

TÍTULO DO TRABALHO

**O DIREITO FUNDAMENTAL DO CONSUMIDOR EM CONTRATOS DE
PLANO DE SAÚDE: A BUSCA DE UM PONTO DE EQUILÍBRIO ENTRE OS
INTERESSES DOS CONSUMIDORES E DAS OPERADORAS**

RESUMO

Este trabalho objetiva analisar a incidência do direito do consumidor nos contratos de planos de saúde. Inicia-se com um capítulo no qual é feita uma análise do atual estágio da ciência jurídica, seguida da apresentação da proteção do consumidor como direito fundamental, da necessidade de existência de um sistema de saúde suplementar e, ao final, do exame da relação entre direito do consumidor e planos de saúde. No segundo capítulo, é feita uma análise do contrato de plano de saúde em si, a partir de quatro perspectivas: contrato de consumo, regulado, de natureza securitária e empresarial. No último capítulo, segue-se com uma análise dos principais temas oriundos desta espécie contratual que dão azo a demandas judiciais entre consumidores e operadoras. Em cada tema, traçam-se reflexões acerca de um possível ponto de equilíbrio para cada questão, de forma a harmonizar os interesses envolvidos, equacionando a proteção dos consumidores com a sustentabilidade deste sistema de saúde.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E O SISTEMA DE SAÚDE SUPLEMENTAR	8
1.1 REPERSONALIZAÇÃO DA CIÊNCIA JURÍDICA	8
1.1.1 Um Novo Direito Privado	8
1.1.2 Dignidade da Pessoa Humana	11
1.1.3 Direitos de Personalidade	15
1.2 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL	19
1.2.1 Aspectos Gerais dos Direitos Fundamentais	19
1.2.2 Contornos Históricos da Proteção do Consumidor	22
1.2.3 O Consumidor na Ordem Jurídica Positiva Brasileira	27
1.3 DIREITO À SAÚDE E A IMPRESCINDIBILIDADE DA SAÚDE SUPLEMENTAR	33
1.3.1 Noções Históricas sobre o Direito Sanitário	33
1.3.2 Direito à Saúde como Obrigação do Poder Público	37
1.3.3 A Saúde Suplementar: uma Necessidade	41
1.4 PLANO DE SAÚDE COMO RELAÇÃO DE CONSUMO	46
1.4.1 Subsídios Legais à Configuração da Relação de Natureza Consumerista	46
1.4.2 Reconhecimento das Vulnerabilidades Típica e Diferenciada	49
1.4.3 Assimetria e Necessidade de Proteção Especial	53
2 CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE E SEGURO SAÚDE	57
2.1 CONTRATO DE CONSUMO	57
2.1.1 Perspectiva Pós-Moderna e Ordenamento como Sistema Axiológico	57
2.2.2 Princípios Clássico-Liberales e a sua Mitigação (Redução do Elemento Volitivo)	62
2.2.3 Solidarismo, Ética e Equilíbrio Contratual	68
2.2 CONTRATO REGULADO	76
2.2.1 Noções acerca do Estado Regulador	76
2.2.2 Regulação na Saúde Suplementar: a ANS	82

2.2.3 Necessidade de Interlocução entre as Normas Regulamentadoras e o CDC	88
2.3 CONTRATO SECURITÁRIO	94
2.3.1 Considerações Semânticas	94
2.3.2 Características Inerentes aos Contratos Securitários	97
2.3.3 Elementos dos Pactos Securitários	101
2.4 CONTRATO EMPRESARIAL	105
2.4.1 A Operadora como Empresa e o Direito ao Lucro	105
2.4.2 Importância da Análise Econômica do Direito na Saúde	109
2.4.3 Sustentabilidade da Empresa	118
3 QUEBRA JUDICIAL DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE	124
3.1 REAJUSTE DE MENSALIDADE	124
3.1.1 Panorama Normativo e Controvérsias Acerca dos Reajustes	124
3.1.2 Entendimento do Judiciário Perante as Demandas Envolvendo Reajustes	130
3.1.3 Sugestão de Ponto de Equilíbrio	134
3.2 AMPLITUDE DE COBERTURA ASSISTENCIAL	138
3.2.1 Principais Controvérsias Decorrentes de Negativas de Cobertura Contratual	138
3.2.2 Síntese do Panorama Jurisprudencial	144
3.2.3 Considerações Visando um Equilíbrio	152
3.3 MANUTENÇÃO DE EX-FUNCIONÁRIOS	160
3.3.1 Principais Aspectos Envolvendo a Manutenção de Ex-Funcionários nos Planos de Saúde	160
3.3.2 Enfrentamento do Judiciário	165
3.3.3 Exemplo de Entendimentos Neutros	169
3.4 EXTINÇÃO DOS CONTRATOS	171
3.4.1 Apresentação da Problemática e das Normas Aplicáveis	171
3.4.2 Exibição do Panorama Jurisprudencial	174
3.4.3 Anotações Rumo à Imparcialidade	176
CONCLUSÃO	180
REFERÊNCIAS	184

INTRODUÇÃO

O trabalho que se está agora a apresentar busca analisar o direito e a proteção do consumidor dentro dos contratos de planos de saúde, a partir, principalmente, de decisões jurisprudenciais do Judiciário gaúcho e do Superior Tribunal de Justiça.

No atual contexto jurídico e social em que se vive, as celeumas e os conflitos em geral envolvendo discussões contratuais, que são alçados às portas do Poder Judiciário, são, na grande maioria das vezes, decididos favoravelmente às partes consideradas hipossuficientes. Assim, por exemplo, reclamações trabalhistas são decididas favoravelmente aos empregados e ações vinculadas a relações de consumo terminam em prol dos consumidores.

Tal tendência (humanizante, pode-se assim dizer), notadamente rotulada como justiça paternalista, embora aparente, por vezes, carecer de neutralidade, é compreensível e decorrente do atual sistema jurídico, enraizado em valores humanos e sociais e estruturado através de direitos fundamentais. O universo jurídico vigente, na verdade, encontra, já nos seus germes, uma intenção protetiva, a qual busca, a rigor, uma justiça social e um equilíbrio material nas relações.

No estrito campo dos planos e seguros de saúde não é diferente. Mais do que em outras relações de consumo (como telefonia, bancária e seguros outros que não de saúde), em que o protecionismo já é, como regra geral, constatável, nos planos de saúde a proteção despendida aos consumidores revela-se, muitas vezes, e com cada vez mais frequência, exagerada, o que acaba, como se pretenderá demonstrar, por se voltar contra os próprios consumidores.

O presente trabalho é, assim, fruto de uma inquietação (além do próprio desejo e interesse na área, em ambas as perspectivas profissional e acadêmica) adquirida nos últimos anos com a convivência e labuta junto a milhares de demandas e decisões judiciais, nas quais se debateu, em síntese, acerca dos direitos e deveres e das abusividades e regularidades que permeiam os contratos de planos de saúde.

Muito mais do que simplesmente tentar apontar decisões que verdadeiramente burlam o sistema, pretende-se, com a presente pesquisa, demonstrar exemplos de decisões que, sobretudo em um ordenamento que se pretende harmonioso (inclusive no específico ponto de vista das relações de consumo, vide artigo 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor) poderiam direcionar para um novorumoda justiça brasileira,

no que tange ao trato destas e de outras demandas, sem que isso represente, sob qualquer hipótese, retrocesso ou distanciamento dos valores que, com muito esforço, a sociedade alcançou.

Não obstante o referido, é importante frisar que o que se pretende é mostrar caminhos interpretativos neutros e imparciais, de sorte que não se olvidará, por outro lado, de indicar (também) condutas abusivas perpetradas pelas operadoras e que devem, sem dúvida, ser veementemente evitadas e rechaçadas pelo Poder Público, especialmente através do Judiciário.

Com esta meta, o trabalho está estruturado em três capítulos principais, cada qual dividido em quatro subcapítulos, os quais, por sua vez, estão subdivididos em três subpartes. Apresenta-se a temática de forma “crescente”, isto é, com cada capítulo aprofundando-se mais em direção à conclusão final.

O primeiro capítulo, denominado “Proteção do Consumidor e o Sistema de Saúde Suplementar”, introduz a temática dos planos de saúde. Após a apresentação de questões preambulares (como o atual contexto de constitucionalização do direito em que se vive; a proteção do consumidor como direito fundamental; e a imprescindibilidade de um sistema de saúde suplementar), vincula-se os contratos em questão com o ramo do direito do consumidor, oportunidade em que se explica o porquê desta relação.

No segundo capítulo, intitulado de “Contratos de Plano de Saúde e Seguro Saúde”, é feito um estudo do contrato de plano de saúde em si, a partir de quatro tópicos tidos como nevrálgicos para a compreensão do tema, especialmente para se entender as decisões judiciais, os argumentos das partes litigantes e a forma como são estruturadas as operações e condutas perpetradas no mercado de saúde suplementar, tais como as majorações de mensalidade e as negativas de cobertura. Os quatro tópicos são os seguintes: a noção contemporânea (ou “pós-moderna”) de contrato; de um contrato regulado; de um contrato de natureza securitária e, por derradeiro, de um contrato empresarial.

Por último, no capítulo denominado “Quebra Judicial dos Contratos de Planos de Saúde”, são apresentados os principais debates judiciais que gravitam na saúde suplementar e que colocam em conflitos operadoras e consumidores, a saber: reajustes de mensalidades; negativas de cobertura; direito de manutenção no plano para ex-funcionários; e cancelamento de contratos. Em cada um dos referidos pontos, é feita uma apresentação introdutória do(s) tema(s) ali inserido(s), uma análise jurisprudencial com base no Judiciário gaúcho e na Corte Superior e, ao final, um esboço no sentido do

que poderia refletir um ponto de equilíbrio para cada situação.

O estudo é feito a partir e através de análise da bibliografia especializada e de decisões e argumentos jurisprudenciais, com comparação das fundamentações e sempre buscando-se destacar as fontes que direcionam as tentativas de harmonização e equilíbrio da relação em comento, sem desconsiderar, ainda que a título ilustrativo ou meramente para constar, opiniões contrárias.

Espera-se, com este trabalho, adentrar em um tema sobre o qual há abundante material, mas escassa análise (específica, aprofundada e pragmática) do assunto como um todo, que tenha visão holística da questão, que considere as diversas perspectivas pelas quais os conflitos em exame podem ser abordados e que confronte os argumentos de forma frontal, sem contentar-se com análises meramente tangenciais ou superficiais, de forma que se possa, ao fim, efetivamente contribuir com a comunidade jurídica e a sociedade.

1 PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E O SISTEMA DE SAÚDE SUPLEMENTAR

1.1 REPERSONALIZAÇÃO DA CIÊNCIA JURÍDICA

1.1.1 Um Novo Direito Privado

Para se compreender a problemática envolvendo a proteção dos consumidores no mercado da saúde suplementar, revela-se imprescindível tecer, de forma inicial, algumas considerações sobre o atual estágio da ciência jurídica e da valorização da pessoa humana dentro do ordenamento, decorrente especialmente da constitucionalização do Direito Privado (e da advinda noção de um Direito Civil Constitucional) e da positivação da dignidade da pessoa humana, bem como dos direitos de personalidade e dos direitos fundamentais em geral.

Hoje em dia, presencia-se um Estado de Direito fruto da evolução que sofreram a ciência jurídica e, em especial, os direitos fundamentais. Não apenas no Brasil, mas também mundialmente¹, fala-se em constitucionalização do Direito Privado (Direito Civil) como o resultado de uma série de mudanças e quebras de paradigmas que ocorreram na ciência jurídica, no estudo jurídico como um todo, tanto em sua teoria quanto em sua aplicação prática. Estas transformações marcaram um importante avanço no processo civilizatório da humanidade e no processo de constitucionalismo², este último iniciado antes da era cristã³, com os gregos, compartilhado pelos romanos e que somente nos últimos 200 anos, com o iluminismo e a queda do absolutismo, voltou a emergir e a efetivamente tomar os contornos atuais e transformar a sociedade.

¹Claus-Wilhelm Canaris, por exemplo, ao introduzir o tema da relação de direitos fundamentais e Direito Privado, esclarece que a constitucionalização do Direito Privado não se trata sobremaneira de uma peculiaridade alemã, mas verdadeiramente internacional. (CANARIS, Claus-Wilhelm; NEUNER, Jörg; GRIGOLEI, Hans Christoph; *et alii. Gesammelte Schriften*. Band 1: Rechtstheorie. Berlin: De Gruyter, 2012. p. 645).

²Um relato da história do constitucionalismo (este como limitação do poder e supremacia da lei) pode ser encontrado em BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 03/47.

³Embora os ideais tenham sido, ainda que de forma sutil, forjados na antiguidade, a consolidação do constitucionalismo ocorreu apenas a partir dos séculos XVII e XVIII, com as experiências constitucionais inglesa, norte-americana e francesa, conforme ensina Ingo Sarlet, em SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais - RT, 2012. p. 37.

O que se viu, na verdade, foi uma transformação na forma de pensar a vida humana e de ver a sua relevância no campo jurídico, especialmente na seara das obrigações e dos contratos, campo no qual ganhou substancial destaque. Os valores e concepções frutos dos pensadores iluministas dos séculos XVIII e XIX -calcados na liberdade econômica, sem praticamente nenhuma intervenção estatal na vida e nos negócios dos cidadãos - sofreram profundas transformações. A vida humana passou a ser muito mais valorizada, assumindo um papel central no ordenamento jurídico.

O patrimônio, de máxima importância nos ordenamentos cunhados na era napoleônica, deixou de ser nuclear, passando a vida humana a assumir esta privilegiada posição. Não apenas a vida humana no sentido de viver por viver, mas uma vida com qualidade mínima. A doutrina brasileira, neste contexto, usa, já desde antes do advento do Código Civil de 2002 – CC/02, a ilustrativa expressão “despatrimonialização do direito civil”.⁴

Eugênio Facchini Neto⁵ ensina que esta transformação constituiu uma verdadeira repersonalização do direito, com institutos do direito público, especialmente valores constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana, migrando para o direito privado. Luiz Edson Fachin⁶ se utiliza do mesmo termo - repersonalização - para apontar a consequência do constitucionalismo e da superação da dicotomia entre “o universo jurídico público e o santuário privado clássico”.

Na mesma esteira, Ricardo Aronne⁷ descreve dito fenômeno como “a publicização do Direito Civil”, decorrente de sua constitucionalização, advinda de sua “repersonalização”. Gustavo Tepedino⁸ adverte, por outro lado, não se tratar de uma mera sobreposição do Direito Público sobre o Direito Privado, mas de uma interpenetração das referidas áreas, a qual demandaria uma leitura do Direito Civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar os valores não-patrimoniais, especialmente a

⁴ Neste sentido, por exemplo, RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A Constitucionalização do Direito Privado e a Sociedade sem Fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 16.

⁵ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões Histórico-Evolutivas sobre a Constitucionalização do Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 53.

⁶ FACHIN, Luiz Edson. O “aggiornamento” do Direito Civil Brasileiro e a Confiança Negocial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 116.

⁷ ARONNE, Ricardo. *Por uma Nova Hermenêutica dos Direitos Reais Limitados: (das raízes aos fundamentos contemporâneos)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 10.

⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 22.

dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva.

Nesta mesma linha, Danilo Doneda⁹ afirma ter havido “uma mudança paradigmática do direito civil que se reconhece como parte de um ordenamento cujo valor máximo é a proteção humana”.¹⁰ Fala-se igualmente em “humanização” do Direito Civil, como resultado da “influência do movimento de direitos humanos e da constitucionalização do direito civil”.¹¹ Alcança-se, assim, a noção de um Direito Civil Constitucional, ou seja, um Direito Civil reformulado, “interpretado e aplicado à luz dos valores constitucionais, reconhecido nos meios acadêmicos e também pelos Tribunais”.¹²

Fato é que o Direito Civil (ou o Direito Privado como um todo) passou a ser, cada vez mais, compreendido como um ramo da ciência jurídica indissociável das diretrizes nucleares da ordem constitucional emergente (centradas na pessoa humana), não podendo mais ser orientado simplesmente pela ideia (ultrapassada) de que os indivíduos são todos iguais, sendo exigido, do Poder Público, não mera atividade de coordenação, mas de verdadeira ingerência e direcionamento. Moacir Adiers¹³ explica que houve uma funcionalização¹⁴ das relações de natureza privada no sentido de que se atribuiu um caráter mais social a tais vínculos. O resultado disso foi a concepção do assim rotulado “Direito Civil Constitucional”¹⁵, o qual, conforme adverte o autor¹⁶, não

⁹DONEDA, Danilo. Os Direitos da Personalidade no Novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil – constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 35.

¹⁰ A conscientização de tal perspectiva já era encontrada na doutrina pátria desde antes do diploma civil de 2002, o que denota como os valores trazidos pela CF/88 já surtiam efeito. A afirmação “O centro nuclear do direito civil é a pessoa humana”, por exemplo, é encontrada em JUNIOR, Eroulths Cortiano. Alguns Apontamentos sobre os Chamados Direitos da Personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 41.

¹¹ Neste sentido, TIMM, Luciano Benetti. *O Novo Direito Civil: ensaio sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 54.

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. 1. 26. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 19.

¹³ ADIERS, Moacir. Constitucionalização do Direito Civil: um antigo tema novo. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; LONGO, Luís Antônio (Coords.). *A Constitucionalização do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. p. 56/57.

¹⁴ Luciano Timm, de forma crítica, assim se refere a essa funcionalização: “Os defensores do solidarismo jurídico acreditam que, por meio da funcionalização do Direito Privado, dominar-se-á o mercado, civilizando-o através de normas jurídicas solidárias e justas. É o Direito promovendo a ‘engenharia social’, lutando contra as agruras do capitalismo e contribuindo para resolver a ‘questão social’.” (TIMM, Luciano Benetti. *O Novo Direito Civil: ensaio sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 42/43).

¹⁵ Ingo Wolfgang Sarlet afirma que, na verdade, ao se falar da presença de institutos de direito privado na constituição está-se referindo não propriamente a um direito civil-constitucional, mas ao próprio direito constitucional. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Mínimo Existencial e Direito Privado: apontamentos sobre*

se trata de um novo Direito Civil, mas de uma nova leitura do antigo ramo, centrada na dignidade da pessoa humana e direcionada à realização do programa axiológico do constituinte. Trilhando caminho bastante parecido, Ricardo Aronne¹⁷, ao introduzir o assunto “Direito Civil Constitucional”, faz referência a um “Direito Civil renovado”, sendo este “reorientado pelo princípio da dignidade humana e devidamente alinhado ao compromisso constitucional de construção de uma sociedade igualitária, justa e fraterna [...]”.

Enfim, o mundo jurídico, especialmente o abrangente e complexo campo do Direito Privado, sofreu profundas transformações, sendo que a pessoa humana, como valor máximo, passou a desempenhar um papel centralizador e norteador no ordenamento, inclusive com a positivação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental constitucional.

1.1.2 Dignidade da Pessoa Humana

Em apertada síntese, é possível afirmar que, não apenas no ordenamento pátrio, mas também no plano internacional, a propriedade e a autonomia da vontade tiveram sua importância mitigada, deixando de deter força de cânones elementares e intransponíveis, passando a vida humana, ou seja, a pessoa, a constituir o centro do ordenamento e revelando a brutal ruptura da separação entre direito público e direito privado, hoje ultrapassada. Gustavo Tepedino¹⁸ define este novo tratamento como a forma de conferir à pessoa uma proteção integrada, que supere a dicotomia entre os direitos público e privado, e que promova, tal qual fixa o texto maior, a dignidade da pessoa humana.

algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-positivas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 323).

¹⁶ ADIERS, Moacir. *Constitucionalização do Direito Civil: um antigo tema novo*. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; LONGO, Luís Antônio (Coords.). *A Constitucionalização do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. p. 75/77.

¹⁷ ARONNE, Ricardo. Apresentação. In: ARONNE, Ricardo (Org.). *Estudos de Direito Civil Constitucional*. Vol. 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.11.

¹⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 53.

Tal reconstrução dos ordenamentos não foi por acaso, mas uma consequência direta dos acontecimentos que se sucederam ao longo da história humana, em que, por diversas passagens, em diferentes localidades e em diferentes momentos - como na Alemanha nazista, por exemplo -, a condição humana foi reduzida a um estado tal de miserabilidade e indignidade que se revelou imperiosa uma evolução da sociedade e da forma de se pensar a vida, bem como, o que não poderia ser diferente, um tratamento adequado por parte das legislações e do direito em si, visando proteger a pessoa humana de novas e abomináveis investidas como as de Hitler, Stalin e tantos outros.

Citável passagem de Daniela CourtesLutzky¹⁹, que, em determinado momento de sua obra, assim afirma: “Constitui-se a dignidade, a bem da verdade, em uma conquista que a pessoa realizou com o passar do tempo, surgida para combater a crueldade e as atrocidades perpetradas pelos próprios humanos, uns contra os outros.” Jane Reis Gonçalves Pereira²⁰, na mesma direção, remete à noção de “constitucionalismo contemporâneo”, especialmente do ponto de vista europeu, como uma reação às pretéritas “experiências de banalização dos direitos humanos”.

Como decorrência de tal evolução, a dignidade da pessoa humana, como valor supremo²¹, passou a ser parte integrante dos ordenamentos jurídicos ao redor de todas as partes do globo. Na Alemanha, por exemplo, é prevista pela Lei Fundamental (*Grundgesetz*), já no seu artigo primeiro, de acordo com o qual a dignidade da pessoa humana é intangível e cujo respeito e proteção constituem obrigação de todo o poder público.²² A mesma ideia está inserida na Carta dos Direitos Fundamentais da Comunidade Europeia, diploma cujo conteúdo detém, desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa (2009), efeito jurídico vinculante aos países membros da União Europeia (UE).²³ No Brasil, constitui, hoje, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político, fundamento da República (artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988 – CF/88).

¹⁹LUTZKY, Daniela Courtes. *A Reparação de Danos Imateriais como Direito Fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2012. p. 102.

²⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1.

²¹ NIPPERDEY, Hans Carl. Grundrechte und Privatrecht: eine Universitätrede. In: NIPPERDEY, Hans Carl (org.). *Festschrift für Erich Molitor*. München: Beck, 1962. p. 17.

²² “Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.”

²³ Informações sobre a Carta, bem como seu inteiro teor, podem ser obtidas através do sítio eletrônico da legislação da União Europeia: <http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/combating_discrimination/133501_pt.htm> Acesso em: 24/03/2013.

Conceituar tal dignidade, contudo, conforme destaca José de Melo Alexandrino²⁴, não se revela uma tarefa fácil, pelo contrário, complexa e obscura, haja vista a inegável abstração do termo.²⁵ O próprio autor refere, entretanto, que um possível denominador comum para os inúmeros conceitos que tentam defini-la seria enquadrá-la como “a referência da representação do ser humano”.²⁶ Outros doutrinadores, que igualmente atestam a dificuldade para se alcançar um sentido semântico único para o conceito da dignidade, poderiam ser aqui suscitados. Wilson Steinmetz²⁷, por exemplo, entende que “somente no plano da interpretação *in concreto*, orientada aos fatos, é possível uma densificação semântica satisfatória”, ou seja, apenas seria possível perceber a real definição do conceito no caso concreto. Peter Häberle²⁸, por sua vez, afirma que, numa perspectiva histórica, dignidade é “o resultado de um longo processo evolutivo, uma conquista cultural por excelência, expressão da evolução cultural [...]”.

Já Luís Roberto Barroso²⁹, em obra específica sobre o tema da dignidade, afirma que “a dignidade humana é um conceito multifacetado, que está presente na religião, na filosofia, na política e no direito”, bem como que “há um razoável consenso de que ela constitui um valor fundamental subjacente às democracias constitucionais de modo geral, mesmo quando não expressamente prevista nas suas constituições”. O referido autor defende ainda que a dignidade não é um valor ou um princípio absoluto,

²⁴ ALEXANDRINO, José de Melo. Perfil Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções. *Direitos Fundamentais e Justiça*. Ano 4. n. 11. Porto Alegre: HS Editora, 2010. p. 13/38.

²⁵ No campo da hermenêutica jurídica, conforme ensina Robert Alexy, nem mesmo é possível se afirmar que a “Dignidade da Pessoa Humana” caracteriza um princípio ou uma regra, podendo por oras desempenhar o papel de um ou de outro, o que apenas corrobora no sentido da absoluta complexidade do termo. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 111/114). Oportuno frisar a diferença entre os dois tipos de norma. Princípios, conforme define o autor alemão, são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, ou seja, são mandados de otimização, ao passo que regras “são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas”; Ronald Dworkin, na mesma medida, afirma que “*Rules are applicable in an all-or-nothing fashion*”, ao passo que um princípio “*states a reason that argues in one direction, but does not necessitate a particular decision*”. (DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth, 1978. p. 24/26).

²⁶ ALEXANDRINO, José de Melo. Perfil Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções. *Direitos Fundamentais e Justiça*. Ano 4. n. 11. Porto Alegre: HS Editora, 2010. p. 13/38.

²⁷ STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 114.

²⁸ HÄBERLE, Peter. A Dignidade Humana e a Democracia Pluralista – seu nexos interno. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.16.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 63.

mas que deve ter precedência na maioria dos casos quando em confronto com outro princípio ou valor fundamental.³⁰

A profundidade da questão é inegável, já sendo fonte de discussão desde muito antes das recentes constituições. Immanuel Kant³¹, no final do século oitocentista (1785), já se debruçava sobre a temática, quando, então, referiu residir a dignidade na noção de que ao homem, por este constituir um ser racional, não poderia ser atribuível um preço, tampouco poderia ser utilizado para outro fim que não em si mesmo.

Ingo Wolfgang Sarlet³², por seu turno, ventila interpretação no sentido de que o princípio da dignidade da pessoa humana apresenta-se como o valor unificador dos direitos fundamentais, na medida em que estes seriam desdobramentos e concretizações daquele.³³ Em trilha aproximada, Daniel Sarmento³⁴ sustenta tratar-se do “epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas [...]”.

A despeito dos vários conceitos acima referidos, Ingo Wolfgang Sarlet³⁵ define o conteúdo da dignidade da pessoa humana da seguinte forma, a saber:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 66/67.

³¹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2003. p. 29.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 62, 95 e 109.

³³ Ingo Wolfgang Sarlet adverte, entretanto, ser discutível a afirmação de que todos os direitos fundamentais (catálogo do título II da CF/88) encontrariam algum vínculo com a dignidade da pessoa humana, sendo certo, por outro lado, que para alguma posição jurídica fora do catálogo ser equiparada aos direitos fundamentais ali inseridos, “deve, necessariamente, guardar vínculo direto com a dignidade da pessoa humana”. (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012. p. 279/283).

³⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 85/86.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 37.

Neste contexto de valorização da pessoa humana, valorização esta centrada essencialmente no princípio da dignidade da pessoa humana, os ordenamentos jurídicos passaram a se estruturar, precipuamente, com base nos direitos fundamentais³⁶, inclusive, conforme se esmiuçará abaixo, com a positivação – não apenas na carta magna, mas também na legislação infraconstitucional - dos denominados direitos de personalidade.

1.1.3 Direitos de Personalidade

Exemplo muito emblemático de desdobramento prático oriundo da repersonalização do direito (e da inclusão do valor da dignidade da pessoa humana nos ordenamentos) é a positivação dos denominados *direitos de personalidade*. Dennis Otte Lacerda³⁷, neste contexto, faz a seguinte afirmação: “Os direitos de personalidade representam a expressão máxima da repersonalização do direito, uma vez que trata da tutela dos próprios atributos inerentes à condição humana”.

Lucas Lixinski³⁸ bem sublinha este estreito vínculo entre a repersonalização do direito, com a valorização do ser humano, e a inclusão dos referidos direitos de personalidade no sistema jurídico positivo: “Os direitos de personalidade, como categoria autônoma de direito, somente tornaram-se possíveis após a inversão da ótica jurídica. Com a revalorização do humano, através da redescoberta da sua dignidade, foi possível o reingresso de valores na ordem jurídica [...]”.

A própria relação entre os direitos fundamentais com o princípio da dignidade da pessoa humana e com os direitos de personalidade é íntima. Oportuna, aqui, citação

³⁶ A concepção e a positivação dos direitos fundamentais podem ser designadas como formas construídas pelo Estado e pela sociedade para reduzir injustiças, permitir o alcance da felicidade por todos e equilibrar os indivíduos com a sociedade. (RECH, Adir Ubaldo; RECH, Adivandro. Os Direitos Humanos e Fundamentais e a Garantia de Sociedade Humanitária. In: PEREIRA, Agostinho OliKoppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio (Orgs.). *Relações de Consumo: humanismo*. Caxias do Sul: Educus, 2011. p. 83/103, especialmente primeiras páginas).

³⁷ LACERDA, Dennis Otte. *Direitos da Personalidade na Contemporaneidade: a repactuação semântica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012. p. 49.

³⁸ LIXINSKI, Lucas. Considerações acerca da Inserção dos Direitos de Personalidade no Ordenamento Privado Brasileiro. *Revista de Direito Privado*. V. 27. São Paulo: RT, jul./set. 2006. p. 219.

de Dennis Otte Lacerda³⁹: “O parentesco entre Direitos da Personalidade e Direitos Fundamentais possibilita o livre trânsito do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana [...]”.

Arnaldo Rizzardo⁴⁰, ao introduzir o tema em sua obra, os define como “essenciais à plena existência da pessoa humana, à sua dignidade, ao respeito, à posição nas relações com o Estado e com os bens, à finalidade última que move todas as instituições, eis que tudo deve ter como meta maior o ser humano”.

Ainda que não haja absoluto consenso quanto à caracterização dos direitos de personalidade como direitos fundamentais⁴¹, o tema se reveste, na atualidade, como da mais alta relevância, configurando-se em perfeito exemplo de matéria que mescla direito público e direito privado.

Embora haja quem defenda a tese de que os direitos de personalidade já seriam tratados em épocas mais remotas (sec. XVI), conforme explica Fábio Siebeneichler de Andrade⁴², reconhece-se que a natureza jurídica essencial dos direitos de personalidade foi delineada somente no final do sec. XIX. Em que pese já haver referência quanto a esses direitos na CF/88, a temática é considerada uma inovação introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pelo CC/02, na medida em que a codificação de 1916 nada dispunha, pelo menos de forma expressa e autônoma, neste sentido.

E, não há dúvida, a inclusão, de forma inovadora, dos direitos de personalidade na codificação civil foi possível, também, graças aos princípios orientadores que balizaram esta nova legislação, em especial o princípio da eticidade, cuja intimidade com a própria noção de dignidade humana é incontroversa.⁴³

³⁹ LACERDA, Dennis Otte. *Direitos da Personalidade na Contemporaneidade: a repactuação semântica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012. p. 94.

⁴⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 145.

⁴¹ Ingo Wolfgang Sarlet destaca, todavia, que “parece acertado afirmar que os direitos pessoais ou de personalidade (utilizando-se aqui os termos como sinônimos) são sempre direitos fundamentais [...]”. (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012. p. 380).

⁴² ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Considerações sobre a Tutela dos Direitos da Personalidade no Código Civil de 2002. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 101/103. No mesmo sentido, Gustavo Tepedino, o qual afirma que os direitos da personalidade desenvolveram-se apenas no final do séc. XIX, como fruto de construção doutrinária francesa e germânica. (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 24).

⁴³ Em sua obra sobre o projeto do CC/02, Miguel Reale sustenta que o princípio da eticidade, cujo fulcro fundamental é a dignidade da pessoa humana como fonte de valores, é aquele que mais efetivamente produz a mudança na permeabilidade do código aos valores. (REALE, Miguel. *O Projeto do Novo Código Civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 8); E diversos são os dispositivos legais previstos no código atual que bem demonstram esse “espírito ético” que orientou a redação da nova lei. “Em vários artigos pode-se observar, como uma das mais salientes características do novo Texto Civil, a valorização dos pressupostos éticos na ação dos sujeitos de

Conforme Silvio de Salvo Venosa⁴⁴, a personalidade não é exatamente um direito, mas um conceito básico sobre o qual se apoiam os direitos que não possuem conteúdo econômico direto e imediato. Tais direitos seriam aqueles inatos a todo o homem, direitos estes com estreita ligação com a dignidade humana. São aqueles que representam, simbolizam e resguardam essa dignidade. Nos dizeres de Luís Roberto Barroso⁴⁵, os direitos da personalidade são tidos como a emanção da dignidade da pessoa humana. Em síntese, se revelam como o “conteúdo mínimo de direitos imprescindíveis para o desenvolvimento da personalidade”.⁴⁶

Antônio Chaves⁴⁷, fazendo relação dos direitos da personalidade com o direito natural⁴⁸, complementa: “Esses direitos da personalidade, ou personalíssimos, relacionam-se com o direito natural, constituindo um mínimo necessário do conteúdo da própria personalidade. Diferem dos direitos patrimoniais porque o sentido econômico desses direitos é absolutamente secundário e somente aflorará quando transgredido [...]”.

Carlos Alberto Bittar⁴⁹, em artigo específico sobre os direitos da personalidade, os conceitua como “direitos essenciais, vitalícios e intransmissíveis, que protegem valores inatos ou originários da pessoa humana como a vida, a honra, a identidade, o segredo e a liberdade”.

No direito brasileiro, em que pese a Carta Magna já prever a sua proteção, inclusive com *status* de direito fundamental (artigo 5º, inciso V), os direitos de personalidade, consoante já afirmado, foram introduzidos de forma consolidada e consagrados no sistema legislativo vigente através do CC/02, em um rol

direito, seja como consequência da *proteção da confiança* que deve existir como condição *sine qua non* da vida civil, seja como *mandamento de equidade*, seja ainda, como *dever de proporcionalidade*”. (MARTINS-COSTA Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. p.133).

⁴⁴VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: parte geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 171.

⁴⁵BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de Expressão Versus Direitos da Personalidade. Colisão de Direitos Fundamentais e Critérios de Ponderação. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação*: algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 99.

⁴⁶DONEDA, Danilo. Os Direitos da Personalidade no Novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil*: estudos na perspectiva civil-constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 35.

⁴⁷CHAVES, Antônio. *Tratado de Direito Civil*. São Paulo: RT, 1982. v. 1, t. 1, p. 491.

⁴⁸Direitos Naturais, conforme Norberto Bobbio, são aqueles advindos da mera existência do homem (BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Nova Edição. 10ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 82).

⁴⁹BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. São Paulo: RT, 1992. p. 64.

exemplificativo⁵⁰, entre os artigos 11 e 21, todos indiscutivelmente pautando-se pelo princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que visam propiciar a existência digna de todos e permitir o desenvolvimento da personalidade do ser humano.⁵¹

Conforme explicita Luciano de Camargo Penteado⁵², a positivação dos direitos da personalidade na lei civil, “não significa que o Direito brasileiro não os admitisse como autênticos direitos subjetivos e situações jurídicas, mas reflete a tendência do direito contemporâneo a valorizar a pessoa humana em sua inteireza, como ‘valor-fonte’”. O Direito Civil, assim, passa definitivamente a ter, na pessoa humana, a sua fonte e razão de tudo.

Sua grandeza é imediatamente percebida pelas suas características: absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, indisponíveis, vitalícios, gerais e necessários (à vida). São passíveis de classificação conforme sua faixa de proteção: integridade física (vida, corpo, alimentos, etc.), integridade intelectual (propriedade industrial, direitos autorais, etc.) e integridade moral (nome, honra, imagem, etc.).⁵³

Em síntese, entre os referidos direitos de personalidade expressamente listados no CC/02, encontram-se o direito à vida, direito ao próprio corpo, direito à liberdade de pensamento, direito à liberdade, direito à honra, direito à imagem, direito à identidade, direito à privacidade e direito à intimidade.

Os direitos de personalidade configuram, portanto, a mais clara manifestação da valorização da pessoa humana verificada nos ordenamentos jurídicos, representando, de forma não apenas emblemática, mas também muito prática, que as mudanças

⁵⁰Nesse sentido, LUTZKY, Daniela Courtes. *A Reparação de Danos Imateriais como Direito Fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 86.

⁵¹A questão quanto à existência ou não de uma cláusula geral de personalidade no ordenamento pátrio é controversa. Há quem diga não haver tal cláusula no ordenamento brasileiro. Nesse sentido, por exemplo, Fabio Siebeneichler de Andrade comenta que, diferentemente do que ocorre na Alemanha, o Brasil não conta com uma cláusula geral de direito da personalidade. (ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Considerações sobre o Desenvolvimento dos Direitos da Personalidade e sua Aplicação às Relações do Trabalho. *Direitos Fundamentais e Justiça*. Ano 3. n. 6. Porto Alegre, HS Editora, jan./mar. 2009. p. 166/168). Gustavo Tepedino, por outro lado, afirma que os artigos 12 e 21, do CC/02, especialmente se lidos conjuntamente com o artigo 1º, inciso III, da Carta Constitucional, desempenham tal função. (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 37).

⁵²PENTEADO, Luciano de Camargo. O Direito à Vida, o Direito ao Corpo e às Partes do Corpo, o Direito ao Nome, à Imagem e Outros Relativos à Identidade e à Figura Social, Inclusive Intimidade. *Revista de Direito Privado*. V. 49. São Paulo, RT. jan./mar. 2012. p. 76.

⁵³Em que pese os traços gerais serem muito similares, a doutrina não é absolutamente consensual quanto às características e classificações. Liliana Minardi Paesani, por exemplo, defende que a classificação mais adequada é a que divide os direitos da personalidade entre direitos físicos, direitos psíquicos e direitos morais. (PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 33).

ocorridas detêm um tom não apenas retórico e político, mas de aplicabilidade efetiva e transformadora, devendo servir de guia norteador a todos os operadores do Direito.⁵⁴

1.2 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL

1.2.1 Aspectos Gerais dos Direitos Fundamentais

A despeito da questão específica dos direitos de personalidade, no Brasil, a inclusão dos direitos fundamentais (que apesar das semelhanças, não são sinônimos de direitos humanos⁵⁵) ocorreu, sem dúvida, com a CF/88, através de uma extensa lista elaborada pelo constituinte originário com o propósito de justamente assegurar a proteção da dignidade da pessoa humana. Desde então, os direitos fundamentais, como institutos jurídicos de mais elevada força, passaram a adquirir cada vez mais relevância na doutrina, na jurisprudência e entre os operadores jurídicos em geral.

A questão acerca do que exatamente significa um direito fundamental, ainda que não seja tão complexa quanto a definição de dignidade da pessoa humana, certamente não é simples. Entretanto, de forma a evitar polêmicas, importa referir que,

⁵⁴ Maria Celina Bodin de Moraes inclusive afirma que, mesmo diante da inércia por parte do legislador, o juiz e o jurista devem interpretar o direito civil à luz da CF/88, seus valores e espírito, ou seja, em consonância com os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana. (MORAES, Maria Celina Bodin de. *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio. V.1. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 1991. p. 59/73); Ainda, cumpre mencionar outro texto da mesma autora sobre esse tema, no qual ela fala, a partir das noções de dignidade da pessoa humana e direitos de personalidade, inclusive em uma cláusula geral de tutela da pessoa. (MORAES, Maria Celina Bodin de. *O Conceito de Dignidade da Pessoa Humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 111/144).

⁵⁵ Direitos fundamentais e direitos humanos, embora semelhantes, são distintos. De pronto, frisa-se que sua identidade se encontra no seu núcleo, qual seja, a proteção da dignidade da pessoa humana. Os direitos humanos, invioláveis, reclamam um caráter de supranacionalidade e universalidade, cujo conteúdo moral aspira à validade transnacional e à exigibilidade em qualquer lugar, por qualquer pessoa, independentemente das limitações fronteiriças. Constituem-se praticamente em uma categoria prévia e verdadeiramente legitimadora dos direitos fundamentais. Face seu reconhecimento pelo Direito Internacional, independem de positividade. (SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Direitos Fundamentais e Democracia: o debate Habermas-Alexy*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 140); De outra banda, os direitos fundamentais, por constituírem a base axiológica e lógica sobre a qual se assenta o ordenamento jurídico, possuem âmbito de validade espacial e temporal, na medida em que cada Estado, através de sua soberania, determina seus próprios direitos e prioridades. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 359).

conforme os dizeres de Ingo Wolfgang Sarlet⁵⁶, os direitos fundamentais podem ser relacionados como “resultado da personalização e posituação constitucional de determinados valores básicos”, refletindo o “núcleo substancial” da ordem normativa, detendo, tal qual já salientado, íntima imbricação com a própria dignidade.⁵⁷

Possuem, em síntese, duas facetas – negativa e positiva -, podendo cada uma estar mais ou menos presente, de acordo com a natureza de cada direito. Enquanto a negativa (defensiva) constitui em exigir do Estado uma abstenção, uma não intervenção, a positiva demandaria justamente o contrário, ou seja, uma atuação (prestação) por parte do Poder Público. Os direitos de primeira geração (liberais) seriam tidos como de faceta negativa, ao passo que os de segunda (sociais) seriam os de faceta positiva.⁵⁸ Em que pese tal distinção, todos os direitos fundamentais apresentariam, especialmente no Brasil, um caráter de multifuncionalidade, na medida em que os direitos de defesa conteriam uma faceta de prestacionais, bem como os essencialmente prestacionais apresentariam igualmente um aspecto de “negativo”.⁵⁹

Relevante tópico que merece ser citado diz respeito à eficácia e à efetividade dos referidos direitos, sobretudo em relação aos agentes particulares, as quais, impende frisar, tomam diferentes contornos, conforme o país em exame.⁶⁰ Tais aspectos estão intimamente conectados, conforme se verá, à ideia de proteção de tais

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 61.

⁵⁷ Em publicação alemã sobre o tema, a especialidade (distinção) dos direitos fundamentais, em relação aos demais direitos subjetivos, foi atribuída, a rigor, ao fato de os primeiros estarem previstos na carta constitucional: “*Fasslich wird dabei der gemeinsame Begriff der Grundrechte: Sie sind Rechte des Individuums und verpflichtenden Staat. Ihre Besonderheit gegenüber anderen subjektiven Rechten liegt in ihrem Verfassungsrang. Sie verlangen dem Staat Rechtfertigung ab und liegen ihm insofern voraus*”. (PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte Staatsrecht II*. 28. Aufl. Berlin/Münster: C.F. Müller, 2012. p. 13).

⁵⁸ Conforme leciona Daniel Sarmento: “não bastava mais o mero reconhecimento formal das liberdades humanas, sendo necessário assegurar as condições materiais mínimas para que tais liberdades pudessem ser efetivamente desfrutadas pelos seus titulares”. (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 16).

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e a Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 18/19.

⁶⁰ No direito comparado, na Alemanha, por exemplo, a eficácia seria, a princípio, apenas indireta, haja vista que seria imprescindível uma atuação estatal, intermediadora para esta eficácia. Claus-Wilhelm Canaris explica tal questão fazendo referência a possibilidade que todo alemão tem de utilização do recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) ao Tribunal Constitucional Federal (*Bundesgerichtshof*), citando vários casos, em especial o célebre caso Lüth. Da mesma forma, a teoria do *Drittwirkung* (eficácia perante terceiros) é afastada na Alemanha até em razão do texto literal da Lei Fundamental alemã. Ou seja, os direitos fundamentais incidiriam nas relações entre sujeitos jurisdicionais, mas apenas indiretamente, posto que passariam, primeiro, por uma atuação estatal - jurisdicional, por exemplo. (CANARIS, Claus-Wilhelm. A Influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 205/220).

direitos. Conforme afirmou Norberto Bobbio⁶¹, “o problema grave do nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”.⁶²

Quanto à eficácia, Ingo Wolfgang Sarlet⁶³ esclarece que, no Brasil, especialmente em razão da redação do parágrafo 1º⁶⁴, do artigo 5º, da CF/88, a tendência majoritária, inclusive apoiada pelo Supremo Tribunal Federal - STF, é por considerar que os direitos fundamentais exercem, em regra, eficácia direta inclusive no âmbito das relações entre particulares⁶⁵, isto é, sem a necessidade de os sujeitos recorrerem ao Estado.⁶⁶

Por derradeiro, quanto à efetividade dos direitos fundamentais, esta seria o reflexo social da aplicação destes. Traduz-se na verdadeira concretização dos referidos direitos no mundo dos fatos, no plano social, através da real obediência de suas normas e do Direito como um todo. Ingo Wolfgang Sarlet⁶⁷, na mesma linha de Eros Grau⁶⁸,

⁶¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Nova Edição. 10ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p 25.

⁶² Quanto à relação entre direitos fundamentais e o Direito Privado, ver

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e a Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13/36, especialmente 27.

⁶⁴ De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, o dispositivo legal em apreço aplica-se sem exceção a todos os direitos fundamentais e somente a estes, isto é, não se estende às demais normas constitucionais. Entretanto, salienta que, tendo em vista a coexistência de normas de direitos fundamentais que se restringem a estabelecer programas, finalidades e tarefas a serem implementadas pelos órgãos estatais e que, portanto, reclamam uma mediação legislativa – normas programáticas -, a melhor exegese para o §1º, do artigo 5º, seria no sentido de haver, para os direitos fundamentais, uma presunção em favor da aplicabilidade imediata. Desta forma, para que não sejam imediatamente aplicáveis, deve haver, no caso concreto, convincente e legítima justificação. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 257/273).

⁶⁵ Todavia, há quem seja contrário a tal teoria. Cibele Gralha Mateus, por exemplo, adverte que se estaria a aniquilar a esfera da liberdade e da autonomia privada, na medida em que os particulares poderiam, por exemplo, invocando os direitos fundamentais, ignorar os contratos e as suas estipulações. (MATEUS, Cibele Gralha. *Direitos Fundamentais Sociais e Relações Privadas: o caso do direito à saúde na constituição brasileira de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 115/119).

⁶⁶ Independentemente de tal problemática, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que o que importa, seja na eficácia direta seja na indireta, é que se obtenha uma solução sistematicamente adequada e que se garanta compatibilidade com os princípios e regras da CF/88, seja com o núcleo essencial da autonomia privada e da liberdade contratual, seja com os demais direitos fundamentais, correspondendo, de resto, tanto às exigências da proibição de excesso quanto à vedação de insuficiência. O próprio autor afirma, contudo, que vem ocorrendo um certo abuso da constitucionalização do Direito Privado, especialmente no âmbito da aplicação dos direitos fundamentais entre agentes particulares. Tal hipertrofia estaria acarretando uma verdadeira judicialização das relações sociais. (SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e a Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13/36, especialmente 35/36).

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 235/241.

diferencia a efetividade da eficácia, referindo que, enquanto esta, a eficácia jurídica, significa a possibilidade, a aptidão para determinada norma vigente ser aplicada no caso concreto e gerar efeitos, aquela constitui a decisão pela efetiva aplicação da norma, gerando seus efeitos e resultados.

Feitas tais considerações gerais acerca dos direitos fundamentais e sua positivação no ordenamento, cumpre agora adentrar em um direito fundamental em especial, qual seja, o da proteção dos consumidores.

1.2.2 Contornos Históricos da Proteção do Consumidor

A opção legislativa (e constitucional) de buscar fortalecer a proteção dos consumidores coaduna com um dos objetivos nucleares da própria dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais em geral, qual seja, o de alcançar, nas relações jurídicas e sociais, na maior medida possível, uma justiça material, diminuindo desigualdades e protegendo - especialmente - os mais fracos, como os consumidores.⁶⁹

A proteção das relações de consumo e a busca por garantir qualidade e segurança mínima aos consumidores não é algo totalmente novo. A bem da verdade, conforme salienta J. M. Othon Sidou⁷⁰, a questão já era tratada, ainda que com contornos obviamente bastante diversos dos atuais, desde os tempos antigos, entre os povos primitivos.⁷¹ Entretanto, apenas nos tempos mais recentes, notadamente no século XX, é que ganhou a relevância e a dimensão atual, revestindo-se de assunto de interesse nacional. O ponto de partida para essa mudança foi, sem dúvidas, a industrialização,

⁶⁸ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 314.

⁶⁹ Pode-se afirmar que da CF/88 emerge um direito privado solidário, atento às fraquezas de certos grupos da sociedade (como os consumidores), ao contrário do que ocorria com o direito privado moderno, o qual rejeitava a identificação de sujeitos vulneráveis e carentes de proteção especial (MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*. São Paulo: RT, 2012. p. 15/31).

⁷⁰ SIDOU, J. M. Othon. *Proteção ao Consumidor: quadro jurídico universal, responsabilidade do produtor no direito convencional, cláusulas contratuais abusivas, problemática brasileira, esboço de lei*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 01/06.

⁷¹ Também neste sentido, citável Eduardo Gabriel Saad, que refere que já na antiga Roma, por exemplo, igualmente se tinha conhecimento de ações para proteção do adquirente de coisas com defeitos ocultos (os atualmente conhecidos vícios redibitórios). O autor destaca, entretanto, que mesmo que o consumidor tenha alguma proteção desde os tempos mais remotos, a questão sempre foi tratada, até o século XX, sob uma perspectiva individualista, não coletiva, como um problema de massa. (SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Lei n. 8.078, de 11.9.90*. 3. ed. São Paulo: Ltr, 1998. p. 28 e 36).

com o extraordinário desenvolvimento do comércio e o surgimento do fenômeno da sociedade de consumo, na qual o desejo de consumir deixou de ser norteado apenas pela necessidade, passando a constituir uma nova racionalidade humana, do que adveio a necessidade de se criar legislações e métodos protetivos eficazes e adequados aos novos tempos.⁷²

Tal opção, de positivar e fortalecer a proteção do consumidor, como jamais o fora antes feito na história do país, não foi por acaso. Resultou de uma necessidade, não apenas no plano nacional, mas em nível global⁷³, decorrente da evolução e do desenvolvimento da sociedade e das relações de consumo, especialmente a partir da Revolução Industrial⁷⁴, com a superação do paradigma individualista de produção, distribuição e comercialização para a massificação de tais relações.⁷⁵

Os fornecedores deixaram de ser simples artesãos para formarem poderosas e gigantescas empresas com poder de barganha avassalador, por vezes superior até mesmo aos Estados Nacionais. Da mesma maneira, com a introdução de formas de produção em massa, os produtos em geral deixaram de ser produzidos manualmente, passando a ser objeto de formas de produção em série e automatizadas.⁷⁶

Tudo isso gerou uma mudança brutal nas relações comerciais. Antes uma pessoa criava, produzia, distribuía e comercializava um produto, isto é, realizava todas as fases do processo de produção de forma pessoal. Com a industrialização, as relações

⁷² Interessantes e oportunas considerações acerca da importância que o consumo adquire na sociedade contemporânea capitalista, onde se torna uma racionalidade imperante e constitui inclusive uma forma de permitir às pessoas alcançar felicidade, maior bem-estar e posição social podem ser encontrados em RUSCHEINSKY, Aloísio; CALGARO, Cleide. *Relações de Consumo e humanismo: efeitos, reflexos e consequências*. In: PEREIRA, Agostinho OliKoppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio (Orgs.). *Relações de Consumo: humanismo*. Caxias do Sul: Educs, 2011. p. 37/60.

⁷³ Eikevon Hippel, em sua obra sobre a proteção do consumidor, faz, nas páginas iniciais, uma apanhado geral da evolução histórica e de aspectos gerais da proteção do consumidor. Neste contexto, destaca, desde as primeiras linhas, o aspecto global da temática envolvendo proteção dos consumidores: “*Der ‘Verbraucherschutz’, genauer: der SchutzdesprivatenEndverbrauchers, gehörtzudeninternationalaktuellstenrechtspolitischenThemen und ForderungenunsererZeit*”. (HIPPEL, Eikevon. *Verbraucherschutz*. 3. Aufl. Tübingen: Mohr, 1986. p. 03).

⁷⁴ Cláudia Lima Marques esclarece que se está, na verdade, a tratar de três revoluções industriais: a primeira, representada pela massificação das formas de produção e pelo carvão e o aço; a segunda, representada pelas fases econômicas taylorismo e fordismo; e a terceira, vinculada à noção de informatização e globalização da economia. (BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 38/40).

⁷⁵ A doutrina atenta para o fato de a origem do direito do consumidor, advinda da industrialização, em muito se assemelhar com a do direito trabalhista, não apenas por compartilharem raízes similares, mas pela identidade quanto à vulnerabilidade do polo mais fraco (consumidor e empregado). (ALMEIDA, João Batista de. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 20; SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: Lei n. 8.078, de 11.9.90. 3. ed. São Paulo: Ltr, 1998. p. 28/30).

⁷⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 2/3.

aumentaram e se tornaram muito mais complexas, deixando de ser individualizadas e pessoalizadas, passando a constituir relações massificadas e automatizadas. Conforme analisa Leonardo Roscoe Bessa⁷⁷, a fragilidade do consumidor intensificou-se com a industrialização, ao ponto em que “o consumidor tem deixado de ser uma *pessoa* para se tornar apenas um *número* no processo de produção e circulação de bens”.

E com a industrialização, surgiu, entre os séculos XVIII e XIX, aquilo que se denomina *sociedade de consumo*, a qual encontrou seu ápice no século XX.⁷⁸ Neil McKendrick⁷⁹ aponta que a sociedade de consumo é a consequência da expansão da oferta gerada com a revolução industrial. Foi justamente neste contexto, de apogeu da sociedade de consumo, onde problemas como acesso ao consumo, insuficiência de informações seguras e desigualdades econômicas e sociais propiciaram o cenário para a busca de melhorias nas legislações.⁸⁰

Os remédios jurídicos existentes, todavia, não eram aptos, tampouco minimamente capazes de fornecer proteção aos “novos” consumidores. As transformações sociais não foram acompanhadas pelo sistema jurídico, o que exigiu mudanças, de forma a se buscar efetiva proteção a esta emergente relação de consumo.⁸¹

Conforme explica Sérgio Cavalieri Filho⁸², os clássicos princípios liberais da autonomia da vontade, do cumprimento obrigatório dos contratos e da responsabilidade civil fundada na culpa (dogmas romanistas) não forneciam a proteção substancial e efetiva para as novas relações, estando fadados a terem sua força e vigor mitigados. A manifesta desigualdade existente nas relações de consumo, em virtude da notória vulnerabilidade dos consumidores, foi a mola propulsora para que se buscasse uma legislação protetiva.⁸³

⁷⁷ BESSA, Leonardo Roscoe. *O Consumidor e Seus Direitos*: ao alcance de todos. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. p. 26.

⁷⁸ Conforme relatório das Nações Unidas, no século XX, houve uma explosão das despesas com consumo. Em 1900, gastava-se mundialmente 1,5 bilhões de dólares americanos com consumo. Já em 1998, o montante alcançou a cifra de 24 bilhões. (NAÇÕES UNIDAS, *Relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento de 1998*: consumo para o desenvolvimento humano. Lisboa: Trivona, 1998. p. 1).

⁷⁹ McKENDRICK, Neil. The Consumer Revolution of Eighteenth-Century England. In: McKENDRICK, Neil; BREWER, John; PLUMB, J. H. (Eds.). *The Commercialization of Eighteenth Century England*. Bloomington: Indiana University Press, 1982. p. 9/33.

⁸⁰ SODRÉ, Marcelo Gomes. *A Construção do Direito do Consumidor*: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2009. p. 09/25.

⁸¹ ALMEIDA, João Batista de. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 02.

⁸² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 3.

⁸³ “A vulnerabilidade do consumidor é fruto deste enorme desequilíbrio que existe entre o conhecimento profissional de posse dos fornecedores e a ausência deste conhecimento por parte os consumidores. Com o desenvolvimento tecnológico e a produção em massa de produtos, a posição do consumidor se mostrou extremamente sujeita a todo tipo de riscos. Desde problemas de saúde e segurança, já que os

Conforme bem esclarece Sálvio de Figueiredo Teixeira⁸⁴, “o Direito deparou, então, com duas situações aparentemente antagônicas: De um lado, preservar as leis de mercado e o desenvolvimento econômico [...] de outro, evitar o esmagamento dos indivíduos pelas corporações.”

Historicamente, atribui-se ao conhecido discurso do Presidente dos Estados Unidos, John F. Kennedy, no Congresso norte-americano, em 15 de março⁸⁵ de 1962, o marco inicial da legislação consumerista, momento a partir do qual diversas nações despertaram para a problemática relativa à proteção dos direitos dos consumidores.⁸⁶ Em seu pronunciamento citou, como direitos básicos dos consumidores a serem protegidos, os direitos à segurança e à saúde, o direito de escolha, o direito a ser ouvido e o direito à informação. Não se pode ignorar que tal conduta teve inegável caráter político, eleitoral e democrático, eis que, ao defender a proteção dos consumidores, estar-se-ia referindo a todos, uma vez que, todas as pessoas, sem exceção, são, e cada vez mais, consumidoras.⁸⁷ De qualquer forma, tal discurso surtiu efeito, e, após este fato, diversos diplomas legais protetivos foram aprovados pelo Congresso estadunidense.

Após tal período, estatutos consumeristas passaram a ser elaborados de forma a estabelecer direitos tidos como básicos dos consumidores: em 1973, a Resolução 543, na Comunidade Europeia⁸⁸, também reconhecida como a Carta dos Consumidores; no mesmo ano, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, em sua 29ª sessão, em Genebra, igualmente reconheceu formalmente uma série de direitos básicos consumeristas; na década de 80, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas

consumidores não são informados a respeito dos mesmos, até prejuízos econômicos com a existência de práticas ou cláusulas abusivas ininteligíveis”. (SODRÉ, Marcelo Gomes. *A Construção do Direito do Consumidor: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 31).

⁸⁴ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A Proteção ao Consumidor no Sistema Jurídico Brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 60. São Paulo: RT, out./set. 2006. p. 09.

⁸⁵ A data de 15 de março, justamente em razão do referido discurso, passou a ser internacionalmente conhecida como dia mundial dos direitos dos consumidores.

⁸⁶ PASQUALOTTO, Adalberto. Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. I. São Paulo: RT, 2010. p. 41).

⁸⁷ “O consumo é parte indissociável do cotidiano do ser humano. É verdadeira a afirmação de que todos nós somos consumidores. Independentemente da classe social e da faixa de renda, [...] e em todos os períodos de nossa existência. Por motivos variados, que vão desde a necessidade da sobrevivência até o consumo por simples desejo, o consumo pelo consumo”. (ALMEIDA, João Batista de. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 01).

⁸⁸ Interessante resumo quanto ao surgimento do Direito do Consumidor na Alemanha é encontrado em SANGENSTEDT, Von Hans Rudolf. *MeineRechtealsVerbraucher*. 2. Auflage. München: DTV, 1991. p. 19 e seguintes; Especificamente sobre a proteção dos vulneráveis, ver HIPPEL, Eike von. *Der Schutz der Schwächeren*. Tübingen: Mohr, 1982. p. 2 e seguintes.

- ONU aprovou a Resolução 39/248, responsável por instituir uma série de normas de caráter internacional para proteção dos consumidores. Conforme afirma Sergio Cavalieri Filho⁸⁹:

Essas normas tinham por finalidade oferecer diretrizes para países, especialmente aqueles em desenvolvimento, a fim de que as utilizassem na elaboração ou aperfeiçoamento das normas e legislações de proteção ao consumidor, bem assim encorajar a cooperação internacional na matéria, ressaltando a importância da participação dos governos na implantação de políticas de defesa dos consumidores.

A rigor, a evolução, jurídica e legislativa, foi uma decorrência da forma de se enxergar, entender e proteger os consumidores, considerados não mais individualmente, mas em seu aspecto coletivo, inerente a todos. Nesse contexto, oportuno citar trecho de Geisa de Assis Rodrigues⁹⁰, que assim explica tal mudança:

Pelo menos até 1985 as regras que eram invocadas na defesa do consumidor, notadamente em face da aquisição de produtos viciados, apenas disciplinavam a dimensão individual dos conflitos entre consumidores e fornecedores. [...] À crescente complexidade da forma de circulação das riquezas nos países capitalistas, com concentração de empresas, sofisticação de tecnologia, excedente de produção, correspondeu um novo modelo de sociedade, sujeito e objeto, de novos padrões de consumo e de hábitos culturais. Temos o que se convencionou chamar de sociedade de massas, que a todos homogeneiza, que dita modas e tendências, em todas as searas, do vestuário à alimentação, praticamente irresistíveis ao indivíduo. Quando ocorre uma lesão ao consumidor, esta assume proporções nunca antes imaginadas, o dano se espalha por um número, em muitos casos indeterminado de pessoas reclamando, assim, um remédio jurídico de dimensão coletiva.

No Brasil, apesar da problemática concernente aos direitos do consumidor ter sido alvo de debates desde a década de 70 e de já haver doutrina⁹¹ sinalizando a necessidade iminente de mudança legislativa, os efeitos desta evolução foram sentidos apenas anos depois.

Foi com a promulgação da CF/88 e com o CDC que revolucionou-se a proteção do consumidor, constituindo o maior avanço que o país até então vivenciara no que

⁸⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 6.

⁹⁰ RODRIGUES, Geisa de Assis. A Proteção ao Consumidor como um Direito Fundamental. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 58. São Paulo: RT, abr./jun. 2006. p. 75/78.

⁹¹ Apenas para exemplificar, citável texto de Fábio Konder Comparato publicado em 1986, quando então o referido autor expressamente reconheceu o retardo no qual se encontrava o Brasil em termos de proteção consumerista frente a outras nações, necessitando adoção de medidas transformadoras: “Decididamente, o Brasil ainda não entrou na era dos direitos individuais do consumidor”. (COMPARATO, Fábio Konder. A Proteção do Consumidor: importante capítulo do direito econômico. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. I. São Paulo: RT, 2010. p. 185/186).

concerne à proteção daqueles. Até então, conforme refere Orlando Gomes⁹², o instrumento legislativo protetivo era a Lei nº. 7.347/83 (instituidora da ação civil pública), ou seja, não havia normatização específica (e efetiva), sendo possível afirmar que, antes da CF/88 e do CDC, o referido sujeito de direitos “encontrava-se, de fato, totalmente desamparado para enfrentar os abusos do mercado de consumo”.⁹³

1.2.3 O Consumidor na Ordem Jurídica Positiva Brasileira

A proteção do consumidor constitui, hoje, no Brasil⁹⁴, direito da mais alta carga axiológica, na medida em que positivado expressamente pela CF/88 como um direito fundamental (artigo 5º, inciso XXXII): “Efetivamente, no Brasil de hoje, a proteção do consumidor é um valor constitucionalmente fundamental (*Wertsystem*), é um direito fundamental [...]”.⁹⁵ Luiz Guilherme Marinoni⁹⁶, na mesma esteira, afirma que “Não há dúvida de que o direito do consumidor constitui um direito fundamental.” Compartilhando da mesma posição, citável Bruno Miragem⁹⁷, o qual aduz que “[...] o direito do consumidor, enquanto direito subjetivo, tem sede constitucional e caracteriza-se ontologicamente como direito humano fundamental [...]”.

Importante referir que, consoante apregoa Cláudia Lima Marques⁹⁸, dada a referida fundamentalidade, o consumidor, como sujeito especial de direito, passa a ter direito a uma proteção diferenciada e multifacetada por parte do Estado:

⁹² GOMES, Orlando. Os Direitos dos Consumidores. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. II. São Paulo: RT, 2010. p. 1007.

⁹³ BENJAMIN, Antônio Herman V. O Código Brasileiro de Proteção do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. I. São Paulo: RT, 2010. p. 99/101.

⁹⁴ De todo modo, é importante referir que a questão, atualmente, não encontra guarida apenas no Brasil, pois “a proteção jurídica do consumidor [...] é tema supranacional, pois abrange todos os países, desenvolvidos ou em via de desenvolvimento”. (ALMEIDA, João Batista de. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 04).

⁹⁵ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 30.

⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. A Conformação do Processo e o Controle Jurisdicional a partir do Dever Estatal de Proteção do Consumidor. In: SAMPAIO, Aurisvaldo; CHAVES, Cristiano (Coords.). *Estudos de Direito do Consumidor: tutela coletiva (homenagem aos 20 anos da lei da ação civil pública)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 362.

⁹⁷ MIRAGEM, Bruno. O Direito do Consumidor como Direito Fundamental. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. II. São Paulo: RT, 2010. p. 48.

⁹⁸ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 27.

É um direito fundamental (direito humano de nova geração, social e econômico) a uma prestação protetiva do Estado, a uma atuação positiva do Estado, por todos os seus poderes: Judiciário, Executivo e Legislativo. É direito subjetivo público geral, não só de proteção contra as atuações do Estado (direito de liberdade ou direitos civis, direito fundamental de primeira geração, em alemão *Abwehrrechte*), mas de atuação positiva (protetiva, tutelar, afirmativa, de promoção) do Estado em favor dos consumidores (direito a alguma coisa, direito prestacional, direito econômico e social, direito fundamental de nova geração, em alemão *Rechte auf positive Handlungen*).

E, não apenas perante o Estado, sendo a eficácia deste direito fundamental inequivocamente oponível também perante agentes privados, tal qual ocorre, conforme já salientado, com os direitos fundamentais de uma forma geral.⁹⁹

Ao se elevar ao *status* de direito fundamental, deve-se registrar, está-se, na verdade, a referir que determinado direito, pelo prisma da formalidade, foi consagrado na forma de direito elementar de determinada ordem jurídica. Pelo viés da materialidade, por sua vez, significa que o direito em questão se mostra basilar no ordenamento constitucional, não por estar escrito, mas pelo fato de sua essência tratar de elementos nucleares da CF/88 e de abranger questões relativas à estrutura básica do Estado e da sociedade.¹⁰⁰

A constitucionalidade formal da proteção do consumidor, conforme visto, já está atestada no inciso XXXII do artigo 5º da Carta Magna. Já sua materialidade advém, conforme refere Bruno Miragem¹⁰¹, do indissociável vínculo que há entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a proteção do consumidor, na medida em que esta busca, ao fim, realizar, de forma adequada, uma necessidade humana básica, especialmente na sociedade atual, qual seja, a necessidade de consumir. Note-se que o mencionado autor lembra que “a rigor, todas as pessoas são em algum tempo, ou em um dado número de relações jurídicas, consumidoras”. Nesse diapasão, surge o Direito do Consumidor para tutelar¹⁰² esta relação jurídica – em cuja gênese há inegável carga de desequilíbrio e

⁹⁹ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 28.

¹⁰⁰ MATEUS, Cibele Gralha. *Direitos Fundamentais Sociais e Relações Privadas: o caso do direito à saúde na constituição brasileira de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 19/25.

¹⁰¹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 40/44.

¹⁰² Bruno Miragem sinala que esta tutela – por se tratar de direitos subjetivos de matriz constitucional – implica conseqüências: no mínimo, estabelecendo-os como preferenciais em relação a outros direitos de matriz infraconstitucional; e, no máximo, determinando providências concretas para sua realização. (MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 39).

desigualdade entre as partes -, com fito de justamente proteger e equilibrar esta necessidade humana.

Não é a toa que Sérgio Cavalieri Filho¹⁰³ afirma ser todo o sistema de proteção aos consumidores decorrente, justamente, da extrema e manifesta vulnerabilidade dos consumidores perante os fornecedores, mencionando que tal vulnerabilidade¹⁰⁴ chega a existir em três aspectos: fático, jurídico e técnico.¹⁰⁵

A carta constitucional, tal qual já adiantado, estabelece ser a proteção do consumidor não apenas um direito fundamental, mas um princípio da ordem econômica, ao lado de outros princípios, como a livre concorrência, a função social da propriedade, a proteção do meio ambiente, entre outros (artigo 170, inciso V).

O Estado, por exemplo, passa a tomar uma postura comedida nas atividades econômicas (nem totalmente liberal, nem totalmente intervencionista), constituindo-se em um modelo de Estado Regulatório, cuja relevância para a proteção dos consumidores, conforme mais adiante se verá, é bastante íntima.

Da mesma forma, o Estado torna-se interessado na proteção da concorrência, o que igualmente revela a tendência pela busca de uma maior proteção dos consumidores. Nesse sentido, por exemplo, mencionável, ainda que com certa ressalva, Ana Paula Martinez¹⁰⁶, a qual refere que “todas as escolas concorrenciais são unânimes em apontar o consumidor como o destinatário econômico final das normas concorrenciais”. Não há dúvidas, assim, que proteger a concorrência, além de proteger o próprio mercado e o seu desenvolvimento, é também resguardar os direitos dos consumidores. O interesse da CF/88 em proteger o consumidor, portanto, como ser vulnerável e carente de instrumentos protetivos, é evidente.

¹⁰³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 7.

¹⁰⁴ Paulo R. Roque A. Khouri, acerca da vulnerabilidade do consumidor, menciona justamente que a defesa do consumidor é um princípio fundamental exatamente para proteger a dignidade da pessoa humana. (KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. XVIII/XIX); Sobre a relação entre a proteção do consumidor e a dignidade da pessoa humana, vide PASQUALOTTO, Adalberto. *Fundamentalidade e Efetividade da Defesa do Consumidor*. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*. Ano 3. n. 9. Porto Alegre: HS Editora, out./dez. 2009.

¹⁰⁵ A doutrina já aponta, ainda, a existência de uma quarta espécie de vulnerabilidade, a informacional, a qual toma corpo próprio, especialmente nesta era contemporânea de globalização e virtualização das relações, em que a informação adquire destacada importância, desempenhando “o maior fator de desequilíbrio da relação vis-à-vis dos fornecedores”. (MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*. São Paulo: RT, 2012. p. 154/160).

¹⁰⁶ MARTINEZ, Ana Paula. A Proteção dos Consumidores pelas Normas Concorrenciais. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 52. São Paulo: RT, out./dez. 2004. p. 10.

Entretanto, não é apenas no texto constitucional que o consumidor encontra, dentro do atual sistema, proteção especial e institutos protetivos. A proteção dos consumidores, que, conforme lembra Adalberto Pasqualotto¹⁰⁷, é desempenhada através não de uma norma, mas de um conjunto de instrumentos jurídicos (compondo um “sistema interdisciplinar”) é, na verdade, ainda mais efetivamente visualizada através da Lei nº. 8.078/90, popularmente conhecida como Código de Proteção e Defesa dos Consumidores (CDC), uma norma inédita (não só no Brasil, mas no mundo)¹⁰⁸ e que foi criada com a finalidade precípua de proteger este sujeito de direitos.¹⁰⁹

O referido código¹¹⁰ é um produto emblemático do já comentado fenômeno da constitucionalização do direito e da consagração de um direito privado (civil) constitucional (ou, na expressão utilizada por Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem¹¹¹, de um “Novo Direito Privado”, ou “Direito Privado Solidário”, “cuja característica marcante é a proteção da pessoa humana, valor que inspira e reforça, especialmente, o reconhecimento e proteção entre todos, dos mais fracos, os vulneráveis da sociedade de massas contemporânea”). E, de fato, em um sistema centrado no ser humano, o CDC “existe *por e para* a dignidade da pessoa humana”.¹¹²

¹⁰⁷ PASQUALOTTO, Adalberto. Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. I. São Paulo: RT, 2010. p. 26/28.

¹⁰⁸ Antônio Herman V. Benjamin destaca que o CDC, além de revolucionário no Brasil, foi o primeiro no mundo do seu tipo - para proteger os consumidores. (BENJAMIN, Antônio Herman V. O Código Brasileiro de Proteção do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. I. São Paulo: RT, 2010. p. 97/101).

¹⁰⁹ É importante que se esclareça, desde já, que o CDC se trata de uma legislação elaborada para proteger o sujeito consumidor, individual ou coletivamente considerado, e não o mercado ou o consumo em si. (MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 98 e BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 27); No mesmo sentido, é o entendimento de Adalberto Pasqualotto, ao afirmar que o CDC destina-se especificamente à proteção daquele sujeito de direitos e que se presta a equilibrar a relação de consumo, ou seja, a suprir a vulnerabilidade do polo mais fraco da relação. (PASQUALOTTO, Adalberto. Conceitos Fundamentais do Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. I. São Paulo: RT, 2010. p. 65).

¹¹⁰ A opção por proteger o consumidor através de um código próprio, é importante dizer, trata-se de escolha brasileira. Conforme relatam Cláudia Lima Marques e Ulrich Wehner, diversas são as formas adotadas pelos países na proteção deste sujeito de direito. Na Alemanha, por exemplo, a opção foi por incluir no BGB (*BürgerlichesGesetzbuch*, um código civil geral) a figura do consumidor. (MARQUES, Cláudia Lima; WEHNER, Ulrich. Código Civil Alemão Muda para Incluir a Figura do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. I. São Paulo: RT, 2010. p. 1139/1146).

¹¹¹ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*. São Paulo: RT, 2012. p. 21 e 24.

¹¹² CERQUEIRA, Kátia Leão; REIS, Jorge Renato dos. A Concepção Constitucional do Consumidor: o princípio da dignidade da pessoa humana nas relações de consumo. In: PEREIRA, Agostinho OliKoppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio (Orgs.). *Relações de Consumo: humanismo*. Caxias do Sul: Educs, 2011. p. 170.

Conforme descreve Eduardo Saad¹¹³, o CDC configura “um microsistema normativo, de natureza multidisciplinar por abranger vários ramos do direito público e privado.” Segundo Sérgio Cavalieri Filho¹¹⁴, é “a lei mais revolucionária do século XX”, sendo essencialmente configurada em princípios e cláusulas gerais, razão pela qual é referida como uma legislação principiológica, voltada para um fim específico e restrito.

A ideia norteadora é a proteção de um específico sujeito de direitos, qual seja, o consumidor (tanto do ponto de vista individual como coletivo), com normas tanto de direito público como de direito privado, mas todas de ordem pública¹¹⁵ e interesse social.¹¹⁶⁻¹¹⁷ Ou seja, são normas indisponíveis, pelo que, conforme frisa Eduardo Saad¹¹⁸, “o consumidor está impedido de renunciar” e das quais “o fornecedor não pode furtar-se ou exonerar-se”. No entender de José Geraldo Brito Filomeno¹¹⁹, as referidas normas, dada a sua natureza, aplicam-se, inclusive, às relações de consumo estabelecidas antes da sua vigência.

Busca, esta nova legislação, na esteira do “Novo Direito Privado” como um todo, a igualdade substancial (material, baseada na justiça distributiva e protetiva) – e não meramente formal - limitando os poderes do polo mais forte na relação,

¹¹³ SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: Lei n. 8.078, de 11.9.90. 3. ed. São Paulo: Ltr, 1998. p. 30.

¹¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 31.

¹¹⁵ A definição do que é uma norma de ordem pública não é uma questão simples. Entretanto, a doutrina fornece algumas linhas mestras através das quais é possível se chegar a uma noção bastante concreta. Bruno Miragem, por exemplo, menciona que estas contêm um *caráter preferencial*, na medida em que realizam o conteúdo de um direito fundamental, de matriz constitucional, razão pela qual as partes não podem derogá-las. (MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 48); Cláudia Lima Marques, em semelhante sentido, fala que são normas que estabelecem valores básicos e fundamentais da nossa ordem jurídica. (MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 66).

¹¹⁶ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 41/48.

¹¹⁷ A doutrina não é absolutamente unânime quanto ao fato de todas as normas do CDC constituírem normas de ordem pública. Eduardo Saad, por exemplo, discorda de tal assertiva, referindo que, no código, boa parte das disposições apresenta tal característica, mas que há dispositivos “que não são de ordem pública”. (SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: Lei n. 8.078, de 11.9.90. 3. ed. São Paulo: Ltr, 1998. p. 57/58).

¹¹⁸ SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: Lei n. 8.078, de 11.9.90. 3. ed. São Paulo: Ltr, 1998. p. 57.

¹¹⁹ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 10.

solidarizando o mercado e garantindo direitos mínimos aos vulneráveis, através da intervenção estatal.¹²⁰⁻¹²¹

O escopo do *códex*, entretanto, não é (ou pelo menos não deveria ser) fortalecer a parte vulnerável pura e simplesmente, gerando ainda maior confronto entre consumidor e fornecedor, mas sim compatibilizar e harmonizar os interesses envolvidos, conforme lembram João Batista de Almeida¹²² e Sérgio Cavalieri Filho.¹²³ E o faz instituindo a Política Nacional das Relações de Consumo, prevista já no artigo 4º (seguramente um dos mais importantes do código), e cujos princípios vão arrolados nos seus incisos, dentre os quais ganha especial relevo o III, que expressamente estabelece, como “norte” da legislação, a “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico [...]”.¹²⁴

Hoje, no Brasil, passados mais de vinte anos da introdução do CDC, e quase vinte e cinco da Carta Magna, pode-se dizer que o consumidor encontra considerável proteção, em que pese ainda haja muito a se fazer nesse campo.¹²⁵ A reforma do Código é um exemplo de que a legislação deve ser renovada, sob pena de permanecer defasada e inadequada à sociedade e às formas de consumo atuais, as quais, nesses últimos anos, em muito se transformaram.

A mudança de mentalidade é facilmente verificável. A doutrina, aliás, já concilia a ideia de proteção do consumidor com a noção do mínimo existencial.

¹²⁰ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 32/36.

¹²¹ A intervenção estatal na relação de consumo é, nos dizeres de João Batista de Almeida, princípio corolário do princípio da vulnerabilidade do consumidor, no sentido de que o primeiro se justifica justamente em razão do reconhecimento da existência do segundo. (ALMEIDA, João Batista de. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 15/16).

¹²² ALMEIDA, João Batista de. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 14/15 e 20/21..

¹²³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 23/26.

¹²⁴ José Geraldo Brito Filomeno, consciente da relevância deste dispositivo, chega a denominar o artigo 4º, como a “alma” do CDC. (FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 11); Em semelhante trilha, Cláudia Lima Marques refere que as normas contidas no referido dispositivo detém função de “iluminar” todas as outras deste microsistema. (MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p.196).

¹²⁵ Outra não é a afirmação de João Batista de Almeida, o qual ressalva que, mesmo considerando o grande avanço experimentado nos últimos anos, a proteção ainda não é efetiva “por falta de vontade política e de recursos técnicos e materiais”. (ALMEIDA, João Batista de. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 10); Um exemplo citável, no que diz respeito à necessidade de fortalecimento da proteção dos consumidores e da decorrente evolução legislativa, é a discussão do Projeto de Lei de Fortalecimento dos Procon (PL 5.196/2013), o qual busca, em síntese, transformar as decisões administrativas dos Procons em títulos executivos extrajudiciais.

Adalberto Pasqualotto¹²⁶, nesta esteira, se utiliza da expressão “consumo básico” para designar aquele mínimo existencial do consumidor.

Especificamente no campo da saúde suplementar e dos planos de saúde – temas a serem tratados logo a seguir, o caminho ainda é longo, ainda mais diante do incontestável crescimento e da constante reformulação que tem sofrido o setor nos últimos anos.

Tem-se, assim, que a proteção dos consumidores neste setor tão vital para a sociedade, ainda mais em razão do bem que comercializa e da insuficiência da saúde pública, mostra-se assunto de máxima relevância.

1.3 DIREITO À SAÚDE E A IMPRESCINDIBILIDADE DA SAÚDE SUPLEMENTAR

1.3.1 Noções Históricas sobre o Direito Sanitário

O direito à saúde é, nos dias de hoje, no Brasil, um direito de máxima carga axiológica, notadamente por configurar, assim como a proteção do consumidor, um direito fundamental¹²⁷, ainda que haja algum entendimento em sentido contrário.¹²⁸ Além disso, o seu estreito vínculo com o princípio da dignidade da pessoa humana e com a própria vida é evidente. Não é por outra razão que a preocupação com a efetivação de tal direito encontra-se, hoje, como uma das maiores protagonistas nos

¹²⁶PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. Fundamentalidade e Efetividade da Defesa do Consumidor. *Revista de Direitos Fundamentais e Justiça*. Ano 3. n. 9. Porto Alegre: HS Editora, out./dez. 2009. p. 66/100, especialmente 67/69.

¹²⁷ Nesse sentido, por exemplo, Ingo Wolfgang Sarlet, que assevera que o direito à saúde, assim como os demais direitos sociais do artigo 6º, é um direito fundamental. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 77).

¹²⁸ Ricardo Lobo Torres, por exemplo, defende que apenas o núcleo essencial dos direitos sociais seria dotado de fundamentalidade, sendo, por decorrência, a única esfera dos referidos direitos oponível e demandável perante o Poder Público como um verdadeiro direito público subjetivo. (TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e os Desafios de Natureza Orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 69/86).

palcos das discussões sobre os problemas sociais e judiciais.¹²⁹ A importância de tal direito não foi, todavia, dotada, desde sempre, desta mesma força.

Historicamente, da Antiguidade até a Idade Média, período em que o Estado não possuía uma política socioeconômica definida, não havia um aparato estatal que pudesse fornecer e suprir as necessidades relacionadas à saúde da população. Há registros, a título de ilustração, de que na Roma Antiga¹³⁰ existiram várias formas de financiamento da saúde: enquanto alguns médicos, por exemplo, vendiam diretamente seus serviços, outros, vinculados à família, recebiam anualmente certa quantia pela assistência prestada.¹³¹

Já na Idade Média, tampouco havia (ainda) uma entidade que fosse especificamente responsável pela prática de atividades favoráveis à saúde do povo, de forma que competia a cada indivíduo cuidar de seu corpo e da sua mente, bem como dos de sua família. O Estado limitava-se a atuar tão-somente em ocasiões de grandes enfermidades e epidemias que eventualmente assolavam a sociedade.

Até então (Idade Média), portanto, a saúde viu-se tratada e financiada de diferentes formas. Ora a atribuição pertencia ao próprio doente, ora a sua família, ora à cidade ou à coletividade da qual fazia parte o enfermo. Seja de quem fosse a incumbência, certo é que o Estado não assumiu um papel direto e imediato sobre a questão.¹³² Nem mesmo as implicações econômicas, sociais, políticas e culturais decorrentes da ascensão da burguesia, do declínio do feudalismo e da estruturação do aparato estatal afetaram o tratamento conferido à saúde. Não por acaso, a peste¹³³ foi um dos grandes flagelos que assolaram a Europa e contribuíram para o desaparecimento do já decadente feudalismo e o consequente início da Era Moderna.

¹²⁹ Apenas para ilustrar, citável pesquisa recente do Instituto de Pesquisa Datafolha, realizada em 21 de junho de 2013, a qual revelou que a saúde é apontada como o principal problema social pelos paulistanos. Disponível em: <<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2013/06/1300362-paulistanos-defendem-continuidade-de-protestos-e-foco-em-saude-e-educacao.shtml>>. Acesso em: 21/08/2013.

¹³⁰ Wal Martins registra, inclusive, que o primeiro conceito de saúde teria surgido em Roma, entre os anos de 42 e 130 d.C., atribuído ao poeta Juvenal, responsável pelo brocardo “mens sana in corpore sano” (“alma sã num corpo sã”). Os romanos acreditavam que o corpo era o vaso da alma, de forma que a saúde física era necessária para se atingir a saúde em sua integralidade. (MARTINS, Wal. *Direito à Saúde*: compêndio. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 16).

¹³¹ FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. *Plano de Saúde e Direito do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 45.

¹³² SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *Planos de Saúde e Boa-fé Objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 30.

¹³³ “A Peste Negra (1347 – 1350), originária do Oriente, foi um surto de peste bubônica que provocou uma epidemia generalizada, pelas péssimas condições de higiene e alimentação, sendo responsável pela morte de um terço da população europeia”. (MELLO, Leonel Itaussu Almeida; COSTA, Luís César Amad. *História Moderna e Contemporânea*. São Paulo: Cipione, 1999. p. 14).

Nem mesmo com a queda das monarquias absolutistas e a sobrevivência do Estado Liberal - como decorrências da influência das ideias de Locke, Montesquieu, Rousseau e Kant - deixou de permanecer a saúde, praticamente à revelia do Estado, aos auspícios da atividade e responsabilidade individual.

Com efeito, a consagração da saúde, mormente na qualidade de direito fundamental constitucional, pode ser atribuída às manifestações sociais do século XIX, em que os direitos sociais afloraram ante a constatação de que as liberdades (“formais”) defendidas no século XVIII - junto ao Estado Liberal - não eram suficientes para a garantia e manutenção da qualidade de vida.¹³⁴

A saúde passou a ganhar, nesse contexto, mais e mais importância e atenção, até chegar a representar uma verdadeira preocupação mundial. Prova disso é que a Organização Mundial da Saúde - OMS, em 10 de dezembro de 1948, em Paris, com intuito de proteger o direito de assistência à saúde, na 3ª sessão ordinária da Assembleia Geral da ONU, reconheceu este direito como fundamental e assim o consagrou: “Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família *saúde* e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis [...]”, além do “direito à segurança em caso de desemprego, *doença, invalidez, viuvez, velhice* ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”.¹³⁵ (*grifo nosso*).

No âmbito internacional, inúmeros pesquisadores e cientistas do segmento médico trataram de sacramentar a importância da saúde e de definir os requisitos necessários para a sua garantia. No mesmo sentido, diversas conferências e diplomas internacionais se seguiram com o específico propósito de tratar da questão da saúde e da sua promoção.¹³⁶

No que diz especificamente com o Brasil, anteriormente a 1988, a saúde não foi um tema de destacável relevância nas constituições brasileiras. Até a promulgação da atual Carta Magna, os textos constitucionais limitaram-se a tratar da saúde apenas através de pequenas referências esparsas e isoladas, principalmente como uma

¹³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 46/47.

¹³⁵ Artigo XXV da Declaração dos Direitos do Homem.

¹³⁶ MARTINS, Wal. *Direito à Saúde: compêndio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 27 e ss.

prerrogativa dos trabalhadores sem, contudo, elevá-la, jamais, à condição de um direito universal.¹³⁷

Por muito tempo, o direito à saúde (ou sanitário) foi compreendido como simples capítulo do Direito Administrativo, inserido nas categorias clássicas, como as de serviço público, de poder de polícia, etc. Por essa razão, é tido como um novo direito e, como os demais que se enquadram neste grupo, transita por todos os demais ramos das ciências jurídicas, como por exemplo, o administrativo, o constitucional, o ambiental, o trabalhista, o previdenciário e o do consumidor.¹³⁸ Como decorrência desta horizontalidade, é tido como um direito pluritutelado, *examplegiven*, nos artigos 4º, 6º e 8º da Lei nº. 8.078/90; e no artigo 3º da Lei nº. 6.938/81. No âmbito internacional, mencionáveis o artigo 13 da Carta da ONU; o artigo XXV da Declaração dos Direitos do Homem de 1948; e o princípio 7º da Declaração do Meio Ambiente de 1972.

Já com a promulgação da CF/88, a preocupação com a saúde tornou-se tamanha que, no Brasil, por exemplo, o assunto recebeu um tratamento como jamais fora feito, sendo-lhe reservado, inclusive, uma seção¹³⁹ inteira, com cinco dispositivos integralmente voltados à questão sanitária. Destes, o principal é o artigo 196, cujo enunciado reza: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.¹⁴⁰ E não apenas o texto constitucional, mas também a Lei nº. 8.080/90, o diploma conhecido como a Lei Orgânica da Saúde¹⁴¹, prevê, no seu artigo 2º, que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

¹³⁷ Neste sentido, por exemplo, MARTINS, Wal. *Direito à Saúde: compêndio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 41/47; e MÂNICA, Fernando Borges. *O Setor Privado nos Serviços Públicos de Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 88/89.

¹³⁸ ROCHA, Júlio Cesar de Sá da. *Direito da Saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 23.

¹³⁹ Seção II, Capítulo II, Título VIII, da CF/88.

¹⁴⁰ Cabe registrar que a saúde, juntamente com a previdência e a assistência social, constitui um dos pilares da Seguridade Social, pelo que a ela plenamente aplicáveis todos os objetivos do §único, do artigo 194, dos quais ressalta-se o inciso I: “universalidade da cobertura e do atendimento.”

¹⁴¹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *A Saúde no Brasil: história do sistema único de saúde, arcabouço legal, organização, funcionamento, financiamento do SUS, e as principais propostas de regulamentação da emenda constitucional nº 29, de 2000*. p. 10. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/estudos/2011/nt10.pdf>>. Acesso em: 28/09/2012.

Criou-se, assim, a partir da previsão constitucional inserta no artigo 198¹⁴² da CF/88, o Sistema Único de Saúde - SUS, o qual foi implementado através das Leis n.º. 8.080/90 e n.º. 8.142/90 e que constitui, em síntese, uma rede de prestação de serviço público, financiada pelos recursos orçamentários da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes, e que tem como objetivo garantir, a toda população, a promoção, a proteção e a recuperação da sua saúde.¹⁴³

É nítido, portanto, que o tratamento dispensado ao direito sanitário sofreu sensível transformação, alcançando hoje papel de destaque, especialmente no texto constitucional, mas também na legislação ordinária, cuja orientação pode-se traduzir no sentido de, em síntese, haver um direito, por parte dos cidadãos, de um resguardo e proteção a sua saúde, cabendo, em linhas gerais, ao Estado o dever de tal proteção.

1.3.2 Direito à Saúde como Obrigação do Poder Público

Existem no ordenamento pátrio, como visto, instrumentos normativos, tanto constitucionais quanto legais, que preveem caber ao Poder Público o dever de garantir a saúde de todos. Todavia, conforme adverte Solange L'Abbate¹⁴⁴, “tornar o direito à saúde efetivo, desenvolver ações concretas para que a população, sobretudo a mais pobre, pudesse ter assistência à saúde em quantidade e qualidade suficientes, é algo bem distinto”. Isso, pois, embora se trate de questão da mais alta importância, inegáveis as polêmicas que gravitam em torno do assunto e a sua complexidade.

Mesmo porque, impende grifar, ainda que a garantia da saúde esteja sacramentada e constitucionalmente atribuída ao Poder Público, os próprios limites e

¹⁴² Art. 198: “As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes”.

¹⁴³ O caráter de universalização, contudo, nem sempre fez parte da prestação de serviço à saúde na história do Brasil. Anteriormente à CF/88 e à criação do SUS, a assistência médico-hospitalar não era direito da população, sendo direito tão somente da parcela da população vinculada à previdência. Aos demais, que, a rigor, não tinham direito, era prestada uma assistência como uma espécie de caridade. (CÂMARA DOS DEPUTADOS. *A Saúde no Brasil: história do sistema único de saúde, arcabouço legal, organização, funcionamento, financiamento do SUS, e as principais propostas de regulamentação da emenda constitucional n.º 29, de 2000.* p. 03/04. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/estudos/2011/nt10.pdf>>. Acesso em: 28/09/2012).

¹⁴⁴ L'ABBATE, Solange. *Direito à Saúde: discursos e práticas na construção do SUS.* São Paulo: Hucitec, 2010. p. 24/25.

competências do Estado e dos entes federados, no que tange ao seu oferecimento, patrocínio e prestação de serviços, são amplamente questionados e controversos. Como exemplo, destaca-se o polêmico Recurso Extraordinário - REExt n.º. 566.471/RN¹⁴⁵, no qual se discute a possibilidade de se exigir do Estado o custeio da realização de cirurgia e o fornecimento de medicamentos de alto custo, e que, tendo sua repercussão geral já reconhecida, encontra-se, atualmente, aguardando julgamento pelo STF.

A polêmica que gravita ao em torno do direito à saúde, como dever do Estado, é inegável. A própria formulação de um conceito de mínimo existencial (um conceito abstrato, trabalhado originalmente na década de 50, por Otto Bachof, na Alemanha¹⁴⁶), por exemplo, que está frequentemente associada ao direito à saúde (e é fundamental para a compreensão do fenômeno da sua judicialização), é uma comprovação de que o Poder Público não consegue suprir as necessidades populacionais com efetividade.

O problema que surge é quanto à delimitação do que configura, na prática, esse mínimo existencial. Não existe, até o momento, um conceito positivado na legislação acerca do que seria um mínimo existencial, cabendo mais uma vez à doutrina a função de construir um conceito. Dentre aqueles que se propuseram a tentar esta difícil tarefa, citável Paulo Caliendo¹⁴⁷ que assim refere:

A definição de *mínimo existencial* tem sido relacionada à noção de um núcleo essencial de um direito fundamental, ou seja, o conjunto mínimo de significações semânticas e normativas para a afirmação de determinado direito. Este núcleo mínimo de proteção indica o patamar inderrogável de proteção para que se possa asseverar a existência de um direito fundamental, sem o qual tal proteção pode ser considerada como violada. [...] O *mínimo existencial* funciona como uma cláusula de barreira contra qualquer ação ou omissão estatal ou induzida pelo Estado que impeça a adequada concretização ou efetivação dos direitos fundamentais e de seu conteúdo mínimo. (*grifos do original*)

¹⁴⁵ A insurgência se funda na alegação de suposta violação aos dispositivos constitucionais n.ºs. 5º, 6º, 196 e 198, §§ 1º e 2º. Eis a ementa do despacho que reconheceu a repercussão geral no caso: “MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO – FORNECIMENTO - REPERCUSSÃO GERAL ADMITIDA – AUDIÇÃO DO PROCURADOR-GERAL. 1. O Tribunal concluiu pela repercussão geral do tema versado neste processo, relativo à obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. 2. Ouçam o Procurador-Geral da República, conforme previsão do artigo 325 do Regimento Interno do Supremo. 3. Publiquem. Brasília, 15 de fevereiro de 2008. (REExt n.º. 566.471/RN, Relator Ministro Marco Aurélio, publicada em 03/03/2008)”; Quanto ao assunto, ver também CARBONE, Diego Cassiano Lorenzoni. A Competência Delegada na Tutela da Saúde. *Revista da Ajuris*. N. 129. Porto Alegre: Ajuris, mar/2013. p. 63/82.

¹⁴⁶ Conforme relata SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. *Revista de Direitos Fundamentais e Justiça*. Ano 1. n. 1. Porto Alegre: HS Editora, 2007. p. 171/213, especialmente 179.

¹⁴⁷ SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito*: uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 200/201.

Kazuo Watanabe¹⁴⁸ afirma que “o conceito de mínimo existencial é dinâmico e evolutivo, varia histórica e geograficamente, presidido pelo princípio da proibição do retrocesso, de sorte que [...] direitos fundamentais sociais que não são judicializáveis na atualidade, poderão vir a sê-lo no futuro, imediato ou mediato”. Hildeliza Cabral e Paula Rezende¹⁴⁹, por sua vez, definem o referido termo como “um núcleo mínimo indispensável de direitos sem os quais nenhuma pessoa é digna de ser considerada ‘gente’”.

Seja qual for a exata compreensão do significado deste mínimo existencial, tanto o STF como o Superior Tribunal de Justiça - STJ têm proferido decisões acatando tal noção, no sentido de que, no que tange à garantia do direito à saúde, o Estado deve provê-lo.¹⁵⁰ Paralelamente, há doutrina que defende veementemente a obrigação do Poder Público em garantir o direito à saúde, sem, contudo, fazer qualquer menção/relação ao mencionado mínimo existencial como sendo este um obstáculo.¹⁵¹ De qualquer forma, é possível se afirmar que a saúde, por ser um direito social que reflete uma condição/necessidade “mínima”, pode ser exigível do Poder Público, fulcro no artigo 6º¹⁵² c/c artigo 196¹⁵³, ambos da CF/88.

¹⁴⁸ WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. *Revista de Processo*. V. 193. São Paulo: RT, mar. 2011. p. 24.

¹⁴⁹ CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; REZENDE, Paula Freitas. O Mínimo Existencial e a Tutela dos Hipervulneráveis: uma análise da facilitação de crédito consignável e o endividamento na relação consumerista entre aposentados e pensionistas e as instituições bancárias e financeiras. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*. V. 41. Porto Alegre: Magister, out./nov. 2011. p. 43.

¹⁵⁰ Nesta direção, o Recurso Especial - REsp nº. 1.068.731 e ARExt nº. 639.337.

¹⁵¹ Eis passagem do jurista Fábio Cesar dos Santos Oliveira, o qual defende que os referidos conceitos não podem servir para impedir a sindicabilidade judicial do direito à saúde perante o Estado: “O reconhecimento da reserva do possível e da imediata proteção do mínimo existencial não tem, porém, o condão de mitigar a eficácia dos direitos fundamentais e tampouco deve ser entendido como artifício retórico próprio aos adeptos de posicionamento doutrinário afim à não aplicabilidade imediata deles. É importante ressaltar que a noção de mínimo existencial não consubstancia subterfúgio para que os direitos sociais sejam relegados a uma aplicabilidade débil. (OLIVEIRA, Fábio Cesar dos Santos. Direito de Proteção à Saúde: efetividade e limites à intervenção do poder judiciário. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*. Vol. V. São Paulo: RT, 2010. p. 38); Na mesma esteira, Cláudio J. A. Bahia e Ana Carolina P. Abujamra: “O custo dos direitos sociais e a reserva do possível são aspectos que, efetivamente, relativizam o dever jurídico correlato do Estado no atendimento aos direitos prestacionais, mas não elidem (e nem podem elidir), por completo, este dever [...]”. (BAHIA, Cláudio José Amaral; ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. A Justiciabilidade do Direito Fundamental à Saúde: concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*. Vol. V. São Paulo: RT, 2010. p. 115).

¹⁵² Art. 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Apesar das inúmeras discussões existentes no campo da saúde, tais como as acima veiculadas, dois fatos são inegáveis: (I) a importância da saúde como direito fundamental e como elemento necessário à vida e à sobrevivência; (II) a obrigação constitucional, do Poder Público, de garantir assistência a toda a população, mediante a utilização do orçamento público arrecadado com os tributos, de forma que, no momento de necessidade, nada seja cobrado¹⁵⁴ dos usuários¹⁵⁵. Não mais é admissível que o Estado, tal qual ocorrera em momentos históricos pretéritos, se olvide desta incumbência.

Ainda assim, e não obstante a existência de todo um sistema de direitos e garantias e da ampla normatização - tanto em nível doméstico quanto global - por uma série de fatores, o sistema público de saúde, no Brasil, é sabidamente ineficiente. Gonçalo Mesko da Fonseca¹⁵⁶ atesta tal fato: “Ocorre que o Sistema é insuficiente no atendimento das necessidades mais urgentes da população, eis que não garante reposta tempestiva, tampouco integral, aos acometimentos que lhe ocorrem [...]”.

A ruína do sistema público de saúde, independentemente dos motivos¹⁵⁷, é uma realidade que já há muito assola o país: a demora para se conseguir uma consulta; os atendimentos precários; os hospitais sucateados; a subvalorização dos recursos humanos; bem como a falta de leitos reservados ao SUS nos hospitais, são, todos, emblemáticos para demonstrar que o acesso efetivo à saúde, hoje, passa longe do

¹⁵³ Art. 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

¹⁵⁴ Ingo Wolfgang Sarlet alerta, todavia, que o texto constitucional não aponta que o serviço público de saúde seja necessariamente gratuito, tão-somente que seu acesso seja universal. (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 578/579).

¹⁵⁵ A terminologia “usuário” é adotada propositalmente para referir aqueles que se utilizam dos serviços públicos, na mesma esteira de como é utilizado por MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: RT, 1978. p. 301 e 357.

¹⁵⁶ FONSECA, Gonçalo Mesko da. *Estudo Sobre Causa de Sonegação do Direito Fundamental à Saúde: devolutividade iniqua*. TCE-RS, 2013. p. 03.

¹⁵⁷ “Diante da alarmante crise da saúde no Brasil, três diferentes correntes predisõem-se a explicar a decadência do sistema público, quais sejam, a incrementalista, a racionalista e a estruturalista. A primeira corrente defende que a deficiência aquilatada na saúde pública brasileira resulta do reduzido nível de investimento no setor; a segunda concebe que a problemática advém da ausência de formas eficientes de produção, devendo ser eliminado o consumo desnecessário e selecionado bens e serviços que sejam mais úteis para a sociedade; já a última concepção aduz que há uma flagrante impossibilidade de convergência entre a política sanitária e prestação exercida pelas pessoas jurídicas de direito privado que atuam no setor. As três correntes não analisam, com profundidade, a crise do sistema de saúde no Brasil”. (SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *Planos de Saúde e Boa-fé Objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos*. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 57).

serviço público, só sendo possível e verdadeiramente viável através da iniciativa privada.

1.3.3A Saúde Suplementar: uma Necessidade

Conforme explicitado, a busca por uma vida saudável e livre das mazelas e sofrimentos provocados por enfermidades constitui objetivo legítimo e justificado de toda a humanidade, sendo as preocupações e as exigências relativas à saúde, tanto na sua esfera preventiva quanto de manutenção e recuperação, características marcantes das sociedades contemporâneas.¹⁵⁸ Estas tarefas, conforme acima demonstrado, competem originalmente ao Estado. Contudo, não obstante a existência de todo um sistema de direitos e garantias e da ampla normatização por uma série de fatores, o sistema público de saúde, no Brasil, é sabidamente ineficiente.¹⁵⁹ Apesar dos inegáveis avanços verificados no planejamento, na gestão e no financiamento da saúde pública, a quantidade de excluídos (ainda) é grande.¹⁶⁰

Tal qual ocorrera com outras atividades econômicas, a prestação dos serviços de saúde passou a se revelar inviável - pelo menos de maneira inteiramente satisfatória - para os limites orçamentários estatais. A saúde passou a representar, conforme registra Fernando Campos Scaff¹⁶¹, aquilo que os autores norte-americanos chamam de *tragic choices*, tamanha a tensão existente entre, de um lado, o desejo da sociedade de ver os cuidados com a saúde serem providos de modo ilimitado e, de outro, os insuperáveis limites que restringem o acesso e a disponibilização dos recursos técnicos, econômicos e humanos, sendo visível a necessidade de uma gestão pública da saúde aliada à atuação das entidades privadas.

¹⁵⁸ SCAFF, Fernando Campos. *Direito à Saúde no Âmbito Privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde*. São Paulo, 2010. p. 15/16.

¹⁵⁹ Digno de nota que o problema da ineficiência dos serviços de saúde não é exclusivo do Brasil. Jim Champy e Harry Greenspun, apesar de abordarem a questão sob outro enfoque – *in casu*, sob o prisma da necessidade de haver uma reengenharia destes serviços, com melhor planejamento, etc. – são claros no sentido de que este é um problema que atinge, também, os Estados Unidos. (CHAMPY, Jim; GREENSPUN, Harry. *Reengenharia na Saúde: Um manifesto pela revisão radical da atenção à saúde*. Tradução: Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2012).

¹⁶⁰ NETO, Antonio Joaquim Fernandes. *Planos de Saúde e Direito do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 11.

¹⁶¹ SCAFF, Fernando Campos. *Direito à Saúde no Âmbito Privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde*. São Paulo, 2010. p. 23/24.

Em artigo sobre “O Mercado de Planos de Saúde no Brasil: uma Criação do Estado?”, os seus autores¹⁶², de forma simples e direta, explicitam a razão de existir de um sistema de saúde fundado na iniciativa privada:

Na ausência de serviços públicos de saúde, para se proteger dos custos associados ao risco de adoecer, as pessoas pagam uma contribuição prévia aos planos de saúde, cujos sistemas privados de financiamento da cobertura de riscos em saúde intermediam a relação entre consumidores e prestadores médico-hospitalares. [...] O mínimo existencial funciona como uma cláusula de barreira contra qualquer ação ou omissão estatal ou induzida pelo Estado que impeça a adequada concretização ou efetivação dos direitos fundamentais e de seu conteúdo mínimo.

Amanda Flávio¹⁶³ chega a referir que a vinculação, por parte dos cidadãos, a contratos de assistência à saúde, não é uma escolha, mas uma “reação necessária à ineficácia do Estado em questões dessa natureza”.

Por outro lado, notável que o crescimento dos custos relacionados à assistência à saúde também configura, sem dúvida, importante propulsor para a aquisição de planos e seguros de saúde, pois, na medida em que o Poder Público se mostra incapaz de solucionar problemas desta natureza, os cidadãos deparam-se com situações por vezes insuperáveis do ponto de vista financeiro.¹⁶⁴

Consolidou-se, assim, principalmente na década de 90¹⁶⁵, especialmente em decorrência da ineficiência da saúde pública, o sistema de saúde suplementar no Brasil, cuja possibilidade de instituição já estava prevista inclusive pela carta constitucional, no artigo 199: “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada”. Tal dispositivo, além de um permissivo constitucional para o desenvolvimento do setor pelos agentes privados,

¹⁶² OCKE-REIS, Carlos Octávio; ANDREAZZI, Maria de Fátima Siliansky de; SILVEIRA, Fernando Gaiger. *O Mercado de Saúde no Brasil: uma criação do Estado?* *Revista de economia contemporânea*. V. 10. n. 1. Rio de Janeiro: Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, jan./abr. 2006. p. 157/185.

¹⁶³ OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Regulamentação dos Planos de Saúde e Proteção da Pessoa Humana. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 51. São Paulo: RT, jul./set. 2004. p. 106.

¹⁶⁴ “As despesas com assistência à saúde são incertas. Muitas doenças ocorrem raramente e, ao que parece, aleatoriamente. Quando aparecem, custam muito caro e podem causar problemas financeiros, se não a ruína, a muitos lares. Os custos podem ser tão altos que, sem ajuda financeira, o tratamento pode não estar disponível”. (FOLLAND, Sherman; GOODMAN, Allen.C.; STANO, Miron. *A Economia da Saúde*. Tradução de Cristina Bazan. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2008. p. 207).

¹⁶⁵ Estatisticamente, a grande expansão do setor de saúde suplementar ocorreu na passagem da década de 80 para a de 90, quando então se verificou um crescimento de 73,4% da população brasileira coberta por um algum tipo de plano ou seguro de saúde. Todavia, indícios de grupos e associações desempenhando tais atividades já existiam, no Brasil, desde o período colonial. (SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *Planos de Saúde e Boa-fé Objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 38/60).

em consonância com os artigos 1º, inciso IV¹⁶⁶, e 170¹⁶⁷, da CF/88, evidencia a opção, por parte do legislador constitucional, de não monopolizar o fornecimento da saúde por parte do Poder Público.

Nesse norte, o surgimento e o desenvolvimento de empresas privadas voltadas à prestação de serviços de assistência à saúde de forma constante e eficiente - materializadas através da oferta ao público de contratos pré-elaborados, seguindo modelo criado nos Estados Unidos da América - foram as consequências lógicas que se desdobraram no campo da saúde.¹⁶⁸

Desde a sua previsão no Decreto-Lei nº. 73/66¹⁶⁹, o mercado de seguros e planos de saúde sofreu invejável expansão, passando a ser a “saída” de milhões de brasileiros no que diz respeito aos serviços de assistência à saúde. Desde a década de 60, inclusive por incentivo e apoio governamental, a atuação das empresas que operavam estes produtos foi tão marcante que, durante quarenta anos, foi sinônimo de saúde de boa qualidade.¹⁷⁰

Fato é, portanto, que o sistema de saúde brasileiro é uma estrutura que envolve ambos os setores público e privado, sendo que este último atua, por vezes, como contratado pela própria rede pública, evidenciando a complexidade do sistema¹⁷¹ e sua inegável dependência da iniciativa privada. Nessa esteira, aliás, afirma Maria Stella Gregori¹⁷² tratar-se de um sistema notadamente híbrido. Daniela Batalha Trettel¹⁷³, em

¹⁶⁶ Art. 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

¹⁶⁷ Art. 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]”.

¹⁶⁸ SCAFF, Fernando Campos. *Direito à Saúde no Âmbito Privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 35/37.

¹⁶⁹ Art. 129: “Fica instituído o Seguro-Saúde para dar cobertura aos riscos de assistência médica e hospitalar”; Art. 130: “A garantia do Seguro-Saúde consistirá no pagamento em dinheiro, efetuado pela Sociedade Seguradora, à pessoa física ou jurídica prestante da assistência médico-hospitalar ao segurado”.

¹⁷⁰ MARTINS, William de S. N. A Previdência Social e as Empresas de Planos de Saúde no Brasil. In: BAHIA, Ligiaetalii (Orgs.). *Planos de Saúde no Brasil: origens e trajetórias*. Rio de Janeiro: LEPS, 2005. p. 45.

¹⁷¹ Em razão desta complexa estrutura, a doutrina da seara da saúde denomina a prestação deste serviço como um verdadeiro “*mix público privado*”. (SCHULMAN, Gabriel. *Planos de Saúde: saúde e contrato na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 308); No mesmo sentido, igualmente reconhecendo a estreita vinculação entre os serviços públicos e particulares de assistência à saúde, citável Mariana Filchtiner Figueiredo: “Não obstante constituído como sistema público, o SUS compreende as redes pública e privada de saúde, esta última utilizada por meio de contratação ou convênio firmado com o Poder Público”. (FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 97).

¹⁷² “No Brasil, o sistema de saúde se caracteriza pelo seu hibridismo, sendo marcante a interação entre os serviços públicos e a oferta privada na conformação da prestação dos serviços de assistência à saúde”.

similar trilha, refere haver uma interdependência entre o sistema público e o sistema privado de assistência à saúde, admitindo, inclusive, que se os planos deixassem de existir ou entrassem em colapso, o ingresso repentino da parte da população beneficiária da saúde privada no sistema público causaria efeitos “consideravelmente danosos”.

Este aspecto do sistema, de contemplar tanto a prestação de serviços por parte do Estado como por parte de empresas privadas, é defendido pela doutrina. Nesse sentido, afirma José Tavares de Araújo Jr.¹⁷⁴ ser esta forma a ideal. Tecendo considerações semelhantes, citável, também, Fernando Campos Scaff¹⁷⁵, o qual aduz ser este cenário, em que coexistem prestações de origem pública e privada, adequado, por melhor racionalizar os recursos existentes. Silvio Luis Ferreira da Rocha¹⁷⁶, por sua vez, registra que as empresas privadas que atuam no mercado de saúde, com exceção das filantrópicas, o fazem em regime de concorrência com o serviço público e não em parceria.

Portanto, atualmente, a prestação de serviço é efetuada, não só pelo Estado, mas por diversas pessoas jurídicas de direito privado, estas constituídas, especialmente, nas formas de Cooperativas Médicas, Administradoras, empresas de Medicina de Grupo, de Autogestão, de Filantropia e Seguradoras especializadas em saúde (denominadas de Operadoras de Planos de Saúde – OPSs), as quais comercializam planos e seguros de saúde¹⁷⁷, e tornam possível a existência de uma forma alternativa de

(GREGORI, Maria Stella. *Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 39).

¹⁷³ TRETTEL, Daniela Batalha. *Planos de Saúde na Visão do STJ e do STF*. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 16.

¹⁷⁴ ARAÚJO JR., José Tavares de. Poder de Mercado no Setor de Saúde Suplementar. In: FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Orgs.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 23.

¹⁷⁵ SCAFF, Fernando Campos. *Direito à Saúde no Âmbito Privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 22/24.

¹⁷⁶ ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. Tipos de Planos e Coberturas na Lei 9.656/98. In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). *Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: RT, 1999. p. 65.

¹⁷⁷ João Eduardo Irion ao expor os “mercados de saúde”, explicita a diferenciação entre os planos de saúde e seguro-saúde no fato de que, enquanto aqueles prometiam assistência, estes prometiam reparação financeira. O autor explica que o mercado destes últimos, na prática, deixou de existir, pois a Lei n.º. 9.656/98 equiparou os seguros-saúde aos planos de saúde. (IRION, Joao Eduardo. *Temas sobre Saúde, Planos de Saúde e Seguro-Saúde*. Porto Alegre: Rígel, 2005. p. 146/148); A lei n.º. 10.185, de 2001, a qual dispõe sobre a especialização das sociedades seguradoras em planos privados de saúde, prevê expressamente, em seu artigo 2º, que, para efeitos da lei n.º. 9.656/98, seguro-saúde se enquadra em plano de saúde, e Seguradora especializada em seguro-saúde, se enquadra em operadora de Planos de Saúde; Oportuno citar considerações de Joseane Suzart acerca desta diferença: “Quando as empresas que atuam no ramo da saúde suplementar dispõem de uma rede de profissionais contratados ou credenciados, considera-se que configuram um plano privado. Havendo a possibilidade de o consumidor selecionar os profissionais ou estabelecimentos, arcando com as despesas referentes ao atendimento, para posterior reembolso, há o que se denomina seguro-saúde”. (SILVA, Joseane Suzart

efetivação do direito à saúde, formando, assim, o chamado sistema de saúde suplementar.

Na prática, é relevante acrescentar que os serviços privados, muito provavelmente em razão das remunerações praticadas, superiores se comparadas aos valores repassados no setor público, concentram mais de 50% dos postos de trabalho para médicos, não sendo muito inferiores os números relativos aos enfermeiros e auxiliares de enfermagem, o que por si só elucida a participação do segmento privado no mercado da saúde.¹⁷⁸

Assim, é correto afirmar que a institucionalização e a manutenção da saúde privada - mediante a regulação de suas atividades - constitui verdadeira política pública em matéria de saúde.¹⁷⁹ Dai ser indiscutivelmente compreensível a forte intervenção estatal percebida neste mercado.

Ainda que se trate a saúde suplementar de um setor financiado e movido pela iniciativa privada, em que a vontade dos particulares é, em tese, soberana, em razão da natureza do bem que comercializa, constitui uma área severamente controlada pelo Estado, notadamente em razão do seu caráter público:

A intervenção do Estado brasileiro na assistência privada à saúde tem sido permanente desde a Proclamação da República. [...] Embora se trate do financiamento privado da assistência à saúde, o caráter público dos interesses envolvidos é reconhecido pela ciência jurídica e consagrado pela ordem constitucional. Por essa razão, as regras estabelecidas são de natureza cogente e restringem a liberdade dos agentes econômicos que atuam no financiamento

Lopes da. *Planos de Saúde e Boa Fé Objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 79); Justamente pelo fato de não restringir os beneficiários a uma rede limitada de provedores, é que as mensalidades dos seguros-saúde são, em geral, mais caras do que as do plano de saúde. (BARRIONUEVO FILHO, Arthur; LUCINDA, Cláudio Ribeiro de. *Avaliação sobre Concorrência e Concentração em Serviços de Saúde: Relações Verticais e Horizontais*. In: FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Orgs.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 53); Todavia, conforme ressalta João Fernando Moura Viana, há seguros-saúde cuja apólice restringe os usuários a uma rede credenciada. (VIANA, João Fernando Moura. *A Especificidade do Seguro Saúde frente ao Modelo Tradicional de Seguro após a concepção trazida pelo marco regulatório*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/TT_RM_05_JFernandoViana_EspecificidadeSeguroSaude.pdf>. Acesso em: 22/04/2012; Quanto à diferenciação entre os produtos, ver também PASQUALOTTO, Adalberto. *A Regulamentação dos Planos e Seguros de Assistência à Saúde: uma interpretação construtiva*. In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). *Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: RT, 1999. p. 39/46; COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial: direito de empresa*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 546; SALAZAR, Andrea; RODRIGUES, Karina; SILVER, Lynn; e DOLCI, Maria Inês R. Landini. *Planos de Saúde*. Série Cidadania. São Paulo: Globo, 2002. p. 10/11.

¹⁷⁸ BAHIA, Lígia; SCHEFFER, Mário. *Planos e Seguros de Saúde: O que todos devem saber sobre a assistência médica suplementar no Brasil*. São Paulo: UNESP, 2010. p. 107/108.

¹⁷⁹ SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *Direito Fundamental à Saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 164.

privado da assistência à saúde. O Estado intervém nos planos privados da assistência à saúde para a implementação de políticas sociais que objetivam, em última análise, a realização dos direitos fundamentais da pessoa humana.¹⁸⁰

Esse setor – da saúde suplementar –, em função das supracitadas limitações da saúde pública, bem como do avanço tecnológico, da ascensão social, da criação de cada vez mais normas e regulamentações para proteger os consumidores, tem se desenvolvido e ampliado cada vez mais, e, como decorrência destes fatores, tem contribuído para o incremento da comercialização e universalização do seu principal produto: contratos de plano de saúde.¹⁸¹

Cabe agora, como parte final deste primeiro capítulo, vincular o contrato de plano de saúde (como manifestação da saúde suplementar) a uma relação de consumo, de forma que se entenda a razão da incidência e da tutela do Direito do Consumidor sobre a referida espécie de contratação.

1.4 PLANO DE SAÚDE COMO RELAÇÃO DE CONSUMO

1.4.1 Subsídios Legais à Configuração da Relação de Natureza Consumerista

Inúmeros esforços por parte da doutrina já foram feitos no sentido de definir quem é ou quem pode se enquadrar nas figuras de consumidor/fornecedor, e não são raras vezes em que se encontram autores que reconhecem, de forma explícita, as dificuldades que permeiam tal incursão.¹⁸² Da mesma forma, a discussão acerca

¹⁸⁰ FERNANDES NETO, Antônio Joaquim. *Plano de Saúde e Direito do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 48/49.

¹⁸¹ Eduardo Saad cita três fatores pontuais como sendo principais para o desenvolvimento dos contratos de planos de saúde: “aumento da população; melhoria do seu padrão de vida e má qualidade dos serviços públicos de saúde”. (SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: Lei n. 8.078, de 11.9.90. 3. ed. São Paulo: Ltr, 1998. p. 432); Mariângela Sarrubbo refere, inclusive, que diante da inércia do Estado na resolução dos problemas de saúde, “o cidadão brasileiro ficou sem alternativa: submetia-se às imposições das empresas de convênios médicos ou ficava sem a prestação do serviço”. (SARRUBBO, Mariângela. *A Saúde na Constituição Federal e o Contexto para Recepção da Lei 9.656/98*. In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). *Saúde e Responsabilidade*: seguros e planos de assistência privada a saúde. São Paulo: RT, 1999. p. 17).

¹⁸² Fábio Konder Comparato, por exemplo, em reflexão comparativa, afirma que “[...] a dialética produtor x consumidor é mais complexa e delicada do que a dialética capital x trabalho. Esta comporta definições

dedeterminada relação revestir-se ou não de natureza consumerista igualmente tem exigido esforços doutrinários, acadêmicos e jurisprudenciais.

Para além dos efeitos acadêmicos, a discussão se tal relação tipifica ou não hipótese de vínculo de consumo encontra notável destaque e relevância nos Tribunais, revelando-se inclusive um fator determinante para o desfecho de inúmeras demandas judiciais, vez que litigar sob o pálio do CDC, na prática, atrai vantagens significativas, como, por exemplo, a possibilidade de inversão do ônus da prova.

No campo dos planos de saúde, a situação não é diferente e, por muitos anos, discutiu-se a questão, sendo que, até hoje, mesmo com a matéria já encontrando robusta consolidação jurisprudencial, ainda existe entendimento divergente, o que apenas atesta a complexidade do tema e a pertinência do seu estudo.

Com efeito, os contratos de plano de saúde, a exemplo do que ocorre com os contratos de natureza securitária em geral, nas suas mais variadas modalidades, enquadram-se como uma típica relação de consumo, sendo, portanto, as normas do CDC plenamente incidentes na relação contratual em análise.

Essa afirmativa, aliás, se mostra ainda mais correta na medida em que, conforme se explicitará neste ponto, esta espécie de contrato, dadas as características de que se reveste, constitui relações, em regra, assimétricas e desequilibradas, pelo que são verdadeiramente merecedoras de especial atenção e tutela do Estado.

Nesse prisma, de pronto, mostra-se de absoluta relevância ressaltar que os contratos de natureza securitária – gênero do qual os seguros e planos de saúde são espécie – salvo raras exceções casuísticas, configuram típicas relações de consumo.¹⁸³

Isto porque, atualmente, não apenas o termo “consumidor” está presente em diversas passagens da Lei n.º. 9.656/98 (a denominada Lei dos Planos de Saúde – LPS), como o próprio artigo 35–G dispõe que: “Aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o §1º do art. 1º desta lei as disposições da Lei n.º. 8.078, de 1990”.¹⁸⁴ Não obstante os mencionados

claras e separações radicais, ao contrário daquela”. (COMPARATO, Fábio Konder. A Proteção do Consumidor: importante capítulo do direito econômico. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. I. São Paulo: RT, 2010. p. 168).

¹⁸³ A propósito, aliás, fato é que a doutrina já vem, há muito, referindo que a Lei n.º. 9.656/98 se insere dentro do Direito do Consumidor, devendo incidir, por decorrência, os dispositivos do CDC. (LOPES, José Reinaldo de Lima. Consumidores de Seguros e Planos de Saúde (ou, Doente também tem Direitos). In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). *Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: RT, 1999. p. 29/35).

¹⁸⁴ Em que pese o artigo 35-G da lei n.º. 9.656/98 referir a aplicação do CDC como subsidiária, Bruno Miragem adverte: “Esta redação, como bem aponta a doutrina especializada, não parece ser

dispositivos legais, o artigo 3º, §2º¹⁸⁵, do próprio estatuto consumerista, expressamente prevê que serviços securitários são tutelados pelo referido código.

Veja-se, ademais, que já há muitos anos o Judiciário vem aplicando a legislação consumerista aos planos de saúde. Nesse sentido é o magistério de Cláudia Lima Marques¹⁸⁶: “O STJ tem decidido pela aplicação do CDC a estes serviços, considerados serviços de consumo [...]”. Inúmeras são as decisões capazes de ilustrar o entendimento atualmente consolidado no STF. Apenas para citar um: REsp nº. 267.530/SP, Quarta Turma, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em 14/12/2000.¹⁸⁷

Não bastasse o precedente acima referido, fato é que a questão da incidência das normas consumeristas aos contratos de assistência médica já se encontra sanada em razão da aprovação da Súmula 469¹⁸⁸ do STJ, a qual sacramentou definitivamente que os contratos de plano de saúde caracterizam-se como de relação de consumo e estão, portanto, submetidos à legislação protetiva dos consumidores.

Da votação da referida súmula, aliás, importante grifar, ficou reconhecido o entendimento no sentido de que o CDC se aplica, inclusive, aos contratos de plano de saúde firmados anteriormente à vigência deste diploma, não por haver retroatividade da lei, mas em razão da sua natureza de trato sucessivo, consoante exarado no voto da Ministra Nancy Andrighi.¹⁸⁹⁻¹⁹⁰

dogmaticamente correta. Não há falar em aplicação subsidiária, senão complementar entre as duas leis. Em outros termos: O CDC não deve ser aplicado apenas quando a Lei 9.656/98 não disponha sobre o tema em específico, senão que devem ambas as leis guardar coerência lógica, orientada pela finalidade de proteção do consumidor dos planos de assistência à saúde”. (MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 297).

¹⁸⁵ Art. 3º: “[...] §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 trabalhistas”.

¹⁸⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 505.

¹⁸⁷ Segue trecho da ementa: “PLANO DE SAÚDE. Centro Trasmontano. Internação. Hospital não conveniado. [...] - A operadora de serviços de assistência à saúde que presta serviços remunerados à população tem sua atividade regida pelo Código de Defesa do Consumidor, pouco importando o nome ou a natureza jurídica que adota. Recurso não conhecido”.

¹⁸⁸ Súmula 469. STJ “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

¹⁸⁹ A questão acerca da retroatividade do CDC a contratos firmados antes de sua vigência, inclusive àqueles cuja execução se deu já na constância de seu vigor, é por demais controversa, gerando opiniões as quais não serão aqui ventiladas. Apenas para ilustrar, cita-se Paulo Khouri, o qual advoga que, mesmo o CDC se tratando de norma de ordem pública, e os contratos de plano de saúde configurarem hipótese de trato sucessivo, a retroatividade do estatuto consumerista seria impossível, em respeito ao ato jurídico perfeito (artigo 6º da lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, antiga LICC, e artigo 5º, inciso XXXVI, da CF/88). (KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 22/24).

¹⁹⁰ Igualmente, a questão da (ir)retroatividade da lei a contratos firmados anteriormente à sua vigência aplica-se à própria LPS. O STF, em sede de Medida Cautelar incidente à Ação Direta de

1.4.2 Reconhecimento das Vulnerabilidades Típica e Diferenciada

As razões para o enquadramento dos contratos de plano de saúde como de natureza consumerista não se esgotam nos dispositivos legais acima mencionados.

Primeiro, pois, os usuários desta espécie de pacto, pelo menos em tese, facilmente se apresentam com a *vulnerabilidade* típica de todo e qualquer consumidor¹⁹¹, prevalecendo, atualmente, inclusive uma presunção nesse sentido, isto é, pela efetiva existência desta vulnerabilidade por parte dos consumidores destes contratos.

Esta vulnerabilidade, expressa no artigo 4º, inciso I¹⁹², do CDC, na prática, se desdobra de várias formas¹⁹³, a saber: *técnica*, por não possuírem os consumidores conhecimentos específicos, técnicos, acerca dos produtos e serviços que adquirem; *fática ou socioeconômica*, haja vista se submeterem ao poderio e à superioridade econômica das empresas, estas muitas vezes pertencentes a grandes blocos econômicos; *informacional*, eis o sabido *déficit* de informações inerentes à contratação em massa; e

Inconstitucionalidade (ADI), suspendeu a eficácia de diversos dispositivos da Lei n.º. 9.656/98, em razão de contrariarem os princípios do ato jurídico perfeito e do direito adquirido.

¹⁹¹ A vulnerabilidade dos consumidores, aliás, conforme afirma Adalberto Pasqualotto (e na esteira das diversas considerações já feitas) é a “verdadeira *ratio legis* do CDC”. (PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. O Código de Defesa do Consumidor em face do Código Civil de 2002. In: PFEIFFER, Roberto A. C.; e PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. (Coord.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: RT, 2005. p. 135/151); No mesmo sentido, restou assim plasmado no julgamento do REsp n.º. 586316/MG, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 17/04/2007: “O ponto de partida do CDC é a afirmação do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo, o que não quer dizer compactuar com exageros que, sem utilidade real, obstem o progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios”.

¹⁹² Art. 4º: “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. [...]”.

¹⁹³ Quanto às formas de vulnerabilidade, ver MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 321/342; Especificamente quanto à vulnerabilidade informacional, ver MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*. São Paulo: RT, 2012. p. 154/160; Sergio Cavaliere Filho, de forma pouco diversa, limita a vulnerabilidade aos aspectos fático, jurídico e técnico. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 7).

jurídica, uma vez que os consumidores em regra não contam com conhecimentos jurídicos específicos.

Além desta vulnerabilidade típica, presumida, a doutrina (acompanhada da jurisprudência) sustenta existir ainda, especificamente nestes contratos, uma *vulnerabilidade agravada*, diferenciada, notadamente em se tratando de questão envolvendo a saúde e/ou idosos.¹⁹⁴

Outro ponto que merece destaque e que também contribui para o desequilíbrio das relações no sistema de saúde suplementar é o fato de os seus produtos, em regra, materializarem-se na forma dos chamados contratos de adesão¹⁹⁵ (artigo 54¹⁹⁶, CDC), padronizados e com cláusulas pré-definidas, em cuja elaboração não é facultada a participação do consumidor, cabendo-lhe tão-somente a aceitação (consentimento) e o preenchimento de seus dados.¹⁹⁷

¹⁹⁴ Nesse sentido SCHMITT, Cristiano Heineck. A “Hipervulnerabilidade” do Consumidor Idoso. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 70. São Paulo: RT, abr./jun. 2009. p. 139/168; Sobre o mesmo tema, envolvendo a vulnerabilidade potencializada dos idosos, especialmente em contratos de assistência à saúde, cita-se MARQUES, Cláudia Lima. Solidariedade na Doença e na Morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 182; Ainda, Fabíola Meira de Almeida Santos se utiliza da expressão vulnerabilidade “exacerbada” para distinguir o consumidor idoso dos demais. (SANTOS, Fabíola Meira de Almeida. Reflexões acerca do Consumidor-Idoso e a necessidade de efetivação dos direitos desta categoria especial de indivíduos. *Revista de Direito Privado*. V. 36. São Paulo: RT, out./dez. 2008. p. 119/140); Na mesma esteira, MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 69/71; Da mesma forma, Luiz Antonio Rizzatto Nunes, o qual se utiliza da expressão “excepcional vulnerabilidade”, inclusive com exemplos ligados aos planos de saúde. (NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 546/554).

¹⁹⁵ Cláudia Lima Marques, quanto aos contratos de adesão, ensina o seguinte: “O contrato de adesão é oferecido ao público em um modelo uniforme, geralmente impresso e estandardizado, faltando apenas preencher os dados referentes à identificação do consumidor-contratante, do objeto e do preço”. (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 76).

¹⁹⁶ Art. 54: “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

¹⁹⁷ Todavia, em muitos casos, especialmente quando a contratação se dá através da modalidade coletivo-empresarial, a pessoa jurídica contratante se trata de uma grande empresa, que, em função do seu poder econômico e da sua grande massa de beneficiários, tem alto poder de barganha, sendo capaz de verdadeiramente negociar a inclusão ou não de determinada cláusula. Não há falar, nestes casos, portanto, em vulnerabilidade, mas nítida paridade. Igual ponderação surge quando determinado ente da Administração Pública contrata um plano de saúde para seus servidores. A contratação se dá, nesta hipótese, através de licitação e de contratos administrativos, rígidos e estritamente disciplinados pela Lei nº. 8.666/93. A Administração, nestes casos, já fornece, nos seus editais licitatórios, minutas prontas, cabendo pouca ou quase nenhuma discriminação à OPS, a qual deve se sujeitar à vontade do ente licitante, sob pena de simplesmente restar sucumbente no certame.

Cláudia Lima Marques¹⁹⁸, neste ponto, chega a afirmar que, além de a parte contratante, mais fraca e hipossuficiente, não poder discutir o conteúdo do contrato, a vulnerabilidade é tamanha que, mesmo sabendo que determinada cláusula é abusiva, só terá uma opção: “pegar ou largar”.

Neste cenário, sinala a autora¹⁹⁹ que, ante as muitas práticas e cláusulas presentes no mercado brasileiro de seguros que são consideradas abusivas, impõe-se a implementação de uma tutela especial para aquele contratante em posição mais vulnerável: “[...] há que se presumir a boa-fé subjetiva dos consumidores e impor deveres de boa-fé objetiva (informação, cooperação e cuidado) para os fornecedores, especialmente tendo em conta o modo coletivo de contratação e por adesão”.

Ainda assim, deve-se ressaltar existirem situações envolvendo contratos de planos de saúde que, em virtude de suas características específicas²⁰⁰, tem a aplicação do CDC afastada. Exemplo concreto e recente deste entendimento encontra-se no julgamento do REsp nº. 1.297.956/RJ, Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Julgado em 18/12/2012.²⁰¹ E tal precedente não é único, conforme restou

¹⁹⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações*. 6. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 321; Robson Matos e Fabiana Molina, no mesmo sentido, justificam não haver controvérsia quanto à hipossuficiência do contratante (consumidor) no pacto securitário por utilizar-se este “[...] de um instrumento complexo, regido por princípios desconhecidos de grande parte dos consumidores, que necessitam de tal serviço e não dispõem de nenhuma condição para discutir suas cláusulas com as seguradoras”. (MATOS, Robson Pedron; MOLINA, Fabiana Ricardo. *O Contrato de Seguro e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 57).

¹⁹⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações*. 6. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 495/496 e 498/499.

²⁰⁰ Os contratos de planos de saúde podem ser subdivididos em três diferentes tipos, de acordo com a pessoa contratante e a massa de beneficiários a que se destina: contratos individuais/familiares, coletivos empresariais e coletivos por adesão, respectivamente previstos no artigo 19, inciso VII da Lei nº. 9.656/98 e nos artigos 3º, 5º e 9º da Resolução Normativa - RN nº. 195, da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS. Ou seja, a rigor, três podem ser os contratantes de um contrato de plano de saúde: uma pessoa física, para si e sua família, uma pessoa jurídica para os seus empregados ou uma pessoa jurídica para os seus membros ou associados, como sindicatos, conselhos de classe, etc. De tais definições, uma análise mais detida pode sugerir haver uma inequívoca incompatibilidade, dependendo do tipo de contratação, com o regime do CDC, especialmente quando se considera a verdadeira razão de existir do estatuto consumerista.

²⁰¹ Segue a ementa: “RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE SEGURO-SAÚDE. [...] CONDIÇÃO DE DESTINATÁRIO FINAL. VULNERABILIDADE TÉCNICA DA PESSOA JURÍDICA. REVISÃO DO JULGADO. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. CONTRATO FIRMADO ENTRE A CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS SERVIDORES E A SEGURADORA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NÃO INCIDÊNCIA. CLÁUSULA DE REAJUSTE COM BASE NA SINISTRALIDADE. NÃO ABUSIVIDADE. PERCENTUAL. LAUDO PERICIAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. [...] 3. A verificação da procedência dos argumentos expendidos no recurso obstado - que defende tratar-se de contrato de adesão - e a inversão das conclusões do acórdão recorrido - que afastou a existência de hipossuficiência técnica da pessoa jurídica ora recorrente - exigiria por parte desta Corte o reexame de matéria fática. 4. Se a pessoa jurídica não ostenta a condição de consumidor final nem se apresenta em situação de vulnerabilidade, não incidem as regras do Direito do Consumidor. [...]”; No referido aresto,

reconhecido no próprio acórdão, havendo, pelo menos, mais uma outra decisão, em idêntico sentido, no qual o CDC foi igualmente afastado.²⁰²

Ou seja, ainda que haja um “reconhecimento generalizado” das relações envolvendo contratos de planos de saúde como se de consumo fossem, há que se consignar existirem hipóteses em que o Judiciário já reconhece a inaplicabilidade da legislação protetiva, notadamente nos casos em que se tratar de contratante pessoa jurídica (planos de saúde coletivos por adesão e empresarial).²⁰³

Oportuno frisar que inclusive contratos firmados por consumidores pessoa física poderiam, em tese, ter o CDC afastado, haja vista que, conforme enuncia a doutrina, o consumidor é apenas um “sujeito presumivelmente vulnerável”²⁰⁴, ou seja, há uma presunção, podendo ou não se concretizar em cada situação fática.

A identificação da efetiva vulnerabilidade (a qual é, repete-se, a verdadeira *ratio legis* do CDC), portanto, é uma medida importante e conduz à não generalização da questão, até por que “A aplicação das leis de defesa do consumidor para casos em que a vulnerabilidade não é patente banaliza o próprio direito do consumidor”.²⁰⁵

Entretanto, tal qual já referido, a premissa é que existe efetivamente a caracterização da vulnerabilidade e da relação de consumo, pelo que, a rigor, como forma geral, a relação pode e deve sim ser tratada como de natureza consumerista.

Em síntese, respeitada a ressalva acima, é certo que, não bastassem os substratos legais, oriundos, como visto, tanto do CDC quanto da legislação própria desta espécie de contrato, os elementos jurídicos de que se revestem os planos de saúde fornecem diversos subsídios capazes de justificar e legitimar a configuração destes

discutiu-se justamente a incidência da legislação especial consumerista ao contrato de plano de saúde coletivo firmado entre uma caixa de assistência e uma seguradora. Com efeito, tendo em vista a constatação da ausência de hipossuficiência e vulnerabilidade do contratante, os Ministros da Terceira Turma afastaram, em decisão unânime, os dispositivos do CDC da avença. Do referido acórdão, destacável o voto do Relator, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, o qual afirmou tratar-se a hipótese de “tipicamente uma relação empresarial e, no máximo, um contrato de aparente adesão”.

²⁰² REsp n.º 1.102.848/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 03/08/2010.

²⁰³ Não obstante este entendimento, existe doutrina que defende o reconhecimento da relação de consumo e a aplicação do CDC a todos os contratos de planos de saúde. Nesse sentido, vide SCHMITT, Cristiano Heineck; MARQUES, Cláudia Lima. Visões sobre os Planos de Saúde Privada e o Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). *Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: RT, 2008. p. 130.

²⁰⁴ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 42.

²⁰⁵ SODRÉ, Marcelo Gomes. *A Construção do Direito do Consumidor: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 32.

pactos como de natureza consumerista, sendo este, como dito, o entendimento hoje dominante em nível nacional.

1.4.3 Assimetria e Necessidade de Proteção Especial

Além dos fundamentos jurídico-legais acima tratados, os contratos de plano de saúde apresentam outras peculiaridades (também rotuladas de *falhas de mercado*), responsáveis por criar inegável desequilíbrio em suas relações que não apenas corroboram para a sua caracterização como de natureza consumerista, como também contribuem para a justificação de uma tutela especial por parte do Estado.

Apesar de estas falhas de informação estarem, em verdade, direta ou indiretamente vinculadas aos aspectos já mencionados acima (em especial no que tange à vulnerabilidade informacional²⁰⁶), por estarem, talvez mais do em que qualquer outra relação de consumo, especialmente presentes nos contratos de seguros e planos de saúde, merecem um trato específico, o qual segue neste tópico.

Com efeito, é direito de todo e qualquer consumidor, na forma do artigo 6º, inciso III²⁰⁷, do CDC, a informação clara e adequada quanto aos produtos e serviços que adquire. Como é cediço, no mercado da saúde suplementar, especialmente no âmbito dos planos de saúde, há um evidente desequilíbrio na troca de informações entre os três (principais) agentes deste sistema, o consumidor, o médico e a operadora, não havendo transparência de custos e das qualidades dos tratamentos, possibilitando, inclusive, abusos.²⁰⁸

Veja-se que os consumidores não dispõem de conhecimentos técnicos suficientes para saber da eficiência dos tratamentos médicos que lhes são prescritos

²⁰⁶ Neste contexto, oportuno lembrar que, conforme leciona Adalberto Pasqualotto, a desigualdade de informações é um dos grandes responsáveis pelo desequilíbrio nas relações de consumo. (PASQUALOTTO, Adalberto. Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. I. São Paulo: RT, 2010. p. 43).

²⁰⁷ Art. 6º: “[...] inciso III - A informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta da quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.

²⁰⁸ LADEIRA, Fernando de Oliveira Domingues. *Regulação Estatal e Assistência Privada à Saúde: liberdade de iniciativa e responsabilidade social na saúde suplementar*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 112.

pelos profissionais da medicina.²⁰⁹ Além disso, o pagamento pelos serviços é efetuado pelas OPSs, de forma que os consumidores desconhecem os custos.

Outra falha específica deste mercado decorrente da falta de transparência está no fato de que o médico, para receber mais pelos serviços prestados, e perante os baixos reembolsos praticados pelas OPSs, pode, eventualmente, indicar tratamentos ou serviços por vezes desnecessários para a específica situação em que o consumidor se encontra.²¹⁰

Estes fatores, por si só, inegavelmente favorecem a ocorrência de alguns problemas, tais como o desinteresse para melhor racionalizar o uso dos serviços médicos, bem como a possibilidade de os médicos auferirem maiores lucros ante a indicação de tratamentos longos e/ou desnecessários, problema tecnicamente rotulado de *relação de agência*.²¹¹

Isso não bastasse, as OPSs, por sua vez, tendem a criar barreiras à entrada das pessoas com maiores riscos de saúde, justamente aquelas que mais precisam do sistema suplementar, mediante a constante imposição de restrições ao ingresso nos planos de saúde, tais como àquelas com doenças preexistentes²¹², ou mediante a fixação de limites

²⁰⁹ Na mesma direção, destacando a existência de assimetria de informação no mercado de saúde suplementar entre consumidores e prestadores, justamente em razão de os primeiros necessitarem de auxílio médico para identificar/curar patologias e problemas envolvendo a saúde em geral, citável OCKE-REIS, Carlos Octávio; ANDREAZZI, Maria de Fátima Siliansky de; SILVEIRA, Fernando Gaiger. O Mercado de Planos de Saúde no Brasil: uma criação do estado? *Revista de economia contemporânea*. V. 10. n. 1. Rio de Janeiro: Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, jan./abr. 2006. p. 157/185.

²¹⁰ LADEIRA, Fernando de Oliveira Domingues. *Regulação Estatal e Assistência Privada à Saúde: liberdade de iniciativa e responsabilidade social na saúde suplementar*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 112/113.

²¹¹ O assunto é explorado por BARRIONUEVO FILHO, Arthur; LUCINDA, Cláudio Ribeiro de. Avaliação sobre Concorrência e Concentração em Serviços de Saúde: Relações Verticais e Horizontais. In: FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Orgs.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 76/77; e FOLLAND, Sherman; GOODMAN, Allen.C.; STANO, Miron. *A Economia da Saúde*. Tradução de Cristina Bazan. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2008. p. 272/280.

²¹² Aqui cumpre salientar que, por determinação legislativa, não é permitida às OPSs vedar ou impedir o ingresso de beneficiários, seja pelo motivo que for, inclusive aqueles portadores de doenças pré-existentes. Adalberto Pasqualotto inclusive destaca que tal questão era uma das problemáticas existentes neste mercado anteriormente à Lei nº. 9.656/98, sendo que atualmente a regra é pela universalidade do acesso. (PASQUALOTTO, Adalberto. A Regulamentação dos Planos e Seguros de Assistência à Saúde: uma interpretação construtiva. In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). *Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: RT, 1999. p. 55); Quanto ao ponto específico das doenças preexistentes, cabe lembrar que o artigo 11, da Lei nº. 9.656/98, permite a restrição de coberturas vinculadas a doenças anteriores à contratação do plano por até 2 anos. É permitido ao consumidor, entretanto, nos termos da RN nº. 162, da ANS, optar ou pela operadora suspender, pelo referido prazo, a cobertura de Procedimentos de Alta Complexidade, leitos de alta tecnologia e procedimentos cirúrgicos relacionados à patologia existente (cobertura parcial temporária), ou optar por, ao invés de aguardar tal

para as coberturas, buscando, assim, contratar apenas com a “cereja do bolo”, *cherry picking*, isto é, com aqueles que não possuem riscos tão grandes de necessitarem dos serviços e que estão dispostos a pagar pela garantia.²¹³

Não apenas acostumado ao vício quanto às informações e à transparência, o específico campo dos planos de saúde se apresenta propício, também, para outras falhas de mercado. Destas, destacam-se os seguintes problemas: *demanda inelástica ao preço*, posto não haver uma escolha deliberada do consumidor pelos serviços de saúde, mas uma necessidade, consubstanciada no desejo de assegurar-se dos riscos de adoecer e de, se preciso, curar-se, encontrando-se o consumidor disposto a pagar o que for preciso para tanto e permitindo “preços de monopólio”; e *falhas de mobilidade*, tamanha a inflexibilidade das operações deste mercado. Ao passo que para as OPSs se mostra tormentosa a possibilidade de ampliar a base territorial sem a consequente necessidade de repasse dos custos para as mensalidades, os consumidores veem-se sem qualquer facilidade no sentido de buscar outras operadoras, haja vista os inúmeros obstáculos existentes – como no que tange a informações, carências, verificação de rede de atendimento –, além das influências externas, como a reputação desta ou daquela OPS, que desfavorecem sobremaneira qualquer ímpeto pela troca de empresa, o que pode contribuir para a formação de um mercado oligopolista.²¹⁴

Além destes fatores, o mercado de saúde suplementar pode apresentar outros aspectos também merecedores de menção, tais como as falhas e as limitações de cobertura/exclusão de procedimentos; a excessiva demora nos atendimentos, especialmente em casos de urgência e emergência; as majorações excessivas de preços em faixas etárias mais avançadas, entre outros.

Em suma, em razão destas falhas de mercado e peculiaridades jurídico-contratuais, é indubitável a percepção quanto ao desequilíbrio, ou melhor, à assimetria, existente, em regra, nos contratos privados de assistência à saúde. A sua importância, dado o bem que visa garantir (saúde), associada à precariedade e à insuficiência do

período, pagar um “agravo” à mensalidade, hipótese em que passa, então, a ter direito à cobertura integral.

²¹³ Considerações importantes sobre os referidos problemas decorrentes da assimetria de informação podem ser encontrados em BARRIONUEVO FILHO, Arthur; LUCINDA, Cláudio Ribeiro de. Avaliação sobre Concorrência e Concentração em Serviços de Saúde: Relações Verticais e Horizontais. In. FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Orgs.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 74/77.

²¹⁴ LADEIRA, Fernando de Oliveira Domingues. *Regulação Estatal e Assistência Privada à Saúde: liberdade de iniciativa e responsabilidade social na saúde suplementar*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 108/114.

sistema público, é ainda mais patente, revelando-se os seus produtos quase que obrigatórios nos dias atuais, pelo que, repisa-se, é um mercado que merece contínua atenção e, sobretudo, regulação do Poder Público.²¹⁵

Fato é que, em contratos de planos de saúde, talvez mais do que em qualquer espécie contratual, o reconhecimento de uma relação desigual e assimétrica é inafastável, devendo, portanto, incidir normas protetivas, especialmente o CDC, de forma a buscar-se, sobretudo, a harmonização deste vínculo, ou seja, um ponto de equilíbrio.

²¹⁵ LADEIRA, Fernando de Oliveira Domingues. *Regulação Estatal e Assistência Privada à Saúde: liberdade de iniciativa e responsabilidade social na saúde suplementar*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 115.

2 CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE E SEGURO SAÚDE

2.1 CONTRATO DE CONSUMO

2.1.1 Perspectiva Pós-Moderna e Ordenamento como Sistema Axiológico

Reconhecido que o plano de saúde configura hipótese de relação de consumo (e por decorrência se sujeita às normas protetivas dos consumidores), impõe-se analisar, ainda que de forma não exaustiva, o que compreende um contrato de consumo, estudo que, *data venia*, deve ser precedido de breves considerações acerca da concepção da noção de ordenamento jurídico como um sistema axiológico e a influência desta nas transformações da própria ideia de contrato.

O Direito Contratual revela-se como um dos mais importantes ramos da ciência jurídica, na medida em que todos os indivíduos, sem exceção, firmam dezenas de contratos diariamente, sobre os mais diversos temas, tal qual salienta César Fiuza²¹⁶: “Os contratos estão presentes em quase todas as relações humanas. É um fenômeno inerente à vida em sociedade, pois o homem celebra contratos a todo momento, desde quando acorda até a hora de dormir”.²¹⁷

Igualmente pertinentes são as considerações de Humberto Theodoro Júnior²¹⁸ acerca dos contratos e a importância destes, destacando que, desde que o homem passou a conviver de forma pacífica e civilizada, o contrato foi sempre usado nas relações humanas, até chegar aos tempos atuais em que simplesmente não se consegue cogitar sobreviver um dia sequer sem firmar algum contrato: “Hoje, pode-se dizer que nenhum cidadão consegue sobreviver no meio social sem praticar diariamente uma série de contratos”.

Destarte, a importância do contrato é, a bem da verdade, inquestionável, sendo o seu valor encontrado fundamentalmente no fato de “ser o instrumento jurídico que

²¹⁶ FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey: 2000. p. 213.

²¹⁷ A mesma constatação é assinalada por Von Hans Rudolf Sengenstedt: “*Jedermann schließt zur Befriedigung seiner Lebensbedürfnisse täglich eine Vielzahl von Verträgen ab*”. (SANGENSTEDT, Von Hans Rudolf. *Meine Rechte als Verbraucher*. 2. Auflage. München: DTV, 1991. p. 22).

²¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Contrato e seus Princípios*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2001. p. 13.

possibilita e regulamenta o movimento de riqueza dentro da sociedade”, conforme assinala Cláudia Lima Marques.²¹⁹

Com efeito, ainda que se possa afirmar que a importância deste instrumento foi, desde a sua concepção, significativa, conforme reconhece André Sette²²⁰, é certo que a forma como este é compreendido, bem como algumas de suas linhas mestras, sofreram, ao longo da história, acompanhando as transformações da própria sociedade, especialmente nas últimas décadas, sensível modificação.

Para muito além dos meios de contratação e produção/comercialização, a sociedade em si, como um todo, sofreu inegáveis transformações, fato este que pode ser muito bem percebido a partir da reformulação da própria ciência (compreendida em seu aspecto mais amplo), do conhecimento científico e da forma de se compreender o mundo e as relações jurídicas e sociais.

Neste contexto, mostram-se oportunas as reflexões trabalhadas por Boaventura de Sousa Santos²²¹, em obra na qual o sociólogo português expõe a crise de paradigmas na qual se vive desde especialmente a segunda metade do século XX até a atualidade. Conforme salienta o autor, notadamente em razão de descobertas e avanços científicos²²², a sociedade se encontra (encontrou) diante do final de um ciclo de hegemonia de uma ordem científica, do qual sobrevieram desdobramentos, inclusive jurídicos, ligados a relativismos, incertezas e instabilidades²²³ (de determinados

²¹⁹MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações*. 6. ed. São Paulo: RT, 2011.p. 56.

²²⁰“E o instituto em comento encontra-se em notória expansão. A evolução dos meios de produção e do comércio, principalmente após o advento da rede mundial de computadores (internet), evidencia esta tendência. As relações entre as pessoas tornaram-se mais ágeis, acumula-se mais informações, provocando uma verdadeira revolução nas relações sociais, o que influi diretamente no campo do Direito dos Contratos”. (SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. *Direito dos Contratos: seus princípios fundamentais sob a ótica do Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 17).

²²¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um Discurso Sobre as Ciências*. 16. ed. Porto: Edições Afrontamento, 2010. *passim*.

²²² As descobertas científicas estão relacionadas principalmente às quatro teses de Albert Einstein, ligadas respectivamente à noção de “quanta de luz” (os atuais fótons); a noção do movimento browniano; a teoria da relatividade restrita; e a concepção do conceito de massa inercial. Todas as referidas teses estão diretamente associadas às noções, por exemplo, de partícula-onda da mecânica quântica; de relatividade geral; teoria da gravidade; movimentos celulares (difusão, formação de proteínas, síntese de ATP, transporte intercelular de moléculas); teoria do caos e as noções de aleatoriedade, instabilidade e imprevisibilidade de resultados; noção de atratores e fractais; teoria da relatividade e a inexistência de um sistema de referência absoluto; reações nucleares, bomba atômica, entre muitos outros que tiveram indescritível papel para a ciência e a humanidade no século XX.

²²³ PRIGOGINE, Ilya. *O Fim das Certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 1996. *passim*.

dogmase noções até então dominantes)²²⁴, ganhando o ordenamento jurídico, por vezes, o rótulo, inclusive, de caótico.²²⁵

Estes questionamentos e ruptura de paradigmas são, em verdade, responsáveis por ilustrar a passagem da ciência moderna para uma assim denominada pós-moderna²²⁶ (ou contemporânea), mais líquida, flexível, dinâmica, não linear, transdisciplinar e, de certa forma, imprevisível.²²⁷ Surge, neste contexto, a ideia de abertura, a qual permite a decadência das visões totalitaristas (até então vigentes, típicas do Estado Liberal, cujas codificações pretendiam, a partir de enunciados genéricos, abarcar todas as situações possíveis²²⁸) e a proliferação, ou melhor, a diversificação de fontes, não apenas de leis e microsistemas, como também de meios de interpretação, comunicação, informação e até mesmo de culturas.²²⁹ Cláudia Lima Marques²³⁰, nesta esteira, remetendo aos ensinamentos de Erik Jayme, fala em “pluralismo pós-moderno”, fontes legislativas plúrimas e a complexidade decorrente destas, com a consequente necessidade de existir coordenação, convivência, enfim “diálogo das fontes”.

Neste cenário de mudanças, a partir das novas influências científicas (e sociais), a própria noção de segurança jurídica restou, de certa forma, abalada. Maria

²²⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um Discurso Sobre as Ciências*. 16. ed. Porto: Edições Afrontamento, 2010. *passim*.

²²⁵ Termo utilizado em ARONNE, Ricardo. *Direito Civil Constitucional e Teoria do Caos: estudos preliminares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. *passim*.

²²⁶ José Jairo Gomes, ao tratar do fenômeno da *pós-modernidade*, assim esclarece: “Alguns classificam o pós-modernismo como um modo novo e esquizofrênico de espaço e tempo; outros situam-no como consequência do declínio dos mitos modernos do progresso e da superioridade do homem em relação às demais criaturas viventes. Como certo, tem-se que esse movimento intelectual veicula um novo pensamento, no qual se flagra não apenas uma contestação, mas um autêntico conflito entre o que se considerava moderno e o novo. Há quem considere que o pós-modernismo não passa de uma reação ao não cumprimento do programa moderno, traduzindo o esgotamento ou exaurimento deste último. Essa visão é suportada pela incertezas atuais, pelo individualismo exacerbado a que os homens foram levados no convívio social, pelas gritantes diferenças e desigualdades verificadas, sobretudo na América Latina, pelas graves e urgentes questões ecológicas surgidas com o desenfreado progresso industrial-tecnológico”. (GOMES, José Jairo. *Responsabilidade Civil na Pós-Modernidade: influência da solidariedade e da cooperação*. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*. Vol. I. São Paulo: RT, 2010. p. 259).

²²⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um Discurso Sobre as Ciências*. 16. ed. Porto: Edições Afrontamento, 2010. *passim*.

²²⁸ Conforme explica Eugênio Facchini Neto, a ideologia jurídica predominante no Estado Liberal é “ideologia dos 3c’s”, pois pretendia a legislação civil ser clara, coerente e completa, ou seja, “onisciente, previdente, capaz de tudo regular detalhadamente [...]”. (FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões Histórico-Evolutivas sobre a Constitucionalização do Direito Privado*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 44).

²²⁹ A noção de abundância, principalmente de leis, leva Ricardo Luis Lorenzetti a falar em desordem, *big bang* legislativo, fracionamento da ordem e desprestígio da lei. (LORENZETTI, Ricardo Luis. *A Era da Desordem e o Fenômeno da Descodificação*. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. I. São Paulo: RT, 2010. p. 341/375).

²³⁰ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 30/33.

Celina Bodin de Moraes²³¹, entretanto, destaca que, não obstante o panorama de dúvidas e incertezas que acometeu a sociedade, o respeito pela segurança jurídica manteve-se (e mantem-se, até hoje, ainda que inegavelmente permeado pela nova realidade de dinamicidade, flexibilidade e abertura do ordenamento) hígido, sob pena de se recair em um cenário de arbitrariedade.

O que se viu foi que a racionalidade moderna, mecanicista, cartesiana, dicotômica e determinista, de fato, não pode mais ser entendida como dominante, o que, do contrário, seria, na prática, negar o atual estado da ciência, da tecnologia, da sociedade e da própria ciência jurídica.

Acompanhando esta alteração da sociedade, o pensamento jurídico também sofreu expressiva transformação, principalmente com o advento e a consolidação da sociedade de massa, em que as relações, as formas de negociar e contratar, deixaram de ser singulares e individualizadas, passando a se multiplicarem, se massificarem, de forma tal que o elemento volitivo, antes tido como nuclear, teve a sua força mitigada diante dos novos valores e da nova realidade social que se construía. Conforme esclarece José Tadeu Neves Xavier²³², o formato clássico de Direito, “calcado num sistema individualista e racional, buscando soluções dentro de uma noção de justiça formal e apegado a princípios anacrônicos que se preocupavam, em especial, em proporcionar a manutenção de um *statu quo* precisava ser remodelado”.

Claus-Wilhelm Canaris²³³, nesta linha, explica que esta nova ciência jurídica (não mais fechada e hermética), de forma a poder responder a esta nova realidade e às suas exigências, aponta para a necessidade de um novo pensamento sistemático, o qual, segundo o autor, pode ser comodamente indiciado através de quatro requisitos: “trata-se de um sistema aberto, móvel, heterogêneo e cibernético [...]”.

Nesta esteira, passou a se consolidar a concepção de que o ordenamento é um

²³¹ “Estas transformações, contudo, certamente afastaram aquela concepção de segurança – ou melhor, de ilusão de segurança – característica do direito civil do século XIX. Vivemos no que já foi denominado de uma era de incertezas, o que inevitavelmente transparece no âmbito do Direito. Isto não significa, contudo, abandonar a aspiração por segurança jurídica e resignar-se àquilo que a todo custo se buscava evitar: o arbítrio. Apenas implica compreendê-la (a segurança) de outro modo”. (MORAES, Maria Celina Bodinde. *Perspectivas a Partir do Direito Civil-Constitucional*. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 40).

²³² XAVIER, José Tadeu Neves. *A Nova Dimensão dos Contratos no Caminho da Pós-Modernidade*. 2006. 338f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito. UFRGS. Porto Alegre. p. 82.

²³³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Traduzido por Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p.cxii.

sistema²³⁴ complexo e aberto, norteado por princípios e valores²³⁵ que indicam o tom (e a intenção) das normas e qual a melhor hermenêutica aplicável. Luis Antônio Rizzato Nunes²³⁶ comenta que “[...] o ato interpretativo está ligado diretamente à noção de sistema jurídico. [...] A ideia de sistema, como se verá, está presente em todo o pensamento jurídico dogmático, nos princípios e valores dos quais ele parte e na gênese do processo interpretativo [...]”. E, na linha do que destaca Paulo Valério Dal Pai Moraes²³⁷, o resultado desta concepção, de um ordenamento jurídico estruturado através de um sistema, é que “se as normas não estiverem de acordo com os valores, elas não terão legitimidade [...]”. Por certo, a mesma lógica é aplicável aos contratos.

Ou seja, neste cenário decorrente da nova racionalidade (e da nova ordem científica, social e jurídica) que emergia, as incertezas, o caos e a complexidade, do ponto de vista jurídico, passaram a ser, na verdade, “contornados” (ou “superados”) através da estruturação do ordenamento em um sistema axiológico e aberto²³⁸, cujos pilares são princípios e valores eleitos pela sociedade (legislador constituinte) e que devem servir de norte para todos os atos, normas e relações jurídicas (inclusive contratos), sob pena da invalidade dos mesmos.

Juarez Freitas²³⁹, ao se referir à necessidade de se interpretar o Direito à luz

²³⁴ Importante referir que a ideia de sistema, inclusive vinculada ao mundo jurídico não é original deste período histórico (modernidade), já havendo resquícios desta forma de tratamento pelo menos desde os romanos, os quais já se organizavam, de certa forma, através de uma racionalidade sistemática, envolvendo princípios e regras. (MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 31/38).

²³⁵ Sem qualquer pretensão de se explorar o tema, vale apenas mencionar que, no entendimento de Robert Alexy, “princípios e normas são a mesma coisa, de um lado em uma roupagem deontológica e, de outro, em uma roupagem axiológica”. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 561).

²³⁶ NUNES, Luis Antonio Rizzato. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 13.

²³⁷ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 42.

²³⁸ Fala-se em sistema aberto e não fechado. Paulo Valério Dal Pai frisa que “Essa abertura acontece não somente pela possibilidade de que ingressem no sistema alterações legislativas, como também por meio das concretizações decorrentes da aplicação do Direito (função do cuidado do direito), reconhecido que os valores dados pelo sistema, nesta última via de ingresso, culminam por somar-se aos variados *input* advindos dos demais sistemas, por intermédio da atividade julgadora do Poder Judiciário, o qual deve estar atento aos anseios e às necessidades sociais da comunidade a que serve”. (MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 66); E, especialmente em se tratando de um sistema aberto (e que, portanto, permite e alberga diversas decisões), encontra notável importância a argumentação (também no âmbito dos direitos fundamentais) das decisões, sob pena de se chegar a decisões destoantes do texto constitucional e insegurança jurídica. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 543/574).

²³⁹ FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 185/186.

desses novos valores e princípios, afirma que a CF/88 (como base do sistema) passa a ser vista como uma: “[...] rede axiológica de princípios, de regras e valores de ordem suprema, cuja função precípua é a de, evitando ou superando antinomias axiológicas, dar cumprimento aos objetivos fundamentais do Estado Democrático, entendidos de maneira predominantemente substancial”.

Neste contexto, de uma ciência jurídica e de um ordenamento axiologicamente estruturado e sistematicamente construído, o instituto do contrato, antes entendido como um acordo em que a vontade das partes era o elemento preponderante (perspectiva clássica ou moderna²⁴⁰), adquire uma roupagem própria e nova (pós-moderna), permeada por estes novos valores²⁴¹, realidade hoje facilmente verificável em diversas espécies de contratos, inclusive nos planos de saúde.²⁴²

2.1.2 Princípios Clássico-Liberais e a sua Mitigação (Redução do Elemento Volitivo)

Conforme acima adiantado, com a estruturação do ordenamento em um sistema axiológico, institutos clássicos, como os contratos, passaram a deter nova configuração, cuja compreensão é mais facilmente perceptível através da análise dos princípios inerentes ao Direito Contratual.

Tal mudança, conforme refere Judith Martins-Costa²⁴³, se deoprincipalmente em razão do enfraquecimento da “vontade” das partes, na medida em que esta deixou de ser a fonte e o conteúdo da obrigação e elemento integrativo do contrato, passando a ser meramente uma espécie de elemento da gênese da formação do negócio jurídico,

²⁴⁰ Cláudia Lima Marques expressamente afirma que a “concepção clássica de contrato, individualista e liberal” é “centrada na ideia de valor e força da vontade [...]”. (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações*. 6. ed. São Paulo: RT, 2011. p.61).

²⁴¹ O contrato passa a constituir uma relação jurídica “nucleada na solidariedade constitucional”. (NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós-moderno*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 255).

²⁴² Nesse sentido, Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves: “De início, constata-se que o contrato está amparado em valores constitucionais. Não há dúvida de que questões que envolvem direitos fundamentais, mormente aqueles com repercussões sociais, refletem na autonomia privada, caso do direito à saúde. No Brasil podem ser encontrados vários julgados que colocam em sopesamento a questão da saúde e manutenção econômica, prevalecendo, muitas vezes, a primeira”. (TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual*. 2. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 243).

²⁴³ MARTINS-COSTA, Judith. Crise e Modificação da Idéia de Contrato no Direito Brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 3. São Paulo: RT, set./dez. 1992. p. 127/154.

caracterizando a queda do “antigo voluntarismo”.

A percepção desta realidade fica em ainda maior destaque quando compreendida no contexto das relações massificadas, características do mundo posterior à Revolução Industrial, nas quais o consumo passou a ser não mais mera opção, mas verdadeira necessidade dos indivíduos, aos quais, em muitas das vezes, não restava alternativa, senão a de se submeter à imposição de empresas, à força, à vontade e ao poderio econômico destas.

Historicamente, sabe-se que os contratos, por sua natureza, eram compromissos firmados que vinculavam e obrigavam fortemente as partes. Por essa razão, a premissa maior era a de que deveriam ser cumpridos, uma vez que representavam, sobretudo, um acordo resultante da manifestação das vontades, as quais convergiam para a mesma finalidade: contratar e ver a execução do pactuado restar realizada.²⁴⁴

Em que pese a doutrina²⁴⁵ não seja unânime, pode-se elencar, como princípios clássicos: (I) a autonomia da vontade; (II) a vinculação das partes ou força obrigatória dos contratos; e (III) a relatividade. Será sobre estes princípios que serão tecidos alguns comentários.

Conforme Humberto Theodoro Júnior²⁴⁶, o princípio da *autonomia da vontade* constitui o mais tradicional. Considerando que a noção basilar do contrato seria a de, refletindo a vontade dos contratantes, criar uma relação jurídica obrigacional, prevalecia, como regra geral, a “liberdade de contratar”, a qual, como refere o autor, convencionou-se chamar de “autonomia da vontade”. Este princípio traduz-se como o poder atribuído às vontades (dos contratantes) para regular, elas próprias, todo o teor e condições do contrato e do vínculo.²⁴⁷

No próprio contrato de plano de saúde, é possível encontrar-se exemplo nítido

²⁴⁴MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações*. 6. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 57/68.

²⁴⁵Fábio Ulhoa Coelho cita como os princípios informadores do direito dos contratos a autonomia privada, a vinculação das partes, o equilíbrio dos contratantes e a relatividade. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil: contratos*. V. 3. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 23). Basicamente na mesma linha, mas utilizando-se de terminologia um pouco diversa, Maria Helena Diniz cita a autonomia da vontade, o consensualismo, a obrigatoriedade da convenção e a relatividade dos efeitos do negócio jurídico como sendo aqueles princípios clássicos. (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 22/33).

²⁴⁶THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Contrato e seus Princípios*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001. p. 16/17.

²⁴⁷Assim, salvo se violada a lei, os princípios éticos, os bons costumes ou a ordem pública – hipóteses que configurariam ilicitude e, portanto, ineficácia ou nulidade do ato negocial -, a vontade das partes podia definir e determinar amplamente o contrato e o seu conteúdo. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. III. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 17).

de como o referido princípio teve sua força mitigada. Não é possível, apenas para ilustrar, se decidir com liberdade acerca do conteúdo do contrato, não podendo quase falar-se em autonomia. Não apenas a própria LPS, como também as normas da ANS, tratam de indicar o que deve obrigatoriamente estar previsto (cobertura para todas as doenças contidas no Código Internacional de Doenças - CID-10, por exemplo); quais as poucas hipóteses de exclusão aceitas; quais os prazos de carência estipuláveis, entre diversos outros exemplos que bem representam o atual período de dirigismo contratual.²⁴⁸

A noção de *liberdade contratual* (esta tida como a faculdade de optar ou não por contratar; a liberdade de eleger o parceiro contratante e a possibilidade fixar o conteúdo do pacto²⁴⁹) restou sensivelmente enfraquecida. A legislação não permite, por exemplo, que uma OPS impeça um consumidor de com ela contratar.

Fala-se, nesse contexto, como reflexo da nova forma de contratar (massificada), em *contratos de consumo* e, muitas vezes, *de adesão* (como em regra se dá a contratação de planos de saúde²⁵⁰), em que as antigas autonomia da vontade e liberdade de contratar deixam de existir, ou, na melhor das hipóteses, existem, mas com forças infinitamente reduzidas, tornando-se necessária a intervenção do Poder Público, o Estado, através do Poder Legislativo, Executivo e, principalmente, Judiciário, para fiscalizar e controlar o tráfico de tais avenças, haja vista que os contratos não são mais meros instrumentos de aquisição entre duas partes, mas sim veículos para a “organização econômica global”, tal como destaca Judith Martins-Costa.²⁵¹

E não apenas *de adesão*, mas outros termos são criados para designar formas contemporâneas de contratação e a elas destinar tratamento especial, diferenciado e protetivo, justamente para, em consonância com os valores constitucionais, amparar os “vulneráveis”. Exemplo disso é a expressão *contratos conexos*, que, conforme destacam

²⁴⁸ Cumpre aqui lembrar que o dirigismo contratual é um fenômeno evidente, mas que não ocorre com toda as espécies de contratos, sendo verificável apenas naquelas relações que sejam consideradas merecedoras de intervenção estatal para que seja mantido o equilíbrio entre as partes. (NERY JÚNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 448).

²⁴⁹ Conforme definição trazida em MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações. 6. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 66.

²⁵⁰ Nos dizeres de Cláudia Lima Marques, “O fenômeno dos contratos de adesão é cada vez mais comum na experiência contemporânea, produzindo-se em múltiplos domínios, como, por exemplo, o dos seguros, o dos planos de saúde [...]”. (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações. 6. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 78).

²⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. Crise e Modificação da Idéia de Contrato no Direito Brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 3. São Paulo: RT, set./dez. 1992. p. 127/154.

Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves²⁵², tem aplicação prática no contexto dos planos de saúde.

Outro termo utilizado e que igualmente encontra guarida no mercado da saúde suplementar é o *contrato cativo de longa duração*, o qual, conforme ensina Cláudia Lima Marques²⁵³, refere-se àqueles contratos instituídos “[...] para fornecer serviços especiais no mercado, criando relações jurídicas complexas de longa duração, envolvendo uma cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma característica determinante: a posição de ‘catividade’ ou ‘dependência’ dos clientes, consumidores”. Conforme ensina a referida mestra, dentre os principais exemplos deste tipo de contrato, encontram-se precisamente os planos de saúde.²⁵⁴ Paulo Valério Dal Pai Moraes²⁵⁵, no mesmo sentido, afirma que “Essa situação é muito comum nos seguros-saúde e planos de saúde [...]”.

Diretamente associado à autonomia da vontade, despontou o princípio da força obrigatória dos contratos, ou *pacta sunt servanda*, o qual afirma que os contratos devem ser cumpridos, de forma que, na medida em que as partes firmam eventual pacto, estariam atrelados ao mesmo e a sua execução/cumprimento.

Nessa esteira, conforme aduz Humberto Theodoro Junior²⁵⁶, alguns códigos civis, tais como o francês e o italiano, inclusive estipulam que as convenções firmadas dentro dos limites da lei, têm, entre as partes, força de lei. Ainda que no Brasil não haja declaração nesse sentido, de uma forma geral, entende-se, embora de forma bastante enfraquecida se comparada com o passado, que o Direito Civil atribui aos contratos a mesma força de lei. Mais uma vez, o mercado de saúde suplementar é campo fértil para constatação da mitigação também deste princípio, sendo inúmeros os precedentes jurisprudenciais que alteram o conteúdo de contratos com base em valores e predicados constitucionais.

²⁵² “A respeito dos primeiros – dos contratos conexos, coligados ou redes contratuais -, trata-se de outra expressão da realidade social do contrato, proveniente da própria ideia de função social do contrato. Repisa-se que tais negócios estão interligados por um ponto ou nexos de convergência, seja direto ou indireto, presentes, por exemplo, nos negócios de plano de saúde e em negócios imobiliários”. (TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual*. 2. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 239).

²⁵³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações*. 6. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 96.

²⁵⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações*. 6. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 96.

²⁵⁵ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 241.

²⁵⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 22.

Acresce-se aos referidos princípios, ainda, como um dos clássicos, o princípio da *relatividade*, sugerindo que o contrato e as obrigações nele contidas vinculam apenas os contratantes, não gerando efeitos para terceiros.²⁵⁷ Ou seja, ainda que o contrato assumia força de lei, via de regra, a sua eficácia é ordinariamente cingida às partes que firmaram o pacto. Entretanto, tal restrição encontra aguda diferenciação especialmente nos planos de saúde, tanto em contratos firmados por pessoas físicas como naqueles contratados por pessoa jurídica.

Nos contratos familiares, por exemplo, a despeito de o contratante ser (apenas) uma pessoa (o beneficiário titular), os beneficiários dependentes submetem-se aos mesmos direitos e obrigações. Da mesma forma, situação semelhante se verifica nos planos coletivos, nos quais, apesar de firmados (apenas) pela pessoa jurídica (empresa contratante), os direitos e obrigações são extensíveis aos beneficiários (pessoas físicas), conforme tem massivamente entendido a jurisprudência.²⁵⁸

Os três princípios acima sintetizam a realidade que imperava, até pouco tempo atrás, no Direito Contratual. Em singela síntese, sopesando os norteadores supra suscitados, predominava a noção de que, ao falar-se em contratos, às partes era conferida plena liberdade de contratar e, na medida em que assim o fizessem, estavam, nos termos estipulados, entre si obrigadas, não respingando, em regra, efeitos a terceiros.

Ainda que se defenda a relativização destes princípios, em razão da mudança de enfoque do ordenamento para uma ótica mais humana e mais social, fato é que estes princípios jamais deixaram de valer completamente, subsistindo no ordenamento e servindo, até os dias de hoje, como diretrizes no que diz com os contratos.²⁵⁹

²⁵⁷ Sobre o assunto, cita-se Silvio Venosa: “A regra geral é que o contrato só ata aqueles que dele participarem. Seus efeitos não podem, em princípio, nem prejudicar, nem aproveitar a terceiro. Daí dizemos que, com relação a terceiros, o contrato é *res inter alios acta, aliis neque necneque potest*. [...] No entanto, como todo princípio geral, abrem-se, ora exceções. Há obrigações que estendem seus efeitos a terceiros. [...] Nesse sentido, conclui-se que o contrato não produz efeito com relação a terceiros, a não ser nos casos previstos na lei”. (VENOSA, Silvio Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. Vol. II. São Paulo: Atlas, 2007. p. 345).

²⁵⁸ “[...] não merece prosperar a arguição levantada pela parte ré de carência de ação por ilegitimidade ativa, tendo em vista que o beneficiário está legitimado a postular o cumprimento do contrato ou para discuti-lo em juízo. Sinale-se que a parte autora, beneficiária do plano de saúde *sub judice*, é diretamente afetada pela relação contratual, embora não tenha diretamente celebrado o pacto, apenas percebendo os benefícios advindos da contratação, através do pagamento do valor ajustado nas mensalidades. A jurisprudência deste Estado tem se manifestado reiteradamente nesse sentido quanto a este tema [...]”. (Apelação Cível nº 70057707341, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 19/12/2013).

²⁵⁹ Louvável o destaque da professora Cláudia Lima Marques, que ao introduzir o tema da concepção clássica dos contratos em sua obra, alerta que, mesmo nos tempos atuais, de transformação e visão contemporânea, os princípios clássicos (“dogmas antigos”) “continuam a existir e conviver”.

Fato é que os princípios clássicos dos contratos restaram relativizados, sendo que novas diretrizes, emanadas da CF/88, como a solidariedade, a boa-fé e a igualdade (material), tornam-se os novos parâmetros a serem seguidos, não apenas pelas partes, mas também pelos julgadores, estes últimos quando desafiados a revisar determinado contrato e suas cláusulas.

Desta constatação, há quem invoque, inclusive, a noção de *decrise*²⁶⁰ (e até mesmo a *morte*²⁶¹ ou o *fim*²⁶²) do instituto dos contratos, visto que, por exemplo, não são raras as vezes em que as declarações de vontade inseridas nas avenças são flexibilizadas, “quebradas”, sugerindo efetivamente o fim do instituto, pelo menos nos parâmetros nos quais era antes tido.

É certo que dentro do novo sistema, norteado e enraizado por princípios e valores (centrados na pessoa humana, conforme a já citada repersonalização do direito) e estruturado para garantir o respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais, o contrato, como era antes visto, efetivamente sofreu nevrálgica alteração.

A despeito do acima exposto, estes princípios (clássicos) mantêm-se, repete-se, com importância ímpar no que tange aos contratos, detendo, a autonomia privada e a liberdade contratual, inclusive, o rótulo de direitos fundamentais.²⁶³ Conclui-se esta parte, remetendo-se a Caio Mário da Silva Pereira²⁶⁴, que bem define o momento pelo qual atravessa o contrato, não como sendo o seu fim, mas tão-somente como uma nova etapa de sua longa evolução.

(MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações*. 6. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 59).

²⁶⁰ Termo utilizado em SODRÉ, Marcelo Gomes. *A Construção do Direito do Consumidor: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 204/205.

²⁶¹ Termo utilizado por Nelson Nery Júnior, mas desmentido pelo próprio autor ao afirmar taxativamente que “O contrato não morreu nem tende a desaparecer”. (NERY JÚNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 449).

²⁶² Termo mencionado por Paulo R. Roque A. Khouri que, no bojo da sua explicação acerca da evolução dos contratos, ao introduzir a temática do atual estado de dirigismo contratual, afirma que “[...] frequentemente se indaga se o contrato está a caminho do fim [...]”. (KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 13).

²⁶³ Importante lembrar que, na esteira do que leciona Ingo Wolfgang Sarlet, “[...] embora a autonomia privada e a liberdade contratual não estejam explicitamente previstas no texto constitucional brasileiro, cuida-se de direitos fundamentais implicitamente consagrados [...]”. (SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e a Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 29).

²⁶⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. III. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 19/20.

2.1.3 Solidarismo, Ética e Equilíbrio Contratual

Orlando Gomes²⁶⁵, ainda na década de 60 (em obra posteriormente reeditada em 80), já antecipava as mudanças acima descritas e que hoje são visivelmente identificáveis no campo dos contratos a partir da repersonalização da ciência jurídica e da concepção do ordenamento como um sistema axiológico e permeado de valores essencialmente solidários.

Conforme adiantado, tratam-se estes valores de axiomas ligados especialmente às noções de justiça social e boa-fé, os quais são “injetados” no sistema com um propósito verdadeiramente transformador das realidades sociais e que, na prática, não resta qualquer dúvida, efetivamente acabaram por mitigar a autonomia da vontade e a forma através da qual as pessoas e as empresas se comunicam e negociam entre si.²⁶⁶

Consoante esclarece Paulo Valério Dal Pai Moraes²⁶⁷, “Tais ‘valores’ (*lato sensu*) encontram-se predominantemente na Carta Magna e fornecem, especialmente no campo contratual, os parâmetros aceitáveis para a avaliação dos éticos, sociais, culturais e econômicos da pactuação”.

Pode-se dizer que os mais relevantes valores introduzidos pela CF/88, no que concerne à ampla temática dos contratos, referem-se às noções de *solidarismo*²⁶⁸ (e cooperação) e *ética*, do que resultam dois princípios de máxima importância hoje no ordenamento: o da *função social* (expressamente previsto através dos artigos 3º, inciso I²⁶⁹, 5º, inciso XXIII²⁷⁰ e 170, *caput*) e o da *boa-fé*, o qual, em que pese não estar

²⁶⁵O autor afirmava, já naquela época (anos antes da CF/88 e do CDC), que o campo das obrigações (e por decorrência dos contratos) se transformara e detinha nova ótica, “[...] no sentido de realizar melhor equilíbrio social, imbuídos seus preceitos, não somente da preocupação moral de impedir a exploração do fraco pelo forte, senão, também, de sobrepor o interesse coletivo, em que se inclui a harmonia social, aos interesses individuais meramente egoísticos”. (GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. 2. ed. São Paulo: RT, 1980. p. 01).

²⁶⁶No campo dos contratos, esses valores transformadores tem um objetivo amplo que pode ser resumido na seguinte assertiva: “[...] o interesse maior é a configuração de equilíbrio contratual”. (MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor*: princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 198).

²⁶⁷MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor*: princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 197.

²⁶⁸Neste trabalho, os termos *solidarismo* e *solidariedade* serão utilizados como sinônimos.

²⁶⁹Art. 3º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária [...]”.

²⁷⁰Art. 5º: “[...] XXIII - a propriedade atenderá a sua função social”.

expressamente positivado no texto constitucional, está incontestavelmente inserido e em consonância com o sistema.²⁷¹ Tratam-se de dois princípios cuja definição não é verdadeiramente simples em face justamente da vagueza de que se revestem. Nada obstante, algumas linhas mestras podem ser deduzidas da doutrina.

A função social decorre da ideia de *solidariedade*, a qual, na lição de Luis Antonio Rizzatto Nunes²⁷², está vinculada à ideia de um “dever ético que se impõe a todos os membros da sociedade, de assistência entre seus membros, na medida em que compõe um único todo social”. Acerca do tema, Bruno Miragem²⁷³ explica que “O princípio da solidariedade, de fundamento constitucional, estabelece uma autêntica *orientação solidarista do direito*, e impõe a necessidade de se observar os reflexos da atuação individual perante a sociedade”.²⁷⁴

Em semelhante sentido, é a definição trazida por Maria Celina Bodin de Moraes²⁷⁵: “O princípio constitucional da solidariedade identifica-se, desse modo, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados”. No mesmo sentido, menciona Rosa Maria de Andrade Nery²⁷⁶, ao registrar que fora justamente quando o Direito passou a ser assinalado pela solidariedade que mais se avolumou o conceito de liberdade e se agigantou o conceito de negócio jurídico “como passaporte da liberdade e para o acesso e participação de todos no desfrute dos objetos que possam atender aos interesses de todos”.

Conforme registram Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves²⁷⁷, “Não há dúvidas de que a função social dos contratos constitui uma festejada mudança que revolucionou o Direito Contratual Brasileiro, trazendo uma nova concepção do

²⁷¹ Neste sentido, por exemplo, COSTA, Patrícia Ayub da; GOMES, Sergio Alves. *O Princípio da Boa-Fé Objetiva à Luz da Constituição*. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/patricia_ayub_da_costa.pdf>. Acesso em: 12/01/2014.

²⁷² NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 33.

²⁷³ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 73.

²⁷⁴ Contribuição do Direito Comparado especificamente quanto à função social do Direito Privado, encontra-se em GIERKE, Otto von. *Die soziale AufgabedesPrivatrechts*. Republicação organizada por Erik Wolf. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1940. p. 4/5.

²⁷⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. O Conceito de Dignidade da Pessoa Humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.138.

²⁷⁶ NERY, Rosa Maria de Andrade. Apontamento sobre o Princípio da Solidariedade no Sistema do Direito Privado. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*. Vol. I. São Paulo: RT, 2010. p. 28.

²⁷⁷ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual*. 2. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 253.

instituto, de acordo com todas as tendências socializantes do Direito”. E a explicação para tanto, pelo menos em parte, pode ser encontrada no fato de que a função social tem o condão de “ampliar o âmbito de eficácia do contrato”.²⁷⁸

Trata-se a função social, enfim, de um princípio que foi previsto, de forma ainda mais clara e objetiva, no CC/02, através do artigo 421, cujo enunciado reza que: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Não obstante, já estava, desde muito antes, implicitamente prevista no CDC.²⁷⁹

A boa-fé (objetiva²⁸⁰), por sua vez, estabelece, em apertada síntese, que as relações devem estar de acordo com determinados padrões de conduta, devendo as partes guardar, durante toda a relação, um vínculo de lealdade e honestidade.²⁸¹ Pode ser genérica e amplamente definida como “a boa conduta humana”, conforme leciona Paulo R. Roque A. Khouri.²⁸²

Trata-se de um princípio previsto de forma expressa no CDC, através dos artigos 4º, inciso III²⁸³ e 51, inciso IV²⁸⁴, assim como no CC/02,

²⁷⁸ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 73.

²⁷⁹ KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 11.

²⁸⁰ “A boa-fé elevada a princípio de direito contratual não é, naturalmente, apenas a boa-fé subjetiva, mas, sobretudo, a boa-fé objetiva. [...] O CDC não abdicou da boa-fé subjetiva na contratação. Esta continua com seu espaço, e é essencial na formação do vínculo, sob pena de nulidade, e também na interpretação das cláusulas contratuais [...] Entretanto, o CDC consagra, como princípio basilar das relações de consumo, a boa-fé objetiva”. (KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 55); Da mesma forma, Sérgio Cavalieri Filho, que ao explicar a boa-fé inserida no artigo 187 (do abuso do direito), esclarece que o princípio inserido no CC/02 diz respeito à boa-fé objetiva. (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 183).

²⁸¹ “A boa-fé objetiva traduz a necessidade de que as condutas sociais estejam adequadas a padrões aceitáveis de procedimento que não induzam a qualquer resultado danoso para o indivíduo, não sendo perquirido a existência de culpa ou de dolo, pois o relevante na abordagem do tema é a absoluta ausência de artifícios, atitudes comissivas ou omissivas, que possam alterar a justa e perfeita manifestação de vontade dos envolvidos em um negócio jurídico ou dos que sofram reflexos advindos de uma relação de consumo”. (MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 200); Similares considerações são feitas por Bruno Miragem, do que se destaca a seguinte afirmação: “[...] o princípio da boa-fé objetiva implica na exigência nas relações jurídicas do respeito e da lealdade com o outro sujeito da relação, impondo um dever de correção e fidelidade, assim como o respeito às expectativas legítimas geradas no outro”. (MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 76).

²⁸² KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 54.

²⁸³ Art. 4º: “[...] III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”.

especialmente nos artigos 113²⁸⁵, 187²⁸⁶ e 422²⁸⁷, e que encontra respaldo constitucional no valor do solidarismo, bem como no próprio princípio da função social.²⁸⁸

Como ensina Judith Martins-Costa²⁸⁹, a boa-fé exprime os valores fundamentais do sistema, exercendo papel sistematizador no âmbito da regulação do exercício dos direitos e servindo como parâmetro de mensuração do direito inadmissível.²⁹⁰ Nessa esteira, por limitar o exercício dos direitos subjetivos, age a boa-fé objetiva, notadamente no campo do abuso do direito, com vestes de função de controle, detendo ainda função interpretativa e integrativa, conforme ensina Sérgio Cavalieri Filho.²⁹¹

Apesar de possuírem características próprias e não serem passíveis de confusão, a função social e a boa-fé objetiva se identificam, sobretudo na temática dos contratos, haja vista que, a rigor, ambas buscam, em síntese, o equilíbrio contratual, que igualmente decantou, no direito contemporâneo, como princípio informador dos contratos.²⁹²

Com efeito, a ideia de equilíbrio das partes (bem como dos princípios da função social e da boa-fé) está intimamente vinculada, outrossim, com a própria noção

²⁸⁴ Art. 51: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que [...] IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

²⁸⁵ Art. 113: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

²⁸⁶ Art. 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

²⁸⁷ Art. 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

²⁸⁸ KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 55.

²⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Os Avatares do Abuso do Direito e o Rumo Indicado pela Boa-Fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 86.

²⁹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Os Avatares do Abuso do Direito e o Rumo Indicado pela Boa-Fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 90.

²⁹¹ Três são as funções da boa-fé objetiva no atual CC/02: a) função interpretativa – regra de interpretação dos negócios jurídicos (artigo 113); b) função integrativa – fonte de deveres anexos dos contratos (artigo 422); c) função de controle – limite ao exercício dos direitos subjetivos (artigo 187). (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 183).

²⁹² “[...] o equilíbrio nas relações de consumo é o núcleo principal da boa-fé inscrito no art. 4º, III e no art. 51, IV”. (JÚNIOR, Alberto do Amaral. A Boa-Fé e o Controle das Cláusulas Contratuais Abusivas nas Relações de Consumo. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. III. São Paulo: RT, 2010. p. 308).

de harmonização da relação de consumo, que nada mais é do que o escopo maior do CDC²⁹³ e da Política Nacional de Relações de Consumo por ele instituída.²⁹⁴

Nesta linha, a legislação consumerista estabelece diversas normas, impregnadas destes valores sociais (e éticos) e que se voltam ao equilíbrio da relação de consumo²⁹⁵: “O Código de Defesa do Consumidor está repleto de ‘normas de conduta’ e de ‘normas de organização’, possuindo, igualmente, as ‘normas-objetivos’ com conteúdo diferente, já que imbuídas de substância axiológica programática, visando a alcançar determinados fins do sistema”.²⁹⁶

No campo específico do Direito Contratual, uma série de dispositivos de proteção contratual, permeados dos valores constitucionais (com especial enfoque ao da solidariedade), é trazida pelo CDC, todos encontrando aplicabilidade extremamente prática especialmente junto aos planos de saúde.²⁹⁷

Exemplo prático desta tendência protecionista se encontra no artigo 46²⁹⁸, o qual desobriga o consumidor contratante (à continuidade, ao cumprimento do pacto) em determinados casos como, por exemplo, quando não lhe é dado conhecimento prévio do seu conteúdo. Apesar da notória utilidade deste dispositivo, é certo, contudo, conforme adverte Orlando Celso da Silva Neto²⁹⁹, tratar-se de um instrumento que deve ser utilizado com cautela, de forma a evitar o enriquecimento sem causa por parte do contratante, impondo-se uma aplicação séria e comedida, necessariamente em

²⁹³ “[...] essa preocupação com a justiça interna do contrato e o equilíbrio da relação contratual vai ser assumida claramente no CDC, cujo escopo maior é a garantia de um equilíbrio mínimo nas relações contratuais”. (KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 55).

²⁹⁴ José Geraldo Brito Filomeno esclarece que a Política Nacional de Relações de Consumo “[...] visa exatamente à harmonia das sobreditas ‘relações de consumo’ [...]”. (FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 53).

²⁹⁵ “[...] o equilíbrio nas relações de consumo é o princípio básico que o código houve por bem estabelecer”. (JÚNIOR, Alberto do Amaral. A Boa-Fé e o Controle das Cláusulas Contratuais Abusivas nas Relações de Consumo. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. III. São Paulo: RT, 2010. p. 308).

²⁹⁶ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 60.

²⁹⁷ Ingo Wolfgang Sarlet, ao falar do princípio da solidariedade, cita como exemplo o tratamento que vem sendo dado pela jurisprudência às demandas de planos de saúde, em que se tem reconhecido o dever de fornecer cobertura contratual para tratamentos não previstos nas cláusulas do contrato. (SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e a Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 34).

²⁹⁸ Art. 46: “Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”.

²⁹⁹ SILVA NETO, Orlando Celso da. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 604.

consonância com o resto do sistema. Não é por acaso que o referido dispositivo legal configura-se, de acordo com a doutrina, como um “ponto de simbiose entre o princípio da boa-fé objetiva e a função social do contrato”.³⁰⁰

Ainda com relação ao artigo 46 do CDC, importa registrar ser uma norma de especial verificação no âmbito dos contratos de plano de saúde. Diz-se isso, pois, revela-se um dispositivo legal frequentemente invocado pela jurisprudência para justificar a nulidade de cláusula contratual de exclusão de cobertura.³⁰¹ Da mesma forma, o referido artigo é utilizado como substrato legal para impedir a alteração superveniente de conteúdo contratual, como por exemplo, de rede conveniada, sem que haja devida informação para cada consumidor, conforme já entendeu o STJ.³⁰²

Outro exemplo pragmático é o artigo 47, cujo enunciado reza que “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.” Não há dúvidas tratar-se de um imperativo legal que, assim como o do artigo 46, encontra campo fértil de aplicação, sobretudo, junto ao mercado dos planos de saúde, servindo como ferramenta corriqueiramente utilizada para invalidar cláusulas de exclusão de procedimentos, de limitação de tratamentos, reajuste de mensalidade, entre outros. Não faltam precedentes jurisprudenciais nesse sentido.³⁰³

³⁰⁰ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual*. 2. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 257.

³⁰¹ “APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. UNIMED PORTO ALEGRE. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO DE RADIOTERÁPIA APÓS CIRURGIA. NEOPLASIA MALIGNA. AUSÊNCIA DE CLÁUSULA VÁLIDA PARA EFEITO DE EXCLUSÃO DA COBERTURA. ARTIGO 46 DO CDC. PROVIMENTO PARA RESSARCIR AS DESPESAS. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. Diante do que preceitua o artigo 46 do CDC a cláusula de exclusão da cobertura é inválida quando não for redigida de forma clara e precisa, Além disso, o tratamento radioterápico é complementar à intervenção cirúrgica, realizada com autorização da Unimed, devido à neoplasia maligna que acometeu o beneficiário do plano de saúde. Inobstante o desgaste gerado com o episódio não se constitui atentado à dignidade do requerente, com alteração de seu estado psíquico. Negaram provimento aos apelos. Unânime”. (Apelação Cível nº 70035137595, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Julgado em 22/04/2010).

³⁰² “CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. REDE CONVENIADA. ALTERAÇÃO. DEVER DE INFORMAÇÃO ADEQUADA. COMUNICAÇÃO INDIVIDUAL DE CADA ASSOCIADO. NECESSIDADE. 1. Os arts. 6º, III, e 46 do CDC instituem o dever de informação e consagram o princípio da transparência, que alcança o negócio em sua essência, na medida em que a informação repassada ao consumidor integra o próprio conteúdo do contrato. Trata-se de dever intrínseco ao negócio e que deve estar presente não apenas na formação do contrato, mas também durante toda a sua execução. [...] 3. A rede conveniada constitui informação primordial na relação do associado frente à operadora do plano de saúde, mostrando-se determinante na decisão quanto à contratação e futura manutenção do vínculo contratual. 4. Tendo em vista a importância que a rede conveniada assume para a continuidade do contrato, a operadora somente cumprirá o dever de informação se comunicar individualmente cada associado sobre o descredenciamento de médicos e hospitais. 5. Recurso especial provido”. (REsp nº. 1144840/SP, Rel. Ministra Nancy Andriahi, Terceira Turma, julgado em 20/03/2012).

³⁰³ Segue a ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. AÇÃO ORDINÁRIA. PLANO DE SAÚDE. RADIOTERAPIA COM INTENSIDADE MODULADA DO FEIXE (IMRT) E SONDA NASOENTERAL. AUSÊNCIA DE EXCLUSÃO DE COBERTURA. INDICAÇÃO MÉDICA.

Outro dispositivo citável, de frequente aplicação, se encontra no artigo 51, inciso I³⁰⁴, do CDC, o qual estabelece serem nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que, entre outras hipóteses, exonerem o fornecedor de responsabilidade por vícios de qualquer natureza ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. A doutrina ilustra tal dispositivo também com casos envolvendo contratos de plano de saúde, sendo patente o entendimento jurisprudencial que, como regra, com base no dispositivo em análise, afasta as cláusulas de exclusão de cobertura de doenças pré-existentes, de limitação de tratamentos, entre outras.³⁰⁵

Os dispositivos acima arrolados não esgotam os exemplos desta tendência protecionista e que, de fato, vem sendo verificada nos julgamentos perpetrados pelos Tribunais. À lista mencionada poderiam ser acrescentados outros dispositivos legais (como os demais incisos do artigo 51 do CDC), que indubitavelmente buscam, em síntese, o equilíbrio da relação, na esteira dos valores e princípios contemporâneos informadores dos contratos (e das relações jurídicas como um todo), mormente os da função social e da boa-fé.

DESCABIMENTO DA RECUSA. Trata-se de ação sob o rito ordinário, mediante a qual os autores objetivam o ressarcimento de gastos com tratamento do câncer da autora, cujos procedimentos tiveram a cobertura negada, julgada procedente na origem. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor, na medida em que se trata de relação de consumo. Inteligência do art. 3º, § 2º, do CDC e da Súmula nº 469 do STJ. Ademais, se trata de um direito básico do consumidor a informação clara e adequada sobre os produtos e serviços disponibilizados no mercado pelos fornecedores, a teor do que preceitua o artigo 6º, inciso III, do Estatuto Consumerista. Dessa feita, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, nos termos do artigo 47 da referida legislação. Impossibilidade de restrição de direitos sem que haja expressa, legível e clara previsão no contrato. A interpretação extensiva não pode ocorrer em prejuízo do consumidor/contratante, mormente em se tratando de contrato que objetiva a prestação de serviços ligados a saúde. "In casu", o contrato de plano de saúde firmado entre as parte não exclui os procedimentos que a autora necessitou realizar (radioterapia com intensidade modulada do feixe e sonda nasoenteral), consoante se verifica no item VII, denominado de "Serviços não assegurados", razão pela qual se mostra descabida a recusa por parte da cooperativa-ré. Sublinhe-se, ainda, que a avença possui expressa cobertura para os procedimentos de que necessita a autora. Além disso, o referido procedimento cirúrgico prescrito ao autor não está incluído dentre daqueles procedimentos excluídos pela Lei nº 9.656/98. Se o contrato de plano de saúde firmado entre as partes não exclui a cobertura para realização dos procedimentos prescritos à autora, não é razoável que a demandada se recuse a custeá-los sob o frágil argumento de que não se encontram elencados no Rol de Procedimentos editado pela Agência Nacional da Saúde. É sabido e consabido que cabe ao médico, responsável e habilitado para o tratamento do paciente, indicar qual a melhor opção de tratamento, não podendo, destarte, o plano de saúde opinar a respeito dos procedimentos. Assim, a sentença que determinou que a cooperativa-ré pague aos autores os valores despendidos com a radioterapia e a sonda da demandante deve ser mantida, pois em consonância com o entendimento jurisprudencial consolidado. APELAÇÃO DESPROVIDA". (Apelação Cível nº 70056480627, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em 19/12/2013).

³⁰⁴Art. 51: “[...] I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis”.

³⁰⁵Esses e outros exemplos são citados por SILVA NETO, Orlando Celso da. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 630/635.

Desde já, entretanto, merece ser feita uma ressalva. Na esteira de todo o acima exposto, há de se ter em mente que o (verdadeiro) escopo da legislação (amparada nos preceitos constitucionais) é, acima de tudo, a harmonização dos interesses (no caso, dos contratantes). Não é, importa advertir, procurar um favorecimento injustificado e desarrazoado em prol deste ou daquele pactuante, mas um “balanceamento e ponderação de interesses”.³⁰⁶

O princípio da boa-fé, por exemplo, não pode e não deve ser citado como óbice a toda e qualquer cláusula desfavorável (na maioria das vezes, apenas aprioristicamente falando) aos consumidores, devendo ser balizada com os demais valores do sistema, inclusive a própria segurança jurídica.³⁰⁷ Em qualquer hipótese, em todo e qualquer julgamento, deve-se buscar uma decisão fundamentada de acordo com os valores do sistema, bem como com as peculiaridades do caso concreto.³⁰⁸

Seja como for, pode-se concluir que um contrato de consumo (do que, como já visto no capítulo anterior, é exemplo o plano de saúde) é a forma como se pode denominar a atual fase dos contratos (com exceção obviamente daqueles vínculos que não configuram relação de consumo – os chamados contratos paritários), de modo a englobar todas as noções acima desenvolvidas, ou seja, é um contrato inserido em um sistema axiológico e que encontra, na dignidade da pessoa humana e em valores como o solidarismo e a boa-fé os seus fundamentos, e, no equilíbrio³⁰⁹ (ou harmonização), a sua satisfação.

³⁰⁶ SILVA NETO, Orlando Celso da. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 77.

³⁰⁷ Uma correta advertência sobre a utilização (indevida) do recurso da boa-fé encontra-se em KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 59/60.

³⁰⁸ A melhor doutrina fala, nesse sentido, em uma interpretação em conformidade com o sistema (sistemática), e que considere as circunstâncias do caso concreto (tópica). (ARONNE, Ricardo. *Razão & Caos no Discurso Jurídico: e outros ensaios de direito civil-constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. *passim*; e FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. *passim*); Sobre a importância do pensamento tópico, citável breve consideração de Karl Larenz: “[...] o pensamento tópico não abandona o terreno definido pelo próprio problema, insiste sempre no problema, e regressa sempre ao problema [...] Tem, poder-se-ia dizer, o seu centro sempre no problema concreto, não num contexto problemático ou material mais amplo, que simplesmente aflorasse no problema concreto”. (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamago. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 171).

³⁰⁹ Por *equilíbrio*, aqui, pode-se entender como um balanceamento entre justiça e utilidade para ambas as partes. (SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Princípios do Direito Contratual no Código de Defesa do Consumidor: autonomia privada e boa-fé. Algumas reflexões sobre a sua harmonização*. In: LOPEZ, Teresa Ancona; AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado (Coords.). *Contratos de Consumo e Atividade Econômica*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 2/32, especialmente 26.

2.2 CONTRATO REGULADO

2.2.1 Noções acerca do Estado Regulador

Analisado o contrato de plano de saúde à luz da definição de um *contrato de consumo* (com todas as implicações que daí decorrem), cabe agora estudar tal relação sob um outro aspecto, qual seja, a partir do fato de o plano de saúde refletir um *contrato regulado*.³¹⁰

De pronto, cabe breve relato sobre a evolução histórica que conduziu a sociedade a passar de um Estado Liberal para um modelo intervencionista, regulatório, tal qual o que se presencia atualmente. A compreensão desta transformação auxiliará no entendimento do atual estágio de regulamentação que permeia o sistema de saúde suplementar brasileiro.

Consagrado o formato de um Estado juridicamente organizado e fundado em torno de uma normatização, adotou-se, inicialmente, com base na doutrina de Adam Smith, a ideia de Estado Liberal³¹¹, ou seja, não intervencionista, consubstanciado numa postura essencialmente omissiva do Poder Público.³¹²

Todavia, a ideia do regime liberal não permaneceu por muito tempo, tendo sido superada pelo modelo intervencionista.³¹³ Conforme explica Leonardo Vizeu

³¹⁰ Ciente de que o termo “regulado” pode sugerir amplos significados, cabe esclarecer que, neste trabalho, a expressão é usada para designar, de forma específica e pontual, um contrato que se situa em um mercado fiscalizado e normatizado por uma agência reguladora.

³¹¹ Conforme Ingo Wolfgang Sarlet, foi no contexto do Estado Liberal que foram concebidos os direitos fundamentais tidos como de primeira geração: “[...] direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificadamente, como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder”. (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012. p. 260).

³¹² Adam Smith, considerado o pai do liberalismo econômico (ideologia também caracterizada pela defesa do individualismo - que seria mais tarde superada pela já trabalhada noção de solidariedade), pregava, em síntese, que o Estado não deveria interferir no mercado, haja vista que este se desenvolveria natural e automaticamente. Em sua obra “Investigação sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações”, de 1776, difundiu noções como a “mão invisível”, o *laissez-faire* e o *laissez-passer*. Sua ideologia, conforme dito, contribuiu severamente para o desenvolvimento da Economia Liberal e para a Economia como um todo.

³¹³ Ao falar sobre a superação do modelo liberal-burguês, em que prevalecia o individualismo (mesma base da teoria econômica moderna, egoísta e individualista, de Adam Smith), José Jairo Gomes registra que “No campo político-social, o ideário modernismo sofreu um tropeço com o Estado Social, o qual postula maior intervenção do Estado na vida social, de modo a abrandar as rigorosas bases do pensamento liberal-burguês em busca de uma efetiva justiça social. A intervenção do Estado na ordem privada tornou-se urgente”. (GOMES, José Jairo. *Responsabilidade Civil na Pós-Modernidade*:

Figueiredo³¹⁴, as imperfeições do dito regime não demoraram a aparecer, haja vista que seu funcionamento pressupunha - para a consecução dos interesses coletivos mediante uma competição equilibrada entre os agentes - certa igualdade e um ambiente concorrencialmente perfeito, o que não existia.

Sucedeu-se, neste contexto, a queda do modelo de Estado Liberal e a consequente ascensão de uma nova forma de posicionamento do Poder Público em face da ordem econômica e dos mercados. O liberalismo puro foi abandonado, passando a serem adotadas formas intervencionistas, cada qual influenciada pela ideologia política e partidária que se encontrava no poder. Surgiu, assim, o intervencionismo estatal, caracterizado pela forte interferência do Estado na ordem econômica.

Com efeito, dois foram os principais modelos de Estado Intervencionista: o Estado Socialista e o Estado do Bem-Estar-Social.³¹⁵ Ressalvadas as suas distinções³¹⁶, ambos os sistemas também se mostraram igualmente insuficientes e ineficientes. Como consequência da superação dos modelos até então propostos, um ideário mais moderado, com princípios decorrentes tanto do modelo liberal como do intervencionista, apresentou-se como o mais adequado.

Despontou, então, o Estado Regulador: “[...] busca-se com este modelo um retorno comedido aos ideais do liberalismo, sem, contudo, abandonar a necessidade de sociabilidade dos bens essenciais, a fim de se garantir a dignidade da pessoa humana, bem como os ditames de justiça social [...]”.³¹⁷

Revelou-se o Estado Regulador, assim, como a alternativa de intervenção (estatal) na economia e no mercado para, no contexto do Estado Social (e Democrático

influência da solidariedade e da cooperação. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*. Vol. I. São Paulo: RT, 2010. p. 258).

³¹⁴ Conforme esclarece o mencionado autor, “[...] Como tais pressupostos nunca foram efetivados, houve a crise do liberalismo, caracterizada por sucessivas depressões econômicas, desequilíbrios internacionais, acirramento das desigualdades sociais, bem como por conflitos bélicos em escala mundial. [...]”. (FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP Editora, 2006. p. 52).

³¹⁵ A superação do Estado Liberal e a adoção de regimes mais “sociais” está diretamente associada à evolução que o próprio ordenamento jurídico sofreu, com o fortalecimento dos valores “humanos” e sociais, da vida e da dignidade humana, em detrimento dos valores patrimoniais, até então máximos. Esta passagem marca, também, a sobrevivência dos direitos de segunda geração, de faceta precipuamente prestacional, dentro os quais se encontram os direitos à educação, à moradia, ao trabalho, à assistência social e à saúde; Conforme Júlio Cesar de Sá Rocha, a ideia de Estado Social ou de Estado de Bem-Estar implica justamente a procura de se alcançar o bem comum através da garantia de direitos sociais, de forma efetiva e universal, sendo a atuação do Poder Público decisiva para a concretização deste objetivo. (ROCHA, Julio Cesar de Sá da. *Direito à Saúde*. Direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 8).

³¹⁶ Em síntese, o segundo baseava-se numa atuação mais moderada que o primeiro.

³¹⁷ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP Editora, 2006. p. 53/54.

de Direito³¹⁸), viabilizar os objetivos deste.³¹⁹⁻³²⁰ Passou o Estado, desta forma, a adotar uma postura mais comedida, equilibrada, ou seja, nem permitindo que os agentes atuassem livre e desenfreadamente, tampouco interferindo no mercado de maneira tal que imobilizaria o seu desenvolvimento.

Também neste novo modelo, percebeu o Estado que, ressalvadas determinadas atividades, deixar à iniciativa privada o desenvolvimento e a exploração das atividades econômicas em geral - inclusive aquelas concernentes aos serviços públicos essenciais, como os de saúde, por exemplo – se mostrava mais eficiente do que reservar-se a si todo o direito de exploração.³²¹

Nesse contexto, não obstante a transferência e a permissão das atividades econômicas à iniciativa privada, o Estado não deixou de tomar os devidos cuidados para garantir o bem-estar, a justiça social e a dignidade da pessoa humana, bem como o desenvolvimento da economia. É neste contexto que os ideais do Estado Social e Democrático de Direito - como é o caso do Brasil - e a proposta de um Estado, em certa medida, intervencionista, se combinam.³²²

³¹⁸ Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet: “[...] além da íntima vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, estes, sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, tal qual como consagrado também em nosso direito constitucional positivo vigente”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 62).

³¹⁹ Art. 3º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

³²⁰ Nesse sentido, José Afonso da Silva, demonstrando o propósito do Estado Social e Democrático de Direito, de alterar as condições sociais através da efetivação de direitos sociais, explica que o Estado Democrático de Direito é um Estado transformador do *status quo*, o que evidencia o objetivo constitucional de se verdadeiramente modificar realidades sociais em prol do bem comum. (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 119); No mesmo norte, esgrima Fernando Lacerda ser “evidente que a Constituição brasileira possui caráter dirigente da sociedade, visto que não se propõe estática, mas visa à melhoria e evoluções sociais de forma horizontal para todos os indivíduos”. (LADEIRA, Fernando de Oliveira Domingues. *Regulação Estatal e Assistência Privada à Saúde: liberdade de iniciativa e responsabilidade social na saúde suplementar*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 37).

³²¹ Interessante destacar, conforme explica Leonardo Vizeu Figueiredo, que, nos Estados Unidos, “a regulação como forma de intervenção indireta implementada via Executivo surgiu ante a necessidade de se estudar e normatizar o monopólio natural [...] bem como da necessidade de se coibir a prática de condutas abusivas neste mercado”. Já na Europa, cujo modelo foi seguido pelo Brasil, conforme destaca o referido autor, “foi oriundo do processo de desestatização da economia, decorrente da mudança do Estado Intervencionista (bem-estar social) para o Estado Neoliberal (regulador)”. (FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP Editora, 2006. p. 56).

³²² LADEIRA, Fernando de Oliveira Domingues. *Regulação Estatal e Assistência Privada à Saúde: liberdade de iniciativa e responsabilidade social na saúde suplementar*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 36/37.

Despontou aí a *regulação* – por isso, o rótulo de *Estado Regulador*³²³ - refletindo a intervenção estatal de forma *indireta*³²⁴ na economia. Este fenômeno, conforme Marçal Justen Filho³²⁵, pode ser definido como sendo a “atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos público e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais”.³²⁶

Celso A. B. de Mello³²⁷, de maneira semelhante, conceitua a atividade reguladora como a forma de interferência do Estado na Economia mediante leis e atos administrativos. Pode ser compreendida, também, como um arcabouço de medidas estatais utilizadas pelo Poder Público para restringir a liberdade privada em determinados setores da economia, “evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis”, conforme comenta Alexandre Santos de Aragão³²⁸ ao falar sobre o tema.

³²³ Juarez Freitas, neste contexto, elenca como tendência do Direito Administrativo (dentro de uma concepção de Administração Pública e seu controle, com base nos valores, princípios e direitos fundamentais constitucionais), a sua atuação como Direito do Estado Regulador, e não mais como (Direito) do Estado executor de serviços públicos. (FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 42).

³²⁴ “A intervenção do Estado pode ser direta ou indireta, sendo a primeira caracterizada pela adoção da atividade empresarial por parte do próprio Estado, através de empresas públicas ou sociedades de economia mista em um sistema de concorrência com os particulares ou no exercício de um monopólio, iniciativa rechaçada pelo pensamento econômico liberal; e a segunda através de planos econômicos, fiscalização e regulação do mercado”. (FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 1998).

³²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 447.

³²⁶ Ainda quanto ao papel da regulação, ensina Carlos Ari Sunfeld: “A regulação, enquanto espécie de intervenção estatal, manifesta-se tanto por poderes e ações com objetivos declaradamente econômicos (o controle de concentrações empresariais, a repressão de infrações à ordem econômica, o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes no mercado) como por outros com justificativas diversas, mas efeitos econômicos inevitáveis (medidas ambientais, urbanísticas, de normalização, de disciplina das profissões, etc.). Fazem regulação autoridades cuja missão seja cuidar de um específico campo de atividades considerado em seu conjunto (o mercado de ações, as telecomunicações, a energia, os seguros de saúde, o petróleo), mas também aquelas com poderes sobre a generalidade dos agentes da economia (exemplo: órgãos ambientais). A regulação atinge tanto os agentes atuantes em setores ditos privados (o comércio, a indústria, os serviços comuns – enfim, as atividades econômicas em sentido estrito) como os que, estando especialmente habilitados, operam em áreas de reserva estatal (prestação de serviços públicos, exploração de bens públicos e de monopólios estatais)”. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Econômico Brasileiro*. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 18); J.J. Gomes Canotilho afirma que o Estado pode, inclusive, delegar a regulação a entidades independentes, especialmente em razão da necessidade de se ter recursos, conhecimentos, experiências técnicas e profissionais que muitas vezes se encontram fora do aparelho do Estado. (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina: 2000).

³²⁷ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 385.

³²⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Comentários ao artigo 174. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1835.

Com esta proposta, enfim, foram criadas pela Administração Pública, para atuarem em diversos setores³²⁹, as chamadas *agências reguladoras*³³⁰⁻³³¹, originadas nos Estados Unidos da América e caracterizadas por serem entes independentes, desprovidos de subordinação, com capacidade regulatória e fiscalizatória, de forma que a prestação de serviços essenciais à população não restasse submetida apenas à decisão das empresas privadas, mas fosse realizada de acordo e em conformidade com as regras previamente delimitadas pelo Poder Público.³³²

No Brasil, esta evolução histórica, bem como a instituição de um modelo capaz de prestigiar, concomitantemente, o desenvolvimento econômico e os valores constitucionais, também se fez presente, sendo facilmente visualizada no próprio texto da CF/88, especificamente no Título VII, responsável por disciplinar a Ordem Econômica e Financeira. Não apenas a possibilidade de exploração das atividades econômicas pelos agentes privados (artigo 173³³³) como também a atuação de regulação e fiscalização do Estado (artigo 174³³⁴) foram expressamente positivadas.

³²⁹ No Brasil, segundo registro de Wal Martins, “as agências reguladoras estão sujeitas ao princípio da especificidade, ou seja, cada agência irá exercer suas funções e será especializada na matéria que lhe for atribuída pela legislação pertinente”. (MARTINS, Wal. *Direito à Saúde: compêndio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 194).

³³⁰ Especificamente sobre a conceituação de agências reguladoras, afirma Antônio Joaquim Fernandes Neto que “constituem o instrumento utilizado pelo poder público para o desempenho do papel que lhe cabe na nova economia. O mercado globalizado reduz o papel do Estado, mas não pode prescindir de sua atuação como agente normativo e regulador da ordem econômica”. (FERNANDES NETO, Antônio Joaquim. *Plano de Saúde e Direito do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 49).

³³¹ Conforme José Luiz Toro da Silva, a criação de agências reguladoras faz parte da ideia da reforma do Estado brasileiro, na qual o Poder Público desempenha um papel mais gerencial do que propriamente executor. (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. p. 48); Conforme ensinam Lígia Bahia e Mário Scheffer, “As agências reguladoras encarnam um modelo jurídico de regulação que pressupõe a complicada intermediação entre o público e o privado. Devem estar preparadas para agir a partir de demandas contraditórias entre investidores e consumidores, mas também são marcados por disputas intergovernamentais”. (BAHIA, Lígia; SCHEFFER, Mário. *Planos e Seguros de Saúde: o que todos devem saber sobre a assistência médica suplementar no Brasil*. São Paulo: UNESP, 2010. p. 41).

³³² FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP Editora, 2006. p. 55; Lafayette Josué Petter faz um interessante comentário acerca da relação entre as agências reguladoras e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, destacando que ambos os órgãos exercem um papel complementar ao outro. (PETTER, Lafayette, Josué. *Direito Econômico*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p. 261/264).

³³³ Art. 173: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”; Comentando tal artigo, Eros Roberto Grau entende que, em caso de segurança nacional, a exploração direta por parte do Estado será empreendida, em regra, em regime de monopólio. (GRAU, Eros Roberto. Comentários ao artigo 173. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1830/1831).

³³⁴ Art. 174: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”; Alexandre Santos de Aragão noticia, interessante registrar, que durante

Nenhum outro dispositivo, porém, é tão importante quanto o artigo 170³³⁵, introdutório no que tange ao tratamento constitucional à ordem econômica brasileira e que estabelece os valores (trabalho humano, livre iniciativa, vida digna e justiça social) e princípios (soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, entre outros) norteadores das atividades econômicas.

Não obstante as considerações acima, há de se ressaltar que o sistema regulatório vigente no Brasil não é perfeito. Auxilia nesta constatação, a seguinte reflexão de Juarez Freitas³³⁶, no sentido de necessitar-se de uma reconstrução do atual modelo regulatório, hoje impregnado de falácias, impondo-se um formato sustentável e constitucionalmente adequado, que englobe, entre outros, aperfeiçoamento do regime das autarquias, bem como a implantação de vínculos institucionais dos seus agentes.³³⁷ De acordo com o autor, “O modelo de regulação intertemporal homeostática, em sinergia com os demais controles, deve corrigir, de preferência, de modo preventivo, tanto as falhas de mercado [...] como as falhas governamentais, ambas poluentes e lesivas”.³³⁸

Impera no Brasil, portanto, por força da CF/88, um sistema regulador complexo -encabeçado pelas agências reguladoras - que busca equilibrar valores como a

a fase final do trabalho dos constituintes, o termo “controle”, originalmente inserido, foi retirado, posto que “poderia levar a interpretações de que o Estado planejaria coativamente também as atividades privadas”. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Comentários ao artigo 174. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1835).

³³⁵ Art. 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

³³⁶ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 243, 252/277.

³³⁷ Neste particular, é possível se fazer uma relação com a reflexão abordada por Cesar Santolím, que bem serve para ilustrar a importância de os agentes reguladores possuírem independência e autonomia, ou seja, não deterem vinculação com este ou aquele partido. Conforme aponta o autor, não há confundir o regime regulatório com o totalitarismo. Isso, pois o primeiro prega, entre outros aspectos, a ideia de múltiplos interesses, agentes autônomos, independentes e apartidários, ao passo que o segundo reflete a noção de que as mencionadas atividades, apesar de existentes, não de se dar, todas, conforme aquele que se encontra no poder, a partir de uma visão omnicomprensiva da realidade. (SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Regulação dos serviços públicos e doutrinas totalitárias. *Marco Regulatório Revista da Agergs*. V. 4. Porto Alegre: AGERGS, 2001. p. 97/100).

³³⁸ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 260.

livre concorrência e a proteção dos consumidores³³⁹, a livre iniciativa e a defesa do meio ambiente, as atividades econômicas desempenhadas pela iniciativa privada e o respeito aos valores e princípios básicos constitucionais, combinações que ilustram, em síntese, o objetivo visado pela balança do Estado Regulador.

2.2.2 Regulação na Saúde Suplementar: a ANS

Com efeito, o mercado dos serviços de saúde suplementar, tal qual ocorre com tantas outras atividades econômicas³⁴⁰, apesar de suas peculiaridades³⁴¹, não é exceção ao fenômeno da regulação.³⁴² Pelo contrário, muito provavelmente em razão do bem que veicula e comercializa (a saúde), e do caráter público dos interesses envolvidos³⁴³, constitui uma área ampla e severamente controlada pelo Estado, estando a atividade (e a

³³⁹ Não obstante esta afirmação, há quem enfatize o papel da regulação (apenas) à proteção dos consumidores: “Na realidade, o principal da regulamentação dos Planos e Seguros de Saúde é, além de proteger o usuário do Sistema Privado de Saúde, de reconhecer a área de atuação da iniciativa privada de forma suplementar à atuação do Estado”. (SILVEIRA, Célia Ricotta. *A Regulamentação dos Planos e Seguros de Saúde*. São Paulo: Tempos Modernos, 1998. p. 12); Ainda que tal afirmação seja questionável, é certo que a proteção aos consumidores é o grande argumento sedutor das agências, conforme frisa DE ROSE, Marco Túlio. *Poder Administrativo na Economia – a fiscalização e a planificação: origem, extensão e responsabilidade*. 2003. 186f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. p. 101.

³⁴⁰ Apenas para ilustrar, citáveis os mercados de telefonia, aviação civil, energia elétrica e bancário, respectivamente regulados pela ANATEL, ANAC, ANEEL e Bacen.

³⁴¹ José Luiz Toro da Silva conta que o processo de regulação do setor se deu de forma diversa daquela que aplicada nas demais áreas: “[...] por ocasião do advento da Lei nº 9.656/98, não se havia cogitado a criação de uma agência reguladora para o setor. Aliás, causou estranheza a adoção de tal forma de administração do setor, pois as agências reguladoras que haviam sido constituídas até então estavam vinculadas a setores que foram privatizados, ou seja, que pertenceram ao Estado e que este os entregou à iniciativa privada, resguardando o seu poder regulador. Na saúde, reitera-se, não ocorreu qualquer privatização, pois aludido setor já era exercido por diversas empresas”. (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. p. 46/47); No mesmo sentido, Leonardo Vizeu Figueiredo, o qual registra que o mercado da saúde suplementar, diferente de outros setores, sempre contou com a participação privada no seu desempenho, não sendo, portanto, a sua regulação, consequência de sua privatização/quebra de monopólio estatal. (FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP Editora, 2006. p. 146).

³⁴² João Eduardo Irion explica existir três tipos de regulamentação (esta compreendida como intervenção do Estado na economia), a horizontal (união de fornecedores em busca de interesses comuns), a vertical (também denominada de popular, que tem origem nos consumidores) e a governamental (consequência da falta de harmonia das duas primeiras). O autor comenta que “O mercado dos planos de saúde passou pelas três etapas de regulamentação, a horizontal, a vertical e a governamental”. (IRION, Joao Eduardo. *Temas sobre Saúde, Planos de Saúde e Seguro-Saúde*. Porto Alegre: Rígel, 2005. p. 163/170).

³⁴³ FERNANDES NETO, Antônio Joaquim. *Plano de Saúde e Direito do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 48/49.

própria liberdade) dos agentes econômicos que atuam neste setor, fortemente disciplinada pelas normas e limitações impostas pelo Poder Público.³⁴⁴

Além do mais, conforme já comentado no item 1.4.3 deste trabalho, o setor da saúde suplementar configura-se também pela existência de diversas falhas de mercado, o que, na lição de Ruy Santacruz³⁴⁵, já explica por si só a interferência estatal através da regulação.

De imediato, importante registrar que, em 1998, passou a incidir no setor da saúde suplementar a Lei Federal nº. 9.656³⁴⁶ (aLPS).³⁴⁷ Tal legislação veio para preencher uma lacuna até então existente neste segmento³⁴⁸, haja vista que as relações envolvendo os usuários e as OPSs careciam de regulamentação específica. A legislação própria até então em vigor, *in casu*, o Decreto-Lei nº. 73/66³⁴⁹ (aplicável aos contratos

³⁴⁴ Juarez Freitas, aliás, neste ponto, ao reconhecer a contribuição de uma regulação adequada e eficiente para um Estado Sustentável (como condição para o alcance deste), chega a mencionar expressamente os planos de saúde como exemplo de mercado que deve estar adequadamente regulado de forma a permitir (e garantir) o direito à longevidade digna, este compreendido como uma faceta do bem estar duradouro das atuais gerações. (FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 63/64); A importância da regulação no específico campo da saúde suplementar tampouco passa despercebida por Fátima Nancy Andrichi, de acordo com a qual a regulação deste mercado configura-se não apenas como uma questão de correção de contratos de adesão, como também um problema de cunho social, haja vista a tamanha importância do tópico. (ANDRIGHI, Fátima Nancy. Os Planos de Saúde Privados e o Código do Consumidor: principais questões geradoras de conflito entre planos de saúde e consumidores. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 65).

³⁴⁵ SANTACRUZ, Ruy. Regulação e Concentração no Mercado Brasileiro de Saúde Suplementar. In: FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Orgs.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 109/111; Sobre o tema *falhas de mercado* ver também SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 78/79.

³⁴⁶ Os bastidores da votação e da aprovação desta lei são bastante comentados pela doutrina especializada. Para citar uma obra, vide NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários à Lei de Plano e Seguro-Saúde*: (lei n. 9.565, de 3-6-1998). São Paulo: Saraiva, 1999. p. 11/13.

³⁴⁷ Há doutrina referindo que a LPS, a despeito da grandiosa contribuição que trouxe ao setor, deixou, ainda assim, diversos pontos importantes de fora, como, por exemplo, a vedação expressa à rescisão unilateral de contratos coletivos e a limitação aos reajustes por mudança de faixa etária. Nesse sentido, vide TRETTEL, Daniela Batalha. *Planos de Saúde na Visão do STJ e do STF*. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 36/37; Por outro lado, há quem defenda que à LPS “nada parece ter escapado [...]”. (BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos Planos e Seguros de Saúde*: comentada e anotada artigo por artigo – doutrina – jurisprudência. São Paulo: RT, 2003. p. 35).

³⁴⁸ Não há olvidar, contudo, que mesmo antes da LPS, o consumidor já se encontrava albergado pela legislação consumerista, bem como, evidentemente, pelo próprio Judiciário, conforme salienta Paulo Roberto Vogel de Rezende. (REZENDE, Paulo Roberto Vogel de. *Os Contratos de Plano de Saúde e seu Equilíbrio Econômico-Financeiro*: mutualismo, cálculo atuarial e o impacto econômico das decisões judiciais. 2011. 132f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito Milton Campos. Minas Gerais. p. 33.

³⁴⁹ Não é raro encontrar na doutrina quem vincule a parca regulamentação e a falta de regras disciplinando a proliferação de condutas abusivas perpetradas pelas OPSs em detrimento dos consumidores. Ilustrativa a seguinte frase referida por Adalberto Pasqualotto, acerca da referida norma: “A escassa regulamentação levou o mercado a um estado anárquico, submetendo os consumidores ao livre jogo das conveniências das empresas”. (PASQUALOTTO, Adalberto. A Regulamentação dos Planos e Seguros de Assistência à Saúde: uma interpretação construtiva. In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José

de natureza securitária em geral), nenhuma proteção especial ou exigência maior trazia às OPSs, as quais detinham ampla autonomia para negociarem seus planos.³⁵⁰

Veio a LPS, enfim, “a atender a política governamental de descentralização do atendimento à saúde, dados os altos custos que vinha suportando o SUS, frente à demanda nacional nesse campo”.³⁵¹

Ato contínuo, em 2000, foi editada a Lei Federal nº. 9.961, responsável pela criação da ANS, órgão autárquico ligado ao Ministério da Saúde, especificamente incumbido de fiscalizar, regulamentar e monitorar o mercado de saúde suplementar, inibir práticas lesivas aos consumidores e estimular comportamentos que reduzam os conflitos e promovam a estabilidade do setor.³⁵²

A criação da ANS deu azo a uma nova era no setor, com os primeiros passos no processo de regulação das OPSs e das relações destas com os consumidores e demais

Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). *Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: RT, 1999. p. 39).

³⁵⁰ Era comum, por exemplo, contratos prevendo *exclusão de cobertura para órteses e próteses e materiais especiais* em geral, mesmo quando coberta a cirurgia respectiva. *Limitação de sessões para determinados procedimentos*, bem como de *diárias para internação*, também era comuns em minutas contratuais. Com o advento da LPS, muitas das práticas, até então exercidas pelas OPSs, passaram a ser vedadas ou limitadas. A mencionada lei previu, por exemplo, que os planos deveriam passar a fornecer *cobertura sem imposição de limite financeiro* (artigo 1º, inciso I). Da mesma forma, o referido diploma trouxe a inédita previsão de um *plano referencial* (artigo 10, *caput*), *limitou os procedimentos que poderiam ser excluídos dos planos* (artigo 10, incisos I ao X), *vedou a possibilidade de reajuste de mensalidade para aqueles beneficiários de 60 anos ou mais que contribuíram para o plano por mais de 10 anos* (artigo 15, parágrafo único), *estabeleceu os prazos de carências* possíveis de serem previstos (artigo 12, inciso V), *estabeleceu a previsão de extensão da cobertura para ex-funcionários aposentados* (artigo 31, *caput*) e *despedidos sem justa causa* (artigo 30, *caput*), entre outras diversas disposições substancialmente mais benéficas aos contratantes. Por essas razões e pelo conjunto de regras que inseriu no contexto e na rotina da saúde suplementar, a edição da LPS é entendida como verdadeiro marco legislativo, de forma que os contratos firmados após sua vigência são denominados de *regulamentados* e, aqueles anteriormente pactuados, de *não regulamentados*.

³⁵¹ RIZZARDO, Arnaldo; PORTO, Eduardo Heitor; TURRA, Sérgio Bergonsi; TURRA, Tiago Bergonsi. *Planos de Assistência e Seguros de Saúde: Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999. p. 21.

³⁵² Januario Montone afirma ter a ANS surgido com o objetivo de efetivar todas as previsões trazidas pela Lei nº. 9.656/98, bem como centralizar as competências regulatórias e de fiscalização do setor, até então efetuadas por vários órgãos, como o Ministério da Saúde, a Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, a Secretaria de Assistência à Saúde - SAS, o Conselho Nacional de Saúde - CNS e o Conselho de Saúde Suplementar - CONSU. (MONTONE, Januario. *Planos de Saúde: passado e futuro*. Rio de Janeiro: MedBook, 2009. p. 41/47); Nas palavras de Fabiana Ferron, trata-se de uma “[...] autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, é o órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades de assistência suplementar à saúde. Tem por finalidade institucional promover a defesa do interesse público, regulando as operadoras e suas relações com prestadores de serviços e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde do País. [...] para que a ANS pudesse cumprir seu papel de forma satisfatória, foi-lhe atribuído legalmente o poder de polícia que ampara a cobrança da Taxa de Saúde Suplementar [...]”. (FERRON, Fabiana. *Planos Privados de Assistência à Saúde: lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998*. São Paulo: Universitária de Direito, 2001. p. 25/26).

prestadores de serviços do mercado (hospitais, laboratórios, médicos).³⁵³ Desde a sua instituição, inúmeras foram as medidas tomadas pela agência visando tornar o setor mais justo, competitivo e transparente, além de mais seguro e protegido para os consumidores/usuários.³⁵⁴ Trata-se, sem dúvida, tendo em vista a abrangente amplitude da sua atuação, de uma agência reguladora diferenciada diante das demais.³⁵⁵

Sua atividade tem sido tão intensa, que é uma das agências reguladoras que mais atos normativos (resoluções, instruções, súmulas e normatizações em geral) expediu nos últimos anos.³⁵⁶ De tão intensa, a sua atividade já foi vinculada às seguintes expressões: “fúria legiferante”³⁵⁷ e “mutabilidade crônica”.³⁵⁸ No ano de 2011, por

³⁵³ A ANS, entretanto, não regula os demais prestadores em si (hospitais, médicos, etc.), os quais se submetem a controles próprios. Na verdade, a atuação da ANS diz respeito apenas à relação propriamente dita das OPSs junto aos seus prestadores. (CUNHA, Paulo César Melo. *Regulação Jurídica e Saúde Suplementar no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 91/92); Todavia, tal afirmação não contempla a realidade da forma mais completa, haja vista existirem normas em que a ANS regula sim a atuação dos prestadores, como, por exemplo, a RN n.º. 44/2003, que dispõe sobre a proibição de exigência de caução por parte dos prestadores credenciados junto às OPSs.

³⁵⁴ Não obstante, é possível afirmar que o setor da saúde suplementar já sofria, desde 1999, quando foi criada a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, um certo controle, pois, por exemplo, ao normatizar sobre a comercialização de medicamentos, a referida agência acabava por influir na atuação das OPSs. Nesse sentido, vincular a ANS à saúde suplementar e a ANVISA necessariamente à saúde pública não reflete uma afirmação absolutamente correta, sendo possível, no máximo, fazer uma relação “aproximada” das referidas agências com os referidos campos da saúde, tal como faz Gabriel Schulman. (SCHULMAN, Gabriel. *Planos de Saúde: saúde e contrato na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 203); No mesmo norte, preconiza Fernando de Oliveira Domingues Ladeira: “no âmbito da assistência privada à saúde, atua, de forma concomitante, mas em esfera distinta, outra agência reguladora, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) [...]”. (LADEIRA, Fernando de Oliveira Domingues. *Regulação Estatal e Assistência Privada à Saúde: liberdade de iniciativa e responsabilidade social na saúde suplementar*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 162).

³⁵⁵ “O modelo de regulação que emerge do Congresso, depois de quase uma década de discussão, é diferenciado em relação à experiência internacional. Na maioria dos países a regulação é feita a partir da atividade econômica entre si, atuando sobre as empresas do setor, garantindo suas condições de solvência e a competitividade do mercado. No Brasil a opção foi por regular também – e fortemente – o produto oferecido, ou seja, a assistência à saúde [...]”. (FERRON, Fabiana. *Planos Privados de Assistência à Saúde: lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998*. São Paulo: Universitária de Direito, 2001. p. 19).

³⁵⁶ Ainda assim, não obstante o grandioso número de normatizações exaradas pela ANS, há quem suscite a existência de questões que ainda restam à margem destas regulamentações, sugerindo inclusive a ineficiência desta agência (e da própria LPS). A esse respeito, vide TRETTEL, Daniela Batalha. *Planos de Saúde na Visão do STJ e do STF*. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 37/43.

³⁵⁷ BOTTESINI, Maury Ângelo. Contratos de Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde – Princípios Básicos da Atividade – Suporte Jurídico-Legal e Constitucional. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 49.

³⁵⁸ FERRON, Fabiana. *Planos Privados de Assistência à Saúde: lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998*. São Paulo: Universitária de Direito, 2001. p. 19.

exemplo, o número de atos normativos expedidos foi superior a 200 (duzentos)³⁵⁹, alguns dos quais responsáveis por grandes mudanças e transformações no setor.³⁶⁰

Atualmente, o dito órgão autárquico controla – muito em função da própria Lei nº. 9.656/98 e das previsões contidas no extenso rol do artigo 4º, da Lei nº. 9.961/00 - praticamente todos os níveis de atuação das OPSs, desde os seus registros, cancelamentos, conteúdo dos contratos³⁶¹, lista de procedimentos de cobertura obrigatória (“Rol de Procedimentos”), índice de reajustes, até toda e qualquer operação societária que se planeje no setor. Qualquer irregularidade, seja no trato com os consumidores seja com a sua própria saúde financeira e administrativa, é objeto de controle e fiscalização pela agência.³⁶²⁻³⁶³

³⁵⁹ Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br>>. Acesso em: 02/03/2012.

³⁶⁰ Apenas para citar, em 2011, a ANS publicou, entre outras, a RN nº. 252 (sobre a portabilidade de carências), 254 (sobre os procedimentos de adaptação e migração dos antigos planos), 259 (sobre o tempo máximo para os consumidores serem atendimentos conforme cada tipo de solicitação) e 279 (que regulamenta os artigos 30 e 31 da Lei nº. 9.656/98, relativos ao direito de ex-funcionários de se manterem nos planos firmados pelas empresas a que pertenciam).

³⁶¹ A esse respeito, podemos citar tratar-se de um legítimo exemplo de dirigismo contratual. “Não se trata, apenas, de uma intervenção pública em matéria de interpretação de cláusulas contratuais, ou das formas de estipulação, nos contratos de adesão ou por adesão. É sabido que nesse gênero de contratos, as cláusulas dúbias interpretam-se contra quem as redigiu (cf. C. Civil italiano, art. 1.370); sendo que na hipótese de contradição entre o texto das cláusulas gerais impressas e o das especiais acrescentadas ao formulário, são estas últimas que prevalecem (mesmo Código, art. 1.342). Conhecem-se, ademais alguns contratos em que o legislador exige não apenas a forma escrita, mas também a apresentação de certas cláusulas com um relevo especial. É o caso, por exemplo, do contrato de seguro, na França, onde a Lei de 13-7-1930 determinou só serem válidas as cláusulas das apólices que editam nulidades ou decadências de direitos do segurado quando mencionadas em caracteres muito aparentes (art. 9.º, segunda alínea). O novo direito, em verdade, não se limita a editar regras de interpretação ou de forma dos contratos realizados em massa. Vai mais além, impondo a inserção de determinadas cláusulas de proteção da parte considerada mais fraca, ou anulando ou tornando ineficazes as estipulações pouco equitativas; instaurando, em suma, um autêntico dirigismo contratual”. (COMPARATO, Fábio Konder. A Proteção do Consumidor: importante capítulo do direito econômico. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. I. São Paulo: RT, 2010. p. 168).

³⁶² Importante grifar que a atuação da ANS, assim como das agências reguladoras em geral, não se restringe à proteção dos consumidores, visto que a manutenção da saúde econômica e financeira das OPSs também compõe seu quadro de objetivos. Angélica Carlini, neste contexto, resume o papel da ANS no sentido de “Harmonizar a necessidade de proteção dos consumidores com a viabilidade econômica da atividade privada”. (CARLINI, Angélica. A ANS e a Efetividade de sua Missão: dificuldades, perspectivas, controle eficaz dos fornecedores. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 25).

³⁶³ Ainda assim, importa frisar o alerta feito por Alexandre Santos de Aragão no sentido de que a atuação do Estado deve se dar apenas de maneira indutiva, não havendo falar em imposição (de programação estatal obrigatória, por exemplo, ou mesmo de metas e objetivos), tampouco uma planificação ou uma direção: “O que o Estado não pode é, de maneira ou outra, acabar se substituindo ao controlador do empreendimento privado na tomada de decisões empresariais”. Da mesma forma, segundo o autor, não pode o Estado, ao planejar a atividade privada, obrigar a empresa a substituí-lo no cumprimento de suas obrigações constitucionais: “Em outras palavras, o Estado pode exigir das empresas alguns comportamentos, sempre acessórios às suas atividades principais – via de regra consequências lógicas do seu exercício -, que contribuam para realizar o interesse público setorial ligado à atividade principal

Contudo, em que pese esta condição (de intensa regulamentação), o setor apresenta elevado (e inclusive crescente) número de demandas e reclamações por parte dos consumidores.³⁶⁴ Nessa linha, veja-se que o próprio PROCON do Estado de São Paulo registrou que o setor em questão foi o que mais reclamações apresentou no primeiro semestre do ano de 2013.³⁶⁵

Outro efeito marcante, e que decorre, também, da “hiper-regulação” do mercado e das inúmeras exigências³⁶⁶ (e custos) que anteriormente não existiam, é a redução do número de OPSs ativas. Veja-se que, segundo a própria ANS³⁶⁷, em que pese a quantidade de beneficiários contratantes aumentar constantemente, o número de operadoras com registro ativo tem sistematicamente caído.³⁶⁸ Isso não bastasse, inúmeras são as “barreiras” que dificultam e obstaculizam a entrada de novas empresas no mercado.³⁶⁹

[...] Sendo assim, por exemplo, uma empresa privada de plano de saúde pode ser obrigada a comunicar os casos de epidemia que verifique, mas não pode ser obrigada a tratar as doenças de pessoas que não sejam seus clientes [...]”. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Comentários ao artigo 174. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1835).

³⁶⁴ O índice de reclamações das empresas operadoras de plano de saúde encontra-se no sítio eletrônico da ANS. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/informacoes-e-avaliacoes-de-operadoras/indice-de-reclamacoes#>>. Acesso em: 27/08/2013.

³⁶⁵ Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/economia/2013/08/22/internas_economia,438392/proc-on-sp-divulga-planos-de-saude-com-maior-indice-de-reclamacao-no-1-semester.shtml>. Acesso em: 27/08/2013.

³⁶⁶ Fernando Campos Scaff faz importante ressalva quanto à regulação excessiva que cabe aqui ser reproduzida: “Naturalmente e como ocorre usualmente nas situações em que se facilita a intervenção estatal no domínio econômico, pode-se perder a medida do que seria o adequado, gerando-se, pelo excesso, distorções a respeito das providências eficazes e que seriam suficientes para a correta concretização do equilíbrio entre os contratantes. Quando ocorre esse erro na dosagem da intervenção, corre-se o perigo de gerar uma indevida e indesejada imposição de ônus às empresas prestadoras de serviços ou aos próprios consumidores envolvidos”. (SCAFF, Fernando Campos. *Direito à Saúde no Âmbito Privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde*. São Paulo, 2010. p. 62).

³⁶⁷ CADERNO DE INFORMAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR. ANS. Setembro de 2011. p. 11.

³⁶⁸ Nesse sentido, “[...] a regulamentação parece ter provocado um aumento dos custos, tanto para entrar no mercado quanto para executar a gestão de uma operadora de plano de saúde, em função dos seguintes requisitos: cobertura de garantias financeiras (capital mínimo e reservas técnicas); pressão de custos administrativos e informacionais; a oferta de plano-referência individual obrigatório; redução dos períodos de carência etc.”. (OCKE-REIS, Carlos Octávio; ANDREAZZI, Maria de Fátima Siliansky de; SILVEIRA, Fernando Gaiger. O Mercado de Planos de Saúde no Brasil: uma criação do estado? *Revista de economia contemporânea*. V. 10. n. 1. Rio de Janeiro: Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, jan./abr. 2006. p. 157/185).

³⁶⁹ Em primeiro lugar, existe uma tendência pelo aumento da comercialização dos planos coletivos, haja vista sua maior diversificação de riscos e liberdade quanto à fixação de mensalidade, uma vez que a ANS não regula os preços dos contratos coletivos. Desta feita, para ser lucrativo o negócio, uma nova empresa deve ter capacidade de ofertar serviços aos dois tipos de clientes (planos coletivos e individuais), posto que os lucros e os riscos da carteira de planos individuais isoladamente considerados não são atraentes. Além disso, o novo entrante há de obedecer a uma série de exigências no que tange a garantias financeiras (capital mínimo, provisão de risco e margem de solvência). Ainda, existe a necessidade de padronizar os produtos a serem oferecidos. Cita-se, ainda, a pressão existente por parte das operadoras para que os médicos não atendam pacientes de outros convênios. Sem contar que os

Em síntese, as atividades econômicas são, hoje, salvo exceções, objeto de regulação estatal, sendo os serviços de saúde –inclusive e principalmente os de saúde suplementar - exemplo emblemático desta realidade, despontando-se como um setor que conta com rígida, intensa e contínua regulação estatal.

2.2.3 Necessidade de Interlocução entre as Normas Regulamentadoras e o CDC

Conforme explicitado, a saúde suplementar conta com uma rígida e constante regulação do Poder Público, despontando, inclusive, como um dos mercados que mais normas e regulamentações apresenta.³⁷⁰ Entretanto, a colossal quantidade de normatizações que semanalmente são introduzidas pela ANS não é o aspecto que mais chama a atenção no setor, mas sim a postura do Poder Judiciário, ao se deparar com demandas discutindo nuances contratuais de planos de saúde, notadamente no que tange à interpretação (e mensuração) do CDC ante as normas técnicas da mencionada agência.³⁷¹

próprios consumidores tendem a optar por empresas mais conhecidas e já consolidadas no mercado, com grande clientela, recursos e, inclusive, rede de hospitais, laboratórios e clínicas próprias. (BARRIONUEVO FILHO, Arthur; LUCINDA, Cláudio Ribeiro de. Avaliação sobre Concorrência e Concentração em Serviços de Saúde: Relações Verticais e Horizontais. In: FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Orgs.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 54/56); Devem ser citados, também, os elevados (e crescentes) custos dos serviços de assistência médica, decorrentes das mudanças do perfil demográfico do País e do progresso técnico, e que, em razão da legislação protetiva ao consumidor e da jurisprudência, dificilmente podem ser repassados ao usuário final. (ARAÚJO JR., José Tavares de. Poder de Mercado no Setor de Saúde Suplementar. In: FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Orgs.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 29); Por essas razões, aliás, há uma tendência de fusões e aquisições no mercado, com as empresas maiores e líderes do setor optando por comprar as operadoras menores. Através dos referidos processos de fusão e aquisição, as partes envolvidas certamente são beneficiadas com economias de escala e a consequente redução dos custos. Todavia, existe a maior probabilidade de uma empresa, ou grupo de empresas, adquirirem maior poder de mercado ou, eventualmente, inclusive dominá-lo por completo, com o que incontestavelmente surtem efeitos muito negativos para os consumidores (estruturas monopolizadas ou oligopolizadas permitem a redução de custos, aumento dos preços, redução da produção e desestimulam a criação de novos, melhores e mais baratos produtos), bem como para as empresas interessadas em investir no ramo.

³⁷⁰ Apesar desta colocação se revestir de um caráter crítico (haja vista a possível regulamentação excessiva existente), é indubitável que o mercado de saúde suplementar, tendo em vista os direitos fundamentais que permeiam o setor, necessita de um modelo de regulação diferenciado, não bastando o formato tradicional de agência reguladora, “calcado na mera regulação econômica-financeira, sendo necessária uma atuação com o objetivo de garantir o respeito e a efetivação do direito à saúde”. (TRETTEL, Daniela Batalha. *Planos de Saúde na Visão do STJ e do STF*. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 37).

³⁷¹ Marlus Keller Riani inclusive comenta criticamente este conflito, em que o Judiciário condena as OPSs a arcarem com procedimentos não tidos como obrigatórios pelas normas regulatórias da ANS, como

Na prática, o que se constata é que as diretrizes e os fundamentos utilizados pelos Tribunais nos processos envolvendo matérias relacionadas a planos de saúde são no sentido de hipervalorizar o CDC e os institutos de proteção do consumidor, mesmo quando a grande maioria dos aspectos e detalhes destes pactos já se encontra minuciosamente regulamentada pelo Poder Público (ANS).³⁷²

Exemplos não faltam para atestar esta realidade cravada no sistema de saúde suplementar. Veja-se, a título ilustrativo, a discussão acerca do dever, ou não, de a OPS custear determinados procedimentos, tratamentos e/ou serviços médicos quando há cláusulas excludentes.

Com efeito, ainda que se possa pensar o contrário, a inclusão ou não de determinada(s) cobertura(s) no contrato não se dá por pura e simples liberalidade das OPSs, mas em estrita atenção à legislação (especialmente o artigo 10 da LPS) e às determinações da ANS, as quais definem quais os tratamentos que são obrigatórios (Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde - RPES) e quais são (juridicamente) passíveis de exclusão.³⁷³

Destarte, além de os contratos (pelo menos os regulamentados, ou seja, aqueles firmados posteriormente, ou adaptados, à Lei n.º 9.656/98) já preverem haver cobertura(s) (apenas) para os procedimentos discriminados no RPES, a lógica haveria

“divergência entre o Estado-juiz e o Estado-regulador”, defendendo que, tendo em vista a existência de um arcabouço jurídico próprio que envolve a relação de consumo de saúde suplementar, caberia ao Estado-juiz aplicá-lo no caso concreto. (RIANI, Marlus Keller. *Planos de Saúde: a harmonização dos interesses na relação de consumo*. 2010. 146f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito Milton Campos. Minas Gerais. p. 131/136).

³⁷² Devendo-se considerar, ainda, conforme explica Bruno Miragem, terem sido os próprios interesses dos consumidores a servirem como legitimação do processo de desestatização e constituição da estrutura dos serviços públicos. (MIRAGEM, Bruno. *A Regulação do Serviço Público de Energia Elétrica e o Direito do Consumidor*. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. V. São Paulo: RT, 2010. p. 851).

³⁷³ Com efeito, impende registrar que as patologias cujas coberturas/tratamentos devem ser obrigatoriamente oferecidas pelas OPSs são, na forma do artigo 10 da LPS, aquelas constantes na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da OMS – CID-10. Ademais, em atenção à própria LPS, (artigo 4º), compete à ANS regulamentar estas “coberturas obrigatórias” e definir a sua amplitude (mínima, digamos assim); Veja-se que previsão equivalente consta na própria Lei n.º 9.961/00, responsável pela criação da ANS, cujo artigo 4º, inciso III, estabelece competir à autarquia “elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei n.º 9.656/98 [...]”; atendendo a esta atribuição, o órgão autárquico vem, desde a sua criação, através da edição do RPES, atualizado a cada dois anos -, disciplinando exaustivamente os padrões mínimos de coberturas que devem ser suportados pelas OPSs. Além disso, importa ressaltar que o próprio artigo 10 da LPS excetua, em seus incisos, as situações que são passíveis de exclusão e que, portanto, não são obrigatórias.

de ser a de que, em não constando no dito rol e/ou estando previsto nas exceções da lei, a OPS não poderia ser obrigada a custear determinado tratamento/medicamento.³⁷⁴

Contudo, esta premissa raramente é obedecida pelo Judiciário, prevalecendo o entendimento de acordo com o qual, em nome da proteção dos consumidores, estes fariam jus ao tratamento/medicamento necessário, independente de constar no contrato e de existir normas regulamentadoras autorizando a limitação da cobertura oferecida. José Reinaldo de Lima Lopes³⁷⁵ reconhece expressamente essa tendência mencionando que os Tribunais vêm, com base no CDC, ultrapassando a teoria da não interferência nos contratos.

Exemplo polêmico desta assertiva diz respeito aos medicamentos e tratamentos mais modernos. É inegável que, em virtude do contínuo avanço da Medicina e da tecnologia, diversos (novos) procedimentos são criados e/ou melhorados. Os custos, em regra, são sempre majorados³⁷⁶. Nesse contexto, são comuns ações judiciais em que o beneficiário requer algum procedimento ainda não previsto no RPES e que, justamente por esta razão, com base na própria LPS e na ANS, foi-lhe negado administrativamente³⁷⁷.

³⁷⁴ Nítido exemplo que bem ilustra tal questão é o caso das cirurgias bariátricas por videolaparoscopia. Com a evolução da medicina e da tecnologia, o procedimento cirúrgico de redução de estômago, antes realizado de forma “aberta”, através da chamada “técnica convencional”, passou a ser passível de realização mediante o uso da videolaparoscopia, método menos invasivo, que reduz o tempo de recuperação e que notoriamente é mais vantajoso ao paciente. Todavia, até a atualização do Rol de Procedimentos, que se deu através da RN nº. 262/ANS, que entrou em vigor em janeiro de 2012, a referida cirurgia, pelo referido método, não estava incluída no Rol, mas tão somente a técnica convencional.

³⁷⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito do Consumidor e Privatização*. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. V. São Paulo: RT, 2010. p. 963/970.

³⁷⁶ Revela-se um fato incontestável que a incorporação de novas tecnologias tem efeito impactante nos custos das operadoras. Uma cirurgia bariátrica, através do método convencional – que era o método coberto pela maioria dos planos regulamentados até o início de 2012, custa em média R\$ 10.000,00 a menos que o procedimento por videolaparoscopia, método mais moderno. (Disponível em: <<http://www.scb.org.br/imprensa.asp?menu=3>>. Acesso em: 01/12/2012); Da mesma forma, o procedimento para retirada de vesícula, o qual nos últimos 10 anos encareceu sobremaneira, podendo custar o dobro do preço e, em alguns casos, até R\$ 12.000,00. (VALOR, ANÁLISE SETORIAL. 2006. *Saúde Suplementar*. p. 39); Não por acaso, o aumento crescente no custo da assistência médica é apontado como um dos principais fatores para a redução do número de operadoras ativas no país nos últimos anos. (ARAÚJO JR., José Tavares. Poder de Mercado no Setor de Saúde Suplementar. In: FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves. (Orgs.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 29).

³⁷⁷ Em termos estritamente jurídicos, o próprio pedido pela cobertura de determinado procedimento, cuja inclusão no Rol da ANS deu-se em momento posterior à celebração do contrato, é plenamente questionável. Note-se que, quando o contrato é firmado, a OPS mensura as contraprestações considerando o Rol até então existente. Considerando que a CF/88 resguarda o ato jurídico perfeito, até mesmo em relação a novas leis, o que dirá de regulamentações normativas (que são os instrumentos através dos quais o Rol é periodicamente atualizado). Contudo, esta tese, que por muitos anos foi ferozmente invocada pelas OPSs, já se encontra, atualmente, praticamente descartada, sendo a

O entendimento do Judiciário tem sido, contudo, à revelia da previsão da LPS e das normas da ANS, no sentido de que o plano não pode negar cobertura para as formas de tratamento e procedimentos mais modernos. Entende-se, com fundamento no CDC, que, se o plano cobre (ou não exclui) determinada patologia, não pode recusar nenhum procedimento ou tratamento a ela inerente³⁷⁸, ainda que estes estejam excluídos do contrato e do RPES.

Os julgadores entendem, em outras palavras, pelo (quase que) irrestrito dever de cobertura por parte das OPSs, sugerindo certa dose de desrespeito (para não dizer “descaso”) às previsões trazidas pelo órgão regulador³⁷⁹, e refletindo, inclusive, uma gritante contradição no trato do Estado (como um todo) para com as OPSs.³⁸⁰ Pouco se considera a respeito do fato de as agências reguladoras já atuarem com vistas ao equilíbrio entre os interesses dos fornecedores e consumidores, justamente para promover um “mercado estável, eficiente e socialmente justo”.³⁸¹⁻³⁸²⁻³⁸³

preocupação, efetivamente, com o “Rol (da data) do evento” e não o “Rol (da data da celebração) do contrato”.

³⁷⁸ *Leading Case* nesse sentido é o REsp n.º. 668.216/SP, Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 15/03/2007: “O plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura. Se a patologia está coberta, no caso, o câncer, é inviável vedar a quimioterapia pelo simples fato de ser esta uma das alternativas possíveis para a cura da doença. A abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, em razão de cláusula limitativa, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno disponível no momento em que instalada a doença coberta”; No mesmo sentido, o Ministro Sidnei Beneti, ao julgar o AREsp n.º. 252.906/RS, em 23/11/2012, assim afirmou: “A jurisprudência do STJ se orienta no sentido de proporcionar ao consumidor o tratamento mais moderno e adequado, em substituição ao procedimento obsoleto previsto especificamente no contrato. A interpretação das cláusulas contratuais deve favorecer a extensão dos direitos do consumidor”; Entendimento idêntico foi exarado no julgamento do REsp 1.106.789/RJ, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi; Outra não foi a tese utilizada pelo Des. Luiz Antonio de Godoy, do TJ/SP, ao julgar a Apelação n.º. 0109134-36.2012.8.26.0100, em 27/11/2012: “Ao entrar no mercado para trabalhar justamente com vida e saúde das pessoas, comprometeu-se a ré a disponibilizar o que há de melhor, mais avançado e necessário na prestação do serviço, incorporando o avanço tecnológico na cobertura respectiva, sempre logicamente do ponto de vista médico/científico”.

³⁷⁹ A doutrina reconhece haver “[...] uma grande resistência do Judiciário ao reconhecimento dos organismos administrativos responsáveis pela regulação do setor privado de assistência à saúde”, gerando, inclusive, “um grave entrave” no processo regulatório do setor. (LOPES, José Reinaldo de Lima; NETO, Paulo Macedo Garcia. *Consumidores de Planos de Saúde (ou, doente também tem direitos) – uma revisão*. In: MARQUES, Cláudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). *Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: RT, 2008. p. 166/167).

³⁸⁰ Contradição esta bem refletida na seguinte citação: “As operadoras não são punidas pelo Estado-regulador da sua atividade, por este entender que não houve violação à legislação do setor, mas são obrigadas pelo Estado-juiz a custear o tratamento e, em alguns casos, o pagamento por danos morais, o que gera intranquilidade e insatisfação para todos os envolvidos nessa relação de consumo. (RIANI, Marlus Keller. *Planos de Saúde: a harmonização dos interesses na relação de consumo*. 2010. 146f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito Milton Campos. Minas Gerais. p. 89/90).

³⁸¹ GREGORI, Maria Stella. *Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 72.

³⁸² Ainda que se esteja, neste trabalho, a analisar tal atuação do Judiciário, não se está a defender que toda norma expedida pelo órgão regulador deva ser aplicada, pois, de fato, é possível haver abuso de poder

O padrão hoje identificado nas decisões judiciais, aliás, revela-se tão fortemente inclinado a uma aplicação (quase que “cega”) do diploma de defesa dos consumidores, que se presenciam, inclusive, demandas judiciais propostas sem absolutamente nenhum substrato contratual ou legal, e que, mesmo assim, se valem do sistema (judicial) (e das suas falhas) e acabam tendo suas pretensões acolhidas pelos magistrados, os quais, na prática, sobrevaloram a perspectiva individual da proteção dos consumidores, em detrimento da coletiva.³⁸⁴

O que se verifica é que decisões como estas tendem a implicar, além do natural aumento do número de ações judiciais postulando benefícios não contratados, o esvaziamento da própria razão de existir das normatizações da ANS (cuja própria atuação, de antemão, há de se pautar pela neutralidade e imparcialidade, não privilegiando, repisa-se, nenhum segmento³⁸⁵), ante a absoluta inobservância e desrespeito das suas regras, resoluções, instruções e regulamentações.³⁸⁶

regulamentar, o que adentraria na seara não apenas da ilegalidade, como também da inconstitucionalidade da norma, de tal sorte que o seu afastamento pelo Judiciário estaria correto e em sintonia com o sistema. Acerca da temática envolvendo a limitação do poder regulamentar do órgão regulador, ver ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. Breves Considerações a Respeito do Poder Regulamentar do Consu. In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). *Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: RT, 1999. p. 157/161; e SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola; SERRANO JR.. Vidal. *Assistência Privada à Saúde: aspectos gerais da nova legislação*. In: MARQUES, Cláudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). *Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: RT, 2008. p. 222/224.

³⁸⁵ Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, neste contexto, reforçando a noção de que a ANS leva em consideração os interesses dos consumidores, destaca a ideia de que estes também devem participar dos processos decisórios das agências reguladoras, inclusive como medida a seguir a Política de Proteção e Defesa dos Interesses e Direitos dos Consumidores. (PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Serviços Públicos*. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. V. São Paulo: RT, 2010. p. 1053/1084); Aqui, cabe frisar a doutrina de Juarez Freitas, o qual reforça a necessidade de haver, junto às agências reguladoras, audiências públicas e outras formas de participação da sociedade (com efetivo respeito ao princípio da participação), antes da publicação de qualquer resolução regulatória. (FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 260/261).

³⁸⁴ Tanto que Fernando Campos Scaff faz crítica à intervenção estatal excessiva (por parte do aplicador das leis), chamando atenção para a necessidade de o dirigismo contratual se dar de maneira comedida: “Tal risco impõe uma permanente atenção do legislador e do aplicador da lei, que deverão calibrar adequadamente a intensidade do dirigismo contratual suportável nesses casos, afastando as tentações paternalistas e compreendendo esse controle como uma efetiva e real exceção ao princípio da livre iniciativa e da liberdade de contratar, regra que vige, também, no âmbito dos *contratos de adesão* e, em especial, naqueles vinculados ao *direito à saúde*”. (SCAFF, Fernando Campos. *Direito à Saúde no Âmbito Privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde*. São Paulo, 2010. p. 62).

³⁸⁵ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP Editora, 2006. p. 180.

³⁸⁶ Na mesma linha, válida a contribuição de Luiz Arnaldo Pereira da Cunha Júnior a respeito das consequências desta atual tendência do Judiciário: “O equilíbrio do mercado de saúde suplementar é importante para o SUS [...] Impor às operadoras qualquer tipo de ônus não previsto em seu cálculo atuarial simplesmente impacta o equilíbrio das mesmas, do mercado e, em última instância, do próprio

Com efeito, conforme preconiza Luis Roberto Barroso³⁸⁷, ainda que os atos das agências reguladoras sejam obviamente passíveis de sujeição à apreciação do Poder Judiciário, “[...] inexistente qualquer superioridade ontológica apriorística dos magistrados em relação aos administradores. Vale dizer: os membros do Judiciário não são necessariamente mais sábios ou melhor preparados que os membros do Executivo para tomar toda e qualquer espécie de decisão”. Complementa o Ministro: “[...] o Judiciário deve ter especial deferência pelas decisões das agências na medida em que a elas foi atribuída competência legal para regular o sistema econômico como um todo, tendo em conta todos os seus aspectos e os fins a serem atingidos a curto e médio prazo [...]”³⁸⁸, ao passo que o magistrado “não visualiza, e nem tem como considerar, as necessidades do sistema e nem sequer seria capaz de avaliar o impacto de suas decisões sobre esse sistema”³⁸⁹.

Por essas razões, talvez mais do que qualquer outra atividade, o sistema de saúde suplementar se apresenta como um palco em que se faz verdadeiramente necessária, sob pena de prejuízo maior e em curto prazo irreparável, uma comunicação saudável, harmoniosa e, sobretudo respeitadora entre a regulação (normas regulamentadoras) e o CDC (normas e institutos protetivos dos consumidores).³⁹⁰ Nas palavras de Marco Aurélio Mello³⁹¹, “A segurança jurídica é essencial à manutenção do mercado de seguros de saúde. Por isso, cabe ao Poder Judiciário zelar pela aplicação das normas sobre direitos do consumidor, mas sem encaminhar para o paternalismo jurídico³⁹² [...]”.

SUS”. (CUNHA JÚNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da. O Mercado de Saúde Suplementar – a busca do equilíbrio. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 298/299).

³⁸⁷ BARROSO, Luis Roberto. Direito Intertemporal, Competências Funcionais e Regime Jurídico dos Planos e Seguros de Saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 251.

³⁸⁸ BARROSO, Luis Roberto. Direito Intertemporal, Competências Funcionais e Regime Jurídico dos Planos e Seguros de Saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 255.

³⁸⁹ BARROSO, Luis Roberto. Direito Intertemporal, Competências Funcionais e Regime Jurídico dos Planos e Seguros de Saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 255.

³⁹⁰ Sobre o ponto, Aurisvaldo Sampaio refere que o CDC há de servir de baliza para o exercício da ANS, bem como de fonte interpretativa no que tange à LPS e as suas próprias normas regulamentares. (SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de Plano de Saúde*. São Paulo: RT, 2010. p. 267).

³⁹¹ MELLO, Marco Aurélio. Saúde Suplementar, Segurança Jurídica e Equilíbrio Econômico-Financeiro. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 15.

³⁹² A tendência de verificação do chamado *paternalismo jurídico* é reconhecida também por Fábio Gabriel e Eduardo Goulart Pimenta: “No Direito Privado, há uma tendência de modificar os paradigmas estabelecidos pelo liberalismo, assim, proclamam a personalização do Direito Civil. Em alguns casos,

Mesmo porque, importa ter em mente, sempre, que um dos objetivos da regulação, senão o principal, é justamente a “composição e a harmonização dos interesses dos diversos segmentos envolvidos [...] Estado (interesse público), agentes econômicos (interesse privado) e consumidores (interesse coletivo)”.³⁹³ Além do que, ainda que a ANS não possa ser vista como um órgão de defesa do consumidor³⁹⁴, não significa que “o consumidor não seja o beneficiário final de suas ações, pois é a partir da busca pelo equilíbrio das relações e forças existentes no mercado que se poderá trazer maiores benefícios ao cidadão-consumidor, inclusive de forma coletiva e abrangente”.³⁹⁵

Fato é que, apesar das problemáticas acima suscitadas, o contrato de plano de saúde se revela como um contrato regulado (normatizado e fiscalizado pelo Poder Público), e que adota um formato que, pelo menos teoricamente, se propõe a equilibrar tanto os interesses dos consumidores quanto do mercado e da sociedade como um todo.

2.3 CONTRATO SECURITÁRIO

2.3.1 Considerações Semânticas

vê-se uma predisposição em favorecer os mais fracos no momento da aplicação do direito, o que, muitas vezes, transforma a Justiça em um mecanismo de distribuição de riqueza caso a caso, uma visão paternalista e individualista da jurisdição”. (GABRIEL, Fábio; PIMENTA, Eduardo Goulart. A Intepretação dos Contratos de Saúde Privada sob uma Perspectiva de Direito & Economia. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito Civil: teoria e prática do direito privado: atualidades IV*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 436).

³⁹³ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP Editora, 2006. p. 179; No mesmo sentido, defende Karyna Rocha Mendes da Silveira: “A agência tem o papel de harmonizar os interesses das operadoras de planos de saúde e os dos consumidores, tanto no que se refere à política normativa como na decisória e sancionatória”. (SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes da. *Doença Preexistente nos Planos de Saúde*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 69); Luiz Arnaldo Pereira da Cunha Júnior, na mesma linha, destaca ser o “grande desafio” do órgão regulador a “busca do equilíbrio permanente entre os diversos atores”. (CUNHA JÚNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da. O Mercado de Saúde Suplementar – a busca do equilíbrio. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 273).

³⁹⁴ Ainda assim, conforme registra Bruno Miragem, a ANS, assim como as demais agências reguladoras, há de articular-se com os órgãos de defesa do consumidor. (MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 511).

³⁹⁵ GREGORI, Maria Stella. O Processo de Normatização do Mercado de Saúde Suplementar no Brasil. In: MARQUES, Cláudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). *Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: RT, 2008. p. 259.

Atualmente, é indubitável a identificação dos contratos de plano de saúde como genuíno pacto de natureza securitária. Tanto que afirmado, com respaldo doutrinário, que aqueles são espécie do gênero maior que é o contrato de seguro. Nesse contexto, revela-se adequado inferir que, senão a integralidade, pelo menos a maioria das características e elementos formadores e qualificadores dos contratos de seguro em geral se fazem igualmente presentes nos pactos de assistência privada à saúde, isto é, nos seguros de saúde e, inclusive, nos planos de saúde.³⁹⁶ Por essa razão, é necessário dedicar alguma atenção para estes contratos, propósito a que se presta este subcapítulo e os seguintes.

Sob uma perspectiva ampla e introdutória, é possível se definir o contrato de seguro a partir da lição contida no artigo 757 do CC/02: “Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”.

A doutrina contribui para a delimitação do conceito. Michael César Silva³⁹⁷ explica que se trata do “meio pelo qual a pessoa física ou jurídica protege-se contra os riscos, que porventura incidam sobre a vida ou o objeto de suas atividades”. Já segundo Orlando Gomes³⁹⁸, é “a proteção econômica que o indivíduo busca para prevenir-se contra necessidades aleatórias [...] necessidade econômica, provocada pela instabilidade das coisas humanas”.

Antonio Márcio da Cunha Guimarães³⁹⁹ segue a mesma linha: “É a maneira mais inteligente de se prevenir e remediar eventos imprevistos”, sendo que Arnaldo Rizzardo e outros⁴⁰⁰ não deixam qualquer dúvida quanto a sua importância: “um dos

³⁹⁶ “[...] planos e seguros de saúde seguem os mesmos princípios dos demais seguros, no que se refere aos aspectos técnicos, econômico-financeiros e atuariais. A essência dos planos de saúde é a cobertura das despesas associadas a doenças e acidentes pessoais que afetem a saúde do consumidor, os quais são eventos de natureza aleatória, imprevisíveis e indesejados pelo consumidor”. (CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. *Princípios Básicos de Seguros e Planos de Saúde*. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 80).

³⁹⁷ SILVA, Michael César. *Contrato de Seguro de Automóveis: releitura à luz da nova principiologia do direito contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 128.

³⁹⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 507; A mesma definição é trazida por SANTOS, Amílcar. *Seguro: doutrina, legislação e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Record, 1959. p. 32.

³⁹⁹ GUIMARAES, Antônio Márcio da Cunha. *Contratos Internacionais de Seguros*. São Paulo: RT, 2002. p. 13.

⁴⁰⁰ RIZZARDO, Arnaldo; PORTO, Eduardo Heitor; TURRA, Sérgio Bergonsi; TURRA, Tiago Bergonsi. *Planos de Assistência e Seguros de Saúde: Lei n° 9.656, de 3 de junho de 1998*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999. p. 13.

mais importantes na vida das pessoas, procurando prevenir contra certos fatos que podem acontecer, prejudicando o patrimônio ou afetando a vida”.

Nesta esteira, percebe-se que a natureza jurídica deste tipo de vínculo é a de contrato de garantia. Em outras palavras, e ainda que a doutrina seja um tanto vacilante neste ponto, verifica-se que, enquanto o segurado (beneficiário, na linguagem mais utilizada no campo da saúde suplementar) paga o prêmio (mensalidade), o segurador se obriga a garantir financeiramente determinados riscos (eventos). João Marcos Brito Martins⁴⁰¹, ainda que em direção não acompanhada pela integralidade da doutrina, sintetiza essa observação da seguinte forma: “[...] Independente de indenizar ou não o segurado, a obrigação está cumprida pela só garantia”.⁴⁰² No mesmo sentido, Pontes de Miranda⁴⁰³: “não se pode dizer que o segurador, se ocorre o sinistro, ou se cedo ocorre, presta a soma do seguro e, se não ocorre, enriquece-se com o prêmio”, haja vista que “o risco foi coberto até que se desse o sinistro e o segurado obteve a cobertura; mesmo se o sinistro não sobreveio, cobriu-se-lhe o risco [...] Há sempre a prestação e a contraprestação [...]”.

Acerca da importância desta espécie de contrato, citável ainda a seguinte passagem de Voltaire Giavarina Marensi⁴⁰⁴: “ninguém duvida mais hoje, de que o seguro é de suma importância para garantir os riscos provenientes do infortúnio”. Dai inferir-se ser o seguro “um elemento indispensável para qualquer ser humano que tenha o mínimo de apego ao patrimônio construído, ao bem valioso que conquistou com

⁴⁰¹ MARTINS, João Marcos Brito. *O Contrato de Seguro: comentado conforme as disposições do novo código civil, lei n.º. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 9/10.

⁴⁰² Digno de nota que a definição do seguro como “contrato de garantia” não é acolhida, por exemplo, por Adalberto Pasqualotto. Ao sustentar sua discordância com relação aos argumentos utilizados por parte da doutrina para defender o seguro como contrato comutativo, o autor esgrima que a *garantia* seria, apesar de consistir efetivamente da obrigação do segurador, a *finalidade* (a causa) do seguro, ao passo que a prestação deste estaria identificada no dever (aleatório) de pagar, ou não, a indenização. Em outras palavras, conforme o professor, a “Obrigação de garantia significa que a finalidade (causa, portanto) do vínculo é uma garantia. A prestação será a conduta do devedor que atenderá àquela finalidade. A indenização (prestação) está para a garantia assim como o meio para o fim”. O autor continua: “[...] A garantia é a causa do contrato de seguro. [...] Causa de um contrato é a função econômico-social que o caracteriza como ato de autonomia privada e como negócio típico [...] A causa não faz parte do negócio. É fator externo, a razão pela qual as partes contratam [...]”. (PASQUALOTTO, Adalberto. *Contratos Nominados III*. São Paulo: RT, 2008. p. 61/62 e 66/67).

⁴⁰³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XLV. Atualizado por Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2012. p. 426.

⁴⁰⁴ MARENSI, Voltaire Giavarina. *O Seguro a Vida e sua Modernidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 46.

sacrifício”⁴⁰⁵, já que “ninguém pode garantir a segurança e a incolumidade da existência”.

Neste mesmo contexto, Sérgio Cavalieri Filho⁴⁰⁶ defende a indispensabilidade desta modalidade contratual, referindo serem a segurança e a proteção necessidades básicas do ser humano. A questão, reforça-se, ganha ainda maior evidência quando aplicada ao campo da saúde.

Portanto, considerando a estreita vinculação da vida humana com o risco e com o inesperado (mormente no que tange à saúde e às inúmeras doenças a que está exposta), a razão de existir dos seguros é inegável. Ainda mais por que a saúde, além de sabidamente se deteriorar com o passar dos anos e o avançar da idade (fato natural e invencível), ao longo de uma vida é quase que inevitavelmente acometida por inúmeras adversidades e patologias, as quais não apenas demandam cuidados, como também serviços especializados e, por vezes, extremamente dispendiosos.

Com efeito, é compreensível serem hoje quase que todas as espécies de bens e valores seguráveis, lista na qual está indubitavelmente incluída a *saúde*, papel desempenhado pelos seguros e planos de saúde, os quais ganham ainda maior relevância em uma sociedade cujos serviços públicos de saúde são insuficientes e os custos dos tratamentos particulares são altos.

2.3.2 Características Inerentes aos Contratos Securitários

Registrada a importância e o papel do contrato de seguro, cabem ser elencadas as características que qualificam esta modalidade contratual, em geral verificadas em todas as espécies de pacto securitário, incluindo os planos de saúde. A partir de um apanhado geral na doutrina, pode-se perceber o seguro como um contrato dotado das características abaixo comentadas.

O seguro é, antes de tudo, um contrato *bilateral*, na medida em que ambos os contratantes detêm direitos e obrigações. Com efeito, conforme já dito, enquanto o

⁴⁰⁵ CEDES – Centro de Estudos e Debates. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. (org.) *O Seguro e o Novo Código Civil*. p. 7.

⁴⁰⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 233.

segurado paga uma quantia financeira⁴⁰⁷, a seguradora se compromete a garantir determinados riscos e, na eventualidade de sua ocorrência, a indenizá-los.⁴⁰⁸ No caso específico dos planos e seguros de saúde, a obrigação das seguradoras (operadoras) é, evidentemente, fornecer cobertura econômica para tratamentos, serviços e procedimentos médicos.

É, além disso, um pacto *oneroso*, visto que, tendo em vista a sua própria bilateralidade⁴⁰⁹, ambos os contratantes contraem certo ônus e assumem responsabilidades (contratuais). Há sacrifício de todas as partes.⁴¹⁰⁻⁴¹¹ Pode-se identificar esta característica, também, no risco que é inerente a ambos os contratantes dos planos de saúde: “o consumidor pagará, de forma prévia, por serviços médico-hospitalares de que talvez nunca venha a necessitar, enquanto a OPS assume o risco de ter que arcar com os serviços de medicina [...] caso o usuário-contratante venha a necessitar deles”.⁴¹²

Vale atentar aqui que o *prêmio*⁴¹³, contraprestação⁴¹⁴ pela qual o segurado é responsável⁴¹⁵, não deve ser considerado individualmente, sob a ótica de cada segurado/contrato isoladamente considerado. Isso, pois, o *prêmio* pago por cada segurado não se presta a cobrir a eventualidade de sinistro que ocorra apenas consigo, se tratando, na verdade, de montante que visa a formar um fundo de provisão, verdadeira

⁴⁰⁷ Art. 763: “Não terá direito a indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação”.

⁴⁰⁸ Adalberto Pasqualotto complementa: “O segurador assume o risco e o segurado retribui com o prêmio. A indenização não participa dessa ideia senão em hipótese. A indenização é prestação e só será devida se o sinistro, eventualmente, ocorrer. Portanto, não há que se falar em pagamento indevido do prêmio se o dano não vier a se concretizar, porque a bilateralidade não inclui, necessariamente, o pagamento da indenização. Inclui, sim, a garantia [...]”. (PASQUALOTTO, Adalberto. *Contratos Nominados III*. São Paulo: RT, 2008. p. 67).

⁴⁰⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. V. 2. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 372.

⁴¹⁰ MATOS, Robson Pedron; MOLINA, Fabiana Ricardo. *O Contrato de Seguro e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 33.

⁴¹¹ Prova disso é que João Martins afirma que “esse contrato sempre será oneroso, ocorrendo ou não o sinistro. De um lado, porque, em qualquer hipótese, o segurado paga um prêmio. Em continuidade, porque o segurador sempre pagará uma indenização, ainda que não o faça para aquela pessoa determinada que desembolsou o prêmio, em função do princípio da mutualidade”. (MARTINS, João Marcos Brito. *O Contrato de Seguro: comentado conforme as disposições do novo código civil, lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 21).

⁴¹² FARIAS, Carolina Steinmuller; FARIAS, Thelio Queiroz. *Práticas Abusivas das Operadoras de Planos de Saúde*. Leme/São Paulo: Anhanguera Editora, 2011. p. 44.

⁴¹³ Em razão da terminologia utilizada, é comum existir confusão entre o *prêmio* (pago pelo segurado) e a *indenização securitária* (paga pela seguradora na hipótese de ocorrência de sinistro).

⁴¹⁴ Nas palavras de Pontes de Miranda, “prêmio é a prestação do contraente que quer o seguro. O segurador assume o risco; para que isso ocorra, o contraente promete prestar ou presta desde logo o prêmio”. (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XLV. Atualizado por Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2012. p. 463).

⁴¹⁵ Tanto que o fato de não ocorrer o sinistro não exclui a obrigação do segurado de adimplir com o prêmio, precisa estipulação, aliás, do artigo 764: “Salvo disposição especial, o fato de se não ter verificado o risco, em previsão do qual se faz o seguro, não exime o segurado de pagar o prêmio”.

poupança gerida pela seguradora, capaz de garantir todas as indenizações que venham a ser pagas e manter, assim, a subsistência de todo o sistema securitário.⁴¹⁶ Por essa razão, o *prêmio* é obtido mediante complexos cálculos atuariais, que, se utilizando dos conhecimentos da matemática financeira e estatística, levam em consideração diversas variáveis de forma a analisar o risco e mensurá-lo corretamente.⁴¹⁷ Daí a sua extraordinária importância e o cuidado que deve nortear o cálculo do prêmio, posto que este visa, ao mesmo tempo, garantir a solvência e a manutenção do sistema, além, é claro, da lucratividade da companhia.⁴¹⁸

Além disso, ainda que esta também não seja uma característica que conta com a unanimidade da doutrina⁴¹⁹ - aspecto sobre o qual não se farão demais digressões -

⁴¹⁶ Sobre o tema, ver MATHIAS, Guilherme Valdetaro. O Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor na Saúde Suplementar. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 108/112.

⁴¹⁷ A LPS permitiu apenas a distinção de valor de mensalidade pelo critério da idade. José Cechin explica o porquê: “Em termos materiais ou patrimoniais o risco em saúde se quantifica pela despesa médica *per capita* das pessoas que participam do grupo segurado. Entre as condições para a segurabilidade dos riscos está a exigência de homogeneidade. No caso da saúde, essa exigência está vinculada às faixas etárias. O risco ou o gasto médio *per capita* varia significativamente entre as diferentes idades. É por isso que a lei admitiu a idade como a única condição para diferenciar os prêmios ou mensalidade entre indivíduos”. (CECHIN, José. Saúde na Idade – por que diferenciar preços dos planos de saúde por idade e consequências econômicas da não aplicação dos reajustes previstos em contrato. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 153); Entretanto, outras variáveis, que não apenas a faixa etária, deveriam ser consideradas, conforme raciocina Luiz Augusto Ferreira Carneiro: “[...] ainda que a idade seja um indicador bastante relevante da probabilidade de ocorrência no risco, ela não é o único. Gênero, local de residência, atividade profissional, condição de saúde e a existência de determinadas doenças são outros fatores que, teoricamente, poderiam ser empregados para compor grupos homogêneos de segurados, os quais teriam a mesma chance de incorrer no risco e, portanto, pagariam o mesmo preço pela cobertura do seguro. A legislação e regulamentação atualmente vigentes no Brasil não permitem a organização de grupos diferenciados com base nesses fatores”. (CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. Princípios Básicos de Seguros e Planos de Saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 81).

⁴¹⁸ Nessa esteira, esgrima Renato Macedo Buranello que, com o produto dos prêmios que recebe de seus segurados, se corretos os cálculos atuariais que realizou, a seguradora “não só disporá dos recursos necessários ao pagamento das prestações devidas, em razão dos eventos segurados que se verificarem, como também cobrirá as despesas administrativas e operacionais relacionadas ao seu funcionamento, e obterá lucro”. (BURANELLO, Renato Macedo. *Do Contrato de Seguro: o seguro garantia de obrigações contratuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 121); Por conta desta imensa importância, há autores que enquadram o prêmio como um elemento do contrato do seguro. Contudo, por permear a característica da onerosidade, optou-se por, neste trabalho, explicitá-lo junto à dita característica.

⁴¹⁹ Adalberto Pasqualotto traz interessante levantamento quanto à divisão existente na doutrina acerca do enquadramento do seguro como contrato comutativo ou aleatório, sendo diversos os seguidores de ambas as correntes. A despeito do registro com relação às opiniões contrárias, defende o autor que o contrato de seguro seria aleatório: “Para que fosse comutatividade, deveria haver certeza e conhecimento prévio das prestações de ambas as partes, o que não ocorre no seguro, porque a prestação do segurador – a indenização – é incerta, na medida em que depende da ocorrência do sinistro, e indeterminada, porque, mesmo havendo sinistro, o valor dependerá da extensão dos danos”. Além disso, o autor refuta os demais argumentos ventilados em favor da comutatividade: a dispersão técnica da álea (haja vista não haver falar em incerteza quanto à desvantagem do segurador, uma vez que a obrigação de indenizar em certos contratos seria compensada pela sua não verificação em outros tantos), o seguro

considera-se o contrato securitário, de maneira geral e sem qualquer pretensão de esgotar esta específica questão, um pacto *aleatório*, uma vez que está vinculada ao risco futuro e incerto, cuja ocorrência pode, ou não, se concretizar - daí falar-se em *álea*.⁴²⁰⁻⁴²¹

É tido, outrossim, como um pacto caracterizado pela *consensualidade*, na medida em que se formaliza, sobretudo, através do consentimento das partes, não se exigindo, por exemplo, a prática de quaisquer atos solenes para a sua concretização, haja vista se formar pela manifestação de vontade das partes.⁴²²

Além disso, é considerado como um contrato *nominado*, uma vez que reflete uma modalidade contratual expressamente prevista (tipificada) no texto da lei, *in casu*, o CC/02, a partir do já mencionado artigo 757.⁴²³

Por último, é tido como um contrato que, ante a sua contratação “em massa”, se caracteriza por se efetivar através de contrato *de adesão*, modelo, conforme já esclarecido mais acima, em que os consumidores detêm pouca (ou nenhuma) possibilidade de participação, no que tange à redação das minutas e disposições contratuais.⁴²⁴

como obrigação de garantia (posto que a garantia, ainda que sendo a efetiva obrigação do segurador, seria apenas a finalidade do seguro, restando a prestação da empresa – a indenização - ainda como aleatória) e o seguro como relação jurídica comunitária, coletiva (sustentando que o caráter de pluralidade estaria, sim, presente nos seguros mútuos, mas não nos seguros capitalistas, em que cada segurado teria direito de crédito próprio contra a seguradora). (PASQUALOTTO, Adalberto. *Contratos Nominados III*. São Paulo: RT, 2008. p. 57/63).

⁴²⁰ Ingo Wolfgang Sarlet entende, na esteira da jurisprudência dominante, inclusive do STJ, que, no que tange aos contratos de plano de saúde, “[...] a *álea* desses contratos está na necessidade da prestação (se será necessária ou não), e não na forma como se dará o cumprimento da obrigação de assistência assumida (qualidade, segurança e adequação do tratamento) [...]”. (SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 199. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1943).

⁴²¹ SENE, Leone Trida. *Seguro de Pessoas: negativas de pagamento das seguradoras*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 46.

⁴²² Ressalta-se que, ainda que haja os seguros obrigatórios, bem como aqueles intitulados de “venda-casada”, nos quais a manifestação de vontade é inegavelmente mitigada, para não dizer aniquilada, o seguro é tido como consensual. Ademais, ainda que incida o artigo 758 do CC/02 (“O contrato de seguro prova-se com a exibição da apólice ou do bilhete do seguro, e, na falta deles, por documento comprobatório do pagamento do respectivo prêmio”), o consentimento das partes é o bastante para a formação do contrato, já que a apólice é a mera materialização deste acordo de vontades, tendo caráter, apenas, comprobatório. (BITTENCOURT, Marcello Teixeira. *Manual de Seguros Privados*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 5/9).

⁴²³ Nesse prisma, esgrima Pedro Alvim que “nominado é o contrato com um nome consagrado por lei, que disciplina suas normas principais, como é o de compra e venda, de doação, de locação, de seguro, etc.”. (ALVIM, Pedro. *O Contrato de Seguro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 48).

⁴²⁴ Justamente por essa razão, “para minimizar a supremacia da vontade do segurador em relação ao segurado, considerado hipossuficiente, tanto o Código Civil (art. 423) quanto o Código de Defesa do Consumidor (arts. 46 e 47) determinam que as cláusulas contratuais sejam interpretadas em favor do aderente (segurado), a quem deve ser permitido o conhecimento prévio do conteúdo do contrato”. (SENE, Leone Trida. *Seguro de Pessoas: negativas de pagamento das seguradoras*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 49).

Sendo assim, em síntese, os contratos securitários se caracterizam, em regra, por serem pactos bilaterais, onerosos, aleatórios, consensuais e nominados.

2.3.3 Elementos dos Pactos Securitários

Além das características elencadas, é relevante para o presente trabalho mencionar, ainda que de maneira bastante breve e objetiva, os chamados elementos do contrato de seguro, haja vista que estes se prestam, também, a caracterizar e qualificar a espécie contratual em exame. De pronto, impõe-se frisar não haver unanimidade na doutrina quanto a quais seriam estes elementos. Em geral, verificam-se os seguintes: (I) boa-fé; (II); risco; e (III) mutualismo.

Quanto à *boa-fé*, impõe registrar tratar-se de um princípio, o qual, tal qual já referido, decorre das próprias noções de solidarismo e ética, valores estes estreitamente vinculados ao atual sistema jurídico e que permeiam todas as relações, inclusive as contratuais. Seu papel no âmbito dos contratos de relação de consumo é ainda mais destacável: serve de “cláusula geral portadora de critério definidor da invalidade de disposições contratuais de consumo”.⁴²⁵

No caso dos seguros, entretanto, a *boa-fé* assume papel ainda mais relevante⁴²⁶, tanto que definidos por João Marcos Brito Martins⁴²⁷ como de “extrema boa-fé”. Sérgio Cavalieri Filho⁴²⁸, por seu turno, reputa a boa-fé como a “alma do seguro”. Isso, pois, os pactos de natureza securitária estão vinculados de forma intensa às declarações e informações repassadas por parte dos contratantes, tanto do segurador quanto, e

⁴²⁵ BELMONTE, Cláudio. *Proteção Contratual do Consumidor: conservação e redução do negócio jurídico no Brasil e em Portugal*. São Paulo: RT, 2002. p. 138.

⁴²⁶ Leone Trida Sene, quanto à boa-fé, aduz o seguinte: “Por certo, em razão das características inerentes ao contrato de seguro, o legislador entendeu que, no seu caso, a boa-fé assume papel ainda mais relevante, devendo norteá-lo, não apenas genericamente, mas, sobretudo, especificamente”. (SENE, Leone Trida. *Seguro de Pessoas: negativas de pagamento das seguradoras*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 48/49).

⁴²⁷ MARTINS, João Marcos Brito. *O Contrato de Seguro: comentado conforme as disposições do novo código civil, lei n.º. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 23.

⁴²⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 236.

principalmente, dos consumidores⁴²⁹: “É indispensável que os contraentes confiem nas declarações recíprocas”.⁴³⁰

Nas palavras de João Eduardo Irion⁴³¹, “A estrutura do seguro se abala quando a boa-fé do segurado deixa de existir. O comprometimento da boa fé é a fraude, que em português significa ‘abuso da confiança’, ou ação praticada de má fé [...]”. Este elemento, não há qualquer dúvida, se reforça ainda mais no mercado dos seguros e planos de saúde, haja vista que a lealdade e a honestidade dos contratantes são vitais à satisfação do bem veiculado, uma vez compreendida que a saúde financeira do contrato e das operações, de forma a garantir os riscos assumidos, delas depende, diretamente repercutindo no destino de vida ou de morte do usuário-consumidor. Nesta senda, de especial valia a contribuição de Luiz Fux⁴³², de acordo com o qual:

As responsabilidades impostas aos segurados são de tamanha repercussão social, que o contrato é eminentemente formal, exigindo instrumento escrito onde se consagram as vantagens do segurador e os riscos assumidos. Em contrapartida, a natureza bilateral do vínculo e o influxo dos princípios de “ética” e da boa-fé que antecedem o da “força obrigatória” dos contratos, implicam em não se poder agravar os riscos, tampouco segurá-los depois de ocorridos, exigindo-se, do beneficiário a mais esmerada exatidão no momento em que engendra as suas declarações acerca do bem segurado.

Outro elemento de destaque presente nos seguros é o *risco*. Consubstanciado na incerteza (e na imprevisibilidade) inerente à vida humana, pressupõe a noção de algo (um acontecimento, ou no caso dos planos de saúde, um evento/doença) futuro e incerto e previsto no contrato (artigo 760⁴³³, do CC/02). É, portanto, a “condição da possibilidade do interesse ser segurável”.⁴³⁴

⁴²⁹ Tanto que os artigos 765 e 766, específicos dos contratos de seguro, dispõem, respectivamente, que: “O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”; e “Se o segurado, por si ou por seus representantes, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido”.

⁴³⁰ MATOS, Robson Pedron; MOLINA, Fabiana Ricardo. *O Contrato de Seguro e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 34.

⁴³¹ IRION, Joao Eduardo. *Temas sobre Saúde, Planos de Saúde e Seguro-Saúde*. Porto Alegre: Rígel, 2005. p. 122.

⁴³² FUX, Luiz. *Tutela de Urgência e Plano de Saúde*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2000. p. 27.

⁴³³ Art. 760: “A apólice ou o bilhete de seguro serão nominativos, à ordem ou ao portador, e mencionarão os riscos assumidos, o início e o fim de sua validade, o limite da garantia e o prêmio devido, e, quando for o caso, o nome do segurado e o do beneficiário”.

⁴³⁴ MATOS, Robson Pedron; MOLINA, Fabiana Ricardo. *O Contrato de Seguro e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 46.

Por derradeiro, no que diz com os elementos estruturais do contrato de seguro⁴³⁵, elenca-se o *mutualismo*. De pronto, conforme lembra Adalberto Pasqualotto⁴³⁶ ao traçar as origens do contrato de seguro, a *mutualidade* desponta como “uma forma de cooperação recíproca para a persecução de objetivos comuns aos participantes de um grupo, catalisados pelo mesmo interesse”. O seguro, conforme o autor, é apenas um exemplo em função do qual pode ser estabelecida esta mutualidade.⁴³⁷

Disto isto, é certo que todo o seguro, seja empresarial, seja associativo, contará sempre com a mutualidade como *princípio de organização econômica*. Entretanto, consoante lição de Adalberto Pasqualotto⁴³⁸, enquanto nos seguros empresariais, em que a administração é realizada por um terceiro estranho ao grupo (empresa seguradora, com interesse de exploração econômica) e que, portanto, o mutualismo se limita a incidir (apenas) como princípio, nos seguros associativos (aqueles em que os segurados são segurados e seguradores de si próprios, em que inexistente ânimo de lucro e há o espírito de poupança), o mutualismo agiria, também, como sistema operacional.

De acordo com este posicionamento, a noção de poupança⁴³⁹ estaria presente tão-somente nos seguros associativos, únicos que apresentariam a faceta de plurilaterais (coletivos), em comparação com os seguros empresariais, estes, conforme o mencionado autor, bilaterais, devendo cada segurado ser compreendido individualmente em sua relação com a seguradora.⁴⁴⁰

A despeito do mérito deste entendimento, discussão na qual não se adentrará, concorda-se aqui que, sobretudo nos seguros empresariais, o mutualismo refleteo pilar econômico do seguro⁴⁴¹, cujo respeito está inexoravelmente vinculado ao sucesso das operações securitárias e também à saúde financeira das próprias seguradoras. Daí assumir-se, neste trabalho, respeitadas opiniões diversas, que do mutualismo, no campo dos seguros, advém a noção de que deve haver, a partir de dados estatísticos e cálculos

⁴³⁵ “O seguro privado, qualquer que seja a sua forma, tem por fundamento o *mutualismo* e o princípio da *homogeneização dos riscos* que somente se conseguem através de cálculos estatísticos fundados na matemática atuarial [...]”. (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *O Seguro e as Sociedades Cooperativas: relações jurídicas comunitárias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 69).

⁴³⁶ PASQUALOTTO, Adalberto. *Contratos Nominados III*. São Paulo: RT, 2008. p. 30.

⁴³⁷ PASQUALOTTO, Adalberto. *Contratos Nominados III*. São Paulo: RT, 2008. p. 30.

⁴³⁸ PASQUALOTTO, Adalberto. *Contratos Nominados III*. São Paulo: RT, 2008. p. 31.

⁴³⁹ Sergio Cavalieri Filho, por outro lado, ao discorrer acerca do mutualismo no contrato de seguro, vincula o termo diretamente à noção de operação coletiva de poupança, não fazendo qualquer distinção quanto às espécies de contratos.

⁴⁴⁰ PASQUALOTTO, Adalberto. *Contratos Nominados III*. São Paulo: RT, 2008. p. 31/34.

⁴⁴¹ (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 235).

atuariais, equilíbrio econômico entre o risco e o prêmio pago pelo segurado, conforme expressamente defende Sérgio Cavalieri Filho.⁴⁴²

Adotado este posicionamento, reforça-se aqui a noção de que os prêmios (ou as *mensalidades*, nomenclatura utilizada no âmbito dos planos de saúde) pagos pelos diversos segurados se prestam a criar um fundo comum para suportarem as indenizações que venham a ser despendidas em favor daqueles eventualmente prejudicados com a(s) ocorrência(s) de sinistro(s).⁴⁴³ Justamente em nome da mutualidade, Sérgio Cavalieri Filho⁴⁴⁴ argumenta no sentido de que “[...] as contribuições dos usuários dos planos de saúde são proporcionais à amplitude da cobertura por eles oferecida”.

Em havendo uma combinação saudável do prêmio e do risco, portanto, alcançar-se-á o *mutualismo* e o contrato de seguro, como decorrência, subsistirá e prosperará, tanto no que diz com a proposta das seguradoras (de oferecerem a garantia, pagarem as indenizações e, ainda, lucrarem), quanto sob o viés dos segurados que, na ocorrência do sinistro, estarão amparados financeiramente. No mesmo norte, frisa Marco Aurélio Mello⁴⁴⁵: “A higidez financeira dessas empresas está diretamente ligada ao conceito de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de seguro-saúde. [...]”. Trata-se, cabe enfatizar, de um elemento vital para qualquer sistema securitário, regra que se aplica indubitavelmente também aos planos de saúde.⁴⁴⁶ Luiz Augusto Ferreira

⁴⁴² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 235/236.

⁴⁴³ No específico caso dos planos de saúde, a operação é feita através do denominado regime de participação simples, cujas peculiaridades são bem explicitadas em CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. *Princípios Básicos de Seguros e Planos de Saúde*. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 71/75.

⁴⁴⁴ Esta verificação, quanto à proporcionalidade que devem guardar as contribuições com a(s) cobertura(s) oferecida(s), leva o autor a concluir ser um absurdo fornecer, por exemplo, coberturas de um plano hospitalar (mais caro) para um consumidor vinculado a um plano ambulatorial (mais barato). (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 241).

⁴⁴⁵ MELLO, Marco Aurélio. *Saúde Suplementar, Segurança Jurídica e Equilíbrio Econômico-Financeiro*. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 13.

⁴⁴⁶ “O que não se pode perder de vista quando se examina as questões referentes a planos e seguros privados de assistência à saúde é o traço de *mutualidade* que permeia o assunto”. (BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos Planos e Seguros de Saúde: comentada e anotada artigo por artigo – doutrina – jurisprudência*. São Paulo: RT, 2003. p. 31); No mesmo norte, ensina Aurisvaldo Sampaio: “A grande nota caracterizadora dos planos de saúde, qualquer que seja a sua modalidade, é o mutualismo, que permite a pulverização dos riscos de assistência à saúde entre todos os consumidores vinculados à carteira mantida pela operadora, mediante a formação de um fundo comum, que suportará o ônus financeiro advindo da ocorrência dos eventos cobertos”. (SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de Plano de Saúde*. São Paulo: RT, 2010. p. 197).

Carneiro⁴⁴⁷, por sua vez, encerra qualquer dúvida em sentido contrário: “[...] no que diz respeito à estrutura de financiamento e às condições para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, aos seguros e planos de saúde aplicam-se os mesmos princípios econômicos e atuariais aplicados a todos os seguros em geral”.

Assim, considerando o que foi até então apresentado, em todo e qualquer contrato de seguro, as características e elementos estruturais acima elencados não, pelo menos em tese, de estar presentes, não sendo diferente entre os planos de saúde, cuja essência é absolutamente a mesma dos contratos de natureza securitária em geral. Trata-se, assim, sem dúvida, de outro aspecto (contrato de natureza securitária) que deve ser considerado em toda e qualquer operação envolvendo OPSs e seus beneficiários.

2.4 CONTRATO EMPRESARIAL

2.4.1A Operadora como Empresa e o Direito ao Lucro

Realizados os comentários acima acerca das diferentes dimensões (de consumo, regulado e securitário) que o contrato de plano de saúde assume, há de se acrescentar ainda àquelas uma última faceta, igualmente relevante para a compreensão da atuação das OPSs, e que contribui para as conclusões a serem plasmadas ao final deste trabalho. Fala-se aqui da dimensão de contrato *empresarial* da qual os mencionados pactos também compartilham.

Com efeito, ainda que os contratos de planos de saúde tratem da saúde (bemdo mais alto interesse público e que está fortemente vinculado às políticas públicas de um Estado), é certo que estes se constituem de instrumentos particulares, firmados entre empresas que, por conta e risco, oferecem serviços particulares (as OPSs), e pessoas físicas e/ou jurídicas, que, por sua exclusiva liberalidade, optam por adquirirem dito produto. Há de se ter em mente, em outras palavras, os aspectos empresariais que permeiam este contexto, que devem ser também considerados no momento da

⁴⁴⁷ CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. Princípios Básicos de Seguros e Planos de Saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 67.

apreciação da atividade da OPS e sobre os quais cabem ser destacadas algumas observações.

De pronto, impõe-se lembrar que vive-se em uma realidade profundamente globalizada e na qual impera o capitalismo. E, como toda e qualquer atividade praticada no mundo capitalista, os serviços securitários se prestam, por mais que veiculem bens de intensa valoração e repercussão social, à obtenção de vantagem econômica, isto é, de lucros.⁴⁴⁸ Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho⁴⁴⁹: “É evidente que, no capitalismo, nenhuma atividade econômica se mantém sem lucratividade”.

De outra banda, seguindo a realidade capitalista que vige em praticamente todo o mundo atual, importante ter-se presente, também, que vale no Brasil o princípio constitucional da livre iniciativa (artigo 170 da CF/88), incidente nas atividades econômicas e, portanto, inclusive, no mercado de saúde suplementar. Daí que, a intervenção estatal (na economia), apesar de imperiosa e inafastável, não é ilimitada. Conforme lembra Marcos Juruena Villela Souto⁴⁵⁰, a combinação do princípio da livre iniciativa e da regulação estatal exige uma ponderação entre os custos da limitação à liberdade e os benefícios a serem distribuídos à sociedade sempre com vistas à maximização desses.

Nessa esteira, é elementar registrar que a figura do *empresário* é tratada, no direito brasileiro, na forma do artigo 966 do CC/02 (“Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”). Do referido dispositivo legal, afirma André Luiz Santa Cruz Ramos⁴⁵¹ serem destacáveis quatro elementos principais, responsáveis por caracterizar o conceito de *empresário*: (I) profissionalidade, atinente à habitualidade com que deve se revestir o exercício; (II) atividade econômica; (III) organizada, isto é,

⁴⁴⁸ Note-se que a identificação do intuito lucrativo como elemento distintivo do empresário não é unânime na doutrina. Entre as razões para este entendimento, reside o fato de que o intuito lucrativo também está presente junto aos profissionais liberais, os quais, por lei, não são considerados empresários. Outra razão estaria no fato de que o lucro seria o intuito dos sócios que compõe a sociedade e não da sociedade propriamente dita. Nesse sentido, veja CAVALLI, Cássio Machado. *A Empresa no Novo Código Civil*. In: TIMM, Luciano Benetti. (Coord.). *Direito de Empresa e Contratos*. 2. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 111/114; Ainda assim, veja-se que mesmo em se adotando estas linhas, é certo que o lucro está presente, seja direta ou indiretamente, em toda e qualquer atividade negocial.

⁴⁴⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial: direito de empresa*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 32.

⁴⁵⁰ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 172.

⁴⁵¹ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial Esquematizado*. São Paulo: Método, 2010. p. 26/27.

que articula os fatores de produção, nestes compreendidos o capital, a mão de obra, os insumos e a tecnologia; e (IV) produção ou circulação de bens ou serviços.

Dos referidos elementos qualificadores da figura do empresário, de especial relevância o segundo, a *atividade econômica*. Dele se extrai justamente o propósito negocial de todo e qualquer empresário, qual seja, o de obtenção de lucros. Em outras palavras, o empresário, ao desempenhar determinada atividade econômica, por um lado assume os riscos técnicos e econômicos do seu negócio, e, por outro, conta sempre com o intuito lucrativo. Fabio Ulhoa Coelho⁴⁵² é claro nesse sentido: “A atividade empresarial é econômica no sentido de que busca gerar lucro para quem a explora”.

Esta premissa é tão elementar no mundo dos negócios que o próprio conceito de *fornecedor*, tal qual esculpido no artigo 3º, do CDC, é, inclusive, associado à noção do próprio *empresário*. Nesse norte, sinala Bruno Miragem⁴⁵³, de acordo com o qual a atividade econômica desenvolvida pelo fornecedor é desempenhada por este “visando determinada vantagem econômica - geralmente a contraprestação pecuniária ou remuneração”.

A mesma relação é estatuída por Paulo R. Roque A. Khouri⁴⁵⁴, segundo o qual “o CDC, na realidade, quis enquadrar como fornecedor todo aquele que ‘desenvolva atividades’ econômicas no mercado”. (*grifo nosso*). Daí que, conforme o referido autor, “o desenvolvimento de uma atividade econômica no mercado por um profissional pressupõe o intuito lucrativo”. Tanto que, “os contratos, sujeitos ao CDC, são, em regra onerosos [...], afastando os contratos puramente gratuitos, onde não há intuito algum de lucro direto ou indireto”.⁴⁵⁵ Fernando Schaefer⁴⁵⁶, em similar trilha, afirma que “O princípio do equilíbrio não proíbe o lucro, mesmo porque não se pode afastar dos contratos a sua função de promover a circulação de riquezas, ainda que se reconheça a sua função social”.

Combinando os perfis legais do *empresário* e do *fornecedor*, tem-se que este último, para se encaixar na definição estabelecida no CDC, se revestirá sempre de

⁴⁵² COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial: direito de empresa*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 32.

⁴⁵³ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 97/100.

⁴⁵⁴ KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 46.

⁴⁵⁵ KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 47.

⁴⁵⁶ SCHAEFER, Fernando. *Responsabilidade Civil dos Planos e Seguros de Saúde*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 78.

profissionalidade, característica que, por um lado pressupõe a onerosidade, mas por outro garante a finalidade de obtenção de lucros.

Com efeito, esta constatação é inequivocamente aplicável (entre outros setores) ao mercado dos planos de saúde, conforme expressamente reconhecem Maury Ângelo Bottesini e Mauro Conti Machado⁴⁵⁷: “A exploração empresarial da atividade regulada pela Lei 9.656/98 exige afastar qualquer sentimento ou ideia filantrópica ou assistencialista”. No mesmo sentido, citável Maurício Barbosa dos Santos⁴⁵⁸: “Para prevenir os eventos de saúde e transferir estes riscos para os fornecedores, organizou-se um sistema de assistência privada à saúde visando o lucro [...]”.

Da mesma forma, Antônio Márcio da Cunha Guimarães, Arianna Stagni Guimarães e Cláudio Stagni⁴⁵⁹, os quais referem que os planos de saúde são “[...] antes de tudo, uma atividade negocial, pauta-se por critérios de rentabilidade, reposições de perdas e necessidade de não existir *déficit*, sob pena de inviabilização do plano, da empresa e, obviamente, do atendimento”. No mesmo norte, segundo Luiz Arnaldo Pereira da Cunha Junior⁴⁶⁰, “O setor privado por essência requer lucro, mesmo no campo da saúde, pois se este não existir, não haverá investidores e, assim, não haverá manutenção ou expansão da empresa ou do mercado”.

Em síntese, vale o esclarecimento de Maury Ângelo Bottesini⁴⁶¹: “A *atividade-meio* das operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde, como define o art. 1º da Lei nº. 9.656, de 1998, é a exploração com lucro, *empresarial*, como diz a Constituição”, daí, conforme o autor, inexistir qualquer dúvida quanto ao caráter comercial da atividade, posto que esta se resume à “aquisição prévia dos serviços médico-hospitalares, para revenda aos titulares dos planos privados de assistência à saúde, ou assunção do *risco* saúde pela seguradora”.

⁴⁵⁷ BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos Planos e Seguros de Saúde: comentada e anotada artigo por artigo – doutrina – jurisprudência*. São Paulo: RT, 2003. p. 33.

⁴⁵⁸ SANTOS, Maurício Barbosa dos. *Planos de Saúde e o Código de Defesa do Consumidor*. Leme/SP: Cultura Jurídica, 2007. p. 107.

⁴⁵⁹ GUIMARAES, Antonio Marcio da Cunha; GUIMARAES, Arianna Stagni; STAGNI, Claudio. Plano de Saúde e os Direitos Humanos (Cobertura). In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coords.). *Direitos do Paciente*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 614.

⁴⁶⁰ CUNHA JÚNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da. O Mercado de Saúde Suplementar – a busca do equilíbrio. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 299.

⁴⁶¹ BOTTESINI, Maury Ângelo. Contratos de Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde – Princípios Básicos da Atividade – Suporte Jurídico-Legal e Constitucional. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 48.

As OPSs ofertantes de serviços de assistência médica particular, enfim, não resta qualquer dúvida, se enquadram na definição de *fornecedor*. Da mesma forma, contudo, são *empresárias*. Não apenas por serem fornecedoras de serviços, mas porque contêm todos os elementos trazidos no artigo 966 do CC/02.

Por essas razões, apesar de o bem praticado e comercializado (a saúde) ser de mais alta relevância, não se deve ignorar jamais que as OPSs não o fazem por filantropia, de forma gratuita (este é o dever do Estado), mas de forma a obter vantagem econômica, se organizando, inclusive conforme as rígidas exigências e fiscalizações estatais, de forma tal que sejam capazes de assegurar o alcance aos serviços contratados, a sustentabilidade dos serviços e, também, os seus lucros.

Em outras palavras, não há ilegalidade alguma em as OPSs visarem, ao fim, a obtenção de lucros, tampouco em, nessa jornada, lograrem êxito.

2.4.2 Importância da Análise Econômica do Direito na Saúde

Outro aspecto que merece alguma atenção diz respeito às repercussões econômicas que permeiam o estudo das ciências jurídicas e que indubitavelmente se aplicam, também, ao mercado de saúde suplementar. No campo dos contratos securitários, como se tentará mostrar, este estudo é quase que indissociável da questão do *mutualismo*, já trabalhado acima, mas que merece ser comentado à luz de suas implicações econômicas, eis que estas são nevrálgicas para as conclusões a serem apuradas ao final deste trabalho.

Com efeito, a análise econômica do Direito (*Law and Economics*⁴⁶²), ensina Paulo Caliendo⁴⁶³, se constitui do entendimento de acordo com o qual o Direito deve ser abordado juntamente com a utilização de métodos de outras áreas do conhecimento,

⁴⁶²A doutrina atribui a origem dos estudos acerca do diálogo entre Direito e Economia, principalmente, aos autores da Universidade de Chicago: COASE, Ronald. H. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*. V. 3. Chicago: The University of Chicago Press, 1960. p. 1/44 e POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 7. ed. Aspen: AspenPublishers, 2007; Além disso, no que tange à doutrina brasileira, destacam-se, sem prejuízo de outros, os seguintes autores: SZTAJN, Raquel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Raquel (Orgs.). *Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 74/83 e TIMM, Luciano Benetti. Função Social do Direito Contratual no Código Civil Brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica. *Revista dos Tribunais*. V. 876. São Paulo: RT, out. 2008. p. 11/43.

⁴⁶³SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 13.

como a filosofia e a própria economia.⁴⁶⁴ Trata-se de uma corrente segundo a qual o Direito há de ser compreendido e interpretado à luz da realidade econômica e social e não isoladamente, como se uma matéria absolutamente independente das demais fosse. Nas palavras do referido autor⁴⁶⁵, “trata-se da aplicação de conceitos e métodos não jurídicos no sentido de entender a função do Direito e das instituições jurídicas”.⁴⁶⁶

Como já afirmado, a análise da postura do Poder Judiciário nas demandas relativas a contratos de planos de saúde, especificamente quanto às normas técnicas existentes e o confronto destas com os (supostos) interesses dos consumidores, é campo fértil e emblemático para este estudo, visto que, a análise econômica do direito busca estudar justamente a forma de se utilizar, com a maior eficiência possível, recursos escassos.

Diz-se isso, pois, o que se verifica atualmente, conforme já tratado acima, é que não apenas existe uma forte tendência (dos magistrados) pelo acolhimento de todo e qualquer pedido ventilado pelos usuários-consumidores (sempre sob o fundamento da proteção dos direitos dos consumidores), como também se percebe uma flagrante ausência de ponderação dos interesses envolvidos que não apenas os daqueles (relativamente poucos) consumidores envolvidos nas demandas judiciais.

Há pouca consideração quanto aos impactos econômicos (e pesadamente gravosos) que determinadas condenações impactam e impõem a toda a coletividade em benefício de poucos. Esta realidade é bem descrita por Eudes de Freitas Aquino⁴⁶⁷: “[...] nos dias atuais, o que mais se vê são regras contratuais sendo pisoteadas por favorecimento e entendimentos individuais, muitas vezes tomados de forma apressada por desconhecimento ou fundamentos culturais que justifiquem as quebras de regras”.

⁴⁶⁴ A despeito dos estudos que vincularam o Direito e a Economia aos moldes atuais terem seu embrião no século XX, principalmente na década de 30, é de se destacar que, desde muito antes, já havia quem reconhecia que a ciência jurídica sofria influência e se comunicava com outros campos, como a política e a psicologia, por exemplo, o que pode ser facilmente visto em KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Martins. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 1.

⁴⁶⁵ SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito*: uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 15.

⁴⁶⁶ Exemplo de situação jurídica prática em que há abordagem mediante os conhecimentos da economia se encontra em recente artigo de Cesar Santolim, o qual, justamente com base na *Law & Economics*, sugere uma interpretação diferenciada do artigo 473, parágrafo único, do CC/02 (resilição unilateral e o direito à indenização pelos investimentos aportados), sobretudo em virtude do *moral hazard* existente. (SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. A Proteção dos Investimentos Específicos na Resilição Unilateral do Contrato e o Risco Moral: uma análise do artigo 473, parágrafo único, do código civil. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. V. 1, Lisboa: IDB, 2014. p. 573/578).

⁴⁶⁷ AQUINO, Eudes de Freitas. Breves Considerações sobre Saúde Privada, Pública e Judicialização da Medicina. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 59.

Nesse contexto, Luiz Augusto Ferreira Carneiro⁴⁶⁸ é pontual ao afirmar que “[...] pouco importa a natureza do contrato celebrado entre o usuário e a operadora de plano de saúde, o mutualismo será sempre uma peça essencial [...]”. De acordo com o mencionado autor⁴⁶⁹, o mutualismo não apenas age como o fundamento técnico destes contratos, mas também como seu elemento delimitador do equilíbrio, motivo pelo qual, “o mutualismo deverá sempre ser considerado pelo julgador, que deverá levar em conta não só a relação tópica entre usuário e operadora de plano de saúde, mas também todos os efeitos que serão produzidos para o equilíbrio do contrato e para a coletividade como um todo”.

Correta, portanto, a observação de Marco Aurélio Mello⁴⁷⁰: “[...] deve-se preservar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos que disciplinam as obrigações atinentes às partes”, estando aí incluído “o respeito – tanto pelas operadoras quanto pelos beneficiários – às regras alusivas aos reajustes e às revisões contratuais, bem como aos limites da cobertura passíveis de negociação”.

Entretanto, os julgadores recusam-se a se conscientizar de que, em se tratando de um sistema securitário, ressalvados entendimentos doutrinários diversos e admitindo-se o mutualismo também como sistema operacional nos seguros empresariais, as coberturas e indenizações eventualmente alcançadas aos segurados/usuários provêm dos fundos criados pelos próprios consumidores, isto é, não são ilimitados. Daí a necessidade de, para haver um equilíbrio sustentável destas poupanças, serem respeitados os contratos, que não apenas são redigidos, reprisa-se, com base nas normas técnicas oriundas da ANS, como também são calculados (os prêmios, mensalidades) com base em minuciosos e complexos cálculos atuariais.⁴⁷¹ A falta de percepção dos julgadores quanto a estas vitais peculiaridades leva Luiz Arnaldo Pereira da Cunha

⁴⁶⁸ CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. Princípios Básicos de Seguros e Planos de Saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 111/112.

⁴⁶⁹ CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. Princípios Básicos de Seguros e Planos de Saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 111/112.

⁴⁷⁰ MELLO, Marco Aurélio. Saúde Suplementar, Segurança Jurídica e Equilíbrio Econômico-Financeiro. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 15.

⁴⁷¹ Marco Aurélio Mello registra justamente que “Outra modalidade de jurisprudência paternalista é aquela que insiste em rever as formas e métodos de cálculos dos contratos privados de assistência à saúde. Legislação e decisões judiciais que promovam sérias interferências no campo da saúde suplementar tendem a afetar a necessária previsibilidade que norteia o setor, além de impactarem negativamente o cálculo atuarial [...]”. (MELLO, Marco Aurélio. Saúde Suplementar, Segurança Jurídica e Equilíbrio Econômico-Financeiro. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 07/08).

Júnior⁴⁷²; inclusive a elencar, como um dos principais desafios do mercado de saúde suplementar, justamente a “Exigência de cobertura ou prestação não previstas em contrato ou lei, por medidas judiciais”.

Em outras palavras, os fundos de onde se extraem as indenizações e coberturas são formados pelos prêmios e contribuições pagas pelos consumidores, sendo que estes valores são calculados, com fito de tornar o montante capaz de atender a todos os sinistros passíveis de ocorrência, com base nos eventos cobertos pelo contrato, que são, pode-se afirmar, aqueles impostos pela lei (e pela regulação, *in casu*, pela ANS). Ao se extrair dos fundos, valores em razão de condenações judiciais (que impõem coberturas não garantidas originalmente pelo contrato), resulta-se em diminuição daqueles e, possivelmente, redução da garantia dos demais usuários, também consumidores.

Nessa esteira, Angélica Carlini⁴⁷³ registra que, não obstante os custos no setor de saúde suplementar serem sempre permeados pelas necessidades do caso concreto, muitos dos quais demandando soluções caras para o resguardo da vida e da saúde, “é preciso não perder de vista que há necessidade de harmonizar os interesses de todos os setores envolvidos, com vistas à proteção eficiente do consumidor”.

Também demonstrando preocupação com este tema, Marco Aurélio Mello⁴⁷⁴, ao invocar a diferenciação entre o *politicamente e o juridicamente correto*, reconhece ser fato a realidade de que as OPSs vivem sob o risco do que se denomina ‘jurisprudência paternalista’, rótulo que descreve “as decisões que implicam o afastamento dos limites de cobertura previstos nos contratos privados de assistência à saúde até quando são devidamente informados ao contratante com clareza e destaque na redação [...] e adequados à contrapartida financeira devida por este”.

Conforme grifa o Ministro⁴⁷⁵, nestas situações, entender que as OPSs são obrigadas a prestar “*qualquer coisa de que o cliente necessite* acaba por levar à ruptura do equilíbrio econômico-financeiro, situação que, embora favoreça o indivíduo que

⁴⁷² CUNHA JÚNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da. O Mercado de Saúde Suplementar – a busca do equilíbrio. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 296.

⁴⁷³ CARLINI, Angélica. A ANS e a Efetividade de sua Missão: dificuldades, perspectivas, controle eficaz dos fornecedores. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 25.

⁴⁷⁴ MELLO, Marco Aurélio. Saúde Suplementar, Segurança Jurídica e Equilíbrio Econômico-Financeiro. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 07/08.

⁴⁷⁵ MELLO, Marco Aurélio. Saúde Suplementar, Segurança Jurídica e Equilíbrio Econômico-Financeiro. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 07/08.

pleiteou a intervenção judicial, pode prejudicar o universo de beneficiários do plano [...]”.

Angélica Carlini⁴⁷⁶ também contribui para a visualização desta problemática, observando ser, na área da saúde pública e privada, cada vez mais perceptível que não existem recursos financeiros para atender a todas as demandas individuais, “mas, também é cada vez maior a convicção de que os recursos disponíveis devem ser utilizados em benefício do maior número possível de pessoas [...]”.

Luciano Benetti Timm⁴⁷⁷, ao abordar o necessário diálogo que deve existir entre a ciência jurídica e a análise econômica, faz importante reflexão sobre os direitos sociais e a questão *direito individual x direito coletivo*. Ainda que seja direcionado para a saúde pública, a análise do autor se aplica ao presente trabalho (saúde suplementar) como uma luva à mão: “Justamente o que caracteriza um direito como social é sua não apropriação por um indivíduo, mas estar à disposição de toda a sociedade. De modo que o direito social à saúde é um direito de todos terem um hospital funcionando com um nível x de atendimento, ainda que limitado [...]”. Com efeito, o autor ressalta ainda que: “Não significa o direito de um indivíduo contra todos da sociedade obter um medicamento que poderá provocar o fechamento do posto de saúde. Esse não é um direito social ou coletivo, mas individual”.⁴⁷⁸

Ou seja, a consideração da perspectiva coletiva e de longo prazo da satisfação de um direito limitado e finito (como o da saúde) é indispensável: “Se é verdade que se deve procurar uma interpretação que garanta ao máximo o respeito aos direitos fundamentais, por outro lado, isso não significa uma leitura de curto prazo, que não reflete sobre o futuro”.⁴⁷⁹

Por outro lado, ignorar tais aspectos é incorrer no real risco de produzir exatamente o efeito contrário daquele previsto (proteger a coletividade, inclusive com

⁴⁷⁶ CARLINI, Angélica. Judicialização da Saúde Pública no Brasil. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 45.

⁴⁷⁷ TIMM, Luciano Benetti. Direito à Saúde e a Maneira mais Eficiente de Prover Direitos Fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 269.

⁴⁷⁸ TIMM, Luciano Benetti. Direito à Saúde e a Maneira mais Eficiente de Prover Direitos Fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 269.

⁴⁷⁹ TIMM, Luciano Benetti. Direito à Saúde e a Maneira mais Eficiente de Prover Direitos Fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 267/268.

vistas ao futuro): “A realidade orçamentária não pode ser compreendida como peça de ficção. O desperdício de recursos públicos, em um universo de escassez, gera injustiça com aqueles potenciais destinatários a que deveriam atender”.⁴⁸⁰

E, importante referir que não se trata apenas de um sopesamento entre interesse individual e coletivo. Na verdade, a reflexão pode (e deve) ser trilhada também a partir da conjugação de interesses individuais contrapostos. Gustavo Amaral⁴⁸¹, abordando essa mesma questão, adverte que o modelo que temos de controle individual (em que o magistrado enfrenta a problemática sempre sob a ótica individualizada do autor da demanda) “leva a uma exacerbação da questão individual do autor e uma certa invisibilidade para as questões, também individuais, daqueles que possam ser privados dos recursos que, necessários para a satisfação de suas pretensões, serão consumidos para atender as do autor”.

Exemplo concreto e que bem ilustra esta realidade encontra-se na discussão acerca dos medicamentos/tratamentos experimentais. Veja-se que, não bastasse a jurisprudência se inclinar para a condenação das OPSs a custear quase que qualquer procedimento, exame ou medicamento, estejam estes previstos ou não no contrato (e na lei), verifica-se uma forte corrente jurisprudencial que entende por acolher, inclusive, os pedidos que ventilam o pagamento de medicamentos tidos como experimentais (“*off-label*”).⁴⁸²

Conforme ensina a doutrina especializada, a exclusão de medicamentos experimentais, além disso, não é uma opção randômica do legislador. Outrossim, além

⁴⁸⁰ TIMM, Luciano Benetti. Direito à Saúde e a Maneira mais Eficiente de Prover Direitos Fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 268.

⁴⁸¹ AMARAL, Gustavo. Saúde Direito de Todos, Saúde Direito de cada Um: reflexões da práxis judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 105/106.

⁴⁸² Conforme Aurisvaldo Sampaio: “Tratamento clínico ou cirúrgico experimental. Conforme prevê a RN/ANS 211/2010, no seu art. 16, §1º, I, a, é experimental o tratamento clínico ou cirúrgico que emprega medicamentos, produtos para a saúde ou técnicas ‘não registrados/não regularizados no país’. São quatro as fases de uma pesquisa clínica, aplicáveis aos medicamentos em geral, além da fase pré-clínica, em que o produto é utilizado exclusivamente em animais. Nas três primeiras fases de pesquisa clínica, o produto não pode ser levado ao mercado de consumo, sendo aplicado exclusivamente em pacientes voluntários. Somente se forem estas exitosas, terá o produto o seu registro aprovado e liberado para utilização comercial, dando início à quarta fase, denominada farmacovigilância, consistente no acompanhamento de seu uso no mercado, o que possibilita a coleta de informações adicionais sobre a sua segurança e eficácia, inclusive com a detecção de efeitos colaterais insuspeitados nas fases anteriores. (...) Afirma-se, finalmente, no art. 16, §1º, I, c, da Resolução sob análise (RN/ANS 211), que são experimentais os tratamentos clínicos ou cirúrgicos cujas ‘indicações não constem da bula/manual registrado na Anvisa (uso *off-label*)’. Todo medicamento, ao ser registrado na Anvisa, recebe aprovação para determinadas indicações, passando estas a constar na respectiva bula”. (SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de Plano de Saúde*. São Paulo: RT, 2010, p. 275/278).

destas exclusões serem prerrogativas conferidas por lei às OPSs⁴⁸³, a “lista de procedimentos excluídos visa desonerar a operadora de planos privados de assistência à saúde de tratamentos experimentais cuja eficácia ainda não se encontra atestada pelas autoridades de saúde”.⁴⁸⁴ Isso não bastasse, conforme destaca Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁸⁵, conforme entendimento do STF, nem mesmo o Estado tem a obrigatoriedade de fornecer medicamentos experimentais.

Reflexão equivalente se encontra na problemática acerca da incorporação de novas tecnologias: é indubitável que nas últimas décadas presenciou-se um rápido avanço da tecnologia médica - em medicamentos, dispositivos, equipamentos para diagnósticos, procedimentos menos invasivos, medicamentos personalizados, entre outros. Não obstante as inegáveis vantagens e benefícios trazidos por estes (tais como precisão de diagnóstico e intervenção, menor sofrimento, recuperações mais rápidas e seguras, entre outros), a elevação das despesas que acompanham as novas tecnologias é patente.⁴⁸⁶⁻⁴⁸⁷

Outra tendência apontada pela doutrina, típica deste sistema, diz respeito à incorporação de pessoas com maiores riscos de saúde (*seleção adversa*), haja vista que, com o crescente aumento dos custos dos tratamentos (em razão do avanço tecnológico), as pessoas com melhores condições de saúde acabam por não recorrer aos planos de saúde, restando estes, na prática, para os indivíduos com maiores expectativas de apresentarem problemas e que estão efetivamente dispostos a pagar o preço que for preciso (incentivando a prática de preços cada vez maiores).⁴⁸⁸

⁴⁸³ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários à lei de Plano e Seguro-Saúde*: (lei n. 9.565, de 3-6-1998). São Paulo: Saraiva, 1999. p. 32.

⁴⁸⁴ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar*: manual jurídico de planos e seguros de saúde. São Paulo: MP Editora. 2006. p. 193.

⁴⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012. p. 583.

⁴⁸⁶ CECHIN, José. Fatos da Vida e o Contorno dos Planos de Saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde*: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 211.

⁴⁸⁷ O avanço e a incorporação de novas tecnologias na assistência à saúde, ainda que não seja sempre (há casos de tratamentos que tiveram o custo reduzido), normalmente acarreta a elevação dos custos. Nestesentido, ver FOLLAND, Sherman; GOODMAN, Allen.C.; STANO, Miron. *A Economia da Saúde*. Tradução de Cristina Bazan. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2008. p. 158/186.

⁴⁸⁸ LADEIRA, Fernando de Oliveira Domingues. *Regulação Estatal e Assistência Privada à Saúde*: liberdade de iniciativa e responsabilidade social na saúde suplementar. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 112/113; No mesmo sentido, confirmando tal tendência a partir de raciocínio envolvendo carros novos e usados, citável AKERLOF, George. A. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*. V. 84. Issue3. Aug/1970. p. 488/500; Da mesma forma, ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 304/309.

Da mesma forma, o *risco moral*, consubstanciado no fato de os consumidores negligenciarem custos, não aderirem a hábitos de vida mais saudáveis (preventivos) e optarem por se submeter a tratamentos desnecessários, também é verificado no sistema.⁴⁸⁹

Pouco se considera no âmbito judicial que, apesar de ser presente a noção segundo a qual, em se tratando da vida e da saúde, estipular referências de preços e valores seria repugnante ou até mesmo imoral, o aumento dos custos dos tratamentos médicos tornou essa posição não mais sustentável.⁴⁹⁰ Não bastassem os recursos serem finitos (e, no caso da saúde suplementar, serem compostos pelos usuários e destinados para estes mesmos usuários), conforme esgrima Eudes de Freitas Aquino⁴⁹¹, deve-se buscar a racionalidade na medicina, com a utilização de tratamentos efetivos.

Impor, diante deste quadro, a condenação ao custeio de medicamentos que nem mesmo têm seus efeitos comprovados, se revela em absoluta desarmonia com a realidade e os interesses da coletividade.⁴⁹² Da mesma forma, impor a aplicação de procedimentos mais tecnológicos, sem a equalização dos impactos negativos destes, também se revela temerário e, em determinado prazo, crucial para a estabilidade das OPSs e dos sistemas securitários de saúde. A importância, neste sentido, de se utilizar, apenas, métodos e procedimentos de eficácia comprovada é fundamental.⁴⁹³

⁴⁸⁹ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 309/311.

⁴⁹⁰ AARON, Henry J.; SCHWARTZ, William B. *The Painful Prescription: rationing hospital care*. Washington: The Brookings Institution, 1984. p. 81 *apud* AMARAL, Gustavo. Saúde Direito de Todos, Saúde Direito de cada Um: reflexões da práxis judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 88).

⁴⁹¹ AQUINO, Eudes de Freitas. Breves Considerações sobre Saúde Privada, Pública e Judicialização da Medicina. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 57/58.

⁴⁹² A busca por medicamentos experimentais envolve, é importante lembrar, outras questões, como, por exemplo, o risco à saúde do paciente, o que torna a questão de uma complexidade ainda muito maior. Neste contexto e sopesando diversas variáveis envolvidas nessa equação, conclui Suelen da Silva Webber que “[...] toda e qualquer decisão proferida nas ações que pleiteiam medicamentos experimentais é ruim. Se julgadas procedentes, há um excesso de risco e uma extrapolação do código do sistema; se a decisão for pela improcedência, o cidadão ficará desamparado e pode vir a falecer [...]”. (WEBBER, Suelen da Silva. *Decisão, Risco e Saúde: o paradoxo da decisão judicial frente a pedidos de medicamentos experimentais*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 178).

⁴⁹³ Neste contexto, importante, por exemplo, a utilização de instrumentos como o da Medicina Baseada em Evidência (MBE). Conforme Denizar Vianna Araújo, MBE “é o uso consciencioso e judicioso da melhor evidência disponível a partir de pesquisas clínicas para auxiliar na tomada de decisão em saúde”. O autor destaca que “Na prática clínica do mundo real, onde existe escassez de recursos e desigualdade no acesso à saúde, o uso da Medicina Baseada em Evidência e Análise Econômica em Saúde pode auxiliar muito em processos decisórios”. (ARAÚJO, Denizar Vianna. *Medicina Baseada em Evidência e Análise Econômica na Tomada de Decisão em Saúde*. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 161 e 168).

Henrique Freire de Oliveira Souza⁴⁹⁴ é categórico ao elencar as consequências, sociais e empresariais, da incorporação tecnológica imposta fora do âmbito da livre-iniciativa e do ajuste contratual. Além de agredir o equilíbrio contratual, “a extinção de empresas, a perda da qualidade da cobertura, a diminuição de produtos oferecidos e a diminuição da concorrência estão entre os efeitos negativos mais graves dessa incorporação dissociada da manutenção do equilíbrio do contrato”.

A busca pelo equilíbrio das relações, conforme Henrique Freire de Oliveira Souza⁴⁹⁵, não pode prescindir da análise dos efeitos (econômicos) da decisão de incorporação (tecnológica), reflexão que também se aplica, sem nenhuma dúvida, à questão da adoção de medicamentos experimentais: “[...] ou seja, não pode ignorar a função social do contrato no seu sentido mais amplo, principalmente em área crítica, como é a área da saúde. Essa análise, por fim, estaria em consonância inclusive com o CDC [...]”. Paulo de Tarso Sanseverino⁴⁹⁶ compartilha sua receita para se alcançar um ponto de equilíbrio: “[...] conseguir estabelecer o equilíbrio entre a proteção do consumidor, que é exatamente o artigo 4º, inciso 3, do CDC e mutualismo, que é o equilíbrio econômico financeiro desses contratos”.

Em síntese, nas palavras de Marco Aurélio Mello⁴⁹⁷, compete ao julgador “respeitar as balizas da legislação e dos contratos, encontrar a interpretação que homenageie os princípios constitucionais, entre os quais se destaca o da dignidade da pessoa humana”, posto que, do contrário, “corre-se o risco de gerar a ruptura do sistema

⁴⁹⁴ SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. Aspectos Jurídicos da Incorporação da Tecnologia em Saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 155; O mesmo autor registra que “O efeito tempo sobre o Contrato de Plano de Saúde, como visto anteriormente, vem se mostrando nefasto, principalmente diante da tendência judicial e administrativa crescente de se entender que ao contrato deva ser incorporado tudo o que de novo existir, independente de revisão do preço do contrato específico ou da carteira de contratos no seu conjunto. Independente das posições adotadas pela ANS ou pelo Poder Judiciário e, se corretas ou não, o fato é que esse posicionamento de concessão do mais (do novo ou do não previsto em contrato) sem revisão do preço, embora claramente mais favorável ao consumidor individual, tem o poder de aumentar o risco da OPS, causando-lhes desequilíbrio e, dependendo do porte e da situação econômico-financeira da OPS, essas decisões teriam, mesmo, um efeito extremamente negativo para a coletividade de consumidores e para a sociedade em geral”. (SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. Aspectos Jurídicos da Incorporação da Tecnologia em Saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 149/150).

⁴⁹⁵ SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. Aspectos Jurídicos da Incorporação da Tecnologia em Saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 155.

⁴⁹⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. In: *Consumidores, Operadoras, ANS e Judiciário juntos para a Solução dos Problemas da Saúde Suplementar*: debate realizado em Goiânia – GO durante a 40ª Convenção Nacional Unimed Brasil. São Paulo: Unimed Brasil e Jornal da Justiça, 2010. p. 17.

⁴⁹⁷ MELLO, Marco Aurélio. Saúde Suplementar, Segurança Jurídica e Equilíbrio Econômico-Financeiro. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 07/08.

em razão de desequilíbrios pontuais”. Mesmo porque, conforme lembra o Ministro⁴⁹⁸, “A rigor, cumpre ao Estado fornecer, em caráter primário, as prestações de saúde mais complexas, pois financiado por meio de tributos arrecadados de toda a sociedade”.

Enfim, a apreciação dos direitos e interesses dos consumidores, no campo da saúde suplementar, deve ser sempre medida em sua dimensão coletiva, respeitando-se os interesses de todos os envolvidos (demais usuários e a coletividade em geral), não se podendo, de maneira arbitrária e míope, adotar entendimentos (de cunho individualista) que reconhecem benefícios a usuários isoladamente considerados (tais como nos casos de condenação ao custeio de medicamentos experimentais) sem que haja, também, a devida equalização das implicações econômicas (e sociais) que estas acarretarão a todo o sistema.

2.4.3 Sustentabilidade da Empresa

Outro aspecto intimamente ligado à questão acima comentada, relativa às repercussões econômicas decorrentes da jurisprudência paternalista hoje verificada no mercado de saúde suplementar, diz respeito à problemática que envolve a própria sustentabilidade das OPSs (e do setor como um todo). Esta questão, vital para a saúde e a manutenção do setor, também se encontra em risco e, portanto, merece alguns comentários.

Apesar de ser uma expressão mais comumente atribuída, entre as ciências jurídicas, à seara ambiental, a *sustentabilidade* (ou *desenvolvimento sustentável*) pode ser também aplicada aos demais campos jurídicos, não sendo o mercado dos planos e seguros-saúde exceção a esta afirmação. Ainda que a noção tenha sido cunhada, sobretudo, para fins de conscientização da necessária harmonia que deve haver entre o desenvolvimento econômico e a conservação ambiental⁴⁹⁹, não há dúvidas tratar-se de um conceito amplo que, em síntese, preconiza o progresso econômico e social e, sobretudo, de forma contínua.

⁴⁹⁸ MELLO, Marco Aurélio. Saúde Suplementar, Segurança Jurídica e Equilíbrio Econômico-Financeiro. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 07/08.

⁴⁹⁹ TRENNEPOHL, Terence Dorneles. *Manual de Direito Ambiental*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 58.

Originalmente utilizada em 1987, no Relatório Brundtland, pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente da ONU, a expressão *desenvolvimento sustentável* estabelece que o atendimento às necessidades do presente não deve comprometer a capacidade de as gerações futuras atenderem às suas.⁵⁰⁰ *Sustentabilidade*, nessa linha, conforme José Eli da Veiga⁵⁰¹, corresponde à “administração mais ou menos eficiente de uma dimensão específica da escassez”. Com efeito, é patente que estas noções, mormente a segunda, se revelam aplicáveis às atividades econômicas de forma geral, exprimindo o anseio de suprir as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade de as gerações futuras também o fazerem.

Juarez Freitas⁵⁰² contribui para a identificação da *sustentabilidade* como uma meta que extrapola as questões ambientais: “dever fundamental de, inclusive a longo prazo, vivenciar e partilhar o desenvolvimento limpo e propício à saúde, em todos os sentidos, aí abrangidos os componentes éticos, em combinação com os elementos sociais, ambientais, econômicos e jurídico-políticos”.

O mesmo autor⁵⁰³ conceitua o mencionado termo como “princípio constitucional que determina, independentemente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial [...]”, bem como “[...] socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual [...]”. E sintetiza o professor⁵⁰⁴: “[...] consiste em assegurar, hoje, o bem-estar físico, psíquico e espiritual, sem inviabilizar o multidimensional bem-estar futuro”.

Em outras palavras, é falar de sistemas contínuos, cuja manutenção assegure a tutela e a salvaguarda dos direitos e interesses, também, das gerações que estão ainda por vir. Tendo presente a noção de que a saúde, intimamente ligada à própria vida, reflete um bem da mais alta importância para todo e qualquer ser humano, e que hoje, no Brasil, a saúde (com considerável qualidade e eficiência) da maior parte da população passa e depende do sistema de saúde suplementar, é patente que a

⁵⁰⁰ SEIFFERT, Mari Elizabete Bernardini. *ISO 14001 Sistemas de Gestão Ambiental: implantação objetiva e econômica*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 4.

⁵⁰¹ VEIGA, José Eli da. *Desenvolvimento Sustentável: o desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010. p. 124.

⁵⁰² FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 40.

⁵⁰³ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 41.

⁵⁰⁴ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 41.

manutenção das OPSs e do sistema securitário sanitário é do interesse de toda a coletividade, não apenas em seu âmbito empresarial e técnico, como também, e inclusive, jurídico e econômico.

Como já afirmado, a tendência atual do Poder Judiciário é, em nome dos direitos dos consumidores, condenar as OPSs a custear praticamente todo e qualquer procedimento/serviço/produto médico, independentemente de previsão ou exclusão contratual e/ou legal e de maneira absolutamente alheia às implicações econômicas que suas decisões podem causar e já causam.⁵⁰⁵

Nesse preciso contexto, Angélica Carlini⁵⁰⁶ afirma ser “[...] fundamental que a ANS organize estratégias que permitam difundir aos consumidores de saúde suplementar que eles não podem tudo, ainda que, muitas vezes, sejam levados a acreditar que podem”. E complementa a autora: “É imperioso que os consumidores de saúde suplementar se apercebam que não existem direitos absolutos quando se trata de uma mutualidade. Nesse caso, todos os direitos são relativos e limitados”.

Como em todo sistema securitário, em que os riscos estão calculados e balanceados de acordo com os prêmios e valores pagos pelos próprios usuários/segurados, é básico, consoante ensina Luiz Augusto Ferreira Carneiro⁵⁰⁷, que “a sustentabilidade econômica-financeira de longo prazo do mercado de planos de saúde como um todo depende da adequada relação entre os riscos e os prêmios cobrados”.

⁵⁰⁵ Jordana Miranda Souza e Danielle da Silva Pires revelaram que, em pesquisa feita junto a mais de 1000 acórdãos envolvendo demandas sobre contratos de planos de saúde, entre os Tribunais de Justiça de Minas Gerais, São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, houve 86% de êxito aos consumidores. (SOUZA, Jordana Miranda; PIRES, Danielle da Silva. Relatório de Pesquisa Coletiva de Jurisprudência “Judicialização da Saúde Suplementar”. Unimed BH. *Judicialização da Saúde Suplementar*. Belo Horizonte: Unimed BH, 2008. p. 46/47); Em outra pesquisa, envolvendo análise de deferimento de pedidos de tutela antecipada em demandas discutindo direitos em contratos de planos de saúde, abrangendo decisões de São Paulo e Rio de Janeiro, tanto na primeira como na segunda instâncias, Danielle Contes Alves, Ligia Bahia e André Feijó Barroso encontram também números que giram em torno de 75% de vitórias em favor dos consumidores. (ALVES, Danielle Contes; BAHIA, Ligia; BARROSO, André Feijó. *O Papel da Justiça nos Planos e Seguros de Saúde no Brasil*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2009000200006&script=sci_arttext>. Acesso em: 27/01/2014; Daniela Batalha Trettel, ao introduzir estudo sobre as demandas de planos de saúde no STJ, registra dados similares: “[...] das 95 decisões analisadas, em 78 dá-se ganho de causa ao usuário (82,1%) [...]”. (TRETTEL, Daniela Batalha. *Planos de Saúde na Visão do STJ e do STF*. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 79).

⁵⁰⁶ CARLINI, Angélica. A ANS e a Efetividade de sua Missão: dificuldades, perspectivas, controle eficaz dos fornecedores. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 24.

⁵⁰⁷ CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. Princípios Básicos de Seguros e Planos de Saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 92.

E reforça Angélica Carlini⁵⁰⁸: “nenhum de nós tem direitos absolutos na área dos direitos sociais”. Conforme explica a autora, vive-se em sociedade e todos são iguais perante a lei, regra que também há de se aplicar no âmbito privado dos contratos, “sobretudo quando se trata de contrato alicerçado em uma mutualidade, como ocorre nos casos de planos e seguros de saúde”. Os aplicadores do Direito parecem, por vezes, não ter perfeita noção desta realidade.

Veja-se que, como consequência natural desta tendência judicial (de ampliar os direitos dos consumidores quase que ilimitadamente), ficam as OPSs praticamente reféns de uma das poucas (senão única) alternativas possíveis: revisar o preço cobrado das mensalidades, medida a qual, além de representar um desestímulo ao ingresso de novos usuários à saúde suplementar⁵⁰⁹, protagoniza uma das maiores discussões deste mercado.

Diz-se isso, pois, consoante estabelece a atual normatização da ANS, não é mais lícito a implementação de reajustes das mensalidades em função da idade a partir dos 59 anos. Além disso, a última faixa de cobrança não pode ser superior a 6 (seis) vezes o valor da primeira faixa etária, sendo esta também uma barreira à revisão dos valores. Nesse cenário, a forma de equilibrar os contratos fica quase que restrita à revisão dos preços iniciais, o que, além de igualmente contribuir para o desestímulo no que diz com o ingresso de novas pessoas ao mercado, coloca em risco o pacto intergeracional⁵¹⁰ sobre os quais os planos de saúde se fundam.

Com efeito, “Essas características da atual regulação da saúde privada levam ao encarecimento dos planos de saúde ao favorecer a seleção de pessoas mais idosas e promover a autoexclusão dos mais jovens”, o que, conforme frisam José Cechin, Bruno Dutra Badia e Carina Burri Martins⁵¹¹, tende a conduzir “para a insustentabilidade do sistema de saúde privado”.

⁵⁰⁸ CARLINI, Angélica. A ANS e a Efetividade de sua Missão: dificuldades, perspectivas, controle eficaz dos fornecedores. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 26.

⁵⁰⁹ Lembrando aqui do já anunciando problema da *seleção adversa* que visivelmente acomete o setor da saúde suplementar.

⁵¹⁰ “A postergação da entrada dos jovens nos planos de saúde ameaça a sustentabilidade do esquema de financiamento solidário intergeracional. Para manter o equilíbrio econômico-financeiro, é necessário manter uma determinada proporção entre o número de jovens para cada idoso”. (CECHIN, José; BADIA, Bruno Dutra; MARTINS, Carina Burri. Pacto Intergeracional, Seleção Adversa e Financiamento dos Planos de Saúde. *Revista Saúde em Debate*. V. 33. n. 82. Rio de Janeiro: CEBES, mai./ago. 2009. p. 218).

⁵¹¹ CECHIN, José; BADIA, Bruno Dutra; MARTINS, Carina Burri. Pacto Intergeracional, Seleção Adversa e Financiamento dos Planos de Saúde. *Revista Saúde em Debate*. V. 33. n. 82. Rio de Janeiro: CEBES, mai./ago. 2009. p. 220.

De outra banda, ao passo que, de um lado, há uma tendência judicial por ampliar os direitos dos consumidores quanto à amplitude de cobertura assistencial (em detrimento daquela efetivamente contratada), existe também uma tendência pela declaração da abusividade dos reajustes de mensalidades.

Tal problemática é sobremaneira preocupante, especialmente se for considerado que a população brasileira (acompanhando a esteira mundial) está em pleno processo de envelhecimento. Nesse contexto, impõe-se registrar que a expectativa, até 2050, é no sentido de que o número de idosos no país triplique, conforme indicativos da ANS⁵¹². Números similares são informados pelo Banco Mundial⁵¹³, órgão cujas pesquisas já concluíram que “A população idosa aumentará de 11% da população ativa em 2005 para 49% em 2050, enquanto que a população em idade escolar diminuirá de 50% para 29% no mesmo período”.

Em outras palavras, não bastasse o mercado de saúde suplementar já conviver com problemas constantes e que, por si só, reclamam otimização e adequação do sistema (tais como o inevitável envelhecimento populacional e a incorporação de novas tecnologias, as quais, como regra, acarretam ampliação substancial dos custos assistenciais), as OPSs vem tendo que lidar com as tendências do Estado, administrativas e, especialmente, judiciais, de a elas tudo impor, à revelia dos custos, dos contratos e, algumas vezes, até mesmo das leis, contribuindo, inclusive, para a cada vez maior judicialização destas relações. Esquecem-se os magistrados de aplicar a esta atividade econômica os conhecimentos das ciências econômicas, de acordo com os quais é cediço ser crítico o “gerenciamento racional da finitude dos recursos produtivos em sociedades marcadas pela infinitude das necessidades humanas”.⁵¹⁴

Enfim, a figura do Estado (em sua dimensão integralizada, incluindo, e principalmente, o Poder Judiciário) há de se conscientizar, conforme sublinha Angélica

⁵¹² AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS. *Plano de Cuidado para Idosos na Saúde Suplementar*. Disponível em: <http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/plano_cuidado_idosos.pdf>. Acesso em: 15/09/2013.

⁵¹³ BANCO MUNDIAL. *Envelhecimento em um Brasil Mais Velho*: implicações do envelhecimento populacional para o crescimento econômico, a redução da pobreza, as finanças públicas e a prestação de serviços. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/BRAZILINPOREXTN/Resources/3817166-1302102548192/Envelhecendo_Brasil_Sumario_Executivo.pdf>. Acesso em: 17/09/2013.

⁵¹⁴ VEIGA, José Eli da. *Desenvolvimento Sustentável: o desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010. p. 124.

Carlini⁵¹⁵, de que “Somos um país que tem cuidado mais da doença do que da saúde. Ainda temos problemas que poderiam ser tratados mais com educação do que com medicamentos e exames [...]”.

Em face, contudo, da realidade brasileira atual, de profundas desigualdades sociais, tendo em vista o funcionamento dos sistemas securitários (mormente no que diz respeito à sustentabilidade e à manutenção destes) e a dependência que grande parte da sociedade tem destes, “Faz-se necessário que o Poder Judiciário passe a ter uma visão mais macroscópica do conceito de Justiça, incorporando nas suas decisões o tempero da realidade econômica e social”.⁵¹⁶

É necessário, em síntese, diante dos impactos econômicos que a postura atualmente adotada pelo Poder Judiciário (e, por vezes, também pela ANS, quando esta, por exemplo, inclui procedimentos mais tecnológicos ao RPES) que o Poder Público, como um todo, passe a se conscientizar, também, dos riscos que está a sujeitar e a impor às OPSs e ao mercado de saúde suplementar como um todo. Riscos que, caso não haja mudança no panorama atual, poderão implicar o esgotamento da principal fonte de serviços de saúde de que os brasileiros hoje dispõem e se utilizam. Merecem preocupação, portanto, as questões da sustentabilidade e da manutenção deste sistema securitário.

Dedicada atenção aos pontos acima tratados, passar-se-á, na sequência, a analisar as principais espécies de demandas judiciais atualmente existentes no cenário brasileiro, com a apresentação de suas controvérsias, bem como o entendimento hoje verificado no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJ/RS e no STJ a seu respeito. Ao final de cada espécie de litígio, far-se-á uma ponderação no sentido de tentar traçar possíveis caminhos à obtenção do ponto de equilíbrio entre a efetiva proteção dos consumidores e a preservação do mercado em suas dimensões econômicas, financeiras, técnicas e sustentáveis.

⁵¹⁵ CARLINI, Angélica. A ANS e a Efetividade de sua Missão: dificuldades, perspectivas, controle eficaz dos fornecedores. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 26.

⁵¹⁶ SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. Aspectos Jurídicos da Incorporação da Tecnologia em Saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 154.

3 QUEBRA JUDICIAL DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE

3.1 REAJUSTE DE MENSALIDADE

3.1.1 Panorama Normativo e Controvérsias Acerca dos Reajustes

As demandas judiciais relacionadas *areaajuste de mensalidade* estão certamente entre as principais ações envolvendo conflitos de consumidores e OPSs, podendo servir de exemplo emblemático do famigerado fenômeno da judicialização do direito à saúde. Tratam-se de ações em que os usuários questionam a legalidade de determinada majoração lançada no valor das mensalidades, via de regra reputando o reajuste (em si ou o índice utilizado) como abusivo e, portanto, indevido.

Preliminarmente, revela-se necessário grifar, principalmente para evitarem-se confusões (frequentemente cometidas inclusive nas demandas judiciais), que, apesar de a esmagadora maioria destas ações versarem sobre *reajustes por faixa etária*, esta não é a única modalidade de reajuste praticada no mercado, tampouco a única espécie de majoração que é questionada judicialmente.

Diz-se isso, pois, um beneficiário de plano de saúde pode se deparar com três tipos de reajustes de mensalidade: (I) reajuste anual; (II) reajuste em virtude da sinistralidade; e (III) reajuste por faixa etária. Apesar de a última modalidade ser a mais conhecida popularmente, todas estas três possibilidades permeiam os planos de saúde, de forma que merecem, portanto, alguma atenção.

De pronto, o *reajuste anual* (ou financeiro⁵¹⁷) das mensalidades consiste da revisão que é realizada em todo e qualquer contrato com o objetivo de recompor o valor da mensalidade. Na prática, é possível afirmar sequer tratar-se de um reajuste propriamente dito, uma vez que consiste da mera atualização da moeda frente à defasagem que esta sofre com o simples transcurso de determinado período de tempo.

⁵¹⁷ Termo utilizado por FERRON, Fabiana. *Planos Privados de Assistência à Saúde: lei n° 9.656, de 3 de junho de 1998*. São Paulo: Universitária de Direito, 2001. p. 83.

Justamente por essa razão, trata-se de um reajuste que pode ocorrer, no máximo, uma vez por ano, em regra na data do aniversário do contrato (da sua firtatura original).⁵¹⁸

A partir da nova sistemática trazida pela legislação⁵¹⁹, o índice (ou a “referência”) para esta atualização varia, conforme as regras da ANS, de acordo com a modalidade do contrato de plano de saúde, se coletivo (firmado por pessoas jurídicas) ou se individual/familiar (firmado por pessoas físicas).⁵²⁰ Enquanto no primeiro o índice é obtido através da livre negociação das partes, no segundo é estipulado pela ANS.⁵²¹ Este último, aliás, é resultado das médias dos reajustes praticados em planos coletivos⁵²², conforme se extrai do portal virtual da própria agência: “Se seu plano for do tipo "coletivo" [...] os reajustes não são definidos pela ANS. Nesses casos, a Agência

⁵¹⁸ Há doutrina que vincula a legalidade do reajuste anual à Lei Federal nº. 9.069/95 (que dispõe sobre o Plano Real), a qual prevê que contratos cuja duração seja de um ano ou mais podem sofrer um reajuste por ano e que o mesmo deve se dar em índice que reflita a variação do valor da moeda (artigo 26). (SALAZAR, Andrea; RODRIGUES, Karina; SILVER, Lynn; e DOLCI, Maria Inês R. Landini. *Planos de Saúde*. Série Cidadania. São Paulo: Globo, 2002. p. 30); De qualquer forma, após a Lei Federal nº. 9.961 (que criou a ANS), restou atribuída àquela agência a função de autorizar reajustes (artigo 4º, inciso XVII).

⁵¹⁹ Maria Stella Gregori entende que o regramento quanto aos reajustes anuais configura-se como um dos principais avanços da novel regulamentação. (GREGORI, Maria Stella. *Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 184); Fato é que além das normas da ANS, a própria LPS trouxe previsão expressa, no artigo 16, inciso XI, de que os contratos regulamentados devem trazer previsão clara dos critérios de reajuste (além da própria obrigatoriedade de submissão aos índices divulgados pela ANS para fins de planos individuais – artigo 35, §2º).

⁵²⁰ Antes da regulamentação, havia, de fato, planos sem a devida previsão dos reajustes, suas formas e critérios. Na doutrina, há quem criticasse ferozmente tal fato. Para ilustrar, citável breve passagem da obra de Joseane Suzart Lopes da Silva: “[...] a maioria dos contratos, redigidos previamente pelas operadoras de planos e seguros de saúde, não contém cláusulas expressas e objetivas sobre a forma pela qual as contraprestações serão, periodicamente, reajustadas. Dispositivos, muitas vezes, ambíguos e confusos são inclusos na proposta contratual, frequentemente, com letras diminutas, exatamente, para não possibilitar aos consumidores uma fácil compreensão [...]”. (SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *Planos de Saúde e Boa-fé Objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 398).

⁵²¹ Leonardo Vizeu Figueiredo explica que tal distinção de tratamento por parte da agência dá-se em razão de se considerar que, em planos coletivos, não haveria relação de hipossuficiência entre os contratantes. (FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP Editora, 2006. p. 239); Nelson Nery Júnior esclarece na mesma direção: “Observa-se, que de um lado, as negociações ocorridas no âmbito das *contratações individuais* ou *familiares* são realizadas diretamente entre os beneficiários (consumidores) e as operadoras dos planos de saúde, relação essa de evidente desequilíbrio e vulnerabilidade. Dai decorreu a necessidade de tratamento diferenciado, com maior atenção do Poder Público, no que tange à regulamentação e à fiscalização desses planos assistenciais. Por outro lado, a relação jurídica celebrada por meio de *planos coletivos*, quer sejam empresariais, quer sejam por adesão, é mantida diretamente entre pessoas jurídicas, quais sejam, as operadoras do plano, as contratantes do plano coletivo e, eventualmente, administradoras dos planos de assistência à saúde. Por essa razão, trata-se de relação contratual celebrada e negociada de forma mais equânime e equilibrada e em condições isonômicas superiores às que se submetem as contratações individuais e familiares”. (NERY JÚNIOR, Nelson. *Cláusula de Reajuste de Seguro Saúde: equilíbrio financeiro e econômico do contrato*. *Revista de Direito Privado*. V. 54. São Paulo: RT, abr./jun. 2013. p. 329).

⁵²² “[...] a ANS fixa o limite percentual para os reajustes das contraprestações dos planos individuais/familiares de assistência suplementar à saúde tendo em vista a média de reajustes praticados pelos contratos (planos) coletivos [...]”. (FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP Editora, 2006. p. 239).

apenas acompanha os aumentos de preços, os quais devem ser acordados mediante negociação entre as partes e devidamente comunicados à esta Agência [...]”.⁵²³

Por fim, no caso dos planos coletivos com menos de 30 (trinta) beneficiários, a ANS recentemente alterou o mecanismo do referido reajuste anual, passando a proceder de forma um pouco diversa. Conforme o sítio virtual da agência: “[...]caso o seu contrato coletivo possua menos de 30 beneficiários, fique atento! O reajuste que o seu contrato receber deverá ser igual ao reajuste dos demais contratos com menos de 30 beneficiários da mesma operadora”.⁵²⁴ A regra foi alterada através da RN nº. 309, a qual prevê, em síntese, que para os planos coletivos com a referida quantidade de beneficiários, a OPS deverá aplicar um índice único, padronizado.⁵²⁵

O *reajuste em razão da sinistralidade*⁵²⁶, por sua vez, consiste da revisão técnica, que se faz necessária em situações excepcionais, de modo a (re)equilibrar o contrato. Conforme Cristiano Heineck Schmitt⁵²⁷, trata-se do reajuste incidente por força de aumentos excepcionais, repassados ao consumidor, “motivados, por exemplo, por elevação repentina e imprevisível do custo de determinado insumo, procedimentos médico-hospitalares, exames, etc., de utilização frequente [...]” e que podem vir a comprometer a solvência da OPS caso absorvidos somente por ela. Ainda, conforme a ANS⁵²⁸: “É uma exceção destinada a um determinado plano de saúde que esteja em

⁵²³ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS. *Reajustes de Preços de Planos de Saúde*. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/reajustes-de-precos-de-planos-de-saude>>. Acesso em: 28/01/2014.

⁵²⁴ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS. *Reajustes de Preços de Planos de Saúde*. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/reajustes-de-precos-de-planos-de-saude>>. Acesso em: 28/01/2014.

⁵²⁵ Em parte, tal norma veio para tentar solucionar um problema já conhecido pela doutrina, qual seja, o dos “falsos planos coletivos”. Consoante refere Aurisvaldo Sampaio, “Trata-se de planos de saúde substancialmente individuais, embora coletivos apenas na aparência”. (SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de Plano de Saúde*. São Paulo: RT, 2010. p. 339/344); A “falsa coletivização” também é citada em SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes da. *Doença Preexistente nos Planos de Saúde*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 82/83.

⁵²⁶ Conforme Joseane Suzart Lopes da Silva, “As operadoras de planos e seguros de saúde, sob a alegação de que, em determinados períodos, os usuários concretizam uso mais frequente dos serviços constantes nos contratos celebrados, estabelecem aumentos com base no fator denominado ‘sinistralidade’. Define-se a sinistralidade como a ocorrência do crescimento do número de eventos resultantes do uso intenso dos planos de saúde pelos usuários [...] O fundamento, portanto, do aumento por sinistralidade consiste na maior utilização do plano de saúde pelo consumidor e na quantidade de serviços executados em benefício deste”. (SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *Planos de Saúde e Boa-fé Objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 419/420).

⁵²⁷ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Reajustes em Contratos de Planos e de Seguros de Assistência Privada à Saúde*. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 60. São Paulo: RT: out./dez. 2006. p. 67; Tal hipótese de reajuste está prevista na RN nº. 19/2002, da ANS.

⁵²⁸ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS. *Reajustes de Preços de Planos de Saúde*. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/reajustes-de-precos-de-planos-de-saude>>. Acesso em: 28/01/2014.

desequilíbrio econômico. Esse desequilíbrio ameaçaria a continuidade dos serviços de saúde aos consumidores desse plano”.

Apesar de em escala ainda menor que os *reajustes anuais*, estes reajustes também são, de vez em outra, objeto de demandas judiciais.⁵²⁹ Como visto, contudo, se calcam em questões técnicas e econômicas, que podem ser da mais variada sorte. Equiparam-se às revisões implementadas por *onerosidade excessiva* (instituto típico do direito contratual, previsto no artigo 478 do CC/02⁵³⁰), passíveis de ocorrência em praticamente qualquer pacto que se estenda ao longo do tempo.⁵³¹ Digno de nota, ainda, que, na prática, as variáveis que justificariam majoração das mensalidades por *sinistralidade*, nos planos coletivos são inseridos através dos reajustes anuais. A revisão técnica, propriamente dita, de caráter excepcional, reserva-se, assim, aos contratos individuais/familiares.

Por último, verificam-se os *reajustes por alteração de faixa etária*, estes sim, consoante já adiantado, responsáveis pela maior parte das demandas judiciais que envolvem contratos de planos de saúde.⁵³² Trata-se do aumento da

⁵²⁹ Maria Stella Gregori, que expõe um breve histórico de tal modalidade de reajuste, frisa que esta é bastante controversa no âmbito judicial. (GREGORI, Maria Stella. *Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 205/207); De acordo com Fabiana Ferron, trata-se de uma forma de reajuste considerada ilegal por alguns órgãos de defesa do consumidor, como o IDEC. (FERRON, Fabiana. *Planos Privados de Assistência à Saúde: lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998*. São Paulo: Universitária de Direito, 2001. p. 84); Aurisvaldo Sampaio, por sua vez, também defende a ilegalidade de tal reajuste, sustentando que a cláusula que prevê a alteração das mensalidades em face da sinistralidade viola o caráter aleatório dos planos e coloca o consumidor em manifesta desvantagem, sendo, portanto, nula. (SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de Plano de Saúde*. São Paulo: RT, 2010. p. 329/333).

⁵³⁰ Art. 478: “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”.

⁵³¹ Nas palavras de Leonardo Vizeu Figueiredo, “Trata-se da aplicação da teoria da imprevisão ao mercado de suplementação dos serviços de saúde [...]”. (FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP Editora, 2006. p. 242).

⁵³² Prova da grandiosa quantidade de demandas judiciais envolvendo reajustes se verifica no fato de que as Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul criaram a Súmula 20 para pacificar determinadas questões envolvendo ações discutindo reajustes em razão da alteração da faixa etária; Em similar esteira, o Tribunal de Justiça de São Paulo - TJ/SP também criou a Súmula 91: “Ainda que a avença tenha sido firmada antes da sua vigência, é descabido, nos termos do disposto no art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o reajuste da mensalidade de plano de saúde por mudança de faixa etária”; Especificamente no que tange ao aumento decorrente de faixa etária envolvendo idosos, citável a seguinte passagem de Denise Gasparini Moreno, que afirma ser esta, também, a realidade no âmbito extrajudicial: “Uma das maiores reclamações, levadas ao PROCON pelas pessoas idosas, gira em torno das altas taxas cobradas pelos Seguros de Saúde para os maiores de sessenta anos de idade. Como a assistência à saúde fica a cargo da iniciativa privada, a exorbitância dos custos sempre gerou reclamações. Como o SUS tem péssimo atendimento para os idosos, ficam eles totalmente vulneráveis e à mercê da boa vontade dos profissionais da saúde”. (MORENO, Denise Gasparini. *O Estatuto do Idoso e sua Proteção Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 116).

mensalidade⁵³³ implementado quando o usuário, em razão da alteração da idade, ingressa em outra faixa de cobrança.⁵³⁴

Com efeito, até a publicação da LPS, não havia no ordenamento qualquer norma prevendo balizas para tal reajuste.⁵³⁵ Já com o advento da mencionada lei, o assunto foi, enfim, regulamentado. A lei tratou de prever expressamente a possibilidade de alteração no valor das contraprestações econômicas em função da idade do consumidor (artigo 15, *caput*⁵³⁶). Da mesma forma, cuidou de vedar reajustes para aqueles consumidores maiores de 60 anos e que já se encontravam no plano há mais de 10 anos (artigo 15, parágrafo único⁵³⁷⁻⁵³⁸). Os reajustes por alteração de faixa etária passaram a ser, portanto, além de regulamentados, legitimados.⁵³⁹

⁵³³ Ainda que a legislação fale em “percentuais de reajuste” (artigo 15, *caput*) e “reajuste” (artigo 16, inciso XI), é possível se compreender a alteração da mensalidade não como um reajuste propriamente dito, mas como um “novo preço”, decorrente de um “novo contrato”. Tal reflexão, ainda que de forma sucinta, pode ser encontrada em BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos Planos e Seguros de Saúde: comentada e anotada artigo por artigo – doutrina – jurisprudência*. São Paulo: RT, 2003. p. 113; Luiz Antonio Rizzato Nunes, por sua vez, defende que o termo “reajuste” é efetivamente equivocado: “[...] Logo, o preço muda (isto é, sobe) sem ter sido reajustado”. (NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários à Lei de Plano e Seguro-Saúde: (lei n. 9.565, de 3-6-1998)*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 60).

⁵³⁴ Ainda que seja de conhecimento notório a razão de se fazer necessária a majoração das mensalidades com o aumento da idade, a explicação de Joseane Suzart Lopes da Silva é bastante elucidativa: “As transformações ocorridas na idade dos indivíduos pressupõem, naturalmente, alterações em seu estado físico e psíquico que possibilitam a aquisição de moléstias e uma maior necessidade de acesso ao setor médico. A idade constitui um fator de grande importância para a análise das relações contratuais que têm por objeto a saúde das pessoas. A partir do momento em que os indivíduos tornam-se senis, em regra, procuram mais realizar consultas que implicam, muitas vezes, em diversos procedimentos posteriores, exames, avaliações de diagnósticos, etc. Como os que possuem idade mais avançada, quando inseridos num negócio jurídico que verse sobre assistência à saúde suplementar, fazem um uso maior da rede de serviços, em comparação com as crianças, jovens e adultos, as operadoras de planos e seguros de saúde sempre efetivaram aumentos nas contraprestações pecuniárias levando em consideração tal fator”. (SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *Planos de Saúde e Boa-fé Objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 429); Carolina Steinmuller Farias e Thélío Queiroz Farias também contribuem para esta explicação: “Sabe-se que ao completar a idade de 60 (sessenta) anos, o cidadão se encontra inaugurando a velhice, tendo os normais decréscimos na capacidade laborativa [...] ao mesmo tempo em que necessita de maiores cuidados médicos”. (FARIAS, Carolina Steinmuller; FARIAS, Thélío Queiroz. *Práticas Abusivas das Operadoras de Planos de Saúde*. Leme/São Paulo: Anhanguera Editora, 2011. p. 88).

⁵³⁵ Aurisvaldo Sampaio menciona que, anteriormente ao advento da LPS, não era raro as OPSs praticarem majorações das mensalidades em razão da mudança de faixa etária de forma absolutamente desrespeitosa frente aos consumidores. Cita, como exemplos, hipóteses em que havia ausência de fixação das faixas e/ou dos índices a serem aplicados nas minutas contratuais. (SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de Plano de Saúde*. São Paulo: RT, 2010. p. 324/325).

⁵³⁶ Art. 15: “A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E”.

⁵³⁷ Art. 15: “[...] parágrafo único - É vedada a variação a que alude o caput para consumidores com mais de sessenta anos de idade, que participarem dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, há mais de dez anos”.

⁵³⁸ Nos dizeres de Luiz Antonio Rizzato Nunes, é o parágrafo único que torna “aceitável, em função do abrandamento”, o *caput*, do artigo 15. Conforme o autor, sem tal parágrafo, a norma seria “absurda”.

A LPS, ainda que tenha sido a primeira legislação a disciplinar os reajustes das mensalidades, nada dispôs especificamente sobre quais (e quantas) faixas etárias poderiam sofrer reajustes, tampouco, qual seria o índice máximo para as alterações.⁵⁴⁰ Este papel coube ao CONSU, o qual expediu, em 03 de novembro de 1998, a Resolução nº. 6, trazendo critérios, parâmetros e limites para estes reajustes.⁵⁴¹

A normatização incidente nestas majorações, contudo, ainda estaria por ser incrementada. Nesse sentido, o Congresso aprovou, em 2003, o Estatuto do Idoso (Lei Federal nº. 10.741/2003), trazendo à tona diversos institutos e mecanismos de proteção aos idosos. No contexto dos planos de saúde e do reajuste das mensalidades, duas foram as implicações imediatas: (I) a definição jurídica de idoso, como sendo toda pessoa com idade igual ou superior a 60 anos (artigo 1º⁵⁴²); e (II) a expressa vedação de discriminação dos idosos nos planos de saúde pela cobrança diferenciada em função da idade (artigo 15, parágrafo 3º⁵⁴³).

Deste último dispositivo resultou uma incompatibilidade legislativa imediatamente sentida. Notou-se que, ao passo que a pretérita Resolução do CONSU possibilitava reajustes para os usuários que completassem 60 e 70 anos de idade, o recém publicado Estatuto do Idoso tratou-se de vedá-los.

Sucedeu que a ANS publicou, poucos meses após a promulgação da lei do idoso, a RN nº. 63, em dezembro de 2003, que readequou a regulamentação dos reajustes à lei protetiva do idoso. Ao invés das 7 (sete) faixas etárias anteriormente estipuladas, a norma passou a estabelecer a possibilidade de readequação em 10 (dez) faixas, sendo a última majoração possível aos 59 anos. A diferença entre a primeira e a

(NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários à Lei de Plano e Seguro-Saúde*: (lei n. 9.565, de 3-6-1998). São Paulo: Saraiva, 1999. p. 59).

⁵³⁹ Nada obstante, há quem diga que a legalização de tal prática seria abusiva e atentatória à dignidade da pessoa humana. (MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. *Seguro-Saúde e Abuso de Direito*. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. IV. São Paulo: RT, 2010. p. 846).

⁵⁴⁰ Na verdade, a LPS não fixou faixas etárias ou índices, mas determinou, no artigo 16, inciso IV, que estes deveriam ser indicados com clareza nas minutas contratuais.

⁵⁴¹ Tal resolução previu que os reajustes em razão da alteração de faixa etária poderiam se dar em 7 momentos (7 faixas etárias): I – o a 17 anos de idade; II – 18 a 29 anos de idade; III – 30 a 39 anos de idade; IV – 40 a 49 anos de idade; V – 50 a 59 anos de idade; VI – 60 a 69 anos de idade; e VII – 70 anos de idade ou mais. No que tange à quantificação do aumento, a dita norma permitiu que as OPSs adotassem, por critérios próprios, os valores e fatores de acréscimo, “desde que o valor fixado para a última faixa etária, não seja superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária”. Em outras palavras, nos contratos firmados na vigência da LPS, em sendo a última mensalidade até 600% maior que a primeira, o reajuste seria legal.

⁵⁴² Art. 1º: “É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”.

⁵⁴³ Art. 15: “[...] § 3º - É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”.

última faixa permaneceu conforme já estava vigente, ou seja, no máximo, de 600% (seis vezes superior).

Apesar de consistir de uma majoração aplicada até 10(dez) vezes em um mesmo contrato, são especialmente turbulentos e controvertidos os aumentos realizados nas últimas faixas etárias. Parte desta constatação decorre, sem dúvida, do panorama normativo acima citado, cujas alterações, em um curto período, tornaram determinados reajustes, até então considerados legais, em ilegais. Em outras palavras, a aferição quanto à legalidade de um mesmo reajuste (por alteração de faixa etária) está diretamente relacionada à data em que o plano foi firmado (e à legislação vigente).

Nesse contexto, desponta outra espécie de controvérsia judicial: quando consumidores postulam pela aplicação de dispositivos/diplomas legais que, embora contemporâneos à data da implementação da idade (e dos reajustes), não estavam vigentes quando da data da perfectibilização do contrato, problemática, em síntese, que reflete a discussão quanto à retroatividade da lei.⁵⁴⁴

Assim, é possível afirmar que, entre as principais problemáticas jurídicas típicas do mercado de saúde suplementar, encontram-se as discussões envolvendo os reajustes de mensalidade, em especial aqueles aplicados quando da alteração de faixa etária. Além disso, as controvérsias, como visto, não se limitam à legalidade/ilegalidade de cada reajuste e aos seus índices, estendendo-se, também, à normatização aplicável a cada situação e à polêmica questão da retroatividade legal.

3.1.2 Entendimento do Judiciário Perante as Demandas Envolvendo Reajustes

Apresentadas as controvérsias que gravitam em torno dos reajustes de mensalidade nos planos de saúde, cabe agora traçar um breve panorama do entendimento jurisprudencial hoje existente, tanto no TJ/RS quanto no STJ, a respeito dos principais litígios. Desde já, deixa-se claro que as decisões limitar-se-ão aos

⁵⁴⁴ Apenas para ilustrar, citável a seguinte afirmação de Paulo Roberto do Nascimento Martins e Marco Túlio de Rose quanto a esta importante discussão hoje existente no sistema da saúde suplementar: “O problema surge diante da pretensão do consumidor em retroagir a aplicação do Estatuto do Idoso aos contratos firmados antes de sua vigência, o que contraria frontalmente o disposto no art. 6º, agora §1º, LICC; e no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal”. (MARTINS, Paulo Roberto do Nascimento; DE ROSE, Marco Túlio. *Aplicação do Estatuto do Idoso aos Planos de Saúde. Regulamentações dos Planos de Saúde*. São Paulo: Sincoomed, 2011. p. 141).

reajustes anual e por faixa etária, haja vista que, como explicado acima, os reajustes técnicos são pouco ou nada padronizados.

Primeiro, quanto ao reajuste anual, registra-se que, apesar da enxurrada de ações que os questionam, são tidos como lícitos. Seu campo para debate e argumentação restringe-se, na prática, quanto ao índice utilizado em cada espécie de pacto.

De forma geral, pode-se afirmar que o TJ/RS tende por entender que os planos coletivos podem ter seu índice ajustado livremente pelas partes, haja vista a não interferência da ANS nesse âmbito.(Apelação Cível n°. 70057528804, Sexta Câmara Cível, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em 19/12/2013⁵⁴⁵; e Embargos Infringentes n°. 70055087324, Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 02/08/2013⁵⁴⁶). Diferentemente dos pactos individuais/familiares, entende-se que nos contratos coletivos “inexiste desigualdade na relação jurídica a ponto de nulificar a cláusula contratual que estipula o índice, eis que, nesses casos, o consumidor possui maior poder de negociação”. (Agravo de Instrumento n°. 70057509960, Sexta Câmara Cível, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em 28/11/2013). O papel da ANS, nos contratos coletivos, se limitaria ao monitoramento, pelo que bastaria a comunicação do índice à agência para a sua validade.⁵⁴⁷

Por outro lado, no que tange aos contratos individuais/familiares, o reajuste anual deve se dar conforme índice estabelecido pela própria ANS, não podendo superar, como regra, o percentual indicado pela agência(Apelação Cível n°. 70056178510, Quinta Câmara Cível, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 30/10/2013⁵⁴⁸).

Entretanto, em que pese as decisões acima representarem o entendimento mais “técnico”, mesmo em se tratando de reajustes anuais (em tese bem menos polêmicos que os reajustes por faixa etária), não são raras as decisões judiciais que, à revelia desta

⁵⁴⁵ Segue trecho da respectiva ementa: “No que guarda relação com o reajuste anual, viável a livre negociação do índice entre as partes, uma vez que inexistente interferência da ANS no cômputo do reajuste anual dos contratos coletivos, assim como inexistente desigualdade na relação jurídica a ponto de nulificar a cláusula contratual que estipula o índice, eis que, nesses casos, o consumidor possui maior poder de negociação. O papel da autarquia reguladora nos contratos de plano de saúde entabulados coletivamente consubstancia-se apenas em monitorar os índices praticados pela operadora, de forma que o reajuste deve ser previamente comunicado à ANS, não obstante a livre negociação do reajuste entre as partes, desde que não ultrapassem àqueles previstos contratualmente e não se configurem manifestamente abusivos”.

⁵⁴⁶ Segue trecho da ementa: “Não se mostra abusivo o reajuste anual dos planos de saúde coletivo em percentual superior ao fixado pela ANS aos planos de saúde individual ou familiar, pois a agência reguladora não define teto para os planos coletivos. Em se tratando de contrato coletivo, o reajuste deve ser comunicado à ANS”.

⁵⁴⁷ A comunicação do índice utilizado à ANS se pauta pela RN n°. 156/2007 da Diretoria Colegiada da ANS e pela Instrução Normativa 13/2006 da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos da ANS.

⁵⁴⁸ Segue trecho da ementa: “É abusivo o reajuste anual das mensalidades de plano de saúde individual familiar em percentual superior ao autorizado pela ANS”.

jurisprudência e da normatização, nitidamente se inclinam a favorecer os consumidores com base nas normas do CDC. Há, por exemplo, decisões que, mesmo diante da previsão da LPS e das normas da ANS, aplicam, com fundamento no artigo 51, incisos IV e X, do CDC, também aos contratos coletivos, a necessidade de utilização dos índices estipulados pela agência (Apelação Cível nº. 70052281110, Sexta Câmara Cível, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 24/10/2013⁵⁴⁹).

Em semelhante trilha, há também expressiva corrente jurisprudencial que tende a considerar abusivos os reajustes anuais em planos coletivos quando o índice utilizado acaba por impor aumento significativo na mensalidade, sob o argumento de violação dos dispositivos do CDC, ainda que a OPS sustente a necessidade dos valores negociados com base em sinistralidade e cálculos atuariais (Embargos Infringentes nº. 70054888490, Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em 02/08/2013⁵⁵⁰).

Outro exemplo citável, também relativo aos reajustes anuais, se encontra nos casos em que contratos individuais/familiares, mesmo firmados anteriormente à vigência da LPS (e não adaptados), têm seu índice de reajuste (previsto no contrato) considerado abusivo, devendo as OPSs, também com base nas normas consumeristas, aplicar os índices da ANS (Agravo nº. 70056973480, Sexta Câmara Cível, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 28/11/2013⁵⁵¹).

⁵⁴⁹ Segue trecho da ementa, bem como parte do voto: “APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. AÇÃO REVISIONAL. PLANO DE SAÚDE COLETIVO. FAIXA ETÁRIA. INGRESSO NO PLANO DE SAÚDE COM A IDADE AVANÇADA. VALOR INICIALMENTE COBRADO. AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO A ABUSIVIDADE. REAJUSTES ANUAIS. APLICAM-SE OS ÍNDICES DETERMINADOS PELA ANS ANTE A FALTA DE CRITÉRIOS LEGÍTIMOS. [...] A cláusula contratual que estabelece o reajuste anual de acordo com a planilha de custos e desempenho afronta a disposição contida no inc. X, do art. 51, do Código de Defesa do Consumidor, sendo que, mesmo inexistindo uma regulamentação extensiva pela ANS quanto aos reajustes nos planos coletivos, estes aumentos não podem ser efetuados sem a observância dos ditames legais, mais especificamente, em detrimento das normas e princípios consumeristas. O reajuste, na forma em que contratualmente previsto, coloca o consumidor em desvantagem exagerada, em dissonância com o que prescreve o art. 51, inc. IV, do CDC, pois afasta a aleatoriedade inerente aos contratos de seguro, transferindo ao consumidor o ônus que cabe à operadora, que teria de cobrir os riscos cobertos pelo prêmio acordado, e não transferir eventual prejuízo aos beneficiários”.

⁵⁵⁰ Segue trecho do *decisum*: “Abusivo e ilegal o reajuste da mensalidade praticado de forma unilateral e exorbitante em decorrência do aumento da sinistralidade, posto que dá causa ao enriquecimento sem causa da seguradora, criando uma situação de desequilíbrio contratual, em virtude principalmente da hipossuficiência do consumidor em relação ao fornecedor. Inteligência dos arts. 6, inc. III e 51, inc. X, ambos do CDC. É o caso dos autos. [...] Possível a pactuação do reajuste anual dos planos e de seguros de saúde coletivos, sempre ressalvada a abusividade, devendo os reajustes serem informados a ANS [...]”.

⁵⁵¹ Segue trecho da ementa: “Reajustes anuais realizados em percentuais superiores aos índices autorizados pela ANS. Abusividade reconhecida. Aplicabilidade da Lei 9.656/98”.

Já no que concerne aos reajustes por faixa etária, impõe-se registrar, de início, ser inegável que a ampla maioria destas demandas trata de reajustes realizados a usuários que completaram 60 ou 70 anos, o que atrai, ao litígio, não apenas a incidência intensificada do CDC como também do Estatuto do Idoso.

Quanto à validade destes reajustes, vigora o entendimento de acordo com o qual “mostra-se abusivo o reajuste realizado em razão da mudança de faixa etária, colocando o consumidor em situação de desvantagem exagerada [...]”. (Apelação Cível n.º. 70056651573, Quinta Câmara Cível, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgada em 30/10/2013).

Na prática, ademais, sem quase que nenhuma consideração pontual quanto ao percentual utilizado no caso concreto, o entendimento majoritário é por enquadrar o reajuste por faixa etária como abusivo, de acordo com o CDC e o Estatuto do Idoso. (Apelação Cível n.º. 70056587405, Sexta Câmara Cível, Ney Wiedemann Neto, Julgada em 07/01/2014⁵⁵²).

Outro não é o entendimento praticado no STJ, cuja orientação jurisprudencial é firme no sentido de ser “abusiva a cláusula contratual que prevê o reajuste da mensalidade de plano de saúde com base exclusivamente em mudança de faixa etária, sendo irrelevante que o contrato tenha sido celebrado antes da vigência do Estatuto do Idoso, da Lei n.º 9.656/98 ou do Código de Defesa do Consumidor”. Nesse sentido, são o AgRg no AREsp n.º. 257.898/PR, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, Julgado em 07/11/2013 e o AgRg no REsp n.º. 707.286/RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, Julgado em 17/12/2009⁵⁵³).

Em síntese, apesar de devidamente regulamentados por lei (e pela normatização da ANS), são inúmeras as demandas judiciais que versam sobre reajustes de mensalidades, sendo bastante expressivo, sobretudo nos reajustes por alteração de faixa etária de idosos, o entendimento jurisprudencial de acordo com o qual os consumidores, em nome da proteção destes e da aplicação do CDC, acabam favorecidos, não obstante as previsões contratuais, legais e constitucionais.

⁵⁵² Segue trecho da ementa: “Reajuste por mudança de faixa etária. Majoração efetuada em desacordo com as disposições do Estatuto do Idoso e Código de Defesa do Consumidor”.

⁵⁵³ Segue trecho da ementa: “[...] - Deve ser declarada a abusividade e consequente nulidade de cláusula contratual que prevê reajuste de mensalidade de plano de saúde calcada exclusivamente na mudança de faixa etária. - Veda-se a discriminação do idoso em razão da idade, nos termos do art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o que impede especificamente o reajuste das mensalidades dos planos de saúde que se derem por mudança de faixa etária; tal vedação não envolve, portanto, os demais reajustes permitidos em lei, os quais ficam garantidos às empresas prestadoras de planos de saúde, sempre ressalvada a abusividade. [...]”.

3.1.3 Sugestão de Ponto de Equilíbrio

Considerando as diversas normas aplicáveis (especialmente o CDC) e os preceitos e valores modernos que permeiam o sistema jurídico (com destaque à função social e à boa-fé objetiva), bem como tendo em vista a natureza e a estrutura dos contratos de planos de saúde, com vistas à sustentabilidade do setor, pode-se esboçar algumas linhas mestras aptas a direcionar as decisões judiciais visando a um ponto de equilíbrio.

Os reajustes de mensalidade acima explicitados devem ser, em primeiro lugar, em apego às normas constitucionais (sob pena de, do contrário, restarem violadas as cláusulas pétreas do *direito adquirido* e do *ato jurídico perfeito*⁵⁵⁴), respeitados de acordo com a legislação aplicável ao tempo da assinatura do contrato. Em outras palavras, “após a vigência do CDC e antes da vigência da LPS: aplicam-se os princípios do CDC; após a vigência da LPS e antes da vigência do ESTATID: aplica-se o disposto no art. 15, da LPS; e após a vigência do ESTATID: aplica-se o disposto nesse regramento legal”.⁵⁵⁵

Além disso, é certo que todo e qualquer reajuste, uma vez incidente o CDC, deve estar, tanto no que diz com as suas possibilidades quanto no que concerne aos índices, devidamente previsto no contrato, isto é, de forma clara e de fácil compreensão. Do contrário, se estará indiscutivelmente violando o CDC (como, por exemplo, os artigos 6º, inciso III; 31; 46; 51, incisos IX e X; 54, entre outros) e ilegitimando o reajuste. Em outras palavras, o direito de informação (que em linhas gerais pode sintetizar os referidos dispositivos) é, em qualquer caso, pressuposto formal à validade dos reajustes.

Além disso, ainda que quanto à forma não haja violações legais, é de se admitir que os reajustes e índices aplicados não podem, em nenhuma hipótese, configurar

⁵⁵⁴ A questão da retroatividade legal, em matéria de plano de saúde, encontra-se em pleno debate junto ao STF, sendo dois os processos com repercussão geral reconhecida até o momento: o ARE nº. 652492, que discute a aplicação da lei nova sobre os planos de saúde aos contratos anteriormente firmados (tema 123) e o REExt nº. 630852, que discute a aplicação do Estatuto do Idoso a contrato de plano de saúde firmado anteriormente a sua vigência (tema 381).

⁵⁵⁵ MARTINS, Paulo Roberto do Nascimento; DE ROSE, Marco Túlio. Aplicação do Estatuto do Idoso aos Planos de Saúde. *Regulamentações dos Planos de Saúde*. São Paulo: Sincoomed, 2011. p. 141.

aumento abusivo de tal sorte que coloquem o consumidor em manifesta desvantagem e/ou inviabilize a sua permanência no plano.⁵⁵⁶⁻⁵⁵⁷ Todavia, ainda que ciente destes limites, é patente que a abusividade não há como ser legitimamente anunciada sem uma devida análise tópicos-sistemática do caso *sub judice*.

Uma análise correta e justa dos reajustes pressupõe que o julgador pondere todos os aspectos envolvidos no contrato e na majoração aplicada. Nesse sentido, uma avaliação de todos os elementos que influenciam na estipulação dos reajustes (tais como os valores e preços efetivamente praticados no mercado, o preço que o consumidor vinha pagando antes do reajuste, a efetiva variação em números reais decorrente do índice aplicado, quais e de quanto foram os últimos reajustes, da amplitude de coberturas e serviços, entre outros) não há como ser dispensada.

Na prática, o que se pretende demonstrar é que não é possível afirmar (legitimamente), sem identificar os critérios acima mencionados, que um índice “x” é abusivo, apenas por uma análise do numeral. É evidente que índices extremos (como 100, 200, 300% ou maiores⁵⁵⁸), salvo comprovada exceção, carregam, por si só, uma forte presunção de abusividade. Entretanto, índices como 30, 40, 50 ou 60%⁵⁵⁹, por

⁵⁵⁶ A lição de Aurisvaldo Sampaio, ainda que verse apenas sobre os planos firmados antes da LPS, é aqui plenamente aplicável, inclusive para os contratos regulamentados: “Outra conduta igualmente abusiva adotada nos contratos celebrados antes da edição da LPS consiste na utilização do aumento por mudança de faixa etária, não como um mecanismo de adequação das prestações a cargo do consumidor aos riscos que o avanço da sua idade representa para a operadora, mas como um artifício para inviabilizar a continuidade daquele no plano de saúde. Assim, concentravam-se os aumentos nas faixas etárias mais avançadas, impondo-os ao consumidor em percentuais impeditivos da sua permanência, verdadeiramente exorbitantes, a fim de compelir a sua saída do plano [...]”. (SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de Plano de Saúde*. São Paulo: RT, 2010. p. 327).

⁵⁵⁷ Neste sentido, segue passagem de Walter Polido: “A modificação do preço do seguro (o prêmio), se houver, não poderá ser aviltante, de modo a não permitir a continuidade do segurado naquele programa de seguro que ele contratou, justamente pensando na sua velhice, no ocaso de sua vida”. (POLIDO, Walter. *Da Limitação da Autonomia Privada nas Operações de Seguros: coletivização dos interesses – nova perspectiva social e jurídica do contrato de seguro*. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 74. São Paulo: RT, abr./maí. 2010. p. 322.

⁵⁵⁸ Neste sentido, é de se concordar com o magistério de Cláudia Lima Marques, a qual afirma que aumentos de 500%, por exemplo, constituem verdadeiros abusos de direito. (MARQUES, Cláudia Lima. *Conflitos de Leis no Tempo e Direito Adquirido dos Consumidores de Planos e Seguros de Saúde*. In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). *Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: RT, 1999. p. 155).

⁵⁵⁹ Apenas para ilustrar, no julgamento da apelação cível nº. 0001692-84.2012.8.26.0011, o TJ/SP reconheceu válido e apto a readequar o equilíbrio contratual, um reajuste por faixa etária (59 anos) de 43%; De outra banda, o TJ/RS entende, em princípio, o índice de 30% como razoável e apto a ensejar o necessário equilíbrio, conforme se verifica do agravo de instrumento nº. 70058214768: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGUROS. PLANO DE SAÚDE. REVISÃO DE CONTRATO. FAIXA ETÁRIA. No caso, houve reajuste abusivo na mensalidade do plano de saúde da autora quando da implementação da idade de 60 anos, na ordem de 122%. Desse modo, seguindo orientação jurisprudencial, é caso de limitar o aumento ao percentual máximo de 30%. Agravo de instrumento parcialmente provido, de plano”.

exemplo, podem, diante do caso concreto, não configurar abuso, mas verdadeiro exercício de direito, além de representarem a única forma de manter o plano equilibrado. Apenas uma análise ampla do caso concreto, no entanto, será capaz de fornecer os elementos necessários à uma decisão consistente e coerente.(REsp n°. 866840/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, Julgado em 07/06/2011⁵⁶⁰).

De outra banda, a saúde suplementar não pode ser comparada com outros setores, sem a devida conscientização e equalização das peculiaridades que permeiam este específico mercado e que, inclusive, justificam e impulsionam variações de custos superiores às eventualmente verificadas em outras atividades.

Recente pesquisa realizada pelo IESS - Instituto de Estudos de Saúde Suplementar, nesse sentido, tratou de, com base nos números do setor, assim destacar: “Os gastos com saúde crescem mais do que os índices gerais de preço do consumidor em todo o mundo. A elevada inflação médica é reflexo de, principalmente, três motivos: o envelhecimento populacional, a incorporação de tecnologia e o desperdício”.⁵⁶¹

Em outras palavras, não há dúvidas de que, em havendo qualquer espécie de efetivo abuso por parte das OPSs, seja ao reajustar de maneira excessivamente onerosa,

⁵⁶⁰ Segue a ementa: “DIREITO CIVIL. CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CLÁUSULA DE REAJUSTE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. INCREMENTO DO RISCO SUBJETIVO. SEGURADO IDOSO. DISCRIMINAÇÃO. ABUSO A SER AFERIDO CASO A CASO. CONDIÇÕES QUE DEVEM SER OBSERVADAS PARA VALIDADE DO REAJUSTE. 1. Nos contratos de seguro de saúde, de trato sucessivo, os valores cobrados a título de prêmio ou mensalidade guardam relação de proporcionalidade com o grau de probabilidade de ocorrência do evento risco coberto. Maior o risco, maior o valor do prêmio. 2. É de natural constatação que quanto mais avançada a idade da pessoa, independentemente de estar ou não ela enquadrada legalmente como idosa, maior é a probabilidade de contrair problema que afete sua saúde. Há uma relação direta entre incremento de faixa etária e aumento de risco de a pessoa vir a necessitar de serviços de assistência médica. 3. Atento a tal circunstância, veio o legislador a editar a Lei Federal nº 9.656/98, rompendo o silêncio que até então mantinha acerca do tema, preservando a possibilidade de reajuste da mensalidade de plano ou seguro de saúde em razão da mudança de faixa etária do segurado, estabelecendo, contudo, algumas restrições e limites a tais reajustes. 4. Não se deve ignorar que o Estatuto do Idoso, em seu art. 15, § 3º, veda "a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade". Entretanto, a incidência de tal preceito não autoriza uma interpretação literal que determine, abstratamente, que se repute abusivo todo e qualquer reajuste baseado em mudança de faixa etária do idoso. Somente o reajuste desarrazoado, injustificado, que, em concreto, vise de forma perceptível a dificultar ou impedir a permanência do segurado idoso no plano de saúde implica na vedada discriminação, violadora da garantia da isonomia. 5. Nesse contexto, deve-se admitir a validade de reajustes em razão da mudança de faixa etária, desde que atendidas certas condições, quais sejam: a) previsão no instrumento negocial; b) respeito aos limites e demais requisitos estabelecidos na Lei Federal nº 9.656/98; e c) observância ao princípio da boa-fé objetiva, que veda índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o segurado. 6. Sempre que o consumidor segurado perceber abuso no aumento de mensalidade de seu seguro de saúde, em razão de mudança de faixa etária, poderá questionar a validade de tal medida, cabendo ao Judiciário o exame da exorbitância, caso a caso. 7. Recurso especial provido”.

⁵⁶¹ INSTITUTO DE ESTUDOS DE SAÚDE SUPLEMENTAR – IESS. *Guia da Saúde Suplementar*. Disponível em: <http://www.iess.org.br/guia_iess_tela.pdf>. Acesso em: 15/01/2014.

de modo injustificado e/ou desproporcional, seja de forma unilateral ou sem prestar a informação necessária, o CDC deve incidir e ser aplicado com fito de neutralizar os excessos.

Entretanto, não configurada abusividade (efetiva, não arbitrária), e mesmo em se tratando de reajustes de mensalidade substanciais, o Judiciário deve (inclusive nos reajustes praticados para idosos) validar as práticas em exame, como forma de garantir a harmonização, a manutenção e a sustentabilidade da relação, do contrato e do sistema como um todo.⁵⁶²

A sustentabilidade do setor, conforme explicitado, já é especialmente delicada e fragilizada diante de fatos inerentes às suas atividades, tais como o envelhecimento populacional, o aumento da necessidade de utilização dos serviços de saúde em razão do agravamento da idade e a elevação dos custos decorrentes das incorporações tecnológicas. Soma-se a esses fatores a realidade de judicialização⁵⁶³, que inegavelmente implica aumento dos custos das OPSs.⁵⁶⁴

⁵⁶² Uma solução, oriunda do próprio Judiciário gaúcho, pode e deve ser mencionada, como exemplo emblemático de posicionamento justo e equilibrado para ambos os contratantes. Fala-se da súmula n.º 20, das Turmas Recursais, a qual prevê “regras interpretativas” com base na legislação vigente na data de cada pactuação. Reza a referida súmula: “SÚMULA N.º 20 - REAJUSTE DAS CONTRAPRESTAÇÕES DOS PLANOS DE SAÚDE EM RAZÃO DA ALTERAÇÃO DA FAIXA ETÁRIA: Contratos celebrados anteriormente ao CDC – nos contratos de planos de saúde celebrados anteriormente à vigência do Código de Defesa do Consumidor, contendo cláusulas precisas e claras prevendo o reajuste por faixas etárias, impossível revisar o reajuste pactuado com base neste Código; Contratos firmados entre a vigência do CDC e da Lei dos Planos de Saúde – nos contratos com as mesmas características, celebrados posteriormente à vigência do CDC, mas antes do advento da Lei n. 9.656/1998 (Lei dos Planos de Saúde), é possível limitar o reajuste a 30% nas faixas etárias de sessenta e setenta anos de idade; Contratos pactuados entre a Lei dos Planos de Saúde e o Estatuto do Idoso – nos contratos assinados entre 2 de janeiro de 1999 (vigência da Lei 9.656) e 1º de janeiro de 2004 (data do início da vigência do Estatuto do Idoso), é possível limitar o reajuste a 30% nas faixas etárias de sessenta e setenta anos de idade; nenhum reajuste será aplicável, no entanto, quando o consumidor completar sessenta anos ou mais a contar de 02/01/99 e estiver vinculado ao plano há mais de dez anos; Contratos celebrados posteriormente ao Estatuto do Idoso – nos contratos assinados ou adaptados depois de 1º de janeiro de 2004, não será admissível nenhum reajuste posterior ao implemento de sessenta anos de idade, a não ser a atualização geral autorizada pela ANS incidente sobre todos os contratos, e os reajustes decorrentes de alteração de faixas etárias anteriores ao implemento dessa idade poderão ser revisados com base na RN 63 da ANS e com base nas disposições do CDC. [...]”.

⁵⁶³ Amanda Flávio de Oliveira, em artigo dedicado aos dez anos da LPS, assim afirma: “A judicialização dos conflitos constitui, assim, a circunstância mais marcante do momento atual, em que a lei aplicável ao setor completa uma década”. (OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Lei dos Planos de Saúde (Lei 9.656/98): dez anos depois. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Revista de Direito do Consumidor*. V. 67. São Paulo: RT, jul./set. 2008. p. 50/61).

⁵⁶⁴ “Decisões judiciais impedindo ou limitando aumentos previstos em contrato e estabelecidos em função do aumento do risco por faixa etária têm forte impacto financeiro nas operadoras de saúde e podem levá-las a uma completa insolvência”. (Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras – FIEPECAFI. *Parecer Técnico: diferenciação de risco de mensalidade ou prêmio entre faixas etárias em planos e seguros de saúde*. Disponível em <<http://www.fiepecafi.org/downloads/newsletter/FaixaEtariaParecerTecnicoAtuarial.pdf>>. Acesso em: 14/01/2014; Neste mesmo sentido, vide ALVES, Sandro Leal. *Entre a Proteção e a Eficiência*:

Se não houver conscientização dos Julgadores (e da própria ANS) quanto a estes elementos, a manutenção do sistema, reprisa-se, em nome de aplicações míopes do CDC, estará, em não muito tempo, irreparavelmente comprometida. A saúde e o futuro do sistema de saúde suplementar pressupõe uma mudança de mentalidade, sobretudo do Judiciário, quanto a estas questões.

3.2 AMPLITUDE DE COBERTURA ASSISTENCIAL

3.2.1 Principais Controvérsias Decorrentes de Negativas de Cobertura Contratual

Outro tipo de controvérsia recorrente no mercado de saúde suplementar diz respeito à amplitude da cobertura assistencial, isto é, à abrangência no que tange aos serviços cobertos (ou não) pelo plano de saúde.⁵⁶⁵ Dita problemática, em verdade, permeia o mercado de seguros como um todo (não apenas de saúde, mas de automóvel, de vida, entre diversas outras modalidades), sendo frequente a questão acerca de quais riscos (ou eventos) estão assegurados (contratualmente) em favor dos consumidores.

No específico campo dos planos de saúde, esta problemática pode ser subdividida em 8 (oito) grandes temas: (I) contratos regulamentados/contratos não regulamentados (II) doenças obrigatórias/serviços (legalmente) passíveis de exclusão; (III) procedimentos previstos no RPES; (IV) segmentações; (V) área geográfica; (VI) prazos de carência; (VII) doenças preexistentes; e (VIII) casos de urgência e emergência. É sobre estes assuntos que serão apresentadas as respectivas controvérsias, bem como principais substratos normativos.

A primeira consideração que deve ser registrada quanto ao tema diz respeito à classificação dos contratos quanto ao *tempo* de sua assinatura, se antes ou depois da vigência da LPS. Conforme já mencionado, os pactos anteriores à lei são chamados de *não regulamentados* e, os posteriores, de *regulamentados*. Uma vez que o referido

evidências de seleção adversa no mercado brasileiro de saúde suplementar após a regulamentação. Monografia Premiada no II Prêmio SEAE. Brasília: SEAE, 2007. p. 24/26.

⁵⁶⁵ Daniela Batalha Trettel, em obra dedicada à análise da visão dos Tribunais Superiores a respeito dos planos de saúde, após analisar 95 acórdãos, assim concluiu: “Dos 95 acórdãos estudados, 85 (89,47%) dizem respeito à negativa ou limitação de cobertura ou assistência médica [...]”. (TRETTEL, Daniela Batalha. *Planos de Saúde na Visão do STJ e do STF*. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 87).

diploma legal trouxe diversas vantagens aos contratantes, os beneficiários de contratos não regulamentados tendem a postular judicialmente as prerrogativas que, em tese, se limitariam apenas aos usuários de contratos regulamentados.

A segunda questão que há de ser mencionada diz respeito ao fato de que, embora a LPS estabeleça *cobertura obrigatória* a todas as *patologias* previstas no CID-10 (artigo 10, *caput*), a legislação possibilita a exclusão de determinados serviços (artigo 10, incisos I até X⁵⁶⁶). Entretanto, em que pese a lei expressamente permitir a exclusão destes serviços, não são raras demandas judiciais pretendendo o custeio destes, como por exemplo, tratamentos experimentais, medicamentos para tratamentos domiciliares, entre outros.

Em terceiro lugar, há de se ter em mente que, por força do artigo 10, §4º, da LPS (c/c o artigo 4º, inciso III, da Lei nº. 9.961/00), à ANS compete elaborar e atualizar o RPES, o qual, na prática, configura uma extensa *lista de procedimentos médicos, cuja cobertura contratual é obrigatória* para todo e qualquer plano de saúde oferecido no mercado. Não obstante, pleitos judiciais almejando procedimentos diversos daqueles previstos no dito rol são bastante comuns.

Outro tema relevante diz respeito às *segmentações* dos planos de saúde. Conforme o artigo 12⁵⁶⁷, incisos I, II, III e IV, da LPS, os planos de saúde são classificados em ambulatorial, hospitalar com obstetrícia, hospitalar sem obstetrícia e odontológicos, podendo o plano, a critério do contratante, inclusive cumulá-las. Tais segmentações servem como referência para verificar a que serviços/procedimentos o usuário faz jus no caso concreto. Essa divisão é tão importante e elementar no campo dos planos de saúde, que, além de o próprio RPES ser estruturado conforme as segmentações, de acordo com a ANS, caracteriza norma de dupla natureza, como

⁵⁶⁶ Nesse sentido, são legalmente passíveis de exclusão os seguintes: tratamento clínico ou cirúrgico experimental; procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; inseminação artificial; tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados; fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar; fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; tratamentos ilícitos ou antiéticos ou não reconhecidos pelas autoridades competentes; bem como os que se façam necessários por casos de cataclismos, guerras e comoções internas.

⁵⁶⁷ Art. 12: “São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas: [...]”.

princípio e regra da saúde suplementar.⁵⁶⁸ Ainda assim, eventualmente, há quem busque procedimentos relativos a segmentação diversa da contratada.

Outro tema do qual decorrem frequentes controvérsias diz respeito às *limitações geográficas* de cada plano de saúde. A questão é preambularmente extraída do artigo 1º, inciso I⁵⁶⁹, da LPS, o qual expressamente possibilita que o plano de saúde atue com um rede credenciada, contratada ou referenciada, isto é, mediante uma restrição espacial/geográfica e não ilimitadamente. A mesma noção consta do artigo 12, inciso VI⁵⁷⁰, da LPS. Isso não bastasse, os artigos 8º, inciso VII⁵⁷¹, e 16, inciso X⁵⁷², ambos da LPS, também deixam clara a legalidade da limitação geográfica. No mesmo sentido, é o que prevê a RN n.º. 259⁵⁷³ da ANS. Daí poder se concluir que as coberturas asseguradas por um plano de saúde, para serem utilizadas/exigidas pelo usuário, não de se dar dentro da área geográfica definida no contrato. Ainda assim, o tema é frequentemente ventilado em ações judiciais, mormente quando cumulado com situações de inexistência de prestador de serviço (na área contratada) e/ou de urgência/emergência.

Problemática igualmente típica no mercado de saúde suplementar diz respeito aos *prazos de carência*. Conforme explica a própria ANS⁵⁷⁴, “carência é o período em

⁵⁶⁸ Conforme prevê a RN n.º. 338 da ANS.

⁵⁶⁹ Art. 1º: “[...] inciso I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor”.

⁵⁷⁰ Art. 12: “[...] inciso VI - reembolso, em todos os tipos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nos limites das obrigações contratuais, das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde, em casos de urgência ou emergência, quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados ou referenciados pelas operadoras, de acordo com a relação de preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo produto, pagáveis no prazo máximo de trinta dias após a entrega da documentação adequada”.

⁵⁷¹ Art. 8º: “Para obter a autorização de funcionamento, as operadoras de planos privados de assistência à saúde devem satisfazer os seguintes requisitos, independentemente de outros que venham a ser determinados pela ANS: [...] VII - especificação da área geográfica coberta pelo plano privado de assistência à saúde”.

⁵⁷² Art. 16: “Dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei devem constar dispositivos que indiquem com clareza: [...] X - a área geográfica de abrangência”.

⁵⁷³ RN n.º. 259. ANS: “Dispõe sobre a garantia de atendimento dos beneficiários de plano privado de assistência à saúde e altera a Instrução Normativa – IN n.º 23, de 1º de dezembro de 2009, da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos – DIPRO. [...]”.

⁵⁷⁴ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Carências, Doenças e Lesões Preexistentes, Urgência e Emergência. *Série Planos de Saúde Conheça Seus Direitos*. Disponível em: <http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/guia_carencia_doenca_urgencia.pdf>. Acesso em: 14/06/2012.

que o consumidor não tem direito a algumas coberturas após a contratação do plano”. De acordo com Ricardo Lorenzetti⁵⁷⁵, é o período de tempo em que o consumidor deve pagar sem receber prestações médicas. Configura-se um instituto de vital importância para o sistema.⁵⁷⁶ Trata-se de uma ferramenta que se presta, essencialmente, a dois fins: permitir que a OPS construa reserva financeira e evitar que consumidores dotados de má-fé firmem contratos já visando a utilização de alguma cobertura (e, posteriormente, se desvinculem do plano).⁵⁷⁷ Estão previstos na própria LPS, no artigo 12, inciso V, o qual prevê a estipulação de três espécies de prazos de carência: 300 (trezentos) dias para parto a termo⁵⁷⁸; 180 (cento e oitenta) dias para os demais casos; e 24 (vinte e quatro) horas para os casos de urgência/emergência. Embora aparentemente simples, tal qual os temas acima arrolados, constituem controvérsia recorrente na rotina dos planos de saúde, sobretudo no âmbito judicial.

⁵⁷⁵ LORENZETTI, Ricardo. *Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003. p. 336.

⁵⁷⁶ “A admissão da carência nas relações contratuais estabelecidas entre as empresas que atuam no setor de assistência à saúde suplementar e consumidores tem por móvel possibilitar a fidelização dos usuários. Caso o consumidor, logo após a contratação de certo plano ou seguro de saúde, tivesse autorização para fazer uso imediato dos serviços disponibilizados, imediatamente em seguida à realização do atendimento ou tratamento desejado, poderia cessar o pagamento das mensalidades. Esta situação ocasionaria prejuízos de grande monta para as empresas do setor, uma vez que os serviços prestados no campo da saúde, em geral, não apresentam valor exíguo, dada a especificidade das atividades desenvolvidas. Desta forma, o instituto da carência permite que o consumidor, transcorrido certo período de adesão e conseqüente pagamento das mensalidades, vincule-se a determinado plano ou seguro de saúde e, em contrapartida, a empresa contratada lastreie o seu fundo econômico-financeiro para cumprir as condições contratuais”. (SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *Planos de Saúde e Boa-Fé Objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 190); A importância dos prazos de carência também é registrada por Daniela Batalha Trettel: “De acordo com a teoria econômica, a imposição de períodos de carência para utilização do serviço tem o objetivo de impedir que o usuário de plano de saúde contrate-o quando estiver doente apenas e tão-somente para realização do tratamento. É mecanismo adotado pelas operadoras de planos de saúde e legitimado pela Lei n°. 9.656/98 (artigos 11 e 12) que objetiva corrigir o que, em linguagem econômica, é chamado de seleção adversa (*adverse selection*) e é tido como uma falha de mercado decorrente da assimetria de informação entre operadora de plano de saúde e usuário [...]”. (TRETTEL, Daniela Batalha. *Planos de Saúde na Visão do STJ e do STF*. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 113).

⁵⁷⁷ Evita-se, com estes prazos, a entrada daqueles beneficiários intitulados por Paulo Cantalice como de *utilização certa*, isto é, que eliminariam a imprevisibilidade inerente a esta espécie contratual. (NASCIMENTO, Paulo José Cantalice. *A Sistemática do Atendimento Assistencial em Casos de Urgência e Emergência Ocorridos Durante os Prazos de Carência. Regulamentações dos Planos de Saúde*. São Paulo: Sincoomed, 2011. p. 121); No mesmo sentido, registra Aurisvaldo Sampaio: “[...] sem a necessidade de submeter-se a prazo de carência, não seria incomum que alguns consumidores, após dar causa a elevados gastos, se desvinculassem dos planos que os assistiram no momento de necessidade. Realmente, essa possibilidade seria desastrosa para o fundo comum, originando acentuado desequilíbrio econômico-financeiro”. (SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de Plano de Saúde*. São Paulo: RT, 2010. p. 305).

⁵⁷⁸ Por parto a termo, entende-se aquele que ocorre entre a 37ª e a 42ª semana de gestação.

Outro tema bastante polêmico encontra-se no instituto da *doença (ou lesão) preexistente*.⁵⁷⁹ A LPS autoriza, em seu artigo 11⁵⁸⁰, que os planos de saúde limitem, por um período não superior a dois anos⁵⁸¹, a cobertura para determinados procedimentos/serviços, no caso de o beneficiário já se encontrar, no momento da contratação, acometido por certa patologia (doença/lesão preexistente). A questão é regulamentada através da RN n.º. 162⁵⁸² da ANS, a qual inclusive faculta ao consumidor, para não precisar aguardar o fim da cobertura parcial temporária, pagar um “agravo” à sua mensalidade, de forma a ter direito, desde logo, à cobertura integral.⁵⁸³ Deve-se destacar, ainda, que para que sustente eventual negativa (com base neste fundamento) deve a OPS comprovar que o usuário, ao adquirir o plano, já tinha ciência da doença/lesão, sob pena de não ser (a negativa) chancelada judicialmente.

Por último, devem ser citadas as problemáticas que envolvem as situações de *urgência e emergência*. Apesar de se diferenciarem tecnicamente⁵⁸⁴, identificam-se por

⁵⁷⁹ “Doença pré-existente é aquela que o consumidor sabe ser possuidor no momento da assinatura do contrato. [...]”. (FARIAS, Carolina Steinmuller; FARIAS, Thélío Queiroz. *Práticas Abusivas das Operadoras de Planos de Saúde*. Leme/São Paulo: Anhanguera Editora, 2011. p. 68).

⁵⁸⁰ Art. 11: “É vedada a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei após vinte e quatro meses de vigência do aludido instrumento contratual, cabendo à respectiva operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário”.

⁵⁸¹ No mesmo sentido, registra Daniela Batalha Trettel: “Embora o artigo 11 da Lei de Planos de Saúde (Lei n.º. 9.656/98) tenha proibido a exclusão de cobertura às doenças e lesões pré-existentes, ainda permite que sejam impostas carências de até 24 meses para acessar procedimentos e leitos de alta complexidade relacionados a elas”. (TRETTEL, Daniela Batalha. *Planos de Saúde na Visão do STJ e do STF*. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 105).

⁵⁸² RN n.º. 162. ANS: “Estabelece a obrigatoriedade da Carta de Orientação ao Beneficiário; dispõe sobre Doenças ou Lesões Preexistentes (DLP); Cobertura Parcial Temporária (CPT); Declaração de Saúde e sobre o processo administrativo para comprovação do conhecimento prévio de DLP pelo beneficiário de plano privado de assistência à saúde no âmbito da Agência Nacional de Saúde Suplementar [...]”.

⁵⁸³ Luiz Antonio Rizzatto Nunes, tendo em vista o mencionado artigo 11 da LPS, afirma que a lei possuiria não três, mas quatro prazos de carência. Entretanto, ainda que haja similitude entre os institutos, tanto a LPS como a ANS, os distinguem. (NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários à Lei de Plano e Seguro-Saúde: (lei n. 9.565, de 3-6-1998)*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 5).

⁵⁸⁴ “Importante definir e fazer uma breve distinção entre os casos considerados de emergência e aqueles tidos como urgência. Na emergência, o paciente apresenta um quadro clínico grave, com a possibilidade de ocorrer a sua morte ou mesmo lesões irreparáveis, caso lhe falte o atendimento necessário. Em outros termos, é a alteração aguda do estado de saúde que implica risco imediato de vida ou lesões irreparáveis para o paciente, o que será caracterizado em declaração do médico assistente. Como exemplo, podemos citar o caso em que o paciente sofre uma parada cardiorrespiratória pós-enfarto agudo do miocárdio, ou um choque hipovolêmico por ruptura de aneurisma. Já na urgência, a situação é menos grave, não havendo aí o risco de morte, ou de lesões irreparáveis. No entanto, a situação ainda assim é grave, necessitando cuidados médicos, especialmente nos casos que envolvam gestantes e aqueles que possam vir a comprometer determinados órgãos do organismo. Em suma, é uma alteração aguda do estado de saúde de uma pessoa, resultado de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional. Assim, por exemplo, quando houver um acidente automobilístico, ou a queda de uma escada, e o paciente apresentar uma simples fratura, ou luxação na tíbia. Ainda como exemplos podemos referir crises hipertensivas e quadros de cólica ou apendicite”. (RIZZARDO, Arnaldo et al. *Planos de assistência e seguros de saúde: lei n. 9656, de 3 de junho de 1998*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 100).

serem ocasiões em que, pela sua gravidade, os usuários passam a ter direitos distintos da normalidade. A rigor, a questão é tratada na LPS em dois artigos: 12, inciso V, alínea “c”, e 35-C, *caput* e incisos I e II.⁵⁸⁵ Este último, além de trazer as definições legais dos conceitos (de urgência e emergência, com fito de evitarem-se subjetivismos⁵⁸⁶), determina ser obrigatória a cobertura do atendimento quando configuradas quaisquer das mencionadas situações. A atuação das OPSs, nestescasos, deve ser no sentido de “garantir a atenção e atuar no sentido da preservação da vida, órgãos e funções”.⁵⁸⁷ As hipóteses são, como visto, taxativas. Contudo, são frequentemente invocadas em demandas judiciais com base em interpretações subjetivas e distintas da estabelecida na lei, gerando sérios debates judiciais.⁵⁸⁸ Isso não bastasse, a problemática se agrava, ainda mais, diante da subsistência da Resolução do CONSU^o. 13, a qual permite a limitação das coberturas mesmo nestas situações extremas.

Ainda que possam ser apontadas outras controvérsias eventualmente passíveis de ocorrência no mercado de saúde suplementar⁵⁸⁹, estas acima apresentadas são,

⁵⁸⁵ Art. 35-C: “É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos: I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente; II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional; [...]”; Quanto ao inciso II, Karyna da Silveira, de forma mais aprofundada que o dispositivo legal, esclarece que acidentes pessoais são “os eventos ocorridos em data específica provocados por agentes externos ao corpo humano, súbitos e involuntários e causadores de lesões físicas não decorrentes de problemas de saúde, como por exemplo, acidentes de carro, quedas e inalações de gases”. (SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes da. *Doença Preexistente nos Planos de Saúde*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 91).

⁵⁸⁶ Dependendo do indivíduo e das suas pré-concepções, uma situação pode denotar urgência/emergência ou não. Maury Ângelo Bottesini e Mauro Conti Machado fazem interessantes considerações sobre o tema: “Indispensável esclarecer que não se confundem a emergência e a urgência. É provável que a confusão ordinariamente vista entre elas decorra do fato de serem sinônimas as expressões e de ambas implicarem risco para a vida ou para a integridade física de uma pessoa. A urgência traz consigo a idéia daquilo que deve ser feito com rapidez, imediatamente, enquanto a emergência traz a idéia de imprevisto, de perigoso e de fortuito, embora não necessite de ser atendida com rapidez, imediatamente”. (BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos Planos e Seguros de Saúde: comentada e anotada artigo por artigo – doutrina – jurisprudência*. São Paulo: RT, 2003. p. 97).

⁵⁸⁷ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP Editora, 2006. p. 223.

⁵⁸⁸ Carolina Steinmuller Farias e Thélío Queiroz Farias certificam a frequência com que são propostas ações versando sobre casos de urgência/emergência: “É comum apontarem nos foros de todo o Brasil, pedidos de liminares e de tutela antecipada formulados por consumidores que, em atos de urgência e emergência, têm negada autorização para a feitura do procedimento [...]”. (FARIAS, Carolina Steinmuller; FARIAS, Thélío Queiroz. *Práticas Abusivas das Operadoras de Planos de Saúde*. Leme/São Paulo: Anhanguera Editora, 2011. p. 81).

⁵⁸⁹ Exemplo de controvérsia não incluída nesta pesquisa diz respeito à cobertura de órteses, próteses e outros materiais especiais (OPME), os quais, sem nenhuma dúvida, representam, também, significativa parcela das demandas judiciais hoje em trâmite. A este respeito, ver SCHMITT, Cristiano Heineck. Cláusulas Abusivas em Contratos de Planos e de Seguros de Assistência Privada à Saúde. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. IV. São Paulo: RT, 2010. p. 295/300).

certamente, as principais e aquelas das quais decorrem a grande maioria dos debates judiciais.

3.2.2 Síntese do Panorama Jurisprudencial

Apresentadas as controvérsias acima, relativas à amplitude da cobertura contratual, e as normas legais que as disciplinam e regulamentam, cabe agora verificar o entendimento jurisprudencial atualmente existente no TJ/RS e no STJ para estas situações.

De pronto, a questão relativa à diferenciação entre contratos regulamentados e não regulamentados já enuncia a tendência jurisprudencial em apresentar uma interpretação mais favorável aos consumidores. Com efeito, apesar de a lei expressamente distinguir os pactos firmados antes e depois da LPS, prevalece o entendimento de acordo com o qual os direitos, que seriam, em tese, reservados apenas aos contratos posteriores (bem como aos “migrados”, “adaptados”) são estendidos aos usuários de contratos anteriores. Nesse sentido, impera o entendimento segundo o qual deve a OPS comprovar que ofereceu aos usuários a possibilidade de migração do contrato ou que esta teria sido recusada, prova, na prática, de difícil produção e, portanto, raramente existente (Apelação Cível n.º. 70057021594, Sexta Câmara Cível, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgada em 19/12/2013⁵⁹⁰).

Nada obstante, independentemente da dita prova, diversos julgados defendem que mesmo o plano de saúde não regulamentado, por configurar contrato de trato sucessivo, de prestações continuadas e diante do caráter de norma pública da LPS, sofreria incidência desta. Neste sentido, encontráveis arestos tanto do TJ/RS (Apelação Cível n.º. 70057684128, Quinta Câmara Cível, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgada em 13/01/2014⁵⁹¹) quanto do STJ (AgRg no REsp n.º. 1145121/RS, Rel.

⁵⁹⁰ Segue trecho da ementa: “[...] Inobstante tenha sido o contrato de plano de saúde celebrado em data anterior ao advento da Lei n.º 9.656/98, com o que, de regra, seria inaplicável a referida legislação, não há nos autos comprovação idônea de que o segurado tenha sido comunicado da possibilidade de migração ao plano adaptado às novas regras ou a sua recusa, ônus que incumbia à demandada, a teor do disposto no artigo 333, inciso II, do CPC. Dessa feita, era obrigação legal da seguradora demandada autorizar a cobertura do tratamento prescrito para a autora. [...]”.

⁵⁹¹ Segue a ementa: “APELAÇÕES CÍVEIS. SEGURO. PLANO DE SAÚDE. CONTRATO FIRMADO ANTES VIGÊNCIA DA LEI 9.656/98. RENOVAÇÕES CONTRATUAIS SUCESSIVAS. [...] 3. Incidência da legislação atual atinente aos planos e seguros privados de assistência à saúde em razão

Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, Julgado em 26/06/2012⁵⁹² e REsp n°. 650400/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, Julgado em 22/06/2010⁵⁹³).⁵⁹⁴

No que tange à discussão quanto à validade da exclusão contratual de determinados serviços (tais como experimentais, para tratamento estético ou para emagrecimento), o que se constata é que, apesar de tais disposições contratuais estarem em perfeita harmonia com a LPS, que autoriza a exclusão de alguns serviços, vigora o entendimento pela (quase que) sua obrigatoriedade. Sob o fundamento maior de aplicação do CDC, sustentam as decisões que, em havendo cobertura para determinada patologia, a exclusão, por exemplo, de medicamentos experimentais (Apelação Cível n°. 70056237985, Quinta Câmara Cível, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgada em 30/10/2013⁵⁹⁵) e de medicamentos para tratamento domiciliar (Apelação Cível n°. 70056984305, Quinta Câmara Cível, Isabel Dias Almeida, Julgada em 18/12/2013⁵⁹⁶ e

da adequação do contrato a esse regramento jurídico, pois em função do seu caráter de ordem pública, tem as normas em questão aplicação imediata ao caso em concreto. [...]”.

⁵⁹² Segue a ementa: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - PLANO DE SAÚDE - CONTRATO FIRMADO EM DATA ANTERIOR À LEI 9.656/98 - APLICABILIDADE DA LEI - AJUSTE DE TRATO SUCESSIVO - ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE - POSSIBILIDADE DE MIGRAÇÃO PARA UM PLANO ADAPTADO À LEI 9.656/98 - RECONHECIMENTO - IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DESTA CORTE - RECURSO IMPROVIDO”.

⁵⁹³ Trecho da ementa: “As limitações às empresas de prestação de serviços de planos e seguros privados de saúde em benefício do consumidor advindas com a Lei 9.656/98 se aplicam, em princípio, aos fatos ocorridos a partir de sua vigência, embora o contrato tenha sido celebrado anteriormente, porquanto cuida-se de ajuste de trato sucessivo. Precedente”.

⁵⁹⁴ Além disso, veja-se não faltar doutrina que defenda a abusividade de limitação/restrrição de procedimentos, independentemente de o contrato ser, ou não, regulamentado: “Em se tratando de qualquer tipo de plano (regulamentado ou não), a negativa de atendimento de doença infecto-contagiosa, gênero da (sic) qual a AIDS é a mais conhecida, constitui-se prática abusiva. [...] A negativa de autorização para cirurgias de transplantes é uma abusividade evidente em qualquer das modalidades de contrato (regulamentado pela nova Lei dos Planos de Saúde ou não) [...]”. (FARIAS, Carolina Steinmuller; FARIAS, Thélío Queiroz. *Práticas Abusivas das Operadoras de Planos de Saúde*. Leme/São Paulo: Anhanguera Editora, 2011. p. 66).

⁵⁹⁵ Segue trecho da ementa: “[...] Inteligência do art. 35 da Lei 9.656/98. Aliás, sobre o tema em exame o STJ editou a súmula n. 469, dispondo esta que: aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde. 4.Descabida a negativa securitária por parte da demandada, sob o fundamento de o tratamento ser experimental, pois o que importa para solução do litígio é a existência de cobertura à patologia apresentada pela contratante. 5.É direito do médico indicar o tratamento que entende adequado para a patologia que o paciente apresenta, bem como é direito deste último escolher se submeter ao mesmo. [...]”.

⁵⁹⁶ Segue a ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA. MEDICAMENTO MINISTRADO EM AMBIENTE DOMICILIAR. COBERTURA DEVIDA. 1. Tendo em vista que o contrato entabulado entre as partes não exclui a cobertura de tratamento da patologia apresentada pelo beneficiário do plano de saúde, revela-se abusiva a cláusula contratual que exclui da cobertura medicamento tão-somente pelo fato de ser ministrado em ambiente ambulatorial ou domiciliar. O plano de saúde não pode se recusar a custear fármaco prescrito pelo médico, pois cabe a este definir qual é o melhor tratamento para o segurado. Precedentes desta Câmara e do STJ. 2. Nos termos do art. 51, IV, do CDC, mostra-se abusiva a cláusula contratual que exclui do tratamento o fármaco pleiteado, uma vez que coloca o consumidor em desvantagem exagerada frente à operadora de

o Agravo n°. 70056992399, Sexta Câmara Cível, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 28/11/2013⁵⁹⁷) seriam abusivas.

Os mesmos fundamentos são utilizados pelos magistrados no trato da questão seguinte, quando instados a analisar demandas em que os usuários pleiteiam o custeio de procedimentos diversos daqueles arrolados no RPES da ANS. Sustentando que a OPS, ao cobrir o tratamento de determinada patologia, não pode se recusar a custear determinados procedimentos inerentes àquela, entendem, de forma pacífica, pela procedência destas ações (Apelação Cível n°. 70056544554, Sexta Câmara Cível, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgada em 19/12/2013⁵⁹⁸). Outro não é o entendimento, já consolidado, do STJ (AgRg no AREsp n°. 300.648/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, Julgado em 23/04/2013⁵⁹⁹).

De outra banda, decisões atribuindo falta de validade às exclusões de cobertura dos procedimentos não inseridos no RPES, em razão de não haver discriminação detalhada das exclusões na minuta contratual (vício de informação), também são facilmente encontráveis, como, por exemplo, a Apelação Cível n°. 70055051726,

plano de saúde. Hipótese em que não há justificativa para a negativa de cobertura. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO”.

⁵⁹⁷ Segue trecho da ementa: “[...] Paciente com adenocarcinoma de próstata Medicamento Abiraterona. Negativa de cobertura. Tratamento domiciliar. Deve prevalecer a previsão de cobertura para a patologia em questão e não o local onde o tratamento é ministrado. Incidência das regras do Código de Defesa do Consumidor. [...]”.

⁵⁹⁸ Segue trecho da ementa: “[...] É aplicável o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de seguro, na medida em que se trata de relação de consumo, consoante traduz o art. 3º, §2º do CDC. Inteligência da Súmula 469 do STJ. "In casu", o contrato entabulado entre as partes assegura apenas a cobertura do quanto previsto no Rol de Procedimentos da Agência Nacional da Saúde. Todavia, o médico que acompanhou o procedimento realizado pelo autor afirmou que os materiais eram essenciais para cirurgia de colectomia por videolaparoscopia. Ademais, a Cláusula Vigésima Quinta, item IX, do plano de assistência médico-hospitalar celebrado entre as partes prevê que serão cobertas as despesas decorrentes de "toda e qualquer taxa, incluindo os materiais utilizados;" (fl. 36). A jurisprudência do Egrégio STJ é pacífica em rejeitar a recusa de cobertura de fornecimento de instrumental cirúrgico, como é o caso de próteses/acessórios essenciais ao sucesso de cirurgias ou tratamento hospitalar decorrente da própria intervenção, situação que se evidencia no caso do material necessário para a cirurgia realizada pelo autor. Se os atos cirúrgicos, as internações e os honorários médicos foram autorizados pela seguradora, consoante afirmado nas manifestações constantes dos autos, mostra-se descabida a negativa de cobertura de material eleito pelo médico como essencial para o sucesso da intervenção. [...]”.

⁵⁹⁹ Segue a ementa: “AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA CONTRATUAL. MEDICAMENTO AMBULATORIAL OU DOMICILIAR. 1.- A jurisprudência desta Corte é no sentido de que o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado para a cura de cada uma delas. 2.- "É abusiva a cláusula contratual que determina a exclusão do fornecimento de medicamentos pela operadora do plano de saúde tão somente pelo fato de serem ministrado em ambiente ambulatorial ou domiciliar." (AgRg no AREsp 292.901/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 04/04/2013). 3.- Agravo Regimental improvido”.

Quinta Câmara Cível, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgada em 30/10/2013⁶⁰⁰. Além disso, há uma forte tendência em se hipervalorizar a indicação do médico assistente, como se essa fosse uma verdade absoluta e incontestável. Nesse sentido, são encontráveis inúmeros arestos determinando a cobertura para procedimentos não cobertos pelo RPES, em razão de haver indicação médica pela sua utilização (Apelação Cível n.º. 70056480627, Sexta Câmara Cível, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgada em 19/12/2013⁶⁰¹).

A questão da segmentação, por outro lado, tende a ser respeitada judicialmente, sendo, como regra, observada pelos julgadores a segmentação contratada, de forma a se analisar a quais serviços/procedimentos o usuário faz jus no caso concreto (Agravo de Instrumento n.º. 70058309972, Quinta Câmara Cível, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 28/01/2014⁶⁰², Apelação Cível n.º. 70050052653, Décima Nona Câmara Cível, Relator: Mylene Maria Michel, Julgada em 10/09/2013⁶⁰³, Recurso Cível n.º. 71003358199, Primeira Turma Recursal Cível, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 16/02/2012⁶⁰⁴ e Apelação Cível n.º. 70049783616, Quinta Câmara Cível, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgada em 31/10/2012⁶⁰⁵). Por outro lado, não são

⁶⁰⁰ Segue item da ementa: “No caso, não há exclusão dos procedimentos requeridos no rol de exceções existentes no contrato de plano de saúde, o que se faz necessário de acordo com o art. 6, inc. III do CDC”.

⁶⁰¹ Segue trecho da ementa: “[...] não é razoável que a demandada se recuse a custeá-los sob o frágil argumento de que não se encontram elencados no Rol de Procedimentos editado pela Agência Nacional da Saúde. É sabido e consabido que cabe ao médico, responsável e habilitado para o tratamento do paciente, indicar qual a melhor opção de tratamento, não podendo, destarte, o plano de saúde opinar a respeito dos procedimentos. [...]”.

⁶⁰² Segue a ementa: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGURO. PLANO DE SAÚDE. PROCEDIMENTOS CIRÚRGICOS. COBERTURA AMBULATORIAL. AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA A AUTORIZAR A TUTELA ANTECIPADA. 1. Tutela antecipada visando à realização dos procedimentos cirúrgicos de descompressão medular e artrodese que se mostra descabida no caso em análise, em face da ausência do requisito da verossimilhança do direito alegado, mediante prova inequívoca, de que trata o art. 273 do CPC. 2. O plano de saúde do qual a parte agravante é beneficiária, em tese, garante apenas atendimento ambulatorial. No entanto, os procedimentos solicitados possuem cobertura obrigatória somente em caso de planos que abarquem a segmentação hospitalar, conforme se verifica no anexo I da RN n.º. 211 da ANS. Negado seguimento ao agravo de instrumento”.

⁶⁰³ Segue trecho da ementa: “[...] NEGATIVA DE COBERTURA DO PLANO DE SAÚDE JUSTIFICADA EM FACE DA MODALIDADE CONTRATADA, AMBULATORIAL, QUE NÃO PREVÊ CIRURGIAS COM INTERNAÇÕES HOSPITALARES. [...]”.

⁶⁰⁴ Segue trecho da ementa: “[...] 2. A realização de cirurgia de emergência de tenorrafia (procedimento cirúrgico para sutura de tendões da mão direita do autor), à qual o requerente foi submetido constitui-se em procedimento médico hospitalar, com necessidade de internação, não sendo coberto plano de saúde, tendo em vista a existência de exclusão nas cláusulas do contrato que tem abrangência unicamente para cobrir atendimento ambulatorial [...]”.

⁶⁰⁵ Segue trecho da ementa: “[...] O plano de saúde ambulatorial objeto do litígio exclui expressamente a cobertura para procedimentos com porte anestésico superior a zero, como os solicitados pelo autor. 4. Ademais, dois dos procedimentos requeridos possuem cobertura obrigatória somente em caso de planos que garantam internação hospitalar, conforme se verifica no anexo I da Resolução Normativa n.º. 167 da

inexistentes decisões, sobretudo em caráter liminar, que vão em sentido absolutamente contrário (ainda que proveniente do Rio de Janeiro, citável recente decisão, proferida em 05/02/2014, nos autos do Processo n°. 0008584-49.2014.8.19.0038, que tramita na 3ª Vara Cível da Comarca de Nova Iguaçu/RJ⁶⁰⁶).

No que concerne à área/limitação geográfica, prevalece o entendimento de acordo com o qual a limitação espacial definida no plano é válida, devendo ser respeitada: “Inexiste abusividade na celebração de contrato de plano de saúde em âmbito regional, ou seja, com a restrição da área de cobertura [...]”(Apelação Cível n°. 70056563638, Quinta Câmara Cível, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgada em 30/10/2013). Conforme o mesmo *decisum*, para que o usuário tenha direito ao reembolso de atendimento realizado fora do espaço delimitado, é necessário que demonstre tratar-se de situação de urgência/emergência, de impossibilidade/indisponibilidade de utilização da rede credenciada da empresa de plano de saúde, ou, alternativamente, de falta de capacitação do corpo médico ou de recusa de atendimento na rede. O STJ também segue a mesma trilha (REsp n°. 402.727/SP, Rel. Ministro Castro Filho, Quarta Turma, Julgado em 09/12/2003).⁶⁰⁷

Não são raras, contudo, situações em que o usuário deliberadamente opta por ser atendido fora da área credenciada e, ante a ausência de comprovação, por parte da OPS, de que a rede credenciada estaria apta a realizar o procedimento/serviço, tem o custeio determinado pelo Judiciário (Apelação Cível n°. 70054740584, Quinta Câmara Cível, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgada em 31/07/2013⁶⁰⁸).

ANS. 5. Dessa forma, inexistindo cobertura para o procedimento pretendido, isto é, não há previsão de que o risco em questão seja garantido, não há como obter a autorização para realizar aquele, tendo em vista que o mesmo não está abrangido no preço pago pela parte autora em função da prestação de serviço que lhe é ofertada pela demandada, o que afasta a pretensão deduzida, sob pena de haver desequilíbrio na relação contratual avençada entre as partes [...].”

⁶⁰⁶ Nos autos do referido processo, um consumidor, beneficiário de um contrato firmado apenas para a segmentação ambulatorial, requereu o custeio de procedimento cirúrgico para retirada de tumor cerebral, providência realizada apenas mediante internação hospitalar. Ainda assim, mesmo diante da limitação do contrato do requerente, o juízo entendeu, com base no CDC, por deferir a medida liminarmente pleiteada.

⁶⁰⁷ Daniela Batalha Trettel também reconhece este entendimento por parte do STJ: “O Superior Tribunal de Justiça considera legítimo que a operadora de plano de saúde exija que o usuário recorra a sua rede credenciada”, excetuadas as situações de urgência/emergência e as hipóteses em que não possa acessar a rede credenciada. (TRETTEL, Daniela Batalha. *Planos de Saúde na Visão do STJ e do STF*. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 113/114).

⁶⁰⁸ Segue trecho da ementa: “[...] Não há proibição no Código de Defesa do Consumidor ou em qualquer legislação específica que regre a matéria quanto à possibilidade de limitação da área de cobertura do plano de saúde. 5. Contudo, esta exclusão só pode ser invocada na hipótese de, embora existente unidade médica apta a prestar o atendimento dentro da mencionada área, o usuário ter optando por buscar assistência à saúde fora da área de abrangência do plano. 6. A ré não comprovou que o procedimento estava disponível na região de cobertura, ônus que lhe cabia e do qual não se desincumbiu, nos termos

Quanto aos prazos de carência, as discussões judiciais são comumente vinculadas a casos de (suposta, uma vez não utilizados os critérios técnico-legais) caracterização de urgência/emergência, o que tende a levar à aplicação do prazo de 24 horas em detrimento de outros contratualmente previstos. Neste sentido, já se manifestaram tanto o TJ/RS (Apelação Cível nº. 70055466106, Sexta Câmara Cível, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgada em 28/11/2013⁶⁰⁹) como o STJ (REsp nº. 1.243.632/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, Julgado em 11/09/2011⁶¹⁰).

No que tange aos casos de doença/lesão preexistente, a sua invocação (por parte das OPSs, para negar determinado serviço) pressupõe, como regra, a comprovação no sentido de que o beneficiário tinha conhecimento, no momento da contratação do plano, da dita doença/lesão e conscientemente omitiu esta informação (Apelação Cível nº. 70055219422, Sexta Câmara Cível, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgada em 29/08/2013⁶¹¹ e Apelação Cível nº. 70041876020, Sexta Câmara Cível, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgada em 04/04/2013⁶¹²).

Além disso, a questão acerca da negativa sob o fundamento de doença/lesão pré-existente é, frequentemente, enfrentada em situações em que o consumidor sustenta tratar-se de caso de urgência/emergência, hipóteses em que o litígio passa a ser tratado como se um prazo de carência fosse, cabendo a OPS, por primeiro, desconstituir esta alegação, sob pena de ser obrigada a fornecer a cobertura necessária (Apelação Cível nº. 70048215339, Sexta Câmara Cível, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgada em

do artigo 333, II do Código de Processo Civil. 7. Nessa hipótese, o usuário, respeitados os demais limites contratuais, tem direito a buscar atendimento médico-hospitalar fora da área geográfica de abrangência de seu plano, cabendo à operadora arcar com os custos desse. [...]”.

⁶⁰⁹ Segue a ementa: "Apelação cível. Seguros. Plano de saúde. Cesárea de urgência. Parto prematuro. Os contratos de plano de saúde firmados na vigência da Lei 9.656/98 dispensam a carência avençada, tornando obrigatória a cobertura nos casos de emergência, risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis. Demonstrada por atestado médico a situação de emergência e a necessidade de internação em ambiente hospitalar, o prazo de carência deve ser afastado. Apelo provido”.

⁶¹⁰ Segue trecho da ementa: "RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. PRAZO DE CARÊNCIA. SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA. APENDICITE AGUDA. CARÊNCIA CONTRATUAL. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA RESTRITIVA. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. PRECEDENTES.

1. A cláusula que estabelece o prazo de carência deve ser afastada em situações de urgência, como o tratamento de doença grave, pois o valor da vida humana se sobrepõe a qualquer outro interesse. Precedentes específicos da Terceira e da Quarta Turma do STJ”.

⁶¹¹ Segue a ementa: “Apelação cível. Seguro. Plano de saúde. Negativa de cobertura. Hérnia de disco. Doença preexistente. Parte autora que omitiu a presença da doença. Comprovação pela ré da preexistência do problema que originou a cirurgia. Apelo não provido”.

⁶¹² Segue trecho da ementa: “[...] De acordo com a jurisprudência consolidada no egrégio STJ, para que a seguradora possa valer-se da alegação de doença preexistente, com o fito de ser exonerada do pagamento de cobertura, esta deve exigir a realização de exames prévios ou comprovar a efetiva má-fé do segurado. [...]”.

24/10/2013⁶¹³ e Apelação Cível n°. 70049687767, Sexta Câmara Cível, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgada em 31/07/2013⁶¹⁴).

Por fim, nos casos em que o consumidor sustenta fazer jus à determinada cobertura por se tratar de situação de urgência/emergência, a tendência da jurisprudência é também no sentido de, com base nos preceitos consumeristas, decidir, quase que sem exceção, em favor dos beneficiários do plano. Além de serem comuns, repete-se, decisões em que as definições técnico-legais de urgência/emergência são ignoradas⁶¹⁵, são frequentes, também, controvérsias quanto às coberturas a que os beneficiários nestas situações excepcionais fazem jus.

Note-se que nestas situações extremas, a regulamentação (Resolução n°. 13 do CONSU) garante ao consumidor direito a atendimento (apesar de limitado), mesmo quando não preenchido o prazo carencial para o atendimento necessário (que pode ser de até 180 dias, conforme artigo 12, inciso V, alínea ‘b’, da LPS). Em outras palavras, respeitada a carência mínima destas situações excepcionais (24 horas), o usuário, conforme a dita resolução, passa a ter direito a determinados serviços. Contudo, a própria resolução, apesar de assim permitir, é clara no sentido de que os direitos destes usuários, nestas hipóteses, não são ilimitados (no caso de emergência, por exemplo, o usuário tem direito a atendimento apenas nas 12 primeiras horas ou até necessitar internação). Ainda assim, apesar de a regulamentação prever este benefício (já que não deixa o usuário em situação emergencial desamparado), o Judiciário não chancela as limitações/restrições impostas, obrigando as OPSs a conceder tratamento integral e ilimitado. (Apelação Cível n°. 70056413214, Quinta Câmara Cível, Relator: Jorge Luiz

⁶¹³ Segue a ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. PLANO DE SAÚDE. AÇÕES CONEXAS. COXARTROSE BILATERAL. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO CORRETIVO DE URGÊNCIA (PRÓTESE TOTAL DE QUADRIL). ALEGAÇÃO DE DOENÇA PREEEXISTENTE E MÁ-FÉ DA SEGURADA QUANDO DA CONTRATAÇÃO. PRAZO DE CARÊNCIA. URGÊNCIA. 24 HORAS. COBERTURA DEVIDA. NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS APELOS. UNÂNIME”.

⁶¹⁴ Segue a ementa: “APELAÇÃO. SEGUROS. PLANO DE SAÚDE. ADENOCARCINOMA EM TECIDO ÓSSEO. AFASTADA A ALEGAÇÃO DE DOENÇA PREEEXISTENTE. DANOS MATERIAIS EFETIVAMENTE DEMONSTRADOS. DEVER DE REEMBOLSO. DEMONSTRAÇÃO DE URGÊNCIA QUE AFASTA A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO PRAZO DE CARÊNCIA LEGAL E CONTRATUALMENTE PREVISTO. SENTENÇA MANTIDA. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME”.

⁶¹⁵ A doutrina atesta e respalda esta tendência jurisprudencial: “[...] o Judiciário, em todos os níveis e esferas, vem agindo, concedendo medidas liminares e antecipatórias assegurando o direito à vida e à saúde dos pacientes. Deve ser, em casos de urgência, desprezado até mesmo o prazo de carência [...]”. (FARIAS, Carolina Steinmuller; FARIAS, Thélío Queiroz. *Práticas Abusivas das Operadoras de Planos de Saúde*. Leme/São Paulo: Anhanguera Editora, 2011. p. 81/82).

Lopes do Canto, Julgada em 27/11/2013⁶¹⁶ e REsp nº. 962.980/SP, de Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Julgado em 13/03/2012).⁶¹⁷

Além disso, em demandas que versam sobre a validade de determinada disposição contratual (limitadora de direitos), é de se reconhecer ser frequentemente invocada pelos Julgadores a incidência do artigo 47 do CDC, de acordo com o qual as cláusulas contratuais devem ser interpretadas favoravelmente aos consumidores, dispositivo que igualmente contribui para decisões que, como regra, beneficiam os usuários e condenam as OPSs(Agravo de Instrumento nº. 70057761231, Quinta Câmara Cível, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 04/12/2013⁶¹⁸).

Em outras palavras, salvo raras exceções, a esmagadora maioria das questões contratuais, que impõem alguma forma de limitação de coberturas/serviços, quando levadas à apreciação do Judiciário, tende a ser julgada, com base no CDC⁶¹⁹, de forma favorável aos consumidores.

⁶¹⁶ Segue a ementa: “APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. SEGURO. PLANO DE SAÚDE. PRAZO DE CARÊNCIA. DESCABIMENTO. TRATAMENTO. CARÁTER DE EMERGÊNCIA. PERÍODO DE CARÊNCIA DE 24 HORAS. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DA LEI N.º 9.656/98. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. QUANTUM MAJORADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS. [...] 3.Verificado o caráter de emergência do tratamento que necessita a parte apelada, como amplamente demonstrado no processo, não há como prevalecer o prazo de carência pactuado. Inteligência dos artigos 12 e 35-C da Lei 9.656 de 1998. 4.Inaplicável ao caso em tela a Resolução nº. 13 do Conselho da Saúde Suplementar (CONSU), que estabelece que quando o atendimento ocorrer no período de carência, este deverá abranger a cobertura fixada para o segmento ambulatorial, pelo período de 12 horas, não garantindo a cobertura para internação. Isso porque não é permitido à Agência fiscalizadora estabelecer restrições não previstas em lei, em detrimento do consumidor. [...]”.

⁶¹⁷ Aurisvaldo Sampaio, acompanhando a jurisprudência apresentada, também sustenta que “a limitação temporal da cobertura assistencial nos casos de urgência e emergência, estando o consumidor no prazo de carência, é ofensiva, sobretudo, ao princípio da boa-fé, pois frustra legítima expectativa sua de obter assistência num evento que lhe acometa de maneira inopinada”. (SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de Plano de Saúde*. São Paulo: RT, 2010. p. 307).

⁶¹⁸ Segue a ementa: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. LESÃO OFTALMOLÓGICA. COBERTURA DEVIDA. 1. Os contratos de planos de saúde estão submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos do artigo 35 da Lei 9.656/98, pois envolvem típica relação de consumo. Assim, incide, na espécie, o artigo 47 do CDC, que determina a interpretação das cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor. 2. Em sede de cognição sumária, é possível concluir que não há justificativa plausível para a não-autorização do procedimento requerido ou exigência de realização de perícia ou demais exames, sobretudo considerando a indicação médica e urgência na realização do procedimento. 3. Presença dos requisitos autorizadores da antecipação de tutela. Art. 273 do CPC. Precedentes. RECURSO PROVIDO, EM DECISÃO MONOCRÁTICA”.

⁶¹⁹ Ao reconhecer que a grande maioria das ações envolvendo planos de saúde são julgadas pelo STJ favoravelmente aos consumidores, Daniela Batalha Trettel reconhece que “O Código de Defesa do Consumidor foi um divisor de águas na defesa do usuário de plano de saúde diante das práticas restritivas de direito das operadoras de planos de saúde [...]”. (TRETTEL, Daniela Batalha. *Planos de Saúde na Visão do STJ e do STF*. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 98).

3.2.3 Considerações Visando um Equilíbrio

Assim como ocorre com os reajustes, a validade das cláusulas contratuais que limitam ou restringem⁶²⁰ direitos (dos beneficiários de planos de saúde) pressupõe, sobretudo, respeito às formalidades exigidas no CDC. De resto, a aplicação do diploma consumerista deve ser comedida e harmonicamente balanceada juntamente com os demais valores e as demais normas também aplicáveis a essas demandas.

Nos casos de contratos não regulamentados, por exemplo, o ponto de equilíbrio em demandas judiciais pode ser compreendido como o respeito e a atenção à questão da prova da oferta para o consumidor migrar para um plano atualizado. Veja-se que a própria LPS determina que “Nenhum contrato poderá ser adaptado por decisão unilateral da empresa operadora” (artigo 35, §4º), bem como que a adaptação “[...] deverá ser formalizada em termo próprio, assinado pelos contratantes [...]” (artigo 35, §1º).

Em outras palavras, por determinação legal, é vedado à OPS alterar unilateralmente uma minuta não regulamentada para uma regulamentada, sendo indispensável, para tanto, a concordância do consumidor, bem como a formalização da atualização em termo próprio. Assim, se a OPS provar nos autos que ofertou a possibilidade de atualização de plano e que o beneficiário deliberadamente optou por não alterá-lo, (mantendo-se vinculado à minuta original e às coberturas correlatas), não se revela plausível (nem razoável) a ele assegurar os benefícios (e coberturas) inerentes à novel legislação. Neste sentido, já entendeu o TJ/RS (Apelação Cível nº. 70020631768, Sexta Câmara Cível, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Julgada em 11/12/2008⁶²¹) e, mais

⁶²⁰ É de máxima importância se ressaltar que cláusulas limitativas (ou restritivas) não se confundem com cláusulas abusivas. Ao passo que as primeiras são legais (sobretudo em contratos de seguros), as segundas são ilegais. Nesse sentido, JARDIM, Antônio Guilherme Tanger. O Consumidor e o Contrato de Seguro. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. IV. São Paulo: RT, 2010. p. 549 e MIRAGEM, Bruno. O Contrato de Seguro e os Direitos do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. IV. São Paulo: RT, 2010. p. 588.

⁶²¹ Segue a ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS. 2ª CIRURGIA. COLOCAÇÃO DE PRÓTESE NO FÊMUR. LEI 9.656/98. HIPOTESE EM QUE A CONTRATANTE OPTOU POR PERMANECER COM O PLANO ANTIGO. CLÁUSULA CONTRATUAL DE EXCLUSÃO. ATENDIDAS AS EXIGÊNCIAS DO CDC. NEGATIVA DE COBERTURA LEGÍTIMA. DANOS NÃO CONFIGURADOS. O autor, como dependente da aderente ao contrato de assistência à saúde ofertado pela demandada faz jus tão somente à cobertura contratada. O contrato foi firmado em 1993 e quando houve alteração na legislação que dispõe sobre a matéria, devidamente consultada a titular, ela preferiu não alterar o negócio jurídico original. Correspondência que atende as exigências do CDC, prestando as informações de forma adequada e clara, especificando

recentemente, as Turmas Recursais Cíveis gaúchas (Recurso Cível nº. 71004283560, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Roberto José Ludwig, Julgado em 28/05/2013⁶²²).

Do contrário, a desconsideração de tal questão, com a aplicação indistinta da LPS aos contratos não regulamentados, implicará concluir que não existe necessidade, motivo ou razão para que os consumidores (de planos antigos) adquiram o novo plano, haja vista que teriam, de qualquer forma, (todos) os direitos nele assegurados, ainda que não pagando os valores respectivos às novas coberturas.

Entretanto, apesar dos comentários acima ventilados, é justamente esta a realidade que se presencia: de desconsideração do Judiciário para com as questões acima tratadas. Note-se que tal postura, além de representar nítido desrespeito aos elementos estruturais dos contratos de natureza securitária (especialmente o mutualismo e o necessário equilíbrio que deve haver entre risco coberto/prêmio pago⁶²³), demonstra patente violação à exigência de boa-fé objetiva (por parte de todos os contratantes, inclusive os consumidores⁶²⁴), bem como se utiliza de violação direta a diversos dispositivos da LPS.

os riscos inerentes à manutenção do contrato original. Parte autora que instada a falar sobre os documentos juntados com a contestação silenciou, tampouco fez referência ao mesmo em suas razões recursais, tornando incontroverso que optou por permanecer com o contrato original. Cláusula contratual de exclusão de ressonância magnética e próteses. Negativa de cobertura legítima, inexistente dever de indenizar, seja por danos materiais ou morais. Sentença de improcedência mantida. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO”.

⁶²² Segue a ementa: “RECURSO INOMINADO. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA DAS DESPESAS COM RESSONÂNCIA MAGNÉTICA E CIRURGIA DE IMPLANTAÇÃO DE ÓRTESE. PLANO CONTRATADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI DOS PLANOS DE SAÚDE. MIGRAÇÃO EXPRESSAMENTE NEGADA PELA PARTE AUTORA. OPÇÃO PELA MANUTENÇÃO DO PLANO ATÉ ENTÃO VIGENTE, COM EXPRESSA REFERÊNCIA ÀS CAUSAS DE EXCLUSÃO DE COBERTURA. INEXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE NA NEGATIVA DE COBERTURA NO CASO CONCRETO. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. A autora firmou o contrato de plano de saúde em fevereiro de 1996, ou seja, anterior à Lei dos Planos de Saúde e recusou expressamente a migração às novas diretrizes. Não se pode considerar ilegal ou abusiva a negativa de cobertura dos procedimentos, uma vez que o plano contratado pela autora exclui a cobertura de ressonância magnética e cirurgias com próteses e órteses. Portanto, não há falar em imposição dos procedimentos previstos na Lei nº 9.656/98, pois houve opção expressa do contratante pela manutenção do plano originalmente contratado. RECURSO IMPROVIDO”.

⁶²³ Há de se grifar, conforme alerta Bruno Miragem, “[...] não é possível imaginar-se contratos de seguro em relação a riscos universais (seguro em relação a todo e qualquer risco), o que por si só colocar-se-ia em contradição com a própria natureza de mutualidade que caracterize este contrato [...]”. (MIRAGEM, Bruno. O Contrato de Seguro e os Direitos do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. IV. São Paulo: RT, 2010. p. 588).

⁶²⁴ Não há olvidar que o imperativo da boa-fé objetiva, no sentido de se exigir comportamento leal e honesto dos contratantes, há de ser exigido de ambas as partes, não apenas das OPSs. Inúmeras doutrinas são citáveis para explicar o instituto da boa-fé objetiva, sob o aspecto de que esta deve ser compreendida, sempre, como um referencial para todos os contratantes, não apenas dos fornecedores.

Além disso, cumpre reconhecer que reflexão equivalente há de estar presente nas demais controvérsias noticiadas nos pontos acima. Aspectos contratuais que influenciam na mensuração dos valores das mensalidades e com os quais se erguem os planos (tais como procedimentos e serviços obrigatórios/legalmente passíveis de exclusão, procedimentos conforme a segmentação contratada⁶²⁵ e prazos de carência), sobretudo quando já eivados dos imperativos determinados pela legislação específica (bem como pelo próprio Poder Público, na figura da ANS) devem ser respeitados ao máximo.

Não há qualquer dúvida: entender o contrário significa desconhecer o real funcionamento dos seguros e pretender trilhar o caminho que conduzirá, a partir de uma presunção errônea de que os consumidores tudo podem e as OPSs com tudo devem arcar, ao colapso e à insustentabilidade do sistema. Significa a prevalência de valores e interesses indiscutivelmente individuais, em detrimento dos grupos e sistemas securitários e da sociedade como um todo.⁶²⁶

Dessa forma, decisões que asseguram os direitos previstos na nova lei para beneficiários de contratos cujas cláusulas expressamente (e de maneira formalmente válida, isto é, com clareza, destaque, etc.) excluem tais direitos, mesmo quando o beneficiário comprovadamente optou por manter-se a um contrato antigo, acabam,

(BELMONTE, Cláudio. *Proteção Contratual do Consumidor: conservação e redução do negócio jurídico no Brasil e em Portugal*. São Paulo: RT, 2002. p. 75); De outra banda, conforme Ruy Rosado de Aguiar Júnior, “[...] a boa-fé não serve tão-só para a defesa do débil, mas também atua como fundamento para orientar interpretação garantidora da ordem econômica, compatibilizando interesses contraditórios, onde eventualmente poderá prevalecer o interesse contraditório do consumidor, ainda que o sacrifício deste, se o interesse social prevalente assim o determinar”. (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *A Boa-fé na Relação de Consumo*. MIRAGEM, Bruno. *O Contrato de Seguro e os Direitos do Consumidor*. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. I. São Paulo: RT, 2010. p. 379/380).

⁶²⁵ Aurisvaldo Sampaio reconhece, nesse norte, que mesmo em casos de urgência/emergência o direito à cobertura assistencial está limitado à modalidade do plano contratado, ou seja, de acordo com a segmentação. (SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de Plano de Saúde*. São Paulo: RT, 2010. p. 305).

⁶²⁶ Há quem defenda, no entanto, que a atualização dos planos seria automática, o que, a rigor, não encontra base em um sistema solidário e estruturado no mútuo. Apenas para ilustrar exemplo de posição nitidamente individualista, cita-se trecho de artigo de Júlio César Ballerini Silva que assim refere: “E isso implica dizer que, quando do advento da referida lei, os contratos anteriores não puderam ser tidos como revogados por ela – por óbvia aplicação do disposto na norma contida no art. 5º, XXXVI, da CF, de sorte tal que, sob tal perspectiva, os atos jurídicos perfeitos e direitos adquiridos lá cristalizados restaram íntegros, a não recomendar que qualquer pessoa se prestasse a adequar seus planos à nova lei, eis que está impôs novos custos ao consumidor, sendo certo que as vantagens e benesses que a mesma destacou já poderiam ser alcançados pela interpretação da Lei nº 8.078/90”. (SILVA, Júlio César Ballerini. *Contratos Privados de Assistência à Saúde – generalidades e responsabilidade administrativa e civil das operadoras*. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*. V. 41. Porto Alegre: Magister, out./nov. 2011. p. 108).

em verdade, seja mediante a aplicação da temerária regra da retroatividade da lei⁶²⁷, seja através de qualquer outra arquitetura jurídica, por burlar o sistema, em incontestável pregação de valores antissociais, que verdadeiramente desprestigiam os consumidores honestos e respeitadores da legislação em proveito daqueles “oportunistas”.⁶²⁸

Outrossim, outra espécie de demanda que deve ter seu trato judicial reconfigurado, repete-se, sob pena de conduzir ao mesmo caminho acima referido, diz respeito àquelas ações em que pleiteia-se custeio de procedimento não inserido no RPES.⁶²⁹ Ultrapassando as disposições contratuais e as próprias disciplinas da LPS e da própria ANS, em geral três são os argumentos utilizados pelo Judiciário para determinar a obrigatoriedade de cobertura (não assegurada, reprisa-se à exaustão, nem pelo clausulado, nem pela lei): (I) a indicação do médico assistente, entendendo o Julgador que a opinião daquele deve prevalecer; (II) violação ao direito de informação, tendo em vista não haver cláusula excluindo expressamente o procedimento solicitado; e (III) entendimento de que, se o contrato prevê a cobertura para certa patologia, não poderia excluir procedimentos a ela vinculados.

Tratam-se, a rigor, de três formas de fundamentação (aplicáveis também às outras negativas antes citadas, tais como procedimentos/serviços legalmente excluídos; utilização arbitrária das situações de urgência/emergência; extrapolação dos limites de cada segmentação; inobservância dos prazos de carência, entre outras) vinculadas, direta

⁶²⁷ A doutrina respalda a incompatibilidade de retroagir lei posterior a contratos pretéritos. Nesse sentido reconhece o Ministro Marco Aurélio Mello, ao afirmar haver uma incompatibilidade manifesta entre “segurança jurídica e retroatividade de nova lei, independentemente de ser esta comum ou ordinária, no bom sentido, ou complementar ou, até mesmo, se é uma emenda constitucional [...] isso alcança também lei de ordem pública, com preceitos imperativos”. E o autor continua: “A norma é editada para vigor de forma prospectiva, ulterior, e não para reger situações que foram formalizadas segundo a legislação da época”. (MELLO, Marco Aurélio. Saúde Suplementar, Segurança Jurídica e Equilíbrio Econômico-Financeiro. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 07); Deve-se consignar, contudo, não ser este o posicionamento unânime da doutrina. Cláudia Lima Marques, por exemplo, defende a possibilidade de retroatividade da LPS, por força do próprio CDC, “em um verdadeiro diálogo de fontes [...]”. (MARQUES, Cláudia Lima. *Conflitos de Leis no Tempo e Direito Adquirido dos Consumidores de Planos e Seguros de Saúde*. In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). *Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: RT, 1999. p. 117/118).

⁶²⁸ Conforme Amanda Salis Guazzelli: “A postura judicial pode influenciar comportamentos oportunistas nas pessoas. [...] Uma pessoa que possua um contrato antigo e tenha conhecimento da jurisprudência sobre planos de saúde não tem incentivo algum para realizar a adaptação”. (GUAZZELLI, Amanda Salis. *A Busca da Justiça Distributiva no Judiciário por Meio das Relações Contratuais: uma análise a partir dos planos de saúde*. 2013. 132f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. p. 143).

⁶²⁹ Mesmo reconhecendo que, conforme interpretação da ANS, apenas e tão-somente os procedimentos incluídos no referido rol são de cobertura obrigatória, Aurisvaldo Sampaio defende que a referida lista detém caráter exemplificativo e não exaustivo. (SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de Plano de Saúde*. São Paulo: RT, 2010. p. 270/271).

ou indiretamente ao CDC, mas que, revelam-se, em verdade, conforme demonstrado, inconsistentes e incoerentes com um sistema que pretende alcançar (e manter) uma sociedade justa e equilibrada.

Com efeito, consoante destaca Angélica Carlini⁶³⁰, é de notório conhecimento público que, atualmente, a medicina está intimamente relacionada com aspectos comerciais/mercantilistas e econômicos, de sorte que uma indicação médica por um tratamento pode, na verdade, ter intenções outras que não (apenas) a da saúde do paciente: “As decisões médicas tem por objetivo garantir o melhor tratamento para a saúde do paciente, mas na atualidade é inegável que há repercussão econômica dessas decisões [...]”.

Conforme reforça a autora, apesar de não se estar a questionar a autonomia dos profissionais médicos, é imperioso ressaltar que, nos casos envolvendo, por exemplo, medicamentos de alto custo, experimentais ou a utilização de novas tecnologias, “[...] é recomendável que o parecer médico do assistente do paciente não seja recepcionado como verdade absoluta, até porque, por vezes, ele será não apenas mais caro, mas também ineficaz para os objetivos pretendidos”.⁶³¹

No mesmo sentido, o argumento quanto à inexistência de cláusula expressamente excluindo o procedimento desejado no caso concreto, eis configurar suposta violação do direito à informação, tampouco pode prevalecer. Veja-se que nem mesmo a inclusão do rol de procedimentos obrigatórios no corpo da minuta contratual se revela viável ou vantajosa, uma vez que tornaria o contrato de difícil utilização até mesmo pelos profissionais mais experientes, o que dirá dos consumidores, que são, em sua maioria, leigos, especialmente em se tratando de termos técnicos e cunhados na complexa área da medicina. Isso não bastasse, arrolar todos os procedimentos não previstos no RPES sequer se mostra factível, uma vez que aqueles consistem, muitas vezes, de procedimentos e serviços novos, ainda em fase de experimentação e/ou que sequer existiam à data da assinatura do contrato.

Logo, a partir do momento em que os serviços cobertos (e obrigatórios) estão vinculados a sua inclusão na lista e por outro lado, os excluídos (não obrigatórios) decorrem da sua não menção no dito rol, não há falar em vício de informação e/ou

⁶³⁰ CARLINI, Angélica. Judicialização da Saúde Pública no Brasil. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 27.

⁶³¹ CARLINI, Angélica. Judicialização da Saúde Pública no Brasil. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 29.

qualquer forma de abuso. Mesmo porque, trata-se de um rol editado, mantido e periodicamente atualizado pela agência reguladora especializada, estando, inclusive, disponível ao público através de fácil acesso.

Ainda que fosse humanamente possível se conhecer (e prever) todos os procedimentos e serviços médicos existentes (mas que não constam como “excluídos” no rol), não se revela coerente e aceitável admitir que tal questão implicaria qualquer diferença prática aos consumidores, já que é de se presumir que ninguém contrata um plano de saúde com o fito específico de se utilizar deste ou daquele procedimento. Esta hipótese, aliás, além de absurda, possivelmente configuraria atitude fraudulenta e atentatória às bases de qualquer pacto securitário.

Isso não bastasse, é importante lembrar que o RPES prevê apenas aqueles procedimentos testados, aprovados e cuja eficiência já está comprovada, sendo correto afirmar, por outro lado, que os procedimentos que não constam na lista não compartilham dos mencionados atributos. Sendo assim, nada mais razoável do que não exigir que as OPSs custeiem (sobretudo em caráter obrigatório) procedimentos que, na prática, tem as suas eficácia e segurança questionáveis.⁶³²

Enfim, o direito e a proteção do consumidor, mais uma vez, vêm sendo utilizados de forma egoísta e individualista, estendendo benefícios (ilegais) a usuários isolados e, por consequência, implicando ônus e desvantagens a toda a coletividade, imediatamente às OPSs, mediatamente ao mútuo securitário, e, em certa medida, a toda a sociedade.

⁶³² Tal assunto já foi, e está sendo, inclusive objeto de demanda judicial. É que o Ministério Público Federal ingressou, em setembro do ano passado, com ação civil pública em face da ANS postulando a inclusão de determinado procedimento no referido RPES. A referida ação, tombada sob o nº. 0021641-53.2013.4.01.4000, e que tramita junto a Primeira Vara Federal da Justiça Federal do Piauí, recebeu, em 18 de outubro de 2013, provimento judicial deferindo parcialmente a liminar pleiteada, para determinar a inclusão do referido procedimento no RPES, o que foi amplamente veiculado na mídia e nos órgãos de imprensa. Nada obstante, a ANS recorreu de tal decisão, através do agravo de instrumento tombado sob o nº. 0070585-58.2013.4.01.0000, cuja relatoria ficou com o Desembargador Federal João Batista Moreira. Com efeito, o Relator determinou, em 29 de novembro de 2013, a suspensão dos efeitos da medida liminar anteriormente deferida, em decisão através da qual citou, pontualmente, as razões utilizadas pela autarquia (e adotadas/reiteradas pela decisão) para não incluir o procedimento em questão na lista obrigatória, a saber: a) a controvérsia entre as entidades médicas especializadas, em especial sobre a elevação do risco de óbito no prazo de até 30 dias da realização do procedimento solicitado; b) a inexistência de estrutura médico-hospitalar disponível no país para a realização do procedimento em caráter nacional e c) a relação custo-efetivo altamente desequilibrada. Ainda que verse especificamente sobre um procedimento, os fundamentos, pelo menos em parte, podem ser estendidos, para todo e qualquer procedimento que, ainda que ausente do RPES, é postulado judicialmente.

Além do que, não se pode perder de vista que a prestação do direito à saúde, em caráter universal e integral, é dever do Poder Público.⁶³³ Nesta esteira, as normas da ANS, por mais imperfeitas que para alguns possam ser, no que toca à amplitude das coberturas assistenciais (sobretudo no que tange ao binômio *obrigatório/não obrigatório ou excluído*), devem ser respeitadas. O rol de procedimentos obrigatório, por essas razões, deve ser compreendido, enfim, como um guia em prol de um ponto de equilíbrio harmonioso e sustentável.⁶³⁴

Sem prejuízo do acima exposto, há de se reconhecer que, verdadeiro ponto de equilíbrio, possivelmente, se encontraria na harmonização dos Julgadores com a legislação (em especial a LPS) e as específicas regulamentações da ANS. Nesse norte, uma alternativa louvável, e que já vem sendo, de certa forma, praticada em determinados pretórios nacionais, estaria em um modelo em que os magistrados pudessem, antes de decidir, realizar consultas junto a órgãos técnicos⁶³⁵.

⁶³³ Conforme conclui FelipeCarnelossiFurlaneto: “[...] em razão da limitação de cobertura dos contratos dos planos de saúde, seja pelas suas cláusulas, quando não abusivas, ou pela própria legislação, não se pode considerar o dever de universalidade pela iniciativa privada. [...] Portanto, na hipótese de não haver cobertura contratual ou previsão no rol obrigatório, expedido pela agência reguladora, para determinado procedimento médico, deve o beneficiário/paciente ser atendido pelo Estado, por meio do Sistema Único de Saúde [...]”. FURLANETO, FelipeCarnelossi. Direito à Saúde e a Iniciativa Privada: o dever estatal e a limitação dos contratos de planos de saúde. *Revista de Direito Privado*. V. 42. São Paulo: RT, abr./jun. 2010. p. 236/238.

⁶³⁴ Oportuna a seguinte passagem de texto da autoria de Maria Stella Gregori: “[...] é primordial invocar a sustentabilidade com uma visão holística, na busca do equilíbrio de um desenvolvimento economicamente viável, socialmente justo e ambientalmente correto. O que significa dizer, em outras palavras, com operadoras devidamente remuneradas, consumidores devidamente atendidos e o meio ambiente equilibrado, visando a excelência assistencial da saúde”. (GREGORI, Maria Stella. O Futuro que Queremos para a Regulação da Saúde Suplementar. *Revista dos Tribunais*. V. 925. São Paulo: RT, nov. 2012. p. 168.

⁶³⁵ A doutrina especializada também ventila esta alternativa, conforme se verifica da seguinte passagem de Angélica Carlini: “Uma das soluções viáveis para administrar com maior objetividade e racionalidade os recursos públicos e privados para a saúde é a criação de Núcleos de Apoio Técnico aos Tribunais de Justiça, que serão obrigatoriamente consultados antes que o magistrado emita uma decisão judicial sobre um caso específico”. (CARLINI, Angélica Lúcia. Judicialização da Saúde Pública no Brasil. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 41); Luiz Arnaldo Pereira da Cunha Junior, na mesma esteira, sugere algumas alternativas que “aperfeiçoam o mercado em geral e, de forma específica, a qualidade das demandas e decisões judiciais”, como, por exemplo, com o Judiciário podendo se utilizar da ANS como uma consultora independente, bem como com a dita agência disponibilizando em seu site, de forma restrita aos magistrados, informações completas quanto aos contratos e as suas previsões e limitações, bem como de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas para doenças, lesões e demais situações de saúde. (CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da. O Mercado de Saúde Suplementar: a busca do equilíbrio. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 298); Ricardo Perlingeiro, por sua vez, também faz um alerta para a questão, afirmando serem vitais para a própria subsistência do sistema de saúde suplementar que utilizem-se novos meios para melhor amparar os julgadores e as suas decisões. O próprio autor reflete sobre a necessidade de se utilizar métodos alternativos de solução de conflito, como conciliação, mediação e arbitragem, ao mesmo tempo que destaca a iniciativa da ANS de criar o NIP (Notificação de Investigação Preliminar, instituído pela RN nº. 226, da ANS: “consiste em um instrumento que visa a solução de conflitos entre

Atento a esta questão e às reivindicações que se acumulam, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, por exemplo, tem tomado diversas iniciativas para buscar formas de resolução e amenização dos problemas que se alastram na saúde suplementar. Possível citar, por exemplo, a Resolução nº. 107/2010, a qual institui o Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde; a Recomendação nº. 31, de 2010, que orienta os tribunais a adotarem meios para subsidiar os magistrados quando submetidos a casos de saúde⁶³⁶; e a Recomendação nº. 36, de 2011, a qual recomenda que as Cortes do Judiciário nacional adotem condutas e métodos de forma a auxiliar os magistrados a formarem um juízo crítico e a decidirem, baseados em melhores conhecimentos, ações envolvendo planos de saúde, inclusive prevendo linhas de estreita comunicação entre os juízes e as próprias OPSs.

Das propostas mencionadas, verifica-se que todas contam com uma solução em comum: a instituição de um meio de comunicação direto entre os magistrados e determinados órgãos (ANS, Conselho Federal de Medicina, Associações Médicas, peritos especializados, etc.) e a obrigatoriedade de consulta, por parte dos juízes, a tais canais.

Ditos métodos, além de não implicarem maiores custos, terão o condão de contribuir, e muito, para dirimir relevantes questões que são, hoje, erroneamente apreciadas e consideradas em juízo, mormente no que tange, repete-se, ao (des)respeito às normas técnicas editadas especificamente para regular o setor.

Certo é, conforme Adalberto Pasqualotto⁶³⁷ afirma, que “considerando que o mercado é uma realidade em constante transformação, não basta à efetiva proteção do consumidor a existência de um diploma legal estático”. E complementa: “A harmonização das relações de consumo e a compatibilização da proteção do consumidor

consumidores e operadoras de planos privados de assistência à saúde, acerca das demandas de negativa de cobertura”), o qual objetiva, na sua essência, resolver questões de negativa de cobertura antes que estas cheguem ao Judiciário. (PERLINGEIRO, Ricardo. O Princípio da Isonomia na Tutela Judicial Individual e Coletiva, e em Outros Meios de Solução de Conflitos, Junto ao SUS e aos Planos Privados de Saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 429/441).

⁶³⁶ Dita Resolução, conforme se percebe de recente (e emblemático!) despacho exarado em 03/02/2014, pelo Des. Ney Wiedemann Neto, no agravo de instrumento nº. 70058332313, já vem sendo utilizada pelo TJ/RS. Na referida decisão, o Julgador preferiu, antes de julgar, remeter os autos do processo para o Departamento Médico Judiciário daquele Tribunal, de forma a garantir que a decisão se dê “de modo fundamentado e com a análise médica a respeito da adequação e do cabimento do pedido”.

⁶³⁷ PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e Efetividade da Defesa do Consumidor. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*. Ano 3. n. 9. Porto Alegre: HS Editora, out./dez. 2009. p. 91/93.

com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico é uma finalidade a atingir, no difícil equilíbrio entre a tutela do mais fraco e a liberdade do mais forte”.⁶³⁸

Como visto, ainda que incipientes, já existem nítidos caminhos que buscam garantir uma melhora na qualidade das decisões judiciais no que tange às demandas envolvendo o direito à saúde, especialmente a saúde suplementar. Do contrário, arrisca-se a afirmar que, caso mantida a situação atual, a solvência das OPSs e de todo o sistema de saúde suplementar, da qual grande parte da população é totalmente dependente, entrará em colapso.

3.3 MANUTENÇÃO DE EX-FUNCIONÁRIOS

3.3.1 Principais Aspectos Envolvendo a Manutenção de Ex-Funcionários nos Planos de Saúde

Além das controvérsias acima tratadas, outra espécie de problemática diariamente presenciada no âmbito dos contratos de plano de saúde merece ser também comentada. Consiste de um tema específico do âmbito dos contratos coletivos empresariais⁶³⁹ (aqueles oriundos de relação empregatícia⁶⁴⁰) e que se encontra exaustivamente disciplinado pelas lições da LPS e pela correlata regulamentação da ANS.

⁶³⁸ PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e Efetividade da Defesa do Consumidor. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*. Ano 3. n. 9. Porto Alegre: HS Editora, out./dez. 2009. p. 91/93.

⁶³⁹ Com base no artigo 5º, da RN nº 195, da ANS, pode-se definir o contrato coletivo empresarial como aquele que oferece cobertura de atenção prestada à população delimitada e vinculada a uma pessoa jurídica em relação empregatícia ou estatutária, podendo contemplar também outros vínculos, como os de sócio, administradores, aposentados e demitidos, estagiários, menores-aprendizes, trabalhadores temporários e agentes políticos (aqueles que exercem mandato público e eletivo) e os seus respectivos grupos familiares; Importante lembrar que, conforme os dados mais atuais fornecidos pela ANS, os planos coletivos empresariais contemplam aproximadamente 65% dos beneficiários de planos de saúde. (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS. *Dados Gerais*. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/materiais-para-pesquisas/perfil-do-setor/dados-gerais>>. Acesso em: 05/02/2014.

⁶⁴⁰ Por se tratar de um direito decorrente da relação de emprego, Luiz Celso Dias Lopes entende que tais normas estariam mais adequadas se previstas na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. (LOPES, Luiz Celso Dias. A Garantia de Manutenção Em Planos Coletivos Empresariais Para Demitidos e Aposentados – artigos 30 e 31 da Lei 9.656/98. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 292).

Fala-se aqui da questão relativa à *manutenção de ex-funcionários* (e seus dependentes) no contrato de plano de saúde, nas mesmas condições⁶⁴¹ de cobertura assistencial que gozavam quando empregados ativos. Esta pode ser fragmentada em dois grandes assuntos: (I) a manutenção de funcionários exonerados (no caso de servidores públicos estatutários) ou demitidos sem justa causa (rompimento de vínculo empregatício propriamente dito) no plano (coletivo) firmado por seu ex-empregador; e (II) a manutenção de aposentados em planos firmados também por seu ex-empregador.

Com efeito, esta questão está regulamentada na LPS⁶⁴², nos artigos 30⁶⁴³ e 31⁶⁴⁴, respectivamente, bem como ao longo de toda a RN n.º. 279⁶⁴⁵ da ANS. Enquanto o primeiro dispositivo da lei assegura ao funcionário exonerado ou demitido sem justa causa o direito de manter-se no plano mantido pela sua (ex)empregadora, o segundo assegura direito similar ao funcionário aposentado. Em qualquer das hipóteses, para fazer jus à dita manutenção, o beneficiário, demitido ou aposentado, deve, além de ter comprovadamente contribuído para o plano enquanto estava empregado⁶⁴⁶, assumir o pagamento integral das mensalidades (ou seja, pagar também a parte que antes era assumida pela empresa), além de observar os demais requisitos legais.

⁶⁴¹ Conforme o artigo 2º, inciso II, da RN n.º. 279, da ANS, por *mesmas condições de cobertura assistencial*, deve-se entender a mesma segmentação e cobertura, rede assistencial, padrão de acomodação em internação, área geográfica de abrangência e fator moderador (franquia e/ou coparticipação, por exemplo), se houver.

⁶⁴² Luiz Celso Dias Lopes aponta interessante informação: “As disposições da Lei n.º 9.656, de 1998, aplicam-se, via de regra, aos planos privados de saúde, independentemente da forma de contratação, exceto 4 dos seus artigos. Dois se aplicam tão somente aos individuais (parágrafos únicos dos artigos 13 e 16) e dois aos planos coletivos empresariais (artigos 30 e 31)”. (LOPES, Luiz Celso Dias. *A Garantia de Manutenção Em Planos Coletivos Empresariais Para Demitidos e Aposentados – artigos 30 e 31 da Lei 9.656/98*. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 290).

⁶⁴³ Art. 30: “Ao consumidor que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, é assegurado o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral”.

⁶⁴⁴ Art. 31: “Ao aposentado que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, pelo prazo mínimo de dez anos, é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral”.

⁶⁴⁵ RN n.º. 279. ANS: “Dispõe sobre a regulamentação dos artigos 30 e 31 da Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998, e revoga as Resoluções do CONSU n.ºs 20 e 21, de 7 de abril de 1999 [...]”.

⁶⁴⁶ Conforme enfatizam Lígia Bahia e Mário Scheffer: “Tanto no caso de aposentadoria quanto de demissão, o benefício não será válido se o plano coletivo tiver sido custeado integralmente pela empresa, isto é, se o usuário não tiver contribuído com parte do pagamento”. (BAHIA, Lígia; SCHEFFER, Mário. *Planos e Seguros de Saúde: o que todos devem saber sobre a assistência médica suplementar no Brasil*. São Paulo: UNESP, 2010. p. 104); Outra não é a conclusão do artigo 30. §6º. Da LPS: “Nos planos coletivos custeados integralmente pela empresa, não é considerada contribuição a coparticipação do consumidor, única e exclusivamente, em procedimentos, como fator de moderação, na utilização dos serviços de assistência médica ou hospitalar”.

Tratam-se de prerrogativas que possuem, conforme se percebe, inegável repercussão social e econômica, haja vista que garantem aos usuários a possibilidade de, caso preenchidos os requisitos da lei, permanecerem no plano no formato “coletivo”, ao invés de necessitarem contratar um plano de saúde individualmente, modalidade que lhes seria muito mais dispendiosa e gravosa, sobretudo, em uma fase especialmente difícil de sua vida (velhice e/ou desemprego).⁶⁴⁷

Entretanto, apesar de a lei prever tais possibilidades (e estipular as condições para que o usuário, no caso concreto, possa delas se utilizar), não são raras demandas judiciais em que ditos dispositivos legais encontram-se no centro da celeuma, sendo comuns usuários postularem judicialmente pelo direito de serem mantidos na condição de beneficiários, mesmo quando a situação específica não preenche os requisitos constantes na lei.

Veja-se, por exemplo, não ser qualquer funcionário, que vivencia a rescisão de seu vínculo empregatício, que passa a ter este direito. Além de necessitar continuar honrando efetivamente com o pagamento das mensalidades, trata-se de uma prerrogativa conferida pela lei apenas àqueles funcionários exonerados/demitidos *sem justa causa* (artigo 30, *caput*, da LPS). Em outras palavras, situações em que a exoneração/demissão se dá voluntariamente ou com justa causa, não geram direito ao gozo dos benefícios em questão.⁶⁴⁸

Ademais, ainda tratando-se de funcionários exonerados/demitidos, não se trata de um direito eterno, já que é limitado, por lei, a um terço do período em que esteve

⁶⁴⁷ Luiz Antonio Rizzatto Nunes se manifesta expressamente quanto à importância do benefício trazido no artigo 30, mencionando inclusive que a regra constante no *caput* do mencionado dispositivo legal “vem corrigir grave injustiça [...] Ela vem evitar graves distorções que atingem o empregado que saiu de seu emprego, por meio do qual acabou vinculando-se a determinado seguro ou plano de saúde”. O autor menciona que, do contrário, além de perder, por exemplo, os prazos de carência já superados, o usuário perderia anos e anos de contribuição. Além disso, “[...], por ter-se tornado mais idoso, tinha feito toda uma programação de atendimento preventivo ou de acompanhamento de doenças com certos prestadores de serviços médicos, que é obrigado a abandonar”. (NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários à lei de Plano e Seguro-Saúde*: (lei n. 9.565, de 3-6-1998). São Paulo: Saraiva, 1999. p. 84).

⁶⁴⁸ Conforme Luiz Celso Dias Lopes, “[...] não se aplica àquelas situações que decorram de ato voluntário ou espontâneo do beneficiário, incluindo-se aí o pedido de demissão ou de exoneração ou, ainda a adesão (mesmo que incentivada pelo empregador) a programas de demissão voluntária (PDVs)”. (LOPES, Luiz Celso Dias. *A Garantia de Manutenção Em Planos Coletivos Empresariais Para Demitidos e Aposentados – artigos 30 e 31 da Lei 9.656/98*. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 303); Em sentido contrário, defende Luiz Antonio Rizzatto Nunes, o qual sustenta que a norma estaria dirigida à relação consumidor-empregado e a operadora, de forma que o motivo (e a forma) da rescisão do contrato de trabalho seria irrelevante para fazer jus ao benefício. (NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários à lei de Plano e Seguro-Saúde*: (lei n. 9.565, de 3-6-1998). São Paulo: Saraiva, 1999. p. 85).

como beneficiário junto à empresa contratante do plano coletivo (artigo 30, §1º⁶⁴⁹, da LPS), sendo assegurado o mínimo de 06 (seis) meses e o máximo de 24 (vinte e quatro) meses (artigo 4º, parágrafo único⁶⁵⁰ da RN nº. 279).⁶⁵¹ Tampouco se trata de um plano ilimitado, uma vez que acompanha o destino do contrato coletivo de origem, mantido por sua ex-empregadora (artigo 30, §4º⁶⁵², da LPS). Nesse contexto, todas as alterações que este sofrer, tais como reajustes no valor das mensalidades (bem como, de outro lado, eventuais vantagens e benefícios que venham a ser agregados), também se aplicarão ao vínculo do (agora) ex-funcionário.⁶⁵³ Da mesma forma, caso o plano original venha a ser rescindido, o mesmo fim deverá seguir o vínculo deste beneficiário (artigo 26, inciso III⁶⁵⁴, da RN nº. 279).

Com relação ao direito do aposentado em ser mantido no plano, também se aplicam essencialmente os mesmos requisitos e peculiaridades antes descritos (artigo 31, §§ 2º⁶⁵⁵ e 3º⁶⁵⁶). Além de ser igualmente necessária a manutenção do pagamento das mensalidades, destaca-se que apenas o aposentado que tiver participado de plano coletivo (em razão de vínculo empregatício) por, no mínimo 10 (dez) anos, fará jus à permanência ilimitada no plano (artigo 31, *caput*, da LPS e artigo 5º, *caput*⁶⁵⁷, da RN nº. 279). Por outro lado, o aposentado que permaneceu por tempo inferior aos

⁶⁴⁹ Art. 30: “[...] §1º - O período de manutenção da condição de beneficiário a que se refere o caput será de um terço do tempo de permanência nos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, com um mínimo assegurado de seis meses e um máximo de vinte e quatro meses”.

⁶⁵⁰ Art. 4º: “[...] parágrafo único - O período de manutenção a que se refere o caput será de 1/3 (um terço) do tempo de permanência em que tenha contribuído para os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do artigo 1º da Lei nº 9.656, de 1998, ou seus sucessores, com um mínimo assegurado de 6 (seis) e um máximo de 24 (vinte e quatro) meses na forma prevista no artigo 6º desta Resolução”.

⁶⁵¹ Luiz Antonio Rizzato Nunes defende que a limitação do tempo a 1/3, inserida no §1º, foi o grande equívoco do legislador. (NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários à lei de Plano e Seguro-Saúde*: (lei n. 9.565, de 3-6-1998). São Paulo: Saraiva, 1999. p. 86).

⁶⁵² Art. 30: “[...] §4º - O direito assegurado neste artigo não exclui vantagens obtidas pelos empregados decorrentes de negociações coletivas de trabalho”.

⁶⁵³ “O valor segue igual à época em que era empregado da empresa, submetendo-se aos mesmos reajustes e correções aplicados aos associados ou segurados que continuam no emprego”. (RIZZARDO, Arnaldo; PORTO, Eduardo Heitor; TURRA, Sérgio Bergonsi; TURRA, Tiago Bergonsi. *Planos de Assistência e Seguros de Saúde*: Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999. p. 88).

⁶⁵⁴ Art. 26: “O direito assegurado nos artigos 30 e 31 da Lei nº 9.656, de 1998, se extingue na ocorrência de qualquer das hipóteses abaixo: [...] III – pelo cancelamento do plano privado de assistência à saúde pelo empregador que concede este benefício a seus empregados ativos e ex-empregados”.

⁶⁵⁵ Art. 31: “[...] §2º - Para gozo do direito assegurado neste artigo, observar-se-ão as mesmas condições estabelecidas nos §§ 2º, 3º, 4º, 5º e 6º do art. 30”.

⁶⁵⁶ Art. 31: “[...] §3º - Para gozo do direito assegurado neste artigo, observar-se-ão as mesmas condições estabelecidas nos §§ 2º e 4º do art. 30”.

⁶⁵⁷ Art. 5º: “É assegurado ao ex-empregado aposentado que contribuiu para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do artigo 1º da Lei nº 9.656, de 1998, contratados a partir de 2 de janeiro de 1999, em decorrência de vínculo empregatício, pelo prazo mínimo de 10 (dez) anos, o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assumo o seu pagamento integral”.

mencionados 10 (dez anos) no plano coletivo não terá direito a ser mantido ilimitadamente, devendo-se observar, nesta hipótese, a lição dos artigos 31, §1^{o658}, da LPS, e 5^o, parágrafo único⁶⁵⁹, da RN n.º. 279, de acordo com os quais o beneficiário, neste caso, passa a ter direito de permanecer no plano à razão de um ano para cada ano de contribuição.

Ainda assim, repisa-se, são comuns demandas judiciais em que ex-funcionários, demitidos ou aposentados, clamam fazer jus a estes direitos, de serem mantidos no plano coletivo, mesmo quando flagrantemente não observados os requisitos e critérios estabelecidos na lei.

São frequentes, por exemplo, ações em que aposentados não possuíam 10 (dez) anos de vínculo junto ao plano coletivo e, ainda assim, postulam por permanência ilimitada. Da mesma forma, não são incomuns casos em que funcionários demitidos por justa causa ou, ainda que sem justa causa, não preenchem determinadas condições (como assumir o pagamento das mensalidades ou tolerar as alterações que o plano original venha a sofrer) e, mesmo assim, postulam pelo direito à manutenção no plano.

Outra peculiaridade que frequentemente gera calorosas discussões diz respeito ao prazo estabelecido pela ANS para que o beneficiário postule o pedido de manutenção no plano. Diz-se isso, pois, conforme a RN n.º. 279, artigo 10, o ex-empregado demitido/aposentado “poderá optar pela manutenção da condição de beneficiário no prazo máximo de 30 (trinta) dias, em resposta ao comunicado do empregador, formalizado no ato da comunicação do aviso prévio, a ser cumprido ou indenizado, ou da comunicação da aposentadoria”. Fulminado este período, portanto, a conclusão lógica é no sentido de que o consumidor perde o direito a esta prerrogativa.

De outra banda, conforme o artigo 12⁶⁶⁰, da mesma RN, a OPS só poderá aceitar a exclusão de determinado beneficiário do plano, caso a empresa comprove que o mesmo foi comunicado da possibilidade de manutenção da condição de beneficiário.

⁶⁵⁸ Art. 31: “[...] §1^o - Ao aposentado que contribuir para planos coletivos de assistência à saúde por período inferior ao estabelecido no caput é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, à razão de um ano para cada ano de contribuição, desde que assuma o pagamento integral do mesmo”.

⁶⁵⁹ Art. 5^o: “[...] parágrafo único - É assegurado ao ex-empregado aposentado que contribuiu para planos privados de assistência à saúde, no mesmo plano privado de assistência à saúde ou seu sucessor por período inferior ao estabelecido no caput, o direito de manutenção como beneficiário, à razão de 1 (um) ano para cada ano de contribuição, desde que assuma o seu pagamento integral”.

⁶⁶⁰ Art. 12: “A exclusão do beneficiário do plano privado de assistência à saúde somente deverá ser aceita pela operadora mediante a comprovação de que o mesmo foi comunicado da opção de manutenção da condição de beneficiário de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, bem como das informações previstas no artigo anterior”.

Apesar de aparentemente claras na lei, são questões que, na prática, podem vir a gerar interpretações variadas, das quais decorrem conflitos e, por vezes, litígios.

Tratam-se de situações, enfim, extremamente importantes e tradicionais nos planos de saúde e que, em que pese estejam devidamente regulamentadas em lei, são frequentemente levadas à juízo.

3.3.2 Enfrentamento do Judiciário

Introduzidas as questões envolvendo os direitos de funcionários demitidos/aposentados de serem mantidos nos planos de saúde firmados pela(s) ex-empregadora(s), bem como o panorama normativo que regulamenta estas situações, cabe verificar qual tem sido o entendimento do TJ/RS e do STJ perante estes casos.

De pronto, cumpre registrar, conforme já mencionado acima, serem estas questões exemplos de litígios em que a LPS e a regulamentação da ANS são técnica e corretamente utilizadas, sendo isolados os precedentes em que os Julgadores flexibilizam as exigências da lei e alcançam os benefícios nela previstos a beneficiários que, em tese, não teriam direito a tais.

Nesse sentido, revela-se necessário reconhecer que o TJ/RS apresenta diversas decisões, em que os Julgadores preservaram a regulamentação trazida pela LPS e pela RN n.º. 279 da ANS e restringiram o direito de continuidade (do consumidor) no plano de saúde às hipóteses em que as exigências e critérios da lei são efetivamente obedecidos.

A título de exemplo, como precedentes em que os benefícios dos artigos 30/31 da LPS foram negados, haja vista que inobservados os requisitos constantes na lei, pode-se citar o Agravo de Instrumento n.º. 70058269903, Sexta Câmara Cível, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 30/01/2014⁶⁶¹, o Agravo de Instrumento n.º. 70058311168, Sexta Câmara Cível, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em

⁶⁶¹ Segue a ementa: “Agravo de instrumento. Seguros. Plano de saúde. Beneficiário aposentado. Pedido de manutenção de vínculo com o plano de saúde contratado por ex-empregadora. Contrato coletivo rescindido. Resolução normativa 279 da ANS. Ausentes os requisitos do art. 273 do CPC deve reformada a decisão que deferiu o pedido de antecipação de tutela. Agravo de instrumento provido”.

30/01/2014⁶⁶² e o Agravo de Instrumento n.º. 70057816795, Sexta Câmara Cível, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em 10/12/2013⁶⁶³, todos do TJ/RS.

Na mesma esteira, decisões em que os benefícios foram concedidos aos postulantes, eis que preenchidos os requisitos da lei, também são facilmente localizáveis. Apenas para ilustrar, citam-se o Agravo de Instrumento n.º. 70057999484, Sexta Câmara Cível, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 20/12/2013⁶⁶⁴ (TJ/RS), os Embargos Infringentes n.º. 70055132336, Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgados em 22/11/2013⁶⁶⁵ (TJ/RS), a Apelação Cível n.º. 70050535558, Sexta Câmara Cível, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgada em 19/12/2013⁶⁶⁶(TJ/RS) e oAgRg no AREsp n.º. 239.437/RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, Julgado em 11/12/2012⁶⁶⁷ (STJ).

E não são apenas casos em que os requisitos são genericamente analisados, mas também precedentes em que determinado critério da LPS/ANS foi especificamente exigido no caso concreto e, ante a sua ausência, restou indeferido o pedido de manutenção junto ao plano de saúde.

Exemplo, nesse norte, encontra-se na Apelação Cível n.º. 70055855803, Quinta Câmara Cível, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgada em 30/10/2013⁶⁶⁸, em que o TJ/RS

⁶⁶² Segue a ementa: “Agravo de instrumento. Seguros. Plano de saúde. Antecipação de tutela. Ausentes os requisitos do art. 273 deve ser mantida a decisão que indeferiu a antecipação de tutela. Inaplicabilidade do art. 30 da Lei 9.656/98. Inexistência de vínculo empregatício. Agravo de instrumento com negativa de seguimento em decisão monocrática”.

⁶⁶³ Segue trecho da ementa: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. SEGUROS. MANUTENÇÃO DO PLANO DE SAÚDE. RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. REQUISITOS DO ART. 31 DA LEI 9.656/98 NÃO PREENCHIDOS. [...]”.

⁶⁶⁴ Segue trecho da ementa: “[...] Preenchidos os requisitos exigidos pelo art. 31 da Lei 9.656/98 mostra-se imperativa a concessão da medida postulada no sentido de manter o agravante e seus dependentes no contrato de plano de saúde firmado junto à ré por sua ex-empregadora durante o trâmite do feito. Agravo de instrumento provido”.

⁶⁶⁵ Segue trecho da ementa: “EMBARGOS INFRINGENTES. SEGUROS. PLANO DE SAÚDE COLETIVO. MANUTENÇÃO DO PLANO DE SAÚDE. BENEFICIÁRIOS. POSSIBILIDADE. REQUISITOS DO ART. 31 DA LEI Nº 9.656/98 PREENCHIDOS [...]”.

⁶⁶⁶ Segue trecho da ementa: “[...] O art. 31 da Lei n.º 9.656/98 é claro ao estabelecer o direito de o consumidor manter a sua condição de segurado de plano de saúde coletivo, por prazo indeterminado, na hipótese de rescisão do contrato de trabalho nos casos em que o beneficiário aposentado tenha contribuído para o plano por mais de 10 anos”.

⁶⁶⁷ Segue trecho da ementa: “O art. 30 da Lei n.º 9.656/98 confere ao consumidor o direito de contribuir para plano ou seguro privado coletivo de assistência à saúde, decorrente de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, assegurado-lhe o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma também o pagamento da parcela anteriormente de responsabilidade patronal. Precedentes. Incidência da Súmula STJ/83”.

⁶⁶⁸ Segue a ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. APOSENTADORIA. RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. MANUTENÇÃO DO BENEFICIÁRIO NO PLANO. ARTIGO 31 DA LEI N.º 9.656/98. IMPOSSIBILIDADE. NOVA CONTRATAÇÃO. 1. Consoante o disposto no artigo 31 da Lei n.º 9.656/98, mostra-se viável a manutenção do beneficiário sem limitação temporal, desde que assuma o pagamento integral das mensalidades. 2. Hipótese em que a parte autora optou por

não acolheu a pretensão autoral, eis que comprovado que o postulante havia contratado novo plano de saúde.

Situação análoga verifica-se na Apelação Cível n°. 70052645785, Sexta Câmara Cível, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgada em 31/07/2013⁶⁶⁹, em que o pedido autoral foi igualmente rechaçado pelo juízo, eis que comprovado que o consumidor fora admitido em novo emprego, hipótese expressamente vedada pela LPS, no artigo 30, §5º⁶⁷⁰, bem como no artigo 26, inciso II⁶⁷¹, da RN n°. 279 da ANS.⁶⁷²

Outro precedente em que o pedido de funcionário aposentado deixou de ser acolhido pelo TJ/RS é a Apelação Cível n°. 70055692149, Quinta Câmara Cível, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgada em 27/11/2013⁶⁷³, haja vista a ausência de comprovação, por parte do beneficiário, no sentido de que teria contribuído para o plano de saúde, conforme determina e exige a lei.

Citável também, nesse contexto, como exemplo de situação em que o benefício foi correta e tecnicamente rechaçado, a Apelação Cível n°. 70055652747⁶⁷⁴, Quinta Câmara Cível, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgada em 30/10/2013. No aresto em questão, reconheceram os Julgadores inexistir, no caso concreto, relação de emprego mantida entre o autor e a empresa que contratara plano de saúde coletivo. Verificou-se

contratar novo plano coletivo de saúde, fulminando a pretensão de reinclusão no plano mantido pela empregadora. Sentença de improcedência mantida. RECURSO DESPROVIDO".

⁶⁶⁹ Segue trecho da ementa: "[...] No caso de aposentadoria é assegurado ao consumidor o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho. O benefício previsto deixará de existir quando da admissão do consumidor titular em novo emprego, exatamente o que ocorreu no caso em tela. Inteligência do art. 30, § 5º, da Lei 9.656/98, e da Resolução Normativa nº 279. [...]"

⁶⁷⁰ Art. 30: "[...] §5º - A condição prevista no caput deste artigo deixará de existir quando da admissão do consumidor titular em novo emprego".

⁶⁷¹ Art. 26: "O direito assegurado nos artigos 30 e 31 da Lei nº 9.656, de 1998, se extingue na ocorrência de qualquer das hipóteses abaixo: [...] II - pela admissão do beneficiário demitido ou exonerado sem justa causa ou aposentado em novo emprego".

⁶⁷² Luiz Antonio Rizzatto Nunes, contudo, defende que o §5º seria inconstitucional: "[...] Seria o mesmo que determinar que o empregado que arruma novo emprego está *obrigado* a aderir ao plano ou seguro de saúde coletivo que seu empregador adotou!". (NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários à lei de Plano e Seguro-Saúde*: (lei n. 9.565, de 3-6-1998). São Paulo: Saraiva, 1999. p. 86).

⁶⁷³ Segue trecho da ementa: "[...] No caso, inexistem provas nos autos de que o beneficiário tenha contribuído ao plano de saúde coletivo pelo prazo mínimo de 10 anos, conforme estabelecido pelo art. 31 da Lei n 9.656/98. 4. Ainda, a teor do que dispõe o documento de fl. 87, não é descontado qualquer valor a título de contribuição mensal para auxílio no pagamento do plano de saúde, sendo responsabilidade única e exclusiva da empresa. RECURSO DESPROVIDO".

⁶⁷⁴ Segue trecho da ementa: "APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO. PLANO DE SAÚDE. MANUTENÇÃO DO PACTO. ARTIGOS 30 E 31 DA LEI 9.656/98. PARCERIA RURAL. RELAÇÃO DE EMPREGO NÃO COMPROVADA. [...] Os artigos 30 e 31 da Lei 9.656/98 exigem, para a concessão do direito neles previstos, a contribuição para contrato de plano de saúde em virtude de vínculo empregatício. 4.O vínculo que o autor mantinha com a estipulante não decorria de um contrato de trabalho, mas de um contrato de parceria rural. Eventual descaracterização deste, a fim de se reconhecer vínculo empregatício, só pode ser objeto de análise pela Justiça do Trabalho, por se tratar de competência absoluta em razão da matéria atinente aquela especializada. Negado provimento ao apelo".

que, no caso dos autos, o vínculo que o autor mantinha com a estipulante decorria de parceria rural, não havendo, portanto, contrato de trabalho.⁶⁷⁵

Não obstante as decisões acima, que validam e ratificam as exigências previstas na lei, deve-se registrar existirem precedentes que, em sentido diverso, se afastam de uma interpretação/utilização técnica da normatização e chancelam pedidos de consumidores que, por não preencherem os requisitos legais, não fariam jus à manutenção da condição de beneficiário do plano de saúde.

Caso emblemático desta corrente é verificável no julgamento da Apelação Cível n.º. 70044743490, Quinta Câmara Cível, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgada em 28/09/2011. Na hipótese, a consumidora, aposentada, pretendia a sua manutenção e de seus dependentes como beneficiários do plano (empresarial), em condições idênticas às da cobertura assistencial que gozava quando da vigência de seu contrato de trabalho. Com respaldo no artigo 31 da LPS, sustentava assumir os pagamentos das mensalidades, bem como que já contava com mais de 10 (dez) anos de contribuição. Conforme a LPS, contudo, o direito postulado está expressamente condicionado à existência do plano de saúde empresarial (mantido pela ex-empregadora), ou seja, na hipótese da empresa cancelar o contrato (situação comprovadamente ocorrida no caso daqueles autos), o benefício também se extingue (artigo 26, inciso III, da RN n.º. 279). Ainda assim, o TJ/RS decidiu por determinar a continuidade da autora àquele plano, o qual, repisa-se, já havia sido rescindido.⁶⁷⁶

Outro precedente em que a normatização foi inobservada encontra-se na Apelação Cível n.º. 70057309502, Quinta Câmara Cível, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgada em 18/12/2013⁶⁷⁷. No caso, o aposentado teve seu direito de ser mantido

⁶⁷⁵ Maury Ângelo Bottesini e Mauro Conti Machado defendem que o benefício previsto no artigo 30 seria estendível a todo e qualquer trabalhador, independentemente de haver vínculo de emprego, ou seja, admitiria também terceirizados, prestadores de serviço, trabalhadores avulsos, etc.: “O que implementa a condição imposta pela parte estipulante para a vinculação ao plano ou à apólice coletiva de seguro de assistência à saúde é uma relação típica de *trabalho*, haja ou não o chamado vínculo *empregatício* [...]”. (BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos Planos e Seguros de Saúde*: comentada e anotada artigo por artigo – doutrina – jurisprudência. São Paulo: RT, 2003. p. 209/211).

⁶⁷⁶ Curiosamente, veja-se que caso bastante semelhante foi julgado, recentemente, de maneira absolutamente contrária. Faz-se, aqui, alusão ao Agravo de Instrumento n.º. 70058244963, Quinta Câmara Cível, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 28/01/2014, cujo trecho da ementa segue: “[...] 2. Na qualidade de representante dos assistidos, a estipulante, em princípio, estava autorizada a proceder a resolução do contrato de plano de saúde. 3. Ainda, mesmo que porventura o autor fizesse jus ao benefício do artigo 31 da Lei 9.656/98, em tese, a rescisão por iniciativa da estipulante, culminaria com a extinção daquele direito, em conformidade com o artigo 26, III, da Resolução Normativa n.º. 279/2011 da ANS. Negado seguimento ao agravo de instrumento”.

⁶⁷⁷ Segue trecho da ementa: “[...] 3. O plano de saúde objeto do litígio decorre do exercício da opção conferida ao aposentado de manter o contrato ao qual era vinculado por meio de relação de emprego nas mesmas condições gozadas na vigência daquela, de acordo com o artigo 31 da Lei 9.656/98. 4. O valor

como beneficiário cancelado pela OPS. Contudo, e em conformidade com o artigo 19 da RN n.º. 279, o valor da mensalidade foi readequado, uma vez que à quantia que era paga pelo beneficiário (quando empregado ativo) foi acrescida a parcela que era, até então, suportada pela empresa. Irresignado, o consumidor questionou dita majoração, tendo o juízo expressamente rechaçado a aplicação do mencionado dispositivo normativo e, por consequência, reconhecido (erroneamente) que o valor das mensalidades deveria guardar correspondência com aquele que era cobrado quando da vigência do contrato de trabalho.

Enfim, tratam-se de situações que, conforme visto, excetuados casos específicos e isolados, são decididas judicialmente com base na LPS e na normatização expedida pela ANS.

3.3.3 Exemplo de Entendimentos Neutros

Tratam-se as referidas demandas, conforme acima verificado, de exemplo de boa prática judiciária, em que os direitos dos consumidores vêm sendo, como regra, garantidos, sem extrapolações dos limites legais e/ou ampliação exagerada e desarrazoada dos direitos de um consumidor (individualmente considerado) em detrimento dos demais.

Note-se que, caso prevalecesse o entendimento de que, por exemplo, um consumidor demitido e/ou aposentado, pudesse gozar do benefício de manutenção previsto nos referidos dispositivos legais, mesmo após o contrato empresarial ter sido cancelado pela empresa contratante, estar-se-ia diante de situação extremamente gravosa e perigosa do ponto de vista da coletividade. Isso, pois, a OPS estaria sendo obrigada a suportar um plano estruturado em base, estatísticas e critérios coletivos, de forma individual, para apenas um beneficiário (e seus familiares).

da mensalidade deve guardar correspondência com aquele que era suportado durante o contrato de trabalho, arcando o aposentado com a prestação que lhe correspondia, bem como com aquela que era de incumbência do empregador. 5. Inaplicável o artigo 19 da Resolução Normativa n.º. 279/2011 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que estabelece que a manutenção poderá ocorrer com condições de reajuste, preço e faixa etária diferenciadas daquelas verificadas no plano privado de assistência à saúde contratado para os empregados ativos. Isso porque não é permitido à agência fiscalizadora estabelecer restrições não previstas em lei, em detrimento do consumidor. [...]”.

Não há qualquer dúvida de que o propósito dos referidos benefícios é garantir ao consumidor que, justamente no momento de maior necessidade (seja pela velhice, seja pelo desemprego), tenha, ainda que por um período limitado, assegurado o acesso aos serviços de saúde (pelos quais já contribuía e assim continuará), pagando um preço diferenciado (já que indiscutivelmente mais vantajoso do que um plano individual/familiar). Nada mais justo, portanto, que reservar estas prerrogativas apenas àqueles beneficiários que se encontram (e se mantêm) em condição de desempregado/aposentado.

Outro exemplo que reflete litígios que vêm sendo adequadamente resolvidos judicialmente diz respeito à questão do prazo (máximo) do qual o beneficiário dispõe, após desligado de seu emprego, para solicitar a manutenção no plano. Nesse norte, multiplicam-se decisões judiciais que desconsideram o transcurso do referido prazo (de 30 dias⁶⁷⁸, conforme previsão da ANS) quando a OPS não consegue, por exemplo, comprovar que o beneficiário foi, efetivamente, comunicado acerca do seu direito de manter-se junto ao plano. Entendimentos como este estão, a toda evidência, em saudável harmonia com o sistema.

De outra banda, caso prevalecesse um entendimento que garantisse dito direito àqueles consumidores que não cumprem os requisitos legais, (tais como não contribuir para o plano durante a vigência do emprego⁶⁷⁹ ou não assumir a integralidade da mensalidade após o desligamento da empresa), ou estendê-lo para quem, por motivo superveniente não mais se encaixa nas situações legais (como, por exemplo, empregado que é admitido em um novo emprego⁶⁸⁰), estar-se-ia diante de decisões que, além de não

⁶⁷⁸ Dito prazo é inclusive considerado pela doutrina como genuíno caso de decadência. (LOPES, Luiz Celso Dias. A Garantia de Manutenção Em Planos Coletivos Empresariais Para Demitidos e Aposentados – artigos 30 e 31 da Lei 9.656/98. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 310).

⁶⁷⁹ Há, entretanto, quem defenda que o benefício estaria assegurado mesmo quando a empresa não desconta nenhum valor do empregado. Tais defensores clamam que o empregado teria contribuído de forma indireta, sendo o plano de saúde um “salário indireto”. Neste sentido, por exemplo, MONTEIRO, Sonia Maria. Planos de Saúde – aspectos controvertidos – contrato coletivo. *Saúde Suplementar no Direito Brasileiro*. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 6. Judicialização da Saúde Parte 1. Rio de Janeiro: EMERJ, 2012. p. 474/475; Posição contrário, isto é, afirmando que o plano de saúde não detém natureza salarial, mas sim um benefício de natureza assistencial, pode ser encontrado em NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Planos de Saúde da Empresa e a Lei n° 9.656/98*. Suplemento Trabalhista. n. 149. São Paulo: LTr, 1998. p. 693.

⁶⁸⁰ Luiz Celso Dias Lopes contribui para a reflexão acerca do que consiste novo vínculo empregatício: “Mas o que se considera novo emprego? A ANS regulamentou essa questão deixando claro que se trata de qualquer vinculação em razão de emprego, profissão ou ... que permita o acesso a plano de saúde. Isso significa que o novo emprego tem que efetivamente garantir a vinculação a um novo plano de saúde? Não, pois se assim fosse, teria o legislador condicionado à admissão a novo vínculo a plano de saúde coletivo na condição de beneficiário e, não, à admissão a um novo emprego. [...]”. (LOPES, Luiz Celso Dias. A Garantia de Manutenção Em Planos Coletivos Empresariais Para Demitidos e

técnicas e possivelmente ilegais, flagrantemente destoam do objetivo a que a lei e dito direito se prestam, mais uma vez prejudicando a coletividade, em benefício único daqueles consumidores litigantes.

Considerando viver-se em um Estado Social e Democrático de Direito, o qual se encontra, mais do que nunca, profundamente estruturado e enraizado em valores sociais e humanos, é patente revelarem-se estes benefícios trazidos pela LPS como emblemáticas disposições legais cunhadas com vistas ao resguardo dos mencionados valores e que, como visto, até o momento, como regra, vêm sendo adequadamente tratadas e utilizadas pelo Judiciário gaúcho.

3.4 EXTINÇÃO DOS CONTRATOS

3.4.1 Apresentação da Problemática e das Normas Aplicáveis

Por derradeiro, uma última espécie de controvérsia, típica e comumente presenciada na rotina e nos litígios envolvendo planos de saúde, merece ser igualmente aqui lembrada e comentada. Fala-se da problemática acerca da possibilidade (ou não), e da correlata legalidade, de a OPS proceder com a rescisão do contrato.

Com efeito, trata-se este de uma questão deveras importante, que está, a princípio, disciplinada no artigo 13 (e seus incisos II e III) da LPS. Sofre influência, também, conforme se demonstrará, do artigo 17, da RN n.º. 195, da ANS.

A questão central deste problema, não paira qualquer dúvida, está quanto à possibilidade de a OPS poder rescindir (unilateralmente) determinado plano de saúde (e em quais condições), tema que tem contornos e normatização absolutamente distintos conforme a espécie de contrato em questão, se individual/familiar ou se coletivo.

Cabe lembrar que os planos de saúde, por se prestarem a resguardar a saúde, uma necessidade que as pessoas sempre buscarão, tratam-se de contratos pactuados,

como regra, para vigorar por tempo indeterminado.⁶⁸¹ Por essa razão, com patente intuito de não deixar os contratantes desprotegidos, sobretudo os consumidores firmatários de contratos individuais, são pactos cujas formas de rescisão (unilateral) estão rigorosamente disciplinadas na lei.

Como já adiantado, cumpre diferenciar a normatização que incide sobre cada modalidade de pacto. A LPS, por primeiro, estipula que os contratos individuais (aqui compreendidos tanto os individuais quanto os familiares) terão vigência mínima de um ano (artigo 13, parágrafo único⁶⁸², da LPS). Além disso, estabelece que, também aos contratos individuais, além do mencionado período (mínimo) de validade, não poderão, em hipótese alguma, sofrer suspensão ou rescisão unilateral, excetuadas duas situações: fraude ou falta de pagamento de mensalidade⁶⁸³, por período superior a 60 (sessenta) dias, consecutivos ou não (inciso II⁶⁸⁴). Nesta última hipótese, ainda, deve a OPS comprovar que notificou o consumidor (comunicando-o quanto a sua inadimplência) até o quinquagésimo dia. Prevê a LPS, ainda, que, sob nenhuma circunstância, permite-se a suspensão ou a rescisão do plano durante a ocorrência de internação do titular (inciso III⁶⁸⁵).

⁶⁸¹ Luiz Antonio Rizzatto Nunes: “[...] uma vez iniciada a contratação, ela continua no tempo por *prazo indeterminado*. Aliás, é essa a característica de qualquer contrato de prestação de serviços contínuos ou de seguros [...]”. (NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários à lei de Plano e Seguro-Saúde*: (lei n. 9.565, de 3-6-1998). São Paulo: Saraiva, 1999. p. 50).

⁶⁸² Art. 13: “[...] parágrafo único - Os produtos de que trata o caput, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas: [...]”; Digno de nota, todavia, que a própria constitucionalidade deste dispositivo, por restringir o direito de resolver contratos, é questionável “diante da liberdade de contratar e da inexistência de contrato perpétuo nem de obrigação legal de permanecer eternamente vinculado por contrato”. (BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos Planos e Seguros de Saúde*: comentada e anotada artigo por artigo – doutrina – jurisprudência. São Paulo: RT, 2003. p. 105).

⁶⁸³ No tocante ao artigo 13, parágrafo único, inciso II, Aurisvaldo Sampaio afirma que tal dispositivo “deve ser compatibilizado com o dispositivo do CDC que permite, em caso de mora do consumidor, a sua purgação. Assim, embora a OPS esteja autorizada a extinguir a relação no caso de mora do consumidor superior a 60 dias, será sempre inviável a resolução quando este optar por emenda-la”. (SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de Plano de Saúde*. São Paulo: RT, 2010. p. 316); De outra banda, há quem defenda a absoluta abusividade do permissivo legal trazido no mencionado dispositivo legal, por supostamente ferir o artigo 51, incisos IV e XV, do CDC. Nesse sentido, GREGORI, Maria Stella. *Planos de Saúde*: a ótica da proteção do consumidor. 3. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 186; RODRIGUES, Décio Luiz José. *Planos de Saúde*. São Paulo: Ícone, 2008. p. 19/20; e NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários à lei de Plano e Seguro-Saúde*: (lei n. 9.565, de 3-6-1998). São Paulo: Saraiva, 1999. p. 55.

⁶⁸⁴ Inciso II: “a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência”.

⁶⁸⁵ Inciso III: “a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, em qualquer hipótese, durante a ocorrência de internação do titular”.

Já no que tange à RN n.º. 195, da ANS, estabelece o seu artigo 17, *caput*⁶⁸⁶, que as condições de rescisão do contrato (ou de suspensão) deverão de constar nas minutas dos planos coletivos, empresariais ou por adesão. Além disso, o parágrafo único⁶⁸⁷ do mencionado dispositivo normativo estabelece, também com relação aos contratos coletivos, que estes somente poderão ser rescindidos imotivadamente após a vigência do período de doze meses e mediante prévia notificação da outra parte com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias.

Verifica-se, portanto, que, enquanto a LPS trata expressamente de algumas questões que devem ser observadas, para fins de rescisão (unilateral) do contrato, (apenas) nos planos individuais, a RN n.º. 195 da ANS disciplina algumas questões atinentes (apenas) aos planos empresariais. Ainda, uma vez que a LPS apenas invoca restrições aplicáveis aos planos individuais, infere-se, a contrário senso, que as ditas restrições não se estendem aos planos coletivos.

Considerando as duas normas, enfim, pode-se concluir o seguinte panorama: os contratos coletivos podem ser rescindidos unilateralmente pela OPS, bastando que as condições de rescisão estejam expressamente previstas no contrato. Contudo, caso a rescisão se dê imotivadamente, esta somente poderá ocorrer após o primeiro ano de vigência do contrato, condicionada à prévia notificação à empresa contratante.

Por outro lado, os planos individuais/familiares revelam-se com tratamento bem mais rígido. Além de ser garantido o prazo de vigência mínima de um ano, a rescisão unilateral é, como regra, vedada, ressalvadas duas situações extremas: fraude e falta de pagamento, conforme os termos acima ventilados.

Pode-se concluir, portanto, que, como regra geral, os planos coletivos comportam, respeitadas mínimas observações da lei, rescisão unilateral, diferentemente dos planos individuais/familiares que, salvo duas situações extremas (e devidamente justificadas, isto é, em hipótese alguma comporta denúncia vazia), não admite esta forma de extinção do contrato.⁶⁸⁸

⁶⁸⁶ Art. 17: “As condições de rescisão do contrato ou de suspensão de cobertura, nos planos privados de assistência à saúde coletivos por adesão ou empresarial, devem também constar do contrato celebrado entre as partes”.

⁶⁸⁷ Art. 17: “[...] parágrafo único - Os contratos de planos privados de assistência à saúde coletivos por adesão ou empresarial somente poderão ser rescindidos imotivadamente após a vigência do período de doze meses e mediante prévia notificação da outra parte com antecedência mínima de sessenta dias”.

⁶⁸⁸ Aurisvaldo Sampaio, contudo, defende que a hermenêutica fundada no brocardo *inclusionem unius fit exclusio alterius* (a inclusão de um implica a exclusão dos demais) não seria, aqui, a mais correta, uma vez que permitir a rescisão unilateral imotivada para os contratos coletivos representaria uma violação a diversos princípios do sistema jurídico pátrio, inclusive o da boa-fé objetiva. (SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de Plano de Saúde*. São Paulo: RT, 2010. p. 334/335); No

Enfim, os contratos de planos de saúde, claramente em virtude da sua importância e da sua função social, consistem de pactos cujas possibilidades de rescisão unilateral (por parte das OPSs⁶⁸⁹) estão previstas e discriminadas na lei. Ainda assim, conforme se demonstrará a seguir, não são raros os conflitos judiciais que decorrem, justamente, destas questões, posto que, na prática, várias são as situações que possibilitam interpretações diversas.

3.4.2 Exibição do Panorama Jurisprudencial

Apresentado o panorama normativo que regula as possibilidades em que os contratos de plano de saúde podem ser, licitamente, rescindidos, cumpre fazer breve exibição de como os litígios decorrentes de controvérsias calcadas nestas questões, vêm sendo decididos judicialmente.

Conforme indicado acima, apesar de serem situações das quais, em um primeiro momento, sugerem-se não resultarem grandes controvérsias, já que esmiuçadamente regulamentadas pela LPS e pela ANS, são frequentes as ações que questionam, justamente, se determinado contrato poderia (ou não) ser rescindido.

De pronto, impõe-se registrar, como visto, que os contratos coletivos, tanto empresariais quanto por adesão, são, em tese, mais facilmente rescindidos. Os planos individuais, por outro lado, possuem possibilidades de rescisão bem mais enxutas e rígidas. Daí que, na prática, poucos contratos individuais são, de fato, rescindidos, sendo esta situação bem mais frequente nos contratos coletivos.

Por essa razão, a grande maioria das controvérsias e disputas judiciais envolvendo este tema resultam, sem sombra de dúvida, dos contratos coletivos.

mesmo sentido, SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola; SERRANO JR.. Vidal. *Assistência Privada à Saúde: aspectos gerais da nova legislação*. In: MARQUES, Cláudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). *Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: RT, 2008. p. 221/222.

⁶⁸⁹ Deve-se averbar ser indubitável que, aos consumidores, não há questionar seu direito de solicitar o fim do contrato: “[...] para o consumidor, ser expulso do plano vai significar risco à sua saúde [...] Por outro lado, caso o consumidor decida sair do plano, o que não é comum acontecer, a empresa não sofrerá nenhum prejuízo”. (SALAZAR, Andrea; RODRIGUES, Karina; SILVER, Lynn; e DOLCI, Maria Inês R. Landini. *Planos de Saúde*. Série Cidadania. São Paulo: Globo, 2002. p. 17); No mesmo norte, se manifesta FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP Editora, 2006. p. 221.

Inúmeras são as situações em que a OPS procede com a rescisão do plano e, no âmbito administrativo, é contrariada pela empresa contratante, cabendo ao Judiciário decidir pela licitude (ou não) da rescisão no caso concreto.

Nesse sentido, o Judiciário vem entendendo, em alguns casos, ser possível a rescisão unilateral nos contratos coletivos. Exemplos de decisões que adotam esta linha encontram-se tanto no TJ/RS (Agravo de Instrumento n.º. 70056392798, Sexta Câmara Cível, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em 10/09/2013) quanto no STJ (Edcl no REsp n.º 602.397/RS, Rel. Ministro. Castro Filho, Terceira Turma, Julgado em 24/04/2007).

Note-se que em ambos os precedentes mencionados, os Julgadores chancelaram a rescisão unilateral manejada pela OPS, sustentando que a LPS, ao vedar esta providência apenas nos contratos individuais, assim permitiu aos planos coletivos. Digno de nota, outrossim, que o aresto proveniente do TJ/RS registrou, expressamente, que esta regra (que permite a rescisão dos contratos coletivos) se sobrepõe “a norma genérica que protege o consumidor contra cláusulas abusivas”.

Por outro lado, veja-se que as situações específicas de rescisão implementada com base em alta sinistralidade se revelam das mais confusas, havendo entendimentos diametralmente opostos. Diz-se isso, pois, ao passo que se localizam precedentes em que o Julgador chancelou esta medida (como, por exemplo, o REsp n.º. 889.406/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, Julgado em 20/11/2007, do STJ), inúmeros são os precedentes em que a decisão não acolheu a rescisão manejada (citáveis o Recurso Inominado n.º. 71003914165, Relator: Leandro Raul Klippel, Segunda Turma Recursal Cível, Julgado em 22/08/2012⁶⁹⁰, do TJ/RS, e o REsp n.º. 1.106.557/SP, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, Julgado em 16.09.2010, do STJ⁶⁹¹)

⁶⁹⁰ Segue trecho da ementa: “Durante o período em que a equação financeira favorecia à recorrente não se cogitou de redução de prestação. Deste modo, imperiosa a conclusão de que a questão da ponderação despesa-receita não é motivação razoável para o cancelamento, tendo em vista que se trata de planejamento a ser feito quando do ajuste das mensalidades dos contratantes. [...]”.

⁶⁹¹ Segue trecho da ementa: “DIREITO DO CONSUMIDOR. ESTATUTO DO IDOSO. PLANOS DE SAÚDE. RESCISÃO DE PLANO DE SAÚDE EM RAZÃO DA ALTA SINISTRALIDADE DO CONTRATO, CARACTERIZADA PELA IDADE AVANÇADA DOS SEGURADOS. VEDAÇÃO. 1. Nos contrato de seguro em grupo, o estipulante é mandatário dos segurados, sendo parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação de cobrança. Precedentes. 2. Veda-se a discriminação do idoso em razão da idade, nos termos do art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o que impede especificamente o reajuste das mensalidades dos planos de saúde sob alegação de alta sinistralidade do grupo, decorrente da maior concentração dos segurados nas faixas etárias mais avançadas; essa vedação não envolve, todavia, os demais reajustes permitidos em lei, os quais ficam garantidos às empresas prestadoras de planos de saúde, sempre ressalvada a abusividade. 3. Recurso especial conhecido e provido”.

Neste contexto, é recorrente o entendimento de acordo com o qual, por se tratar de um contrato securitário, o argumento de inviabilidade de manutenção do contrato é desarrazoado, já que “se ocorreram sinistros a mais do que o esperado pela seguradora, não é o segurado que deve responder por isso, uma vez que o contrato por ele celebrado visava justamente protegê-lo desses riscos”. Entende-se, nesse prisma, não ser admissível considerar como causa de ruptura de um contrato de seguro justamente a ocorrência dos sinistros por ele protegidos. (REsp nº. 602.397/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, Julgado em 21/06/2005).

Com base neste raciocínio, são inúmeros os precedentes que entendem que, para justificar a necessidade de rescisão (por alta sinistralidade), a OPS deve, no mínimo, comprovar a onerosidade excessiva e o efetivo desequilíbrio financeiro, de forma a sustentar a impossibilidade de continuidade/renovação do pacto (Recurso Inominado nº 71003906419, Relator: Adriana da Silva Ribeiro, Terceira Turma Recursal Cível, Julgado em 30/08/2012⁶⁹² e o Processo nº. 027/3.12.0001215-6, Juizado Especial Cível da Comarca de Santa Maria⁶⁹³, ambos do Judiciário gaúcho).

Indubitável, portanto, que o trato judicial dedicado a esta matéria é controverso, não se podendo afirmar, pelo menos até o momento, haver entendimento jurisprudencial consolidado em apenas uma direção.

3.4.3 Anotações Rumo à Imparcialidade

Apresentadas as principais correntes jurisprudenciais acerca da possibilidade de rescisão de contratos de planos de saúde, cabe agora, por derradeiro, sugerir-se um esboço daquilo que poderia ser um ponto de neutralidade no tratamento conferido à questão.

⁶⁹² Segue trecho da decisão: “[...] A ré afirma a onerosidade excessiva e desequilíbrio financeiro para a ausência de renovação do contrato coletivo de plano saúde, mas nenhuma prova veio aos autos no sentido de com provar suas alegações [...]”.

⁶⁹³ Segue trecho da decisão: “[...] O contrato original coletivo firmado entre a Unimed e a Cooperativa SICREDI era mantido há anos, sendo renovado periodicamente, portanto, não pode a Unimed, sem demonstração inequívoca do alegado prejuízo superveniente, pretender revisar um contrato, no meio de sua vigência, causando grande surpresa e impacto nas finanças dos consumidores, com alegações desprovidas de provas. Ora, não há demonstração alguma de que o mencionado desequilíbrio financeiro foi superveniente à contratação e, ainda, ocorreu de forma inesperada e imprevista! [...]”.

Na medida em que o bem comercializável nestes contratos é a saúde, bem como que os planos de saúde são típicos pactos cativos de longa duração, não há qualquer dúvida de que a rescindibilidade destes vínculos deve ser tratada de forma diversa das demais espécies de contrato.

Foi justamente atento a essa questão, que o legislador, de forma expressa, praticamente vedou a possibilidade de uma OPS (unilateralmente) cancelar um plano individual/familiar, o que, sem sombra de dúvida, revela-se como uma previsão que guarda absoluta consonância com os principais valores do sistema, inclusive e especialmente com a proteção dos consumidores.

Desta feita, o ponto de equilíbrio quanto aos contratos firmados por pessoas físicas, não implica grande complexidade, cabendo simplesmente atentar às peculiaridades trazidas pela LPS. Em outras palavras, em síntese, apenas o consumidor que age com propósito fraudulento ou que é inadimplente (por prazo superior a 60 dias e que, mesmo após notificação, mantém-se nesta condição), pode ter seu plano (individual/familiar) cancelado. Ao largo destas hipóteses, a rescindibilidade destes planos é, a rigor, vedada.

Como ditas hipóteses são bastante rígidas, fato é que poucos são os contratos individuais/familiares que vêm, efetivamente, a ser rescindidos pelas OPSs, sendo ainda menores, por lógica, os casos que resultam em controvérsias e conflitos judiciais. Soma-se a isso o fato de que, atualmente, existem OPSs que sequer trabalham (mais) com planos individuais.

Nesta esteira, a grande tormenta é, reitera-se, conforme se tentou demonstrar acima, quanto aos planos coletivos. Constatado isto, é inegável que o ponto de equilíbrio, para os debates que resultam das rescisões unilaterais perpetradas nos planos firmados por pessoas jurídicas, decantará apenas e tão-somente da análise comedida e pormenorizada das peculiaridades do caso concreto, as quais deverão ser, como sempre, refletidas à luz dos valores e princípios do sistema.

Em linhas gerais, um plano coletivo que se torna, por determinadas razões, comprovada (mediante cálculos atuariais, estatísticas, contas discriminadas) e substancialmente desequilibrado (não pode ser, assim, qualquer defasagem, visto que, do contrário, se estaria transportando o risco do negócio – que é da OPS – para o contratante), deve ter a sua rescisão, desde que demonstrada a impossibilidade de reequilibrá-lo econômica e financeiramente, admitida.

Estando a solvência da OPS em risco, seja em virtude de alta da sinistralidade, seja pela inesperada e imprevista elevação dos custos dos serviços, a rescisão se revela como a solução mais adequada. Veja-se que suportar a frustração e os aborrecimentos repercutidos pela rescisão (justificada e inevitável, repisa-se) de um plano se mostra infinitamente mais sensato do que obrigar a manutenção de contratos insustentáveis e, com isso, comprometer a capacidade da OPS com relação a toda a sua carteira e demais planos.

Repisa-se que os interesses coletivos não podem jamais sucumbir aos individuais. Neste sentido, Luiz Fux⁶⁹⁴, ainda que em passagem referente à questão da amplitude das coberturas contratuais, mas que é plenamente aqui aplicável, comenta ser notório que o “uso promíscuo do sistema de saúde privada o inviabiliza, nada justificando que um beneficiário podendo ser atendido pelo próprio Estado, extrapole seu plano, prejudicando uma coletividade inteira de pessoas que também necessitam desse instrumento [...]”⁶⁹⁵.

Além disso, em qualquer hipótese, deve o Judiciário ficar atento para que a OPS disponibilize aos consumidores prejudicados (ante a rescisão de seu plano), a possibilidade de assinatura e/ou reinclusão em outro plano equiparável, de forma facilitada (com aproveitamento de carências, por exemplo), com intuito de resguardar os seus direitos, havendo ou não norma vigente que assim determine.

Desta forma, se estará nitidamente harmonizando e observando tanto os valores sociais, a boa-fé objetiva e o respeito aos consumidores, como também as igualmente importantes questões inerentes ao contrato, como o mutualismo e a possibilidade de readequação ante a ocorrência de efetiva onerosidade excessiva.

Não se deve esquecer jamais que à OPS cabe garantir toda a sua carteira de clientes, de forma que a sua administração deve zelar não apenas por um ou outro consumidor isoladamente considerado, mas por todos os usuários de todos os planos que mantém, os quais também merecem ter seus direitos, inclusive sob a ótica consumerista, resguardados e respeitados. Não há qualquer dúvida: a sustentabilidade

⁶⁹⁴ FUX, Luiz. *Tutela de Urgência e Plano de Saúde*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2000. p. 61.

⁶⁹⁵ Eudes de Freitas Aquino, presidente da Unimed Brasil, complexo que abrange todas as Cooperativas Médicas do Sistema Unimed do país e que representa a maior rede de assistência médica nacional, também contribui com o seguinte alerta: “[...] nos dias atuais, o que mais se vê são regras contratuais sendo pisoteadas por favorecimentos e por entendimentos individuais, muitas vezes tomados de forma apressada por desconhecimento ou fundamentos culturais que justifiquem as quebras de regras”. (AQUINO, Eudes de Freitas. *Breves Considerações sobre Saúde Privada, Pública e Judicialização da Medicina*. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 59).

dos planos de saúde e do sistema securitário como um todo depende e está totalmente atrelado a esta compreensão.

CONCLUSÃO

Em vias de um fechamento a este trabalho, cumpre, primeiro, salientar duas premissas preliminares que fornecem pontos de partida elementares e contribuem, de forma inexorável, para a conclusão final.

Em que pese o inquestionável estágio atual da ciência jurídica, especialmente no que toca ao Direito Privado, solidária e constitucionalizada, estruturada em um sistema de princípios e valores, dentre os quais se destaca a dignidade da pessoa humana, o Estado não cumpre, com eficácia e efetividade, a garantia do direito à saúde a toda população, sendo, portanto, inquestionável que um sistema suplementar de saúde se revela de máxima importância e necessário. Daí ser correto inferir que, objetivar a manutenção e a sustentabilidade das empresas que atuam nesse mercado é de interesse de todos, do Estado e da população.

De outra banda, é igualmente verdade que os planos de saúde, dadas as suas características, configuram, como regra geral, relações de natureza consumerista, o que implica referir, em linhas gerais, que determinados direitos e garantias previstos em lei em prol dos consumidores devem incidir sobre tais contratos, ponto sobre o qual não pairam dúvidas.

Por decorrência, somadas as premissas acima, pode-se deduzir que, a harmonização dos interesses das partes envolvidas nesta relação, quais sejam, consumidores e OPSs, além de constituir princípio legal da Política Nacional de Relações de Consumo (artigo 4º, inciso III, do CDC), é algo a ser buscado com vista a garantir a própria solvência e a continuidade de tais operações e, mediatemente, garantir o acesso à saúde para uma grande e crescente parcela da população.

Assim, em um cenário em que demandas judiciais discutindo direitos dos consumidores (e obrigações das OPSs) em contratos de planos de saúde são cada vez mais frequentes e em que, conforme demonstrado, as decisões judiciais tendem, inegavelmente, salvo hipóteses e entendimentos excepcionais, a decidir em favor dos consumidores, o estudo e a análise dos principais aspectos e particularidades jurídicas que envolvem esta espécie de contrato demonstra-se pertinente, com intuito de esboçar, de forma sóbria e lúcida, o que poderia ser um ponto de equilíbrio entre os interesses envolvidos.

O primeiro aspecto que deve se ter em mente é que o contrato de plano de saúde, por ser um contrato de consumo, revela-se hoje como uma perspectiva denominada pós-moderna, a qual denota a noção de estar inserido em um ordenamento construído na forma de um sistema axiologicamente estruturado, sendo o solidarismo, bem como os princípios dele decorrentes, como a função social e a boa-fé, valores fortemente influenciadores e norteadores de todas as relações jurídicas, inclusive em detrimento dos princípios até pouco preponderantes, de acordo com os quais ao elemento volitivo era conferida maior força. Entretanto, sempre, e inclusive na atual perspectiva contemporânea dos contratos, a ideia de equilíbrio contratual vige. Em outras palavras, não obstante a força destes novos valores, a noção de que nas relações contratuais deve-se buscar e preservar efetivo equilíbrio não deixou de vigorar.

O segundo aspecto é quanto ao fato de o contrato de plano de saúde consistir atividade intensamente regulada pelo Poder Público, através de agência reguladora especialmente criada para fiscalizar e normatizar o mercado de saúde suplementar. Conforme se demonstrou, ressalvadas interpretações diversas, a regulação, como forma de controle, fiscalização e normatização de um setor específico, tem em seu escopo uma função, pelo menos em tese, imparcial, neutra, ou seja, equilibradora. Salvo exceção, portanto, uma norma fruto da agência reguladora deste setor, no caso, a ANS, deve ser compreendida como algo que albergou, em sua gênese, a intenção harmonizadora, contemplando a proposta de proteger a massa consumidora (consumidores coletivamente considerados, é importante frisar), bem como a solvência e sustentabilidade das OPSs.

Terceiro aspecto está relacionado à essência dos contratos de natureza securitária em geral (gênero do qual os planos de saúde são espécie), os quais são estruturados em um sistema mutualista e que, portanto, exigem o respeito a certos fundamentos, sob pena de colocar a operação (e o contrato) em risco. Compreendendo que a amplitude dos riscos assumidos pelas OPSs é atuarialmente equacionada de forma a compor os preços e mensalidades, impedir ou cercear alterações de mensalidades, obrigar o fornecimento e a cobertura de serviços assistenciais não cobertos e/ou determinar a manutenção/existência de um plano ao largo da proposta original revelam-se práticas temerárias ao mútuo criado e, por decorrência, a todo o sistema.

Quarto aspecto a ser considerado vincula-se com a conscientização de que os planos de saúde configuram-se, a despeito de qualquer outra característica, como contratos empresariais, do que advém, entre outras, a noção de que os fornecedores

operantes nesse mercado, buscam (e têm direito), não apenas a sua sustentabilidade, mas também ao lucro empresarial. Nesse contexto, se compreendido que a saúde (bem entendida como o objeto comercializado pelos planos de saúde) é um valor imensurável e que, de certa maneira, sempre, especialmente com o avançar da idade, as pessoas necessitarão cuidados e serviços médicos; que a população está comprovadamente em pleno processo de envelhecimento; que os custos vinculados a serviços de saúde tendem a aumentar (com a incorporação tecnológica que é natural a uma sociedade que evolui); e que os contratos são elaborados com riscos predeterminados; há de se perseguir, sempre, pelo real equilíbrio das prestações entre as partes contratantes.

Em mais diretas palavras, todos os quatro aspectos acima referidos, direcionam para a conclusão de que, seja qual for a ótica utilizada, os contratos, especialmente os de planos de saúde, são e devem estrutura-se e buscar o equilíbrio, antes e durante a sua existência.

Em nenhum momento, tal noção é contrária a um ordenamento (tal qual o positivo brasileiro) que tem no consumidor um sujeito de direitos reconhecido como vulnerável e merecedor de tutela especial. A legislação consumerista busca, outrossim, justamente, o equilíbrio entre as partes, fortalecendo o polo mais fraco, de modo a colocá-lo em uma condição, pelo menos em tese, equiparável com o polo mais forte. Desse modo, proíbe e prevê sanção para ações abusivas e ilegais, exatamente com o escopo de harmonizar a relação.

Entretanto, e especialmente no caso dos contratos de planos de saúde, o consumidor não pode ser visto como um sujeito que tudo pode, tampouco as OPSs como empresas que tudo devem garantir. Interpretar a legislação consumerista dessa forma, respeitadas opiniões diversas, se mostra insustentável e contrário ao próprio propósito da normatização.

Veja-se que, tal qual demonstrado, o Judiciário interfere praticamente em todas as principais balizas dessa espécie de contrato: no preço, na prestação e, por vezes, na sua duração/existência. E as decisões fundamentam-se, quase que na integralidade, na proteção do consumidor. Entretanto, é nítido que ditas decisões estão, na verdade, a privilegiar uma perspectiva apenas individualista dos consumidores.

Vislumbrar a proteção do consumidor, não individualmente considerado, mas a partir de uma ótica coletiva, é o que, a partir dos pontos acima, se pode concluir possa ser melhor e mais frequentemente inserido nas decisões judiciais. Dessa forma, ressaltados abusos e incoerências, se estará diante de uma proteção mais coerente,

lúcida e efetiva dos consumidores (não poucos isolados, mas dimensionados em sua coletividade), em consonância com o ordenamento (inclusive a legislação consumerista) e com vista a sustentabilidade longínqua desse sistema (e dos serviços de saúde) que é, por todos, tão necessária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARON, Henry J.; SCHWARTZ, William B. The Painful Prescription: rationing hospital care. Washington: The Brookings Institution, 1984. p. 81 *apud* AMARAL, Gustavo. Saúde Direito de Todos, Saúde Direito de cada Um: reflexões da práxis judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 81/115.

ADIERS, Moacir. Constitucionalização do Direito Civil: um antigo tema novo. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; LONGO, Luís Antônio (Coords.). *A Constitucionalização do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. p. 51/77.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS. *Dados Gerais*. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/materiais-para-pesquisas/perfil-do-setor/dados-gerais>>. Acesso em: 05/02/2014.

_____. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br>>. Acesso em: 02/03/2012.

_____. *Plano de Cuidado para Idosos na Saúde Suplementar*. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/plano_cuidado_idosos.pdf>. Acesso em: 15/09/2013.

_____. *Reajustes de Preços de Planos de Saúde*. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/reajustes-de-precos-de-planos-de-saude>>. Acesso em: 28/01/2014.

_____. Carências, Doenças e Lesões Preexistentes, Urgência e Emergência. *Série Planos de Saúde Conheça Seus Direitos*. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/guia_carencia_doenca_urgencia.pdf>. Acesso em: 14/06/2012.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A Boa-fé na Relação de Consumo. MIRAGEM, Bruno. O Contrato de Seguro e os Direitos do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. I. São Paulo: RT, 2010. p. 377/421.

AKERLOF, George. A. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*. V. 84. Issue 3. Aug/1970.

ALEXANDRINO, José de Melo. Perfil Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções. *Direitos Fundamentais e Justiça*. Ano 4. n. 11. Porto Alegre: HS Editora, 2010. p. 13/38.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, João Batista de. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2006.

ALVES, Danielle Contes; BAHIA, Ligia; BARROSO, André Feijó. *O Papel da Justiça nos Planos e Seguros de Saúde no Brasil*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2009000200006&script=sci_arttext>. Acesso em: 27/01/2014.

ALVES, Sandro Leal. *Entre a Proteção e a Eficiência: evidências de seleção adversa no mercado brasileiro de saúde suplementar após a regulamentação*. Monografia Premiada no II Prêmio SEAE. Brasília: SEAE, 2007.

ALVIM, Pedro. *O Contrato de Seguro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

AMARAL, Gustavo. Saúde Direito de Todos, Saúde Direito de cada Um: reflexões da praxis judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 81/115.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Considerações sobre a Tutela dos Direitos da Personalidade no Código Civil de 2002. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 101/118.

_____. Considerações sobre o Desenvolvimento dos Direitos da Personalidade e sua Aplicação às Relações do Trabalho. *Direitos Fundamentais e Justiça*. Ano 3. n. 6. Porto Alegre, HS Editora, jan./mar. 2009. p. 162/176.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Os Planos de Saúde Privados e o Código do Consumidor: principais questões geradoras de conflito entre planos de saúde e consumidores. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 63/79.

AQUINO, Eudes de Freitas. Breves Considerações sobre Saúde Privada, Pública e Judicialização da Medicina. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 55/61.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Comentários ao artigo 174. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

ARAÚJO JR., José Tavares de. Poder de Mercado no Setor de Saúde Suplementar. In: FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Orgs.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 23/46.

ARAÚJO, Denizar Vianna. Medicina Baseada em Evidência e Análise Econômica na Tomada de Decisão em Saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 157/170.

ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ARONNE, Ricardo. Apresentação. In: ARONNE, Ricardo (Org.). *Estudos de Direito Civil Constitucional*. Vol. 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Direito Civil Constitucional e Teoria do Caos: estudos preliminares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Por uma Nova Hermenêutica dos Direitos Reais Limitados: (das raízes aos fundamentos contemporâneos)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Razão & Caos no Discurso Jurídico: e outros ensaios de direito civil-constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BAHIA, Cláudio José Amaral; ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. A Justiciabilidade do Direito Fundamental à Saúde: concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*. Vol. V. São Paulo: RT, 2010. p. 69/120.

BAHIA, Lígia; SCHEFFER, Mário. *Planos e Seguros de Saúde: O que todos devem saber sobre a assistência médica suplementar no Brasil*. São Paulo: UNESP, 2010.

BANCO MUNDIAL. *Envelhecimento em um Brasil Mais Velho: implicações do envelhecimento populacional para o crescimento econômico, a redução da pobreza, as finanças públicas e a prestação de serviços*. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/BRAZILINPOREXTN/Resources/3817166-1302102548192/Envelhecendo_Brasil_Sumario_Executivo.pdf>. Acesso em: 17/09/2013.

BARRIONUEVO FILHO, Arthur; LUCINDA, Cláudio Ribeiro de. Avaliação sobre Concorrência e Concentração em Serviços de Saúde: Relações Verticais e Horizontais. In: FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Orgs.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 47/108.

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Direito Intertemporal, Competências Funcionais e Regime Jurídico dos Planos e Seguros de Saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 227/263.

_____. Liberdade de Expressão Versus Direitos da Personalidade. Colisão de Direitos Fundamentais e Critérios de Ponderação. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 63/100.

BELMONTE, Cláudio. *Proteção Contratual do Consumidor: conservação e redução do negócio jurídico no Brasil e em Portugal*. São Paulo: RT, 2002.

BENJAMIN, Antônio Herman V. O Código Brasileiro de Proteção do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. I. São Paulo: RT, 2010. p. 97/132.

_____; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

BESSA, Leonardo Roscoe. *O Consumidor e Seus Direitos: ao alcance de todos*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. São Paulo: RT, 1992.

BITTENCOURT, Marcello Teixeira. *Manual de Seguros Privados*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Nova Edição. 10ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOTTESINI, Maury Ângelo. Contratos de Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde – Princípios Básicos da Atividade – Suporte Jurídico-Legal e Constitucional. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 47/65.

_____; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos Planos e Seguros de Saúde: comentada e anotada artigo por artigo – doutrina – jurisprudência*. São Paulo: RT, 2003.

BURANELLO, Renato Macedo. *Do Contrato de Seguro: o seguro garantia de obrigações contratuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat; REZENDE, Paula Freitas. O Mínimo Existencial e a Tutela dos Hipervulneráveis: uma análise da facilitação de crédito consignável e o endividamento na relação consumerista entre aposentados e pensionistas e as instituições bancárias e financeiras. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*. V. 41. Porto Alegre: Magister, out./nov. 2011. p. 27/51.

CADERNO DE INFORMAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR. ANS. Setembro de 2011.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *A Saúde no Brasil: história do sistema único de saúde, arcabouço legal, organização, funcionamento, financiamento do SUS, e as principais propostas de regulamentação da emenda constitucional nº 29, de 2000*. p. 10. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/estudos/2011/nt10.pdf>>. Acesso em: 28/09/2012.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A Influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 205/220.

_____. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Traduzido por Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2002.

_____; NEUNER, Jörg; GRIGOLEI, Hans Christoph; *et alii*. *Gesammelte Schriften*. Band 1: Rechtsstheorie. Berlin: De Gruyter, 2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina: 2000.

CARBONE, Diego Cassiano Lorenzoni. A Competência Delegada na Tutela da Saúde. *Revista da Ajuris*. N. 129. Porto Alegre: Ajuris, mar.2013. p. 63/82.

CARLINI, Angélica. A ANS e a Efetividade de sua Missão: dificuldades, perspectivas, controle eficaz dos fornecedores. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 15/27.

_____. Judicialização da Saúde Pública no Brasil. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 17/46.

CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. Princípios Básicos de Seguros e Planos de Saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 67/93.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CAVALLI, Cássio Machado. A Empresa no Novo Código Civil. In: TIMM, Luciano Benetti. (Coord.). *Direito de Empresa e Contratos*. 2. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 87/131.

CECHIN, José. Fatos da Vida e o Contorno dos Planos de Saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 195/225.

_____. Saúde na Idade – por que diferenciar preços dos planos de saúde por idade e consequências econômicas da não aplicação dos reajustes previstos em contrato. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 149/170.

_____; BADIA, Bruno Dutra; MARTINS, Carina Burri. Pacto Intergeracional, Seleção Adversa e Financiamento dos Planos de Saúde. *Revista Saúde em Debate*. V. 33. n. 82. Rio de Janeiro: CEBES, mai./ago. 2009. p. 214/221.

CEDES – Centro de Estudos e Debates. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. (org.) *O Seguro e o Novo Código Civil*.

CERQUEIRA, Kátia Leão; REIS, Jorge Renato dos. A Concepção Constitucional do Consumidor: o princípio da dignidade da pessoa humana nas relações de consumo. In: PEREIRA, Agostinho OliKoppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio (Orgs.). *Relações de Consumo: humanismo*. Caxias do Sul: Educs, 2011. p. 169/196.

CHAMPY, Jim; GREENSPUN, Harry. *Reengenharia na Saúde: Um manifesto pela revisão radical da atenção à saúde*. Tradução: Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2012.

CHAVES, Antônio. *Tratado de Direito Civil*. São Paulo: RT, 1982. v. 1, t. 1.

COASE, Ronald. H. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*. V. 3. Chicago: The University of Chicago Press, 1960. p. 1/44.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil: contratos*. V. 3. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Manual de Direito Comercial: direito de empresa*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. A Proteção do Consumidor: importante capítulo do direito econômico. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. I. São Paulo: RT, 2010. p. 167/186.

COSTA, Patrícia Ayub da; GOMES, Sergio Alves. *O Princípio da Boa-Fé Objetiva à Luz da Constituição*. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/patricia_ayub_da_costa.pdf>. Acesso em: 12/01/2014.

CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da. O Mercado de Saúde Suplementar: a busca do equilíbrio. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 273/301.

CUNHA, Paulo César Melo. *Regulação Jurídica e Saúde Suplementar no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

DE ROSE, Marco Túlio. *Poder Administrativo na Economia – a fiscalização e a planificação: origem, extensão e responsabilidade*. 2003. 186f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DONEDA, Danilo. Os Direitos da Personalidade no Novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 35/60.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth, 1978.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões Histórico-Evolutivas sobre a Constitucionalização do Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 37/75.

FACHIN, Luiz Edson. O “aggiornamento” do Direito Civil Brasileiro e a Confiança Negocial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 115/149.

FARIAS, Carolina Steinmuller; FARIAS, Thélío Queiroz. *Práticas Abusivas das Operadoras de Planos de Saúde*. Leme/São Paulo: Anhanguera Editora, 2011.

FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. *Plano de Saúde e Direito do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FERRON, Fabiana. *Planos Privados de Assistência à Saúde: lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998*. São Paulo: Universitária de Direito, 2001.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP Editora, 2006.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____. *Manual de Direitos do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey: 2000.

FOLLAND, Sherman; GOODMAN, Allen. C.; STANO, Miron. *A Economia da Saúde*. Tradução de Cristina Bazan. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2008.

FONSECA, Gonçalo Mesko da. *Estudo Sobre Causa de Sonegação do Direito Fundamental à Saúde: devolutividade iniqua*. TCE-RS, 2013.

FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras – FIPECAFI. *Parecer Técnico: diferenciação de risco de mensalidade ou prêmio entre faixas etárias em planos e seguros de saúde*. Disponível em <<http://www.fipecafi.org/downloads/newsletter/FaixaEtariaParecerTecnicoAtuarial.pdf>>. Acesso em: 14/01/2014.

FURLANETO, FelipeCarnelossi. Direito à Saúde e a Iniciativa Privada: o dever estatal e a limitação dos contratos de planos de saúde. *Revista de Direito Privado*. V. 42. São Paulo: RT, abr./jun. 2010. p. 185/ 243.

FUX, Luiz. *Tutela de Urgência e Plano de Saúde*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2000.

GABRIEL, Fábio; PIMENTA, Eduardo Goulart. A Intepretação dos Contratos de Saúde Privada sob uma Perspectiva de Direito & Economia. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito Civil: teoria e prática do direito privado: atualidades IV*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 435/460.

GIERKE, Otto von. *Die sozialeAufgabedesPrivatrechts*. Republicação organizada por Erik Wolf. Frankfurt amMain: Vittorio Klostermann, 1940.

GOMES, José Jairo. Responsabilidade Civil na Pós-Modernidade: influência da solidariedade e da cooperação. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*. Vol. I. São Paulo: RT, 2010. p. 257/287.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Os Direitos dos Consumidores. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. II. São Paulo: RT, 2010. p. 1001/1008.

_____. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. 2. ed. São Paulo: RT, 1980.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. Comentários ao artigo 173. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

GREGORI, Maria Stella. O Futuro que Queremos para a Regulação da Saúde Suplementar. *Revista dos Tribunais*. V. 925. São Paulo: RT, nov.2012. p. 147/172.

_____. O Processo de Normatização do Mercado de Saúde Suplementar no Brasil. In: MARQUES, Cláudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). *Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: RT, 2008. p. 246/266.

_____. *Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.

GUAZZELLI, Amanda Salis. *A Busca da Justiça Distributiva no Judiciário por Meio das Relações Contratuais: uma análise a partir dos planos de saúde*. 2013. 132f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo.

GUIMARAES, Antônio Márcio da Cunha. *Contratos Internacionais de Seguros*. São Paulo: RT, 2002.

_____; GUIMARAES, Arianna Stagni; STAGNI, Claudio. Plano de Saúde e os Direitos Humanos (Cobertura). In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coords.). *Direitos do Paciente*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 614/622.

HÄBERLE, Peter. A Dignidade Humana e a Democracia Pluralista – seu nexos interno. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.11/28.

HIPPEL, Eike von. *Der Schutz der Schwächeren*. Tübingen: Mohr, 1982.

_____. *Verbraucherschutz*. 3. Aufl. Tübingen: Mohr, 1986.

INSTITUTO DE ESTUDOS DE SAÚDE SUPLEMENTAR – IESS. *Guia da Saúde Suplementar*. Disponível em: <http://www.iess.org.br/guia_iess_tela.pdf>. Acesso em: 15/01/2014.

IRION, Joao Eduardo. *Temas sobre Saúde, Planos de Saúde e Seguro-Saúde*. Porto Alegre: Rígel, 2005.

JARDIM, Antônio Guilherme Tanger. O Consumidor e o Contrato de Seguro. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. IV. São Paulo: RT, 2010. p. 547/554.

JÚNIOR, Alberto do Amaral. A Boa-Fé e o Controle das Cláusulas Contratuais Abusivas nas Relações de Consumo. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. III. São Paulo: RT, 2010. p. 301/310.

JUNIOR, EroulthsCortiano. Alguns Apontamentos sobre os Chamados Direitos da Personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 31/56.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Martins. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

L'ABBATE, Solange. *Direito à Saúde: discursos e práticas na construção do SUS*. São Paulo: Hucitec, 2010.

LACERDA, Dennis Otte. *Direitos da Personalidade na Contemporaneidade: a repactuação semântica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

LADEIRA, Fernando de Oliveira Domingues. *Regulação Estatal e Assistência Privada à Saúde: liberdade de iniciativa e responsabilidade social na saúde suplementar*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamago. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

LIXINSKI, Lucas. Considerações acerca da Inserção dos Direitos de Personalidade no Ordenamento Privado Brasileiro. *Revista de Direito Privado*. V. 27. São Paulo: RT, jul./set. 2006. p. 201/222.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Consumidores de Seguros e Planos de Saúde (ou, Doente também tem Direitos). In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). *Saúde e*

Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: RT, 1999. p. 23/35.

_____. Direito do Consumidor e Privatização. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. V. São Paulo: RT, 2010. p. 963/970.

_____; NETO, Paulo Macedo Garcia. Consumidores de Planos de Saúde (ou, doente também tem direitos) – uma revisão. In: MARQUES, Cláudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). *Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: RT, 2008. p. 159/176.

LOPES, Luiz Celso Dias. A Garantia de Manutenção em Planos Coletivos Empresariais Para Demitidos e Aposentados – artigos 30 e 31 da Lei 9.656/98. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 287/321.

LORENZETTI, Ricardo Luis. A Era da Desordem e o Fenômeno da Descodificação. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. I. São Paulo: RT, 2010. p. 341/375.

_____. *Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003.

LUTZKY, Daniela Courtes. *A Reparação de Danos Imateriais como Direito Fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2012.

MÂNICA, Fernando Borges. *O Setor Privado nos Serviços Públicos de Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MARENSEI, Voltaire Giavarina. *O Seguro a Vida e sua Modernidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Conformação do Processo e o Controle Jurisdicional a partir do Dever Estatal de Proteção do Consumidor. In: SAMPAIO, Aurisvaldo; CHAVES, Cristiano (Coords.). *Estudos de Direito do Consumidor: tutela coletiva (homenagem aos 20 anos da lei da ação civil pública)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 361/393.

MARQUES, Cláudia Lima. Conflitos de Leis no Tempo e Direito Adquirido dos Consumidores de Planos e Seguros de Saúde. In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). *Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: RT, 1999. p. 114/156.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações*. 6. ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. Solidariedade na Doença e na Morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 175/204.

_____; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____; MIRAGEM, Bruno. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*. São Paulo: RT, 2012.

_____; WEHNER, Ulrich. Código Civil Alemão Muda para Incluir a Figura do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. I. São Paulo: RT, 2010. p. 1139/1146.

MARTINEZ, Ana Paula. A Proteção dos Consumidores pelas Normas Concorrenciais. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 52. São Paulo: RT, out./dez. 2004. p. 7/36.

MARTINS, João Marcos Brito. *O Contrato de Seguro: comentado conforme as disposições do novo código civil, lei n°. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

MARTINS, Paulo Roberto do Nascimento; DE ROSE, Marco Túlio. Aplicação do Estatuto do Idoso aos Planos de Saúde. *Regulamentações dos Planos de Saúde*. São Paulo: Sincoomed, 2011.

MARTINS, Wal. *Direito à Saúde: compêndio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MARTINS, William de S. N. A Previdência Social e as Empresas de Planos de Saúde no Brasil. In: BAHIA, Ligia et alii (Orgs.). *Planos de Saúde no Brasil: origens e trajetórias*. Rio de Janeiro: LEPS, 2005.

MARTINS-COSTA Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Os Avatares do Abuso do Direito e o Rumo Indicado pela Boa-Fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 57/95.

_____. Crise e Modificação da Idéia de Contrato no Direito Brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 3. São Paulo: RT, set./dez. 1992. p. 127/154.

MATEUS, Cibele Gralha. *Direitos Fundamentais Sociais e Relações Privadas: o caso do direito à saúde na constituição brasileira de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MATHIAS, Guilherme Valdetaro. O Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor na Saúde Suplementar. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 95/118.

MATOS, Robson Pedron; MOLINA, Fabiana Ricardo. *O Contrato de Seguro e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

McKENDRICK, Neil. The Consumer Revolution of Eighteenth-Century England. In: McKENDRICK, Neil; BREWER, John; PLUMB, J. H. (Eds.). *The Commercialization of Eighteenth Century England*. Bloomington: Indiana University Press, 1982. p. 9/33.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: RT, 1978.

MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Seguro-Saúde e Abuso de Direito. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. IV. São Paulo: RT, 2010. p. 835/847.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida; COSTA, Luís César Amad. *História Moderna e Contemporânea*. São Paulo: Cipione, 1999.

MELLO, Marco Aurélio. Saúde Suplementar, Segurança Jurídica e Equilíbrio Econômico-Financeiro. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 3/15.

MIRAGEM, Bruno. A Regulação do Serviço Público de Energia Elétrica e o Direito do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. V. São Paulo: RT, 2010. p. 849/886.

_____. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. O Contrato de Seguro e os Direitos do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. IV. São Paulo: RT, 2010. p. 571/605.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XLV. Atualizado por Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2012.

MONTEIRO, Sonia Maria. Planos de Saúde – aspectos controvertidos – contrato coletivo. *Saúde Suplementar no Direito Brasileiro*. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 6. Judicialização da Saúde Parte 1. Rio de Janeiro: EMERJ, 2012. p. 474/475.

MONTONE, Januario. *Planos de Saúde: passado e futuro*. Rio de Janeiro: MedBook, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio. V.1. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 1991. p. 59/73.

_____. O Conceito de Dignidade da Pessoa Humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 111/144.

_____. Perspectivas a Partir do Direito Civil-Constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MORENO, Denise Gasparini. *O Estatuto do Idoso e sua Proteção Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NAÇÕES UNIDAS, *Relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento de 1998: consumo para o desenvolvimento humano*. Lisboa: Trivona, 1998.

NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós-moderno*. Curitiba: Juruá, 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Planos de Saúde da Empresa e a Lei nº 9.656/98*. Suplemento Trabalhista. n. 149. São Paulo: LTr, 1998.

NASCIMENTO, Paulo José Cantalice. A Sistemática do Atendimento Assistencial em Casos de Urgência e Emergência Ocorridos Durante os Prazos de Carência. *Regulamentações dos Planos de Saúde*. São Paulo: Sincoomed, 2011.

NERY JÚNIOR, Nelson. Cláusula de Reajuste de Seguro Saúde: equilíbrio financeiro e econômico do contrato. *Revista de Direito Privado*. V. 54. São Paulo: RT, abr./jun. 2013. p. 329/363.

_____. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

NERY, Rosa Maria de Andrade. Apontamento sobre o Princípio da Solidariedade no Sistema do Direito Privado. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*. Vol. I. São Paulo: RT, 2010. p. 25/31.

NETO, Antonio Joaquim Fernandes. *Planos de Saúde e Direito do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

NIPPERDEY, Hans Carl. Grundrechte und Privatrecht: eine Universitätrede. In: NIPPERDEY, Hans Carl (org.). *Festschrift für Erich Molitor*. München: Beck, 1962.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Comentários à Lei de Plano e Seguro-Saúde*: (lei n. 9.565, de 3-6-1998). São Paulo: Saraiva, 1999.

OCKE-REIS, Carlos Octávio; ANDREAZZI, Maria de Fátima Siliansky de; SILVEIRA, Fernando Gaiger. *O Mercado de Saúde no Brasil: uma criação do Estado? Revista de economia contemporânea*. V. 10. n. 1. Rio de Janeiro: Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, jan./abr. 2006. p. 157/185.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Lei dos Planos de Saúde (Lei 9.656/98): dez anos depois. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Revista de Direito do Consumidor*. V. 67. São Paulo: RT, jul./set. 2008. p. 50/61.

_____. Regulamentação dos Planos de Saúde e Proteção da Pessoa Humana. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 51. São Paulo: RT, jul./set. 2004. p. 101/111.

OLIVEIRA, Fábio Cesar dos Santos. Direito de Proteção à Saúde: efetividade e limites à intervenção do poder judiciário. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*. Vol. V. São Paulo: RT, 2010. p. 25/68.

PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e Internet*: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. Fundamentalidade e Efetividade da Defesa do Consumidor. *Revista de Direitos Fundamentais e Justiça*. Ano 3. n. 9. Porto Alegre: HS Editora, out./dez. 2009. p. 66/100.

_____. O Código de Defesa do Consumidor em face do Código Civil de 2002. In: PFEIFFER, Roberto A. C.; PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. (Coord.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: RT, 2005. p. 135/151.

_____. A Regulamentação dos Planos e Seguros de Assistência à Saúde: uma interpretação construtiva. In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). *Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: RT, 1999. p. 36/64.

_____. Conceitos Fundamentais do Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. I. São Paulo: RT, 2010. p. 63/73.

_____. *Contratos Nominados III*. São Paulo: RT, 2008. p. 30.

_____. Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. I. São Paulo: RT, 2010. p. 25/62.

PENTEADO, Luciano de Camargo. O Direito à Vida, o Direito ao Corpo e às Partes do Corpo, o Direito ao Nome, à Imagem e Outros Relativos à Identidade e à Figura Social, Inclusive Intimidade. *Revista de Direito Privado*. V. 49. São Paulo, RT. jan./mar. 2012. p. 73/109.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. 1. 26. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *Instituições de Direito Civil*. V. III. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGEIRO, Ricardo. O Princípio da Isonomia na Tutela Judicial Individual e Coletiva, e em Outros Meios de Solução de Conflitos, Junto ao SUS e aos Planos Privados de Saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 429/441.

PETTER, Lafayete, Josué. *Direito Econômico*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Serviços Públicos. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno.

(Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. V. São Paulo: RT, 2010. p. 1053/1084.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte Staatsrecht II*. 28. Aufl. Berlin/Münster: C.F. Müller, 2012.

POLIDO, Walter. Da Limitação da Autonomia Privada nas Operações de Seguros: coletivização dos interesses – nova perspectiva social e jurídica do contrato de seguro. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 74. São Paulo: RT, abr./mai. 2010. p. 284/324.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 7. ed. Aspen: Aspen Publishers, 2007.

PRIGOGINE, Ilya. *O Fim das Certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 1996.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial Esquematizado*. São Paulo: Método, 2010.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A Constitucionalização do Direito Privado e a Sociedade sem Fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 03/29.

REALE, Miguel. *O Projeto do Novo Código Civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*. São Paulo: Saraiva, 1999.

RECH, Adir Ubaldo; RECH, Adivandro. Os Direitos Humanos e Fundamentais e a Garantia de Sociedade Humanitária. In: PEREIRA, Agostinho OliKoppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio (Orgs.). *Relações de Consumo: humanismo*. Caxias do Sul: Educs, 2011. p. 83/103.

REZENDE, Paulo Roberto Vogel de. *Os Contratos de Plano de Saúde e seu Equilíbrio Econômico-Financeiro: mutualismo, cálculo atuarial e o impacto econômico das decisões judiciais*. 2011. 132f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito Milton Campos. Minas Gerais.

RIANI, Marlus Keller. *Planos de Saúde: a harmonização dos interesses na relação de consumo*. 2010. 146f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito Milton Campos. Minas Gerais.

RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____; PORTO, Eduardo Heitor; TURRA, Sérgio Bergonsi; TURRA, Tiago Bergonsi. *Planos de Assistência e Seguros de Saúde: Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999.

ROCHA, Júlio Cesar de Sá da. *Direito à Saúde*. Direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. Breves Considerações a Respeito do Poder Regulamentar do Consu. In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). *Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: RT, 1999. p. 157/163.

_____. Tipos de Planos e Coberturas na Lei 9.656/98. In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). *Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: RT, 1999. p. 65/72.

RODRIGUES, Décio Luiz José. *Planos de Saúde*. São Paulo: Ícone, 2008.

RODRIGUES, Geisa de Assis. A Proteção ao Consumidor como um Direito Fundamental. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 58. São Paulo: RT, abr./jun. 2006. p. 75/97.

RUSCHEINSKY, Aloísio; CALGARO, Cleide. Relações de Consumo e humanismo: efeitos, reflexos e consequências. In: PEREIRA, Agostinho OliKoppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio (Orgs.). *Relações de Consumo: humanismo*. Caxias do Sul: EducS, 2011. p. 37/60.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Lei n. 8.078, de 11.9.90*. 3. ed. São Paulo: Ltr, 1998.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola; SERRANO JR.. Vidal. Assistência Privada à Saúde: aspectos gerais da nova legislação. In: MARQUES, Cláudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). *Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: RT, 2008. p. 186/228.

_____; RODRIGUES, Karina; SILVER, Lynn; e DOLCI, Maria Inês R. Landini. *Planos de Saúde*. Série Cidadania. São Paulo: Globo, 2002.

SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de Plano de Saúde*. São Paulo: RT, 2010.

SANGENSTEDT, Von Hans Rudolf. *MeineRechtealsVerbraucher*. 2. Auflage. München: DTV, 1991.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. In: *Consumidores, Operadoras, ANS e Judiciário juntos para a Solução dos Problemas da Saúde Suplementar*: debate realizado em Goiânia – GO durante a 40ª Convenção Nacional Unimed Brasil. São Paulo: Unimed Brasil e Jornal da Justiça, 2010.

SANTACRUZ, Ruy. Regulação e Concentração no Mercado Brasileiro de Saúde Suplementar. In: FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (Orgs.). *Concorrência e Regulação no Setor de Saúde Suplementar*. São Paulo: Singular, 2010. p. 109/167.

SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. A Proteção dos Investimentos Específicos na Resilição Unilateral do Contrato e o Risco Moral: uma análise do artigo 473, parágrafo único, do código civil. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. V. 1, Lisboa: IDB, 2014. p. 573/578.

_____. Regulação dos serviços públicos e doutrinas totalitárias. *Marco Regulatório Revista da Agergs*. V. 4. Porto Alegre: AGERGS, 2001.

SANTOS, Amílcar. *Seguro: doutrina, legislação e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Record, 1959.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um Discurso Sobre as Ciências*. 16. ed. Porto: Edições Afrontamento, 2010.

SANTOS, Fabíola Meira de Almeida. Reflexões acerca do Consumidor-Idoso e a necessidade de efetivação dos direitos desta categoria especial de indivíduos. *Revista de Direito Privado*. V. 36. São Paulo: RT, out./dez. 2008. p. 119/140.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Direitos Fundamentais e Democracia: o debate Habermas-Alexy*. Curitiba: Juruá, 2010.

SANTOS, Maurício Barbosa dos. *Planos de Saúde e o Código de Defesa do Consumidor*. Leme/SP: Cultura Jurídica, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 13/43.

_____. Comentário ao artigo 199. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

_____. Mínimo Existencial e Direito Privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-positivas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 321/354.

_____. Neoconstitucionalismo e a Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13/36.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. *Revista de Direitos Fundamentais e Justiça*. Ano 1. n. 1. Porto Alegre: HS Editora, 2007. p. 171/213.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARRUBBO, Mariângela. A Saúde na Constituição Federal e o Contexto para Recepção da Lei 9.656/98. In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). *Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada a saúde*. São Paulo: RT, 1999. p. 13/22.

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

SCHAEFER, Fernando. *Responsabilidade Civil dos Planos e Seguros de Saúde*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

SCHMITT, Cristiano Heineck. A “Hipervulnerabilidade” do Consumidor Idoso. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 70. São Paulo: RT, abr./jun. 2009. p. 139/168.

_____. Cláusulas Abusivas em Contratos de Planos e de Seguros de Assistência Privada à Saúde. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. IV. São Paulo: RT, 2010. p. 287/317.

_____. Reajustes em Contratos de Planos e de Seguros de Assistência Privada à Saúde. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 60. São Paulo: RT: out./dez. 2006. p. 58/79.

_____; MARQUES, Cláudia Lima. Visões sobre os Planos de Saúde Privada e o Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). *Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: RT, 2008.

SCHULMAN, Gabriel. *Planos de Saúde: saúde e contrato na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SEIFFERT, Mari Elizabete Bernardini. *ISO 14001 Sistemas de Gestão Ambiental: implantação objetiva e econômica*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SENE, Leone Trida. *Seguro de Pessoas: negativas de pagamento das seguradoras*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. *Direito dos Contratos: seus princípios fundamentais sob a ótica do Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SIDOU, J. M. Othon. *Proteção ao Consumidor: quadro jurídico universal, responsabilidade do produtor no direito convencional, cláusulas contratuais abusivas, problemática brasileira, esboço de lei*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

SILVA NETO, Orlando Celso da. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

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.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *Planos de Saúde e Boa Fé Objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

SILVA, Júlio César Ballerini. Contratos Privados de Assistência à Saúde – generalidades e responsabilidade administrativa e civil das operadoras. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*. V. 41. Porto Alegre: Magister, out./nov. 2011. p. 103/135.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. Princípios do Direito Contratual no Código de Defesa do Consumidor: autonomia privada e boa-fé. Algumas reflexões sobre a sua harmonização. In: LOPEZ, Teresa Ancona; AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado (Coords.). *Contratos de Consumo e Atividade Econômica*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 2/32.

SILVA, Michael César. *Contrato de Seguro de Automóveis: releitura à luz da nova principiologia do direito contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *O Seguro e as Sociedades Cooperativas: relações jurídicas comunitárias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *Direito Fundamental à Saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SILVEIRA, Célia Ricotta. *A Regulamentação dos Planos e Seguros de Saúde*. São Paulo: Tempos Modernos, 1998.

SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes da. *Doença Preexistente nos Planos de Saúde*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SODRÉ, Marcelo Gomes. *A Construção do Direito do Consumidor: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. Aspectos Jurídicos da Incorporação da Tecnologia em Saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 121/155.

SOUZA, Jordana Miranda; PIRES, Danielle da Silva. Relatório de Pesquisa Coletiva de Jurisprudência “Judicialização da Saúde Suplementar”. Unimed BH. *Judicialização da Saúde Suplementar*. Belo Horizonte: Unimed BH, 2008.

STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Econômico Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SZTAJN, Raquel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Raquel (Orgs.). *Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 74/83.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual*. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A Proteção ao Consumidor no Sistema Jurídico Brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 60. São Paulo: RT, out./set. 2006. p. 07/36.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Contrato e seus Princípios*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2001.

TIMM, Luciano Benetti. Direito à Saúde e a Maneira mais Eficiente de Prover Direitos Fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 255/272.

_____. *O Novo Direito Civil: ensaio sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Função Social do Direito Contratual no Código Civil Brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica. *Revista dos Tribunais*. V. 876. São Paulo: RT, out.2008. p. 11/43.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e os Desafios de Natureza Orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 69/86.

TRENNEPOHL, Terence Dorneles. *Manual de Direito Ambiental*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TRETTEL, Daniela Batalha. *Planos de Saúde na Visão do STJ e do STF*. São Paulo: Verbatim, 2010.

VALOR, ANÁLISE SETORIAL. 2006. *Saúde Suplementar*.

VEIGA, José Eli da. *Desenvolvimento Sustentável: o desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. V. 2. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VIANA, João Fernando Moura. *A Especificidade do Seguro Saúde frente ao Modelo Tradicional de Seguro após a concepção trazida pelo marco regulatório*. Disponível

em: http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/TT_RM_05_JFernandoViana_EspecificidadeSeguroSaude.pdf>. Acesso em: 22/04/2012.

WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. *Revista de Processo*. V. 193. São Paulo: RT, mar.2011. p. 13/24.

WEBBER, Suelen da Silva. *Decisão, Risco e Saúde: o paradoxo da decisão judicial frente a pedidos de medicamentos experimentais*. Curitiba: Juruá, 2013.

XAVIER, José Tadeu Neves. *A Nova Dimensão dos Contratos no Caminho da Pós-Modernidade*. 2006. 338f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito. UFRGS. Porto Alegre.