assim, expusemos a lei 9.656/98 que dispõe sobre os planos de saúde e a sua compatibilização com o código de defesa do consumidor. Demonstramos a discussão de hierarquia de normas que há entre as leis, porém, resta evidente que a aplicação de ambas é conjunta, na qual suprem as lacunas de ambas.

Posteriormente, vimos a necessidade da criação da ANS, explicando o seu papel na regulamentação da assistência à saúde privada. Expusemos as duas visões acerca de seu papel no mercado de saúde, na qual, debandamos ao entendimento das operadoras acerca do poder exacerbado que as operadoras possuem, violando, em muitos casos, direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Vimos em um quarto momento os contratos de planos de saúde. Demonstramos a diferença entre os contratos individuais e familiares para os coletivos. Diferenciamos também os contratos coletivos empresariais e por adesão.

Posteriormente, foi exposta a responsabilidade civil no código de defesa do consumidor, explicitando o seu conceito, bem como as suas características e modalidades.

Expomos a necessidade de aferição de dano, nexa causal e culpa para imposição de responsabilidade civil ao indivíduo, porém, expomos também que a aferição de culpa

será necessária apenas quando se tratar de responsabilidade civil subjetiva pois, caso a imposição de responsabilidade civil seja objetiva, será necessário apenas a aferição de dano e nexos causal.

Após a diferenciação e exposição que o código de defesa do consumidor trouxe em sua concepção o pensamento de responsabilidade civil objetiva, buscamos demonstrar o conceito dos fornecedores de produtos e serviços e o motivo da responsabilidade, perante o CDC, ser objetiva e aplicação do conceito de fornecedor às operadoras de planos de saúde.

Por fim, no sexto e último momento, nos propusemos a solucionar o problema. Expusemos o conceito de abusividade no Código de Defesa do Consumidor, especificamente as práticas e cláusulas abusivas. Diante de todo o exposto, entendemos que a aplicação do CDC é imprescindível na relação contratual coletiva de assistência à saúde privada.

A relação havida entre as partes é claramente uma relação de um consumo, na qual, as partes da relação caracterizam-se evidentemente como consumidores e fornecedores. Além deste fato, o objeto da relação é claramente a oferta de um serviço.

Entendemos também, que por se tratar de uma relação de consumo, o reajuste aplicado pelas operadoras de planos de saúde, baseado na sinistralidade, à luz dos princípios e regras do CDC, é totalmente abusivo e indevido, por transmitir ao consumidor uma desvantagem exagerada.

Solucionado o problema, estudamos uma decisão que pudemos observar que corrobora todo o entendimento adotado neste trabalho, na qual aplica o CDC ao contrato coletivo empresarial de plano de saúde, bem como considera abusivo o reajuste anual do contrato com base na sinistralidade.

Por derradeiro, chegamos à conclusão que o reajuste aplicado pelas operadoras de planos de saúde nos contratos coletivos, muito em razão da ausência de legislação expressa que regule esse reajuste, é abusivo por violar as normas do código de defesa do consumidor, na qual aplica-se a esses contratos.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 20 set. 2014.

_____. Código de Defesa do Consumidor. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 20 set. 2014.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0218154-93.2011.8.26.0100. Relator: Desembargador Moreira Viegas. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 abr. 2013. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=021815493.2011&foroNumeroUnificado=0100&dePesquisaNuUnificado=0218154-93.2011.8.26.0100&dePesquisaNuAntigo=>>>. Acesso em 20 set. 2014.

_____. Jurisway. **A diferença entre plano de saúde e seguro saúde**. Disponível em <http://www.jurisway.org.br/v2/cursoonline.asp?id_curso=424&id_titulo=5310&pagina=8> Acesso em 02 ago. 2014.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil. 23 ed. reformulada** – São Paulo: Saraiva, 2009.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. **Aspectos gerais das características dos direitos fundamentais**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11749>. Acesso em 20 set 2014.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 11. Ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995.

GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor**. 3 ed. rev. e atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. 31.

JUNIOR, Nelson Nery. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8 ed., Forense Universitária.

JUNIOR, Humberto Theodoro Júnior. **Comentários ao novo código civil**. Forense, 2003, v. 3.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato Nunes. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 6 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, James Eduardo. **Código de Defesa do Consumidor: anotado e comentado – doutrina e jurisprudência** – 5 ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PUPO, Juliana Labaki. **A responsabilidade das operadoras de planos de saúde pelo fato do serviço prestado pelos hospitais credenciados**. 221 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

SILVA, José Luiz Toro da. **Manual de Direito da Saúde Suplementar: a iniciativa privada e os planos de saúde** – São Paulo: M.A. Pontes Editora, 2005.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil – Responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial**. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.