
1º PRÊMIO ANS: CONCURSO DE MONOGRAFIA SOBRE SAÚDE SUPLEMENTAR

Tema 3 - Direito em Saúde Suplementar

Menção Honrosa

A inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de planos de saúde conduzidos por entidades fechadas de autogestão.

Autora:

Camila de Fátima Bento

CONCURSO DE MONOGRAFIA SOBRE SAÚDE SUPLEMENTAR

DIREITO EM SAÚDE

**A INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS
CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE CONDUZIDOS POR ENTIDADES
FECHADAS DE AUTOGESTÃO.**

RESUMO

O presente estudo abordou as relações contratuais estabelecidas entre as operadoras de planos de saúde conduzidas sob o sistema de autogestão e os seus usuários. Como problemática, refletiu-se sobre a incidência do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) a essa modalidade de contrato de assistência suplementar à saúde. Inicialmente, apontou-se a hipótese de que, dada a singularidade dessa categoria de operadoras de planos de saúde, não resta caracterizada relação de consumo. Por objetivo geral, buscou verificar se os usuários de planos de saúde de autogestão são titulares da tutela conferida pela legislação consumerista. O trabalho desenvolveu-se por meio do método hipotético-dedutivo, onde se analisou as particularidades da relação contratual mencionada, com base na doutrina e jurisprudência atinentes à questão. Inicialmente, realizou-se uma abordagem da teoria contratual clássica e as modificações sofridas pelos contratos com o advento das mudanças sociais, fazendo um recorte da principiologia contratual. Posteriormente, foram feitas explanações sobre os contratos de planos de saúde e sua regulamentação pela Lei nº 9.656/98. Em seguida, caracterizou-se a relação de consumo e os sujeitos que a compõe. Também foram estabelecidas as nuances das operadoras de plano de saúde conduzidas na autogestão, com breves apontamentos sobre o entendimento jurisprudencial. Por fim, concluiu-se que as entidades de autogestão operadoras de planos de saúde não disponibilizam seus produtos no mercado de consumo e possuem diferenças consideráveis das empresas que prestam assistência à saúde com finalidade lucrativa. Sendo assim, os contratos celebrados por estas entidades merecem tratamento diverso daquele conferido pelo Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-chave: Teoria Contratual. Código de Defesa do Consumidor. Planos de Saúde. Autogestão.

SUMÁRIO

1) INTRODUÇÃO	6
2) A CONCEPÇÃO ATUAL DE CONTRATO	9
2.1 Mudanças na percepção da Teoria Contratual	9
2.2 Princípios Fundamentais aplicáveis aos Contratos.....	12
2.2.1 Princípio da Autonomia Privada.....	13
2.2.2 Princípio da Obrigatoriedade da Convenção	14
2.2.3 Princípio da Relativização Subjetiva dos Efeitos dos Contratos	15
2.2.4 Princípio da Função Social	16
2.2.5 Princípio da Boa-Fé Objetiva	19
3) CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE	22
3.1 Histórico da Saúde Suplementar no Brasil.....	22
3.2 Sistema regulatório dos Planos de Saúde	24
3.3 As Limitações aos Contratos de Planos de Saúde	26
3.4 O Contrato de Plano de Saúde como Categoria Especial	28
4) CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE CONSUMO	31
4.1 O Caráter protetivo do Código de Defesa do Consumidor.....	31
4.2 Classificação das Operadoras de Planos de Saúde	35
4.3 Operadoras de Planos de Saúde Fechadas e Abertas ao Mercado de Consumo.....	38
4.4 Conceito Jurídico de Consumidor	41

4.5 A Amplitude da definição de Fornecedor	44
4.6 Diretrizes para a caracterização da Relação de Consumo	46
4.6.1 Equilíbrio nas Relações Consumeristas	47
4.6.2 Vulnerabilidade do Consumidor	48
4.7 A Lei nº 9.656/1998 sob a ótica do CDC.....	50
5) OS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE CONDUZIDOS SOB AUTOGESTÃO E SUA CARACTERIZAÇÃO COMO RELAÇÃO DE CONSUMO	53
5.1 Entidade Fechada de Autogestão e a Vulnerabilidade do Consumidor ..	53
5.2 Implicações da Aplicação do CDC aos Contratos de Planos de Saúde da Autogestão.....	56
5.3 Análise Jurisprudencial da aplicação do CDC aos Contratos de Planos de Saúde da Autogestão.....	57
5.3.1 Breve justificativa da escolha dos Tribunais	58
5.3.2 Tribunal de Justiça de Minas Gerais.....	59
5.3.3 Superior Tribunal de Justiça	62
6) CONCLUSÃO	65
7) REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	69

1) INTRODUÇÃO

O acesso à saúde é uma dificuldade diariamente enfrentada no Brasil, devido à ineficiência do Estado em garantir a todos os cidadãos este direito fundamental tão importante à concretização da dignidade humana.

Nesse contexto, tem-se que ao longo dos anos, a saúde suplementar vem ocupando importante papel junto ao sistema público de saúde brasileiro, assumindo condição de bem público, como um enorme sistema privado. Conforme apontam os dados do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística¹, em 2013, quase 30% da população possuía algum tipo de plano de saúde.

As diversas modalidades de operadoras de planos de saúde existentes são descritas pela Lei nº 9.656 de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Dentre as categorias, existem as cooperativas, sociedades empresárias e as entidades de autogestão. Esta última possui finalidade distinta das demais e será o foco do presente estudo.

A autogestão é uma categoria de administração de planos na qual a própria entidade ou organização conduz as atividades de assistência à saúde dos beneficiários, sem que haja qualquer fim lucrativo.

Por não visar ao lucro, os planos de saúde de autogestão não são disponibilizados ao grande público, mas apenas a grupos específicos vinculados a uma empresa ou instituição. Por essa razão, possuem diferenças dos demais, como por exemplo, a natureza jurídica de associação ou fundação e a atuação dos usuários em sua administração.

¹ Pesquisa Nacional de Saúde realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para averiguar o acesso e utilização dos serviços de saúde, acidentes e violências no Brasil. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94074.pdf>>. Acesso em: 24 de outubro de 2017.

Apesar das peculiaridades, decisões judiciais têm conferido aos planos fechados de autogestão o mesmo tratamento dado às operadoras de planos de saúde comerciais, que visam em primeiro lugar à obtenção de ganhos. Para tanto, têm reconhecido a existência de relação de consumo entre o participante e a entidade fechada de autogestão operadora de plano de saúde e, conseqüentemente, aplicado as disposições do Código de Defesa do Consumidor (CDC) ao contrato celebrado entre eles.

Considerando tais especificidades, bem como as diferenças estruturais com as demais operadoras no mercado, indaga-se, em que medida a aplicação do CDC às lides que envolvem contratos de planos de saúde administrado por meio da autogestão se afasta da relação jurídica de consumo?

Em decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial de nº 1.285.483 – PB, a hipótese que se levanta é que não há relação de consumo estabelecida entre o participante e a entidade fechada operadora de plano de saúde. Conseqüentemente, conflitos contratuais advindos de tal vínculo não deveriam ser regidos pelo CDC, como se verifica em entendimento sumular recente do Tribunal que adiante será tratado.

A decisão se fundamentou na inexistência de finalidade lucrativa na atividade das operadoras de autogestão e também na diferença estrutural entre estas entidades e aquelas que realizam atividade de empresa, comercializando seus produtos no mercado em geral, visando lucros.

Para averiguação de tal inquietação, o presente estudo teve por objetivo maior verificar se os beneficiários de plano de assistência à saúde administrados por entidades fechadas de autogestão são de fato titulares de direitos nos termos das normas protetivas ao consumidor.

Especificamente, buscou-se caracterizar os contratos de planos de saúde; analisou-se o conceito de fornecedor e consumidor desenvolvido pela doutrina jurídica; realizou-se um exame exploratório das principais diferenças existentes entre operadoras de plano de saúde abertas à livre adesão no mercado e os planos de saúde fechados de autogestão; e por fim, revisou-se criticamente os argumentos presentes em decisões judiciais proferidas pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais e Superior Tribunal de Justiça, que sustentam ou não a condenação de planos de saúde fechados de autogestão na legislação consumerista;

No que se refere à metodologia, trata-se de uma pesquisa bibliográfica a partir da análise de obras e pesquisas já publicadas acerca do tema. Para tanto, foi desenvolvida por meio do método hipotético-dedutivo, onde se analisou as particularidades da relação aqui citada.

No primeiro capítulo procurou-se relatar as mudanças vivenciadas pela teoria dos contratos, com foco especial aos princípios aplicáveis. Em seguida, ao longo do segundo capítulo, buscou-se caracterizar os contratos de planos de saúde e a legislação aplicável. No terceiro capítulo, foi feita uma análise sobre a relação de consumo e os sujeitos envolvidos. Enfim, no quarto capítulo, destacou-se as atividades das operadoras de autogestão com breve apontamento sobre a atuação judicial quanto ao tema.

Nas considerações finais, verificou-se a possibilidade ou não da aplicação da legislação consumerista aos contratos de plano de saúde das entidades de autogestão e seus participantes, bem como as implicações disto.

2) A CONCEPÇÃO ATUAL DE CONTRATO

2.1 Mudanças na percepção da Teoria Contratual

As mudanças vivenciadas pelas sociedades refletiram sobremaneira no Direito das Obrigações. O surgimento de novas demandas sociais exigiu a criação de uma nova roupagem para o contrato, que com o passar dos anos foi se adaptando às novas realidades e anseios cultivados pelo mundo contemporâneo.

Dessa forma, o modelo clássico liberal de contrato baseado, sobretudo, na autonomia da vontade, no *pacta sunt servanda* e na relatividade de seus efeitos não possui possibilidade de conduzir as relações contratuais atuais.

A hegemonia do liberalismo econômico desenhou um modelo de contrato que influenciou diretamente as codificações, inclusive o Código Civil brasileiro de 1916.

A igualdade formal e a ampla liberdade de contratar, presentes nessas codificações, só acentuaram as desigualdades econômicas. Catusso (2008, p.30) explica a situação vivenciada pelo modelo de contrato tradicional:

Importante evidenciar, assim, diante das transformações experimentadas pela sociedade - advindas de uma concepção diferente de Estado, com outras bases políticas, econômicas e sociais refletidas em novas configurações constitucionais -, a incapacidade da tradicional configuração contratual, assentada nos princípios clássicos, de dar conta da plenitude dos contratos travados na sociedade hodierna. Imprescindível, pois, contextualizá-la com as mudanças ocorridas desde a sua enunciação até o momento atual, reconhecendo-se a mitigação da autonomia privada e da obrigatoriedade do pactuado, além da possibilidade de projeção externa dos efeitos dos contratos sobre interesses de terceiros. Como suporte ao atual desenho contratual emerge outro conjunto de princípios, aptos tanto a mitigar a mencionada principiologia clássica, como a oferecer as diretrizes características do contrato contemporâneo.

No Brasil, foi com o advento da Constituição Federal em 1988 que a conformação tradicional dos contratos foi revista e reformulada. As finalidades sociais somaram-se aos interesses dos particulares, de forma que as relações contratuais passaram a se submeter a princípios, conduzindo à concretização da dignidade humana.

Com seu viés individualista, o contrato tradicional garantidor da igualdade formal não foi capaz de, por si só, trazer equidade às relações. Desfez-se, assim, a ideia de que os indivíduos deveriam conduzir sozinhos seus negócios no mercado livre de circulação de riquezas.

Apesar da valorização dos interesses manifestados pelas partes, dado o prisma subjetivo dos contratos, a nova teoria contratual passa a se preocupar com aspectos sociais e com os limites éticos do fenômeno contratual. Esse cuidado se manifesta principalmente na ideia de que o contrato é um instrumento de operações econômicas, mas que essa função deve ser desenvolvida com justiça e equilíbrio entre as partes.

O contrato enquanto figura meramente individualista não cabe mais nesse contexto de proteção e valorização da pessoa humana. O Estado Democrático de Direito, fundamentado na dignidade da pessoa humana, intervém nas relações privadas e, dessa forma, também nas relações contratuais. Tudo isso não condiz com o modelo clássico em que a autonomia da vontade e a força obrigatória dos contratos eram dogmas intocáveis.

Na doutrina de Joseane Catusso (2009, p.2), é assim que surge uma leitura constitucionalizada do contrato, conduzida por uma nova matriz principiológica. Com isso, não apenas houve o surgimento de princípios, mas também uma releitura daqueles já existentes, que sofreram certa relativização.

O contrato é resultado da prática social, portanto, é de se esperar que ele também sofra modificações com as transformações nos valores priorizados por uma sociedade. Assim, as mudanças constitucionais estipuladas foram no sentido de concretizar as novas prioridades éticas e a nova organização social que passou a vigor.

O que se observa na concepção contemporânea de contratos é a criação de meios para a promoção da igualdade material e a limitação na atuação desvirtuada de certos integrantes do mercado. Para isso, a postura estatal passa a ser no sentido de restringir a atuação ofensiva à ordem pública, para proteger a parte mais frágil e oprimida da relação contratual.

Como resultado dessa opressão, há a criação de legislações específicas objetivando a proteção de determinados setores da sociedade. O Estado tem postura marcante, fiscalizando e regulando intensamente determinadas partes do mercado. A alteração na acepção clássica do contrato faz com que ele deixe de ser um mero instrumento de circulação de bens e serviços para protagonizar mudanças sociais.

Um dos âmbitos mais marcantes da intervenção estatal na relação contratual se deu na seara do mercado de consumo, com o advento da Lei nº 8.078/98, Código de Defesa do Consumidor. Para cumprir com mandamentos constitucionais, diversas mudanças ocorreram no mercado de consumo, todas direcionadas a estabelecer o equilíbrio dos sujeitos contratantes.

O Código Civil de 2002, seguindo o viés da reconstrução das relações contratuais, positivou os princípios da função social e boa-fé objetiva, o que representou um marco da nova visão de contrato, que será tratado no próximo item deste trabalho.

Para além das disposições e modificações civilistas e consumeristas, há ainda determinados contratos que contam com intervenção maior do Estado, dada suas peculiaridades e importância para a vida em comunidade. É o caso dos contratos envolvendo a prestação de serviços de assistência à saúde, que ocupam o presente estudo.

A mudança na percepção e, principalmente, na função dos contratos da saúde suplementar é manifestação da nova teoria contratual. Por sua vez, marcada por um viés principiológico para a promoção do equilíbrio nas relações sociais.

A modificação na aceção impacta diretamente na maneira em que se desenrolam as relações entre operadoras de planos de saúde e seus usuários. O mercado de planos de saúde era palco recorrente de abusos contra o consumidor, por consequência, atualmente tem nas diretrizes estatais seu maior pilar.

2.2 Princípios Fundamentais aplicáveis aos Contratos

A prestação de serviços suplementar de assistência à saúde se efetiva após as tratativas realizadas entre o indivíduo e a operadora dos planos de saúde, tudo isso através da formalização de uma relação contratual. Correntemente, celebra-se um contrato de adesão, uma vez que as condições já se encontram estabelecidas por uma das partes: a operadora de plano de saúde.

Apesar do frequente questionamento judicial acerca do conteúdo e desenvolvimento de tais contratos, há que se destacar que também a eles são aplicáveis todos os princípios e regras atinentes às demais modalidades contratuais.

Importa frisar que a observância aos princípios contratuais é de suma relevância para que verdadeiramente se atinja a razão de ser de qualquer negócio

jurídico avançado. No caso dos contratos de planos de saúde, a prevenção a doenças e a promoção da saúde do beneficiário.

2.2.1 Princípio da Autonomia Privada

Judith Martins Costa, analisando a principiologia contratual, faz apontamentos sobre o conceito de autonomia privada, percebida de maneira distinta da autonomia da vontade clássica, cultuada pelo contrato liberal. A autora parte da análise das disposições do Código Civil de 2002 e pondera:

Entenda-se “autonomia privada” como poder ou competência para a nomogênese, como especificação, no Direito (e, muito especialmente, no Direito das Obrigações) da autodeterminação, que é noção da filosofia e “princípio constitutivo do político”. E não se entenda “autonomia privada” como “autonomia da vontade”, expressão que designa, concomitantemente: a) uma construção ideológica, datada dos finais do século XIX por alguns juristas para opor-se aos excessos do liberalismo econômico, constituindo um mito voluntariamente tecido pelos detratores do individualismo, para melhor criticar os seus excessos. b) uma explicação dada ao fenômeno contratual, visualizando-o exclusivamente pelo viés do acordo ou consenso mútuo; c) a tradução jurídica de uma forma econômica própria do capitalismo comercial oitocentista, ainda não dominado pela grande empresa e pela produção em massa, aceitando-se, então, a ideia de uma quase que “espontânea” composição dos interesses econômicos interprivados. (COSTA, 2005, p. 44).

Maria Helena Diniz (2007) afirma que no princípio da autonomia privada contemporâneo a liberdade contratual não é absoluta tampouco ilimitada, pois, ao Estado cabe a função de estipular como deverá se desenvolver a relação.

A autonomia privada implica a possibilidade de contratar e envolve a probabilidade de as partes determinarem a modalidade de contrato que pretendem celebrar, com quem irão contratar e o conteúdo da contratação. Entretanto, em se tratando de plano de saúde, assunto de interesse coletivo, resta aos contratantes apenas a decisão quanto *a quem* e *o que* contratar, pois, no que se refere ao

conteúdo da avença, muito pouco poderão interferir. Tudo isso em prol da garantia do interesse coletivo.

Apesar de celebrar contratos de adesão, as entidades administradoras de planos de saúde não podem, de forma absoluta, dispor do conteúdo do contrato conforme o seu desejo. A sua relação com o contratante é altamente regulada pela lei, de forma que parte do conteúdo contratual é previamente fixada. A intervenção do Estado nas relações contratuais, mitigando a liberdade contratar, confere ao consumidor/aderente, enquanto parte vulnerável da relação, a possibilidade de melhor satisfazer as suas expectativas contratuais.

Consoante o trecho descrito a seguir, a paridade entre as partes fica mais próxima de ser atingida:

A delimitação da autonomia da vontade constitui prioridade para atingir o equilíbrio da relação contratual e a igualdade real que se almeja para ambas as partes. Justifica-se tal delimitação, ainda, como meio idôneo para a proteção dos interesses de terceiros determinados ou indeterminados, que porventura vierem a sofrer os efeitos do contrato ajustado pelas partes, o que em muito se relaciona com a nova orientação que se dá ao princípio da eficácia relativa do contrato. (LISBOA, 2013, p.88).

A mitigação do princípio da autonomia privada por meio da intervenção do Estado muitas vezes confere ao consumidor, enquanto parte frágil da relação, possibilidade de satisfazer às suas expectativas contratuais.

2.2.2 Princípio da Obrigatoriedade da Convenção

O princípio da força obrigatória dos contratos, conhecido classicamente como *pacta sunt servanda*, revela a ideia de que o negócio jurídico resultante das vontades das partes faz lei entre elas. Como destaca Pablo Stolze Gagliano (2009), o contrato perderia sua razão de ser e não atingiria seus efeitos caso não possuísse força obrigatória.

Na concepção clássica, o referido princípio apresentava importante conteúdo econômico, tendo em vista seu caráter absoluto. Atualmente, porém, é também meio de garantir à parte frágil da relação a possibilidade de não ver suas expectativas legítimas frustradas.

De acordo com a doutrina de Orlando Gomes, o referido princípio é em grande parte responsável pela segurança jurídica do comércio. Pode ser definido como aquele que se traduz na regra de que o contrato é lei entre as partes. “Celebrado que seja, com a observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos.” (GOMES, 1979, p. 40)

Frente ao caso prático, caberá ao magistrado analisar a questão e se ater ao conteúdo das cláusulas firmadas entre as partes, garantindo previsibilidade e segurança jurídica ao instrumento contratual. Em suma, o princípio da obrigatoriedade dos contratos não pode vir a ser mecanismo de desigualdade contratual, tampouco, vir a promover injustiça no âmbito das relações.

2.2.3 Princípio da Relativização Subjetiva dos Efeitos dos Contratos

Ao manifestar livremente suas vontades, as partes contratantes estabelecem cláusulas que apenas gerarão efeitos entre elas, sem criar benefício ou prejuízo a sujeitos externos àquela relação. Assim, somente os envolvidos ficariam obrigados diante do objeto.

Porém, já não vigora mais essa ideia “fechada”, extremamente individualista de contrato. Os efeitos dos contratos não estão adstritos aos contratantes apenas: expressamente o Código Civil de 2002, nos artigos 436 a 440 e 467 a 471,

apresenta possibilidades relacionadas a terceiros. Com quem se contrata e como os contratos são interpretados geram, indubitavelmente, impactos nas contratações que se fizerem posteriormente, com as mesmas características.

Como mencionado, essencialmente no âmbito da saúde suplementar há forte intervenção do Estado na formação da relação contratual. Fato este que modifica profundamente o seu conteúdo.

Os planos de saúde são desenvolvidos sob o prisma da solidariedade, onde há um fundo comum, constituído com contribuições de cada beneficiário, que custeará as despesas geradas pelo acesso a procedimentos de saúde por parte de cada um deles.

Consequentemente, diante de tal questão, cada contrato celebrado entre a operadora responsável pela administração do fundo comum e o usuário é também do interesse dos demais, uma vez que juntos contribuem mutuamente para o acesso à saúde uns dos outros.

A nova visão dos efeitos dos contratos tem uma perspectiva comunitária que avalia os impactos sociais resultantes da contratação. Em se tratando de saúde, bem de interesse público, essa análise deve ser ainda mais evidente.

2.2.4 Princípio da Função Social

Conforme destaca Teresa Negreiros (2006), o princípio da função social do contrato apenas passa ser observado com a instituição do Código Civil de 2002, quando foi positivado por meio de seu artigo 421. Mas como já se destacou, tem suas raízes na Constituição. De acordo com a autora, tal mandamento significa que:

O contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes

sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas. (NEGREIROS, 2006, p. 208).

Dessa forma, tem-se que o contrato não está vinculado unicamente à autonomia privada das partes, mas deve buscar o equilíbrio entre elas e também estar atrelado a interesses maiores. Como afirma Naves (2009), para que o princípio aqui tratado venha a se efetivar, o contrato tem que deixar de atender a interesses meramente individuais para perpassar interesses muito maiores ligados à coletividade como um todo.

Para que isso ocorra, há a necessidade de se modificar o olhar sobre a relação contratual, que deixa de satisfazer apenas ao interesse das partes contratantes e passa a buscar a salvaguarda do interesse coletivo. No mesmo sentido, nos dizeres de Venosa (2003), o contrato não é mais visto pelo prisma individualista de utilidade para os contratantes, mas no sentido social de utilidade para a comunidade.

Então, Naves (2009) também assevera que a função social do contrato deverá ser estabelecida de forma que sua utilidade seja vista no contexto da autonomia privada, isto é, do respeito às iguais liberdades. Ultrapassando as escolhas dos indivíduos que convivem em tal contexto de liberdades.

A função social dos contratos se manifesta nos negócios jurídicos por meio de aspirações éticas da sociedade, como apontam Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias (2013). Os mesmos autores apontam para a existência de uma bipartição da função social em interna e externa.

A função externa seria os reflexos da eficácia dos contratos frente à comunidade, de forma a ultrapassar a polarização existente entre as partes, dando lugar a um ambiente cooperativo. Por outro lado, a manifestação interna do princípio da função social se dá entre os contratantes, assegurando o equilíbrio e a igualdade

das partes, com vistas à garantia da dignidade (FARIAS, ROSENVALD, 2013). No mesmo sentido são os apontamentos de Joseane Catusso (2008, p. 4):

[...] existem no contrato interesses de ordem coletiva e individual, a função social possui dois âmbitos de incidência: um interno e outro externo. Este, mais desenvolvido, aparece relacionado à ideia de que o contrato é uma relação jurídica que não interessa apenas às partes contratantes, mas, ao mesmo tempo, é influenciado pelas condicionantes do meio e gera efeitos que refletem na sociedade. A principal consequência desse viés externo é uma proposta de releitura do princípio da relatividade dos efeitos contratuais, harmonizando-o com as notas sociais que informam o contrato hodierno. Já no âmbito interno, a função social do contrato informa as relações existentes entre as partes contratantes, com mandamentos de manutenção de condutas escorreitas e de equilíbrio contratual, reconhecendo-se que também da relação interna podem surgir efeitos sociais. Percebe-se, pois, que o aspecto interno da função social dos contratos, consoante exposto pela doutrina majoritária, aparece relacionado à conduta das partes no âmbito interno da relação jurídica contratual, o que é objeto, também, da boa-fé.

É exatamente por essa razão que os instrumentos contratuais de planos de saúde não podem perder de vista a sua missão social de atender a um grande aglomerado de cidadãos que, mais cedo ou mais tarde, farão uso dos serviços contratados. Devem, sobretudo, construir uma relação saudável com os contratantes, sem perder de vista o interesse da comunidade.

Com o propósito de melhor aclarar a questão, Bruno Naves (2009, p. 307) faz a seguinte análise sobre o interesse coletivo:

Interesse coletivo é aquele que tem como titular um grupo, categoria ou classe de pessoas. Para que o interesse seja coletivo, devemos observar duas condições: a) impossibilidade de fracionamento entre as pessoas que compõem o grupo, categoria ou classe; b) reunião de pessoas em uma mesma relação jurídica, que os une em interesses comuns.

Certo é que a saúde constitui um dos direitos fundamentais mais importantes ao indivíduo e não pode ser negligenciada. O respeito à função social do contrato também não pode vir a comprometer a efetividade de prerrogativas individuais

constitucionalmente garantidas. Daí a razão da divisão em aspectos interno e externo, sobre esta questão trecho abaixo:

As normas jurídicas que contêm interesses aparentemente públicos não podem negligenciar o sistema de direitos fundamentais. Da mesma forma, normas que contêm interesses aparentemente privados não podem descuidar do entorno social em que se faz contextualizado. (NAVES, 2009, p. 311)

O que se pretende com a exigência de que o contrato cumpra com a sua função é tecer maiores reflexões acerca de seu viés individualista. Segundo os ensinamentos de Naves (2009, p.226), a axiologia contratual não está composta apenas pela liberdade individual, muito além disso, é integrada pela “justiça, a igualdade, solidariedade, e demais valores que, sob a ótica civil-constitucional, são essenciais à tutela da dignidade humana no âmbito da ordem econômica”.

2.2.5 Princípio da Boa-Fé Objetiva

A boa-fé objetiva é fundamental a qualquer relação contratual, pois cuida de estabelecer comportamentos éticos a serem seguidos pelos contratantes. Como se verifica na doutrina de Teresa Negreiros, esse princípio é recente e ocupa espaço fundamental no combate ao desequilíbrio econômico entre as partes:

Com efeito, o princípio da boa-fé representa, no modelo atual de contrato, o valor da ética: lealdade, correção e veracidade compõem o seu substrato, o que se explica a sua irradiação difusa, o seu sentido e alcance alargados, conformando todo o fenômeno contratual e, assim, repercutindo sobre os demais princípios, na medida em que a todos eles assoma o repúdio ao abuso da liberdade contratual a que tem dado lugar a ênfase excessiva no individualismo e no voluntarismo jurídicos. (NEGREIROS, 2006, p. 116)

Isto é, a boa-fé pressupõe que os integrantes da relação contratual atuem em conformidade com padrões observados socialmente, desaprovando qualquer

postura que indique malícia e que venha a privilegiar exclusivamente aquele que estiver posicionado em condição superior.

Nas palavras de Cláudia Lima Marques (2011, p. 216), a boa-fé objetiva se revela no comportamento, com vistas ao outro lado da relação contratual, de maneira respeitosa para com os direitos e expectativas legitimamente construídos, visa atingir a finalidade da obrigação assumida e, conseqüentemente, os objetivos do contrato celebrado. No mesmo sentido, Bruno Naves (2009, p. 220):

O princípio da boa-fé, a exigir dos contratantes uma conduta leal da qual surgem deveres acessórios que não são objeto de obrigações consentidas, a teoria da lesão, a autorizar a revisão judicial do contrato, e, de uma forma geral, a orientação legislativa de índole intervencionista, com caráter cogente, assumidamente protecionista em favor da parte considerada vulnerável, revelam que a autonomia da vontade é hoje insuficiente como fundamento da força obrigatória dos contratos.

Dada à singularidade do objeto dos contratos de planos de saúde e as peculiaridades de sua formação, Joseane Suzart Lopes da Silva (2010, p. 485) destaca a essencialidade do princípio da boa-fé objetiva na saúde suplementar:

A importância da boa-fé apresenta-se muito mais sensível em relação aos conflitos que, advindos de relações contratuais resultantes da atuação prévia de uma das partes na elaboração do contrato, ensejam a mera adesão da outra parte. Os planos de saúde enquadram-se nessa situação, uma vez que são gerados pela simples subscrição de instrumentos contratuais, confeccionados sem ao sabor dos interesses das operadoras, sem que os consumidores possam questionar algum aspecto.

Embora os planos de saúde sejam amplamente regulamentados e tenham pouca margem para edição das cláusulas contratuais, há intensa discussão sobre tais contratos no judiciário.

Como será tratado mais adiante, há modalidades de operadoras que possibilitam maior participação dos usuários no processo decisório referente ao

conteúdo e desenvolvimento do negócio jurídico. O diálogo aberto entre a operadora e o usuário pode servir como um indicador de boa-fé nas relações.

3) CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE

3.1 Histórico da Saúde Suplementar no Brasil

A história da saúde privada no Brasil se confunde com a proteção previdenciária, pois juntas ajudam a compor a seguridade social de proteção aos indivíduos frente às contingências sociais.

Assim, em 1923 ocorre a aprovação da Lei Eloy Chaves que tratava de regular questões previdenciárias e também de saúde, servindo como um marco inicial da transferência da responsabilidade do setor público para o setor privado. Foi nesse período a criação das Caixas de Aposentadoria e Pensão - CAP, vinculadas inicialmente apenas às empresas ferroviárias.

Já no Governo de Getúlio Vargas (1933) são criados os Institutos de Aposentadoria e Pensão - IAPs, que prestavam serviços de assistência médica, dando origem à compra de serviços hospitalares.

O surgimento da saúde supletiva no Brasil, de forma organizada, porém, remonta aos anos de 1940 e 1950, quando os setores público e privado passaram a ofertar aos seus colaboradores serviços médicos e hospitalares. Já no início da década de 1940, destaca-se a criação da Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil - CASSI, entidade de autogestão administradora de planos de saúde destinados a um grupo específico de usuários, que existe até hoje.

Em busca da qualidade de vida de seus trabalhadores, a indústria automobilística brasileira em desenvolvimento vê no oferecimento de serviços de assistência médica um diferencial para atrair mão de obra qualificada, como sustenta José Luiz Toro da Silva (2005). A partir de 1950, o sistema de seguridade

social foi se firmando aproximando assistência médica e previdenciária e se disseminando em todo o setor industrial.

Analisando relatório produzido em Comissão Parlamentar de Inquérito dos planos de saúde, o autor citado acima aponta o final da década de 1970 e início dos anos de 1980 como período em que os planos de saúde se consolidam enquanto possibilidade de acesso à assistência médica e hospitalar existente no mercado.

A expansão do setor seguiu e a comercialização de planos de saúde alcançou altos patamares, com aumento de demanda principalmente por parte de grupos de trabalhadores e do funcionalismo público. É justamente nessa época que ocorre a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, o que, conseqüentemente, aumentou as reclamações dos usuários quanto ao sistema de saúde suplementar.

Diante de tal cenário, tornou-se necessário que discussões fossem iniciadas no âmbito do legislativo nacional para regulamentar o setor. Como resultado, surgiu a Lei nº 9.656 no ano de 1998. O surgimento da lei, como assegura José Luiz Toro da Silva (2005, p. 45), resultou de diversos fatores:

Entendemos que o Código de Defesa do Consumidor, que despertou grandes discussões sobre a abusividade ou não das cláusulas dos contratos de planos de saúde, e a instituição do Plano Real, que acabou com a inflação existente no País, obrigando estas empresas a reverem os seus custos, pois o lucro que obtinham provinha do mercado de capitais, haja vista que captavam o dinheiro de seus associados e somente 50/70 dias após é que iriam pagar as contas médico-hospitalares, ganhando grandes somas neste lapso temporal, também influenciaram na edição da novel regulamentação. Nesse período, as operadoras de planos de saúde apareciam como as campeãs de reclamações nos PROCONs.

Outra ocorrência marcante no histórico do sistema privado de assistência à saúde foi a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS no ano 2000,

por meio de Medida Provisória, que logo em seguida deu lugar a aprovação da Lei 9.961/2001 pelo Congresso Nacional.

Com a natureza jurídica de autarquia, a ANS é uma das principais agências reguladoras do país, tem por funções primeiras a normatização e regulação do setor, por meio de emissão de resoluções normativas e controle da atuação das operadoras de planos de saúde.

Apesar de todo o movimento regulatório, as relações envolvendo a contratação da saúde suplementar vêm sendo frequentemente judicializadas. A discussão referente ao acesso à saúde mobiliza parte considerável do poder judiciário, de forma que se apresenta como um tema relevante na atualidade jurídica brasileira.

O número de demandas judiciais cujo polo passivo é ocupado pelas operadoras de planos de saúde cresceu substancialmente, de acordo com dados do relatório Justiça em Números disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça (2017), o número de novos processos saiu de 209.427 (duzentos e nove mil quatrocentos e vinte e sete) no ano de 2014 para 427.267 (quatrocentos e vinte e sete mil e duzentos e sessenta e sete) em 2016².

A judicialização se apresenta como acontecimento marcante no histórico da saúde privada, incluindo o judiciário como protagonista de atuação controversa, mas constante.

3.2 Sistema regulatório dos Planos de Saúde

² O relatório completo pode ser analisado na página eletrônica do Conselho Nacional de Justiça, que apresenta painéis explicativos, detalhando quais são os motivos das principais demandas movidas contra os planos de saúde. Disponível no endereço eletrônico: <http://painéis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%4Oneodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT>.

A primeira normatização em que os usuários contratantes de serviços suplementares à saúde puderam recorrer foi o Decreto-Lei nº 73 de 1966, que trata do sistema nacional de seguros privados no Brasil. Era o único suporte jurídico especializado que havia. Porém, com o advento do Código de Defesa do Consumidor em 1990, os usuários da saúde suplementar passaram a ter maior salvaguarda de seus direitos.

O marco regulatório da saúde suplementar apenas se deu no final da década de 1990, quando entra em vigor a Lei nº 9.656/1998. Essa legislação específica sobre a questão foi resultado de intensa atuação de variados setores e entidades, ressaltando-se que diversos abusos vinham sendo cometidos, gerando desequilíbrio contratual entre as operadoras e usuários.

De acordo com Maria Stella Gregori (2011, p. 43), o processo de normatização da saúde suplementar no Brasil divide-se em fases, sendo que inicialmente houve maior preocupação com a sustentabilidade do setor, posteriormente, cuidou-se da qualidade agregada à sustentabilidade e, por fim, há a construção de um novo ponto de vista da regulação.

Passando por algumas reedições introduzidas por medidas provisórias, a Lei nº 9.656/1998 está sujeita a mudanças, uma vez que o modelo atual de saúde suplementar é frequente alvo de críticas e a forma de regulamentação ideal ainda não foi encontrada.

Também a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), vinculada ao Ministério da Saúde, é ente de destaque no setor de regulação dos planos de saúde. É responsável não apenas pela criação de normas, mas também pelo controle e fiscalização de segmentos do mercado conduzido pelas operadoras de saúde. O fim

maior na atuação das agências reguladoras é assegurar o interesse público, certamente, também é este o propósito da ANS.

A Lei nº 9.961/2000 apresenta a competência da ANS, dentre outros deveres, é de sua alçada estabelecer as características gerais dos contratos firmados entre os usuários e as operadoras, elaborar e atualizar o rol básico de eventos e procedimentos em saúde, autorizar reajustes e revisão dos valores dos planos de saúde. Além disso, é também a responsável por fixar critérios para o procedimento de credenciamento e descredenciamento de prestadores de serviços das operadoras, bem como autorizar o registro dos planos de assistência à saúde e o funcionamento de suas administradoras.

Em síntese, é a ANS a principal encarregada de fazer cumprir as determinações da Lei nº 5.696/1998, seja fiscalizando, avaliando ou estipulando resoluções normativas. Para tanto, possui amplos poderes, como afirma José Luiz Toro da Silva (2005, p. 56), com referência à normatização, fiscalização e punição das operadoras de planos de assistência à saúde e prestadores de serviços.

O mesmo autor apontado anteriormente ainda afirma que esse poder deve ser compreendido como um “poder-dever”, já que a agência assume as consequências advindas de suas responsabilidades, ainda mais quando a sua omissão ou atuação vier a causar danos aos usuários do sistema supletivo de saúde.

3.3 As Limitações aos Contratos de Planos de Saúde

O contrato que envolve a saúde suplementar é um típico exemplo da modificação da teoria contratual. Além de suas finalidades sociais relevantes, recebe significativa intervenção estatal, trata-se de ramo com regulamentação intensa e constante.

Na finalidade de coibir abusos no setor de saúde suplementar, a Lei nº 9.656/98, conhecida como Lei dos Planos de Saúde, passou a dispor os caminhos a serem seguidos pelos sujeitos do mercado da saúde suplementar. Também foi responsável por estabelecer as nuances em que as relações contratuais se firmariam, refletindo um alto grau de intervencionismo.

Essa atuação estatal convencionou ser chamada de dirigismo contratual. Como ensina a professora Maria Helena Diniz, é a expressão utilizada para designar as medidas de restrição estabelecidas pelo Estado na intenção de invocar a supremacia dos interesses coletivos em detrimento aos desejos individuais dos contratantes. Tudo na intenção de conferir proteção ao economicamente mais frágil, “sacrificando benefícios particulares em prol da coletividade, mas sempre conciliando os interesses das partes e os da sociedade”. (DINIZ, 2007, p. 26)

A regulamentação legal do conteúdo dos contratos tem por objetivo precípuo buscar o equilíbrio das partes, quando a uma delas, mais vulnerável, não restar outra opção senão aceitar as determinações da outra.

De acordo com Silva (1965), quando o Estado acredita ser imprescindível o detalhamento de determinada relação contratual, impõe, por meio do legislativo, contratos com cláusulas padrões de ordem pública sem as quais a relação contratual será considerada inválida.

Como destaca, ainda, Maria Helena Diniz, além da imposição de normas de ordem pública, a revisão judicial é uma forma de se alterar os contratos. Diante do

caso concreto, dita a maneira como deverá ser executado ou alivia o prejudicado, baseando-se em “princípios de boa-fé e de supremacia do interesse coletivo, no amparo do fraco contra o forte, hipótese em que a vontade estatal substitui a dos contratantes, valendo a sentença como se fosse declaração volitiva do interessado” (DINIZ, 2007, p. 27).

A manifestação das premissas do Estado pode ser verificada em momentos distintos. Em primeiro lugar, anteriormente à formação dos contratos por intermédio das disposições legislativas. Posteriormente, após a celebração, por intermédio do dirigismo judicial que visa combater possíveis injustiças oriundas da liberdade que ainda resta para contratar.

Para além do dirigismo estabelecido pela Lei 9.656/98, como já destacado, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar³ (ANS), autarquia especial vinculada ao Ministério da Saúde, que exerce função essencialmente fiscalizadora e reguladora na defesa do interesse público no que concerne aos serviços privados de assistência à saúde.

Seja no âmbito legislativo ou judicial, os contratos que envolvem a saúde estão submetidos a inúmeras normas jurídicas cogentes que possuem dois propósitos. Por um lado, visam conferir proteção ao consumidor/contratante. Por outro, oferecer condições para que as operadoras de planos de saúde tenham possibilidades de enfrentar a concorrência do mercado.

3.4. O Contrato de Plano de Saúde como Categoria Especial

Para Maria Cristina de Barros Cardoso (2015, p. 290), o contrato de plano de saúde é:

³ Maiores detalhes são apresentados acerca da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) à página 22.

Aquele por meio do qual uma das partes, a operadora, se obriga frente à outra, o consumidor, a promover a cobertura dos riscos de assistência a sua saúde, mediante a prestação de serviços médicos hospitalares e/ou odontológicos em rede própria, bem como reembolso das despesas efetuadas, ou pagamento direto ao prestador dos serviços em questão.

Tendo em vista as disposições da Lei 9.656/1998, os contratos de planos de saúde se assemelham a contratos de seguro, por tratarem de um risco, um prêmio e um evento indenizável.

No que se refere a seu objeto, os contratos aqui estudados possuem especial relevância que os distancia dos demais. O propósito maior do usuário do sistema de saúde suplementar é ver garantido o seu direito fundamental à saúde.

Especificamente, trata-se de contrato oneroso, pois o beneficiário paga pela assistência à saúde recebida e o plano de saúde disponibiliza a assistência à saúde, gerando reflexos na interpretação contratual das cláusulas, que podem ser analisadas extensivamente. Refere-se a uma contratação aleatória, onde não necessariamente haverá correspondência entre o valor da cobertura e os serviços em saúde disponíveis.

Possui vínculo jurídico de longa duração, de trato sucessivo e prazo indeterminado, o que significa que o usuário pode não vir a necessitar da assistência no momento atual, mas no futuro vir a requerê-la.

No âmbito da saúde suplementar, os contratos também podem envolver plano de saúde individual ou familiar, realizado por determinada pessoa para obter cobertura para si e sua família.

Há também o coletivo empresarial que é celebrado por determinada pessoa jurídica com um grupo específico, com o qual possui vínculo empregatício, associativo ou sindical. É nessa categoria que se enquadra a modalidade de

autogestão, relevante para a construção deste estudo e que será mais bem detalhada em capítulo específico.

4) CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE CONSUMO

4.1 O Caráter protetivo do Código de Defesa do Consumidor

Frente ao aparecimento da sociedade de massa, o aumento dos contratos seguiu a mesma proporção, passando a incorporar o cotidiano do indivíduo comum de forma que os recursos contratuais corriqueiros não se mostraram suficientes para conter os excessos cometidos no mercado.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) surge com o propósito de garantir que princípios e garantias constitucionais sejam efetivados nas relações de consumo. Com o advento da Lei nº 8.078/90, aparece no ordenamento jurídico um subsistema autônomo, responsável pelo regramento do mercado de consumo, estabelecendo regras não apenas de proteção e defesa do consumidor, mas também de salvaguarda do interesse público e social.

Como afirma Maria Stella Gregori (2011, p.98), a matéria alvo da regulação do Código de Defesa do Consumidor é a relação de consumo, compreendida enquanto o vínculo jurídico estabelecido entre consumidor e fornecedor para utilização de serviços ou obtenção de produtos.

As normas do CDC são imperativas e não podem ser afastadas pela vontade das partes, pois, em última instância, buscam assegurar os interesses de toda a sociedade, visando à ordem pública. Por essa razão, prevalecem sobre as disposições das demais legislações quando o assunto é consumo.

Mais que isso, a Lei nº 8.078/1990 traz em si reflexos da nova teoria contratual, onde a liberdade de contratar deixa de ser absoluta. Por certo, também

traz consigo a concepção de que os contratos devem cumprir com fins sociais e, sendo assim, devem ter observância precisa dos mandamentos legais.

Ademais, a legislação consumerista possui relevância *sui generis* por se tratar ao mesmo tempo de lei especial relacionada ao consumo, mas, por outro lado, possuir caráter de lei geral dada sua natureza principiológica. Sobre a questão, Rizzato Nunes (2009, p. 66) esclarece:

Como lei principiológica entende-se aquela que ingressa no sistema jurídico como, fazendo, digamos assim, um corte horizontal, indo, no caso do CDC, atingir toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo e que esteja também regrada por outra norma jurídica infraconstitucional. Assim, por exemplo, um contrato de seguro de automóveis continua regulado pelo Código Civil e pelas demais normas editadas pelos órgãos governamentais que regulamentem o setor, porém estão tangenciados por todos os princípios e regras da Lei n 8.078, de tal modo que, naquilo que com eles colidirem, perdem eficácia por tornarem-se nulos de pleno direito.

Na mesma direção, Maria Stella Gregori (2011, p. 100) faz as seguintes ponderações:

É uma lei principiológica porque não trata especificamente de nenhum contrato firmado entre consumidor e fornecedor em especial, nem de atos e negócios jurídicos específicos, mas estabelece novos parâmetros e paradigmas para todos estes contratos e fatos juridicamente relevantes, que denomina, então, de relações de consumo. A Lei Consumerista regula, portanto, todo o fornecimento de serviços no mercado brasileiro e as relações jurídicas daí resultantes.

Também nesta linha são os destaques da professora Cláudia Lima Marques (2002). Segundo ela, à medida que as leis que possuem função social vão se concretizando acabam por impor novas noções de valores que direcionam a atuação da sociedade. Isso por positivar direitos normalmente assegurados a determinados grupos e, por outro lado, impor deveres a sujeitos sociais que, devido a vantagens que possuem, deverão arcar com certos riscos.

O que se percebe é que um conjunto normativo nos moldes do CDC tem a difícil empreitada de promover a harmonia por meio do equilíbrio das relações jurídicas, mas, sobretudo, fomentar transformações sociais.

A tutela surge como uma necessidade devido à vulnerabilidade que possui o consumidor ao contratar no mercado de consumo. Na expressão de Herman Benjamin⁴, essa fragilidade se manifesta antes, durante e após a contratação. Desta forma, a vulnerabilidade decorre direta ou indiretamente do empreendimento contratual, sendo toda a proteção ofertada no sentido do contrato.

O professor segue destacando que a ótica de proteção do CDC se esforça no aperfeiçoamento da liberdade de contratar, mas, além disso:

Muito mais do que ocorre com o resguardo da saúde do consumidor, o amparo da sua integridade econômica (aí se incluindo a proteção contratual) é uma questão de posição jurídica do sujeito amparado. Aqui a proteção se dá em favor de quem contrata ou é estimulado a contratar. O que se quer, por essa via, é a alteração da correlação de forças, no plano econômico e jurídico, entre consumidores e fornecedores, francamente desfavorável àqueles. Como se vê, e não há como fugir, tal tutela opera *sobre* ou *ao redor* do contrato de consumo. (BENJAMIN *in* MARQUES, 2011, p.12)

A fragilidade do consumidor, como se observa nos estudos de Cristiano Heineck Schmitt (2011), pode se manifestar sob três enfoques distintos. O que se pretende com a aplicação da Lei nº 8.078/90 é buscar o máximo de equilíbrio e igualdade na relação contratual protagonizada por ele.

Segundo o mesmo autor, já na publicidade o fornecedor faz uso de técnicas de marketing que convencem o consumidor por meio de manipulação psíquica, induzindo-o a aceitar a oferta feita. Em outro momento, a fragilidade do consumidor se revela na ausência de conhecimento técnico específico acerca do objeto ou

⁴ Comentários feitos pelo atual ministro do Superior Tribunal de Justiça na apresentação da 1º edição da obra *Contratos no Código de Defesa do Consumidor* da autora Cláudia Lima Marques, publicada no ano de 1992.

atividade contratada, ou seja, apenas o fornecedor detém informações precisas de sua atividade.

Finalmente, o último prisma que justifica a proteção conferida pelo CDC é a vulnerabilidade jurídica do consumidor, que se revela nas técnicas de contratação em massa, manifestadas por meio de “contratos de adesão, pelas condições gerais dos negócios jurídicos e pelos demais instrumentos contratuais utilizados normalmente pelos fornecedores, empresas com setores jurídicos próprios, preparados para conflitos judiciais e extrajudiciais” (SCHIMITT, 2011, p. 11).

As questões acima mencionadas somadas ao cenário conflituoso vivenciado pelos contratos de planos de saúde levaram a jurisprudência a reconhecer a existência de relação de consumo no tocante a todos os contratos de planos de saúde. De sorte que o Superior Tribunal de Justiça apontou, por meio da edição da Súmula nº 469⁵, para o entendimento de que o vínculo existente entre o usuário de plano de saúde e a operadora deveria ser compreendido como relação de consumo.

Os contratos de planos de saúde diferentemente dos demais, possuem especial relevância, pois buscam garantir direitos indisponíveis. Dessa maneira, também ao consumidor desse mercado é imprescindível a proteção da legislação consumerista, uma vez configurada a sua fragilidade, a paridade entre as partes contratantes deve ser perseguida.

⁵ Baseada no código de Defesa do Consumidor e na Lei dos Planos de Saúde, a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça confirmou o entendimento já pacificado em muitos Tribunais, segundo o qual “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”. (Resp 267.530/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJe 12/3/2001). Frequentemente, as decisões judiciais das diversas instâncias recorrem a essa premissa para justificar a condenação de planos de saúde conduzidos sob a autogestão, que não desenvolvem atividade de empresa, que possuem natureza de associação ou fundação, por exemplo. Contudo, como se esclarecerá, o entendimento sumular da Corte foi modificado e a Súmula cancelada em 11/04/2018.

Os planos de saúde visam à prestação de serviços e procedimentos para garantia da saúde, que é o bem mais valioso da vida. Em última análise, como assevera Mariângela Sarrubo (1999, p. 25), a saúde é um bem muito distinto dos outros bens de consumo, não é descartável, tampouco se separa do corpo e da vida. Em razão disso, a aplicabilidade ou não do CDC é determinante na seara da saúde suplementar, sobretudo, quando a operadora desenvolve suas atividades na modalidade fechada e de autogestão.

4.2 Classificação das Operadoras de Planos de Saúde

Estipula a Lei nº 9.656/98 que a operadora de planos de assistência à saúde é a pessoa jurídica, jamais física, constituída sob a modalidade de sociedade empresária, cooperativa, administradora ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de plano de saúde privado de saúde.

O conceito legal de plano privado de assistência à saúde⁶ também é apresentado pelo legislador. José Reinaldo de Lima Lopes (1999, p. 31), por sua vez, afirma que as empresas responsáveis pelos planos são bastante semelhantes por constituírem um fundo comum que irá custear as despesas geradas pelos beneficiários. A empresa que ofereça planos de saúde formaliza contratos, individualizados ou com grupos, com os quais se fará a distribuição do montante.

⁶ Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:

I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor; (BRASIL, Lei 9.656 de 3 de junho de 1998).

As operadoras recebem diferentes classificações, podem ser, por exemplo, apenas administradoras dos planos, o que significa que não possuem rede própria, mas apenas credenciam e referenciam serviços de assistência à saúde.

Outra modalidade é a cooperativa médica ou odontológica, também prevista no texto legal, e tem por intento “fortalecer o profissional médico, ampliando seu poder em face de grandes grupos econômicos que buscam a realização de seus lucros na área da saúde” (FERNANDES NETO, 2002, p. 99).

O referido autor ainda aponta agravante desta modalidade de operadora, uma vez que os interesses dos médicos nem sempre coincidem com o do consumidor, pois o formato dessas “pessoas jurídicas gera um permanente conflito entre os objetivos da cooperativa, que defende interesses dos médicos, e a finalidade social da operadora de plano de saúde, que consiste na assistência prestada ao consumidor e seu financiamento” (FERNANDES NETO, 2002, p. 99).

Também há no mercado as seguradoras especializadas em saúde, que tratam de reembolsar o usuário por eventuais gastos. Essa modalidade acaba por conferir certa liberdade para utilização dos serviços de saúde que for mais conveniente, embora tudo ocorra nos moldes contratados.

A medicina ou odontologia em grupo, outra modalidade de operadora de planos de saúde, são empresas e, portanto, possuem finalidades lucrativas e administram planos de rede própria ou de fornecedores credenciados. Assevera José Luiz Toro da Silva (2005, p. 67), que essa modalidade constitui “um sistema de administração de serviços médico-hospitalares para atendimento em larga escala com padrão profissional e custos controlados”.

Apesar de ser a última modalidade aqui tratada, a participação de entidades de autogestão na saúde suplementar é a mais importante para a concretização dos objetivos deste trabalho.

Para Antonio Joaquim Fernandes Neto (2002, p. 99), quando a lei se refere a entidades de autogestão enquanto operadoras de planos de saúde, tem por intenção abarcar aquelas instituições ou empresas que mantêm sistemas próprios de assistência à saúde. Os exemplos mais comuns são as associações de classe, sindicatos, organizações empresariais que montam e gerenciam o próprio fundo que financia o acesso à saúde dos sujeitos participantes.

Essa categoria de plano de saúde é direcionada a grupos fechados de usuários que obrigatoriamente devem possuir vínculo com a entidade promotora. Na definição de José Luiz Toro da Silva (2005, p. 65):

São entidades de autogestão que operam serviços de assistência à saúde ou empresas que, por intermédio de seu departamento de recursos humanos ou órgãos assemelhados, responsabilizam-se pelo Plano de Assistência à Saúde destinado, exclusivamente, a oferecer cobertura aos empregados ativos, aposentados, pensionistas ou ex-empregados, bem como a seus respectivos grupos familiares definidos, limitado ao terceiro grau de parentesco consanguíneo ou afim, de uma ou mais empresas, ou, ainda, a participantes e dependentes de associações de pessoas físicas ou jurídicas, fundações, sindicatos, entidades de classe profissionais ou assemelhados.

As operadoras de planos conduzidas sob a autogestão podem contar ou não com patrocínio. No caso das patrocinadas, há gestão própria dos recursos e os planos são em parte ou totalmente custeados pela autogestão, que também se destaca pela participação dos usuários e dos dirigentes das patrocinadoras nos órgãos administrativos, por outras palavras, isso importa em melhor utilização dos recursos financeiros em prol do participante e de sua saúde.

Fernandes Neto (2002, p.100) que trata detalhadamente das entidades de autogestão aponta detalhes sobre a sua constituição, administração e objetivos. De acordo com os seus ensinamentos, é essa a modalidade de planos de saúde que apresenta melhores resultados na gestão dos recursos captados, ofertando amplas coberturas, com preços mais baixos que os adotados pelas cooperativas médicas, seguradoras e empresas de medicina de grupo.

Dado o caráter de serviços público e a relevância da prestação de atividades no âmbito da saúde suplementar, também as atividades de autogestão estão sujeitas às disposições legais e regulamentares do setor, bem como a fiscalização praticada pela agência reguladora do setor, ANS.

Outra característica marcante do sistema de autogestão é a vinculação a determinado grupo fechado de participantes, isso quer dizer que não está disponível no mercado de consumo para livre aderência. Normalmente, os regulamentos desta modalidade de planos de saúde estabelecem critérios de observância obrigatória para ingresso, do contrário, o cidadão que não possua ligação profissional, associativa ou sindical com a entidade não poderá desfrutar dos benefícios assistenciais à saúde.

4.3 Operadoras de Planos de Saúde Fechadas e Abertas ao Mercado de Consumo

A ausência de finalidade lucrativa diferencia essencialmente as operadoras de autogestão destinadas a grupos fechados de usuários daquelas abertas à competição do mercado de consumo. Sempre em busca de mais clientes, esta

última categoria tem por objetivo maior o ganho de lucros com a atividade de assistência à saúde que presta no comércio.

No que concerne à forma de administração, há outro ponto marcante entre as entidades. Normalmente, os participantes das entidades fechadas possuem assento nas instâncias decisórias, podendo vir a opinar direta ou indiretamente sobre os assuntos relacionados à condução do plano de saúde e também sobre a gestão do fundo comum que financiará a assistência à saúde de todos.

Já não é o que ocorre com as operadoras abertas à grande clientela que, precipuamente, buscam retorno financeiro com suas atividades. Isso porque exigem remuneração pelo serviço prestado, além de comercializar seus produtos e serviços no mercado de consumo.

Pode-se afirmar que as sociedades empresárias, criadas e organizadas para a exploração de atividades destinadas ao lucro, diferem também no que se refere à origem das entidades de autogestão. Estas surgem como um ato de sabedoria de trabalhadores ou determinada categoria, que através de uma associação buscam serviços de assistência à saúde de baixos custos e com maior qualidade.

A seguir, apresenta-se raciocínio aplicado à lógica das entidades fechadas de previdência privada, autorizadas pela lei a operar planos de saúde, que cabe perfeitamente para a autogestão em saúde:

As contribuições dos participantes, somadas às dos patrocinadores (empregadores), destinam-se à constituição de um fundo que, baseado em cálculos atuariais que levam em conta fatores como longevidade, inflação e retorno dos investimentos, vai arcar com a complementação de aposentadoria do agrupamento associativo da entidade fechada de previdência complementar. (REIS, 2013, p. 13)

A correlação entre a previdência privada e os planos de saúde é perfeitamente possível, já que é comum a existência de entidades que cumprem com as duas atividades, tudo nos moldes das disposições legais.

Sobre a questão, o Superior Tribunal de Justiça editou entendimento sumular⁷ segundo o qual o Código de Defesa do Consumidor não possui aplicação à relação entre o participante e a entidade fechada de previdência privada.

Registra-se a razão de ser e a atuação da autogestão não é o alcance de ganhos, tampouco as práticas comerciais, mas o esforço organizado e a busca pela concretização do direito fundamental à saúde ou intenções previdenciárias.

Ainda sobre a previdência complementar, Adacir Reis (2013, p. 14) faz considerações sobre o CDC que merecem ser descritas pela correspondência com o tema aqui abordado:

Não pretendemos condenar as sociedades que se organizam em busca do lucro, nem tampouco deixar de reconhecer os grandes avanços obtidos nas relações de consumo em razão do Código de Defesa do Consumidor. Longe disso. As empresas com finalidade lucrativa, inclusive instituições financeiras, cumprem papel relevante, e indispensável, no mundo contemporâneo. O referido Código funciona como importante ferramenta para a modernização das atividades empresaria [...] nosso objetivo, é realçar que há grandes diferenças jurídicas, conceituais e doutrinárias que devem ser observadas e respeitadas, inclusive pelo Poder Judiciário.

Efetivamente, as considerações acima estão corretas quando fazem destaque aos ganhos obtidos com a aplicação da legislação protetiva do consumidor. Frisa-se que também incita certa reflexão quanto às diferenças jurídicas marcantes entre entidades fechadas e abertas que operam planos de saúde.

Diante das distinções, os litígios envolvendo as operadoras de planos de saúde fechadas conduzidas sob a autogestão, deveriam resultar em decisões mais refletidas que não se limitem apenas à aplicação cega e imponderada da lei do consumidor.

⁷ Súmula 563, STJ - O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às entidades abertas de previdência complementar, não incidindo nos contratos previdenciários celebrados com entidades fechadas. (STJ -Súmula 563, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/02/2016, DJe 29/02/2016).

4.4 Conceito Jurídico de Consumidor

A relação jurídica de consumo apenas restará caracterizada quando também apontar para a presença dos sujeitos que a compõe, ou seja, o CDC apenas incidirá sobre aqueles contratos cujo polo contratual estiver ocupado pelo consumidor e o outro pelo fornecedor.

O Código de Defesa do Consumidor cuidou de estabelecer o conceito de consumidor, sendo que em seu artigo 2º determina que o consumidor é aquela pessoa que adquire ou utiliza um produto ou serviço como destinatário final. Sobre o assunto, Cláudia Lima Marques evoca a vulnerabilidade como ponto de partida da legislação consumerista para a construção do conceito.

Convém, portanto, estabelecer de forma clara a quem será destinada a tutela consumerista, definir quais sujeitos cumprem com o requisito maior para se enquadrar no conceito de consumidor, qual seja, a vulnerabilidade. A autora acima citada, na tentativa bem sucedida de estabelecer um conceito, destaca que:

Consumidor é o não profissional, aquele que retira da cadeia de fornecimento (produção, financiamento e distribuição) o produto e serviço em posição estruturalmente mais fraca, é o agente vulnerável do mercado de consumo, é o destinatário final fático e econômico dos produtos e serviços oferecidos pelos fornecedores na sociedade atual, chamada sociedade 'de consumo' ou de massa. (MARQUES, 2011, 302)

À vista do conceito legal e o que fora acima apresentado, necessário que se teça comentário a respeito do requisito da utilização e aquisição do bem enquanto destinatário final.

Ser destinatário final de determinado bem é retirá-lo do mercado. Para melhor compreensão da questão, destaca-se a existência de duas correntes doutrinárias, uma chamada de finalista e a outra maximalista. Antonio Joaquim Fernandes Neto (2002, p. 63) afirma que para os primeiros, finalistas, consumidor possui um conceito

mais restrito, sendo aquele não profissional que adquire ou utiliza o produto ou serviço com finalidade pessoal ou doméstica, sem propósito econômico. A restrição é no sentido de conferir maior proteção aos que, de fato, são mais vulneráveis.

A segunda corrente, nomeada de maximalista, tem pretensões de estender as normas consumeristas para o mercado como um todo. Visa a aplicação do CDC ao máximo de relações possíveis, assim, na doutrina de Cláudia Lima Marques (2011, p. 306), ao destinatário real do produto, que ao retirá-lo do mercado lhe dá destinação, como no exemplo dado de uma fábrica de toalha que compra algodão como matéria-prima.

Com efeito, ambas as teorias servem de base para decisões judiciais, porém, aplicar o conceito de consumidor a profissionais não é a regra, mas a exceção. Para concluir, Rizzatto Nunes (2009, p. 83) frisa que o CDC não regula aquelas situações em que o produto é adquirido para servir de bem de produção para outros produtos ou serviços.

Há que se registrar que também à coletividade de pessoas que tenha intervindo na relação de consumo, mesmo que não se possa individualizar os sujeitos, é estendida a definição de consumidor.

A tutela de direitos coletivos é ponto de relevância quando se discute as relações envolvendo a saúde supletiva. Isso porque a dimensão coletiva se impõe sobre o caráter individual, uma vez que as operadoras de planos de saúde administram um fundo comum para o qual todos os beneficiários contribuem e, por conseguinte, esperam poder no futuro usufruir da assistência contratada de forma satisfatória.

Sobre essa questão, o autor Fernandes Neto (2002, p. 67) apresenta o seguinte exemplo:

Suponha-se que um consumidor deseja submeter-se a uma série de exames, sofisticados e caros, para avaliar suas condições de saúde, com custeio por um plano coletivo. Os exames são pagos e apresentam resultados negativos em relação a agravos à saúde. O consumidor, então, decide repetir os exames, três ou quatro vezes, visando a confirmar o diagnóstico obtido, e a administradora nega-se a autorizá-los.

E o prossegue seu raciocínio com conclusão importante para o presente trabalho:

Há, nesse caso, além do conflito evidente entre operadora e o consumidor, um outro interesse ferido: o interesse transindividual da coletividade de consumidores. A falta de critério no controle dos gastos implica custos que serão rateados por todos. Não há como individualizar, em um ou mais consumidores, o interesse na boa administração dos recursos destinados ao custeio da saúde do grupo presente e dos potenciais aderentes. Por essa razão, para efeito de tutela judicial, a 'coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis', é equiparada a um sujeito de direitos.

Então, sendo a coletividade sujeito da proteção consumerista, relevante que decisões judiciais sobre a saúde considerem todas as faces da problemática, sem priorizar o interesse individual em detrimento à comunidade.

O usuário do mercado de planos de saúde aberto à livre adesão, enquanto destinatário final, se enquadra perfeitamente no conceito de consumidor descrito legalmente e pela doutrina. A hipossuficiência é uma de suas características marcantes, pois, ao contratar uma operadora aberta, não tem qualquer gerência sobre as condições em que ocorrerá a execução contratual, muito menos pode interferir na administração ou estrutura da empresa contratada.

A razão de se conferir tutela ao sujeito contratual frágil surge frente à intensificação das relações empresariais, que, tendo por prioridade maior a obtenção de lucros e a expansão dos negócios, acabam por colocar a parte contratante em situação prejudicial. O CDC vem trazendo mecanismos de defesa frente à perversidade do mercado competitivo.

O recorte da figura do consumidor de planos de saúde, bem como os direitos e deveres a ele relacionados, resulta da interpretação não apenas do Código de Defesa do Consumidor, mas de legislação e normatização concernente à questão. Porém, há que se questionar se todos os usuários dos serviços da saúde suplementar fazem jus a essa proteção sem que haja a necessidade de maiores reflexões.

4.5 A Amplitude da definição de Fornecedor

Após delinear o conceito de consumidor, resta apresentar o outro polo da relação contratual. Ocupante de posição privilegiada na sociedade de consumo de massa, o fornecedor é aquele detentor das regras e práticas comerciais.

O artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor é o responsável por definir a figura do fornecedor. Apresenta um conceito bem amplo, que abarca pessoas físicas e jurídicas, nacionais ou estrangeiras, que desenvolvam atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviço, abastecendo ou fornecendo gêneros necessários ao consumo.

Ao delinear o conceito de fornecedor, o CDC não exclui nenhum tipo de pessoa jurídica, pois trata de forma genérica e busca atingir ao máximo os mais variados entes.

Sendo assim, após a generalização e a amplitude da definição, forçoso que se faça apontamentos sobre a expressão “atividades” utilizados pelo Código. Apesar de também contar com um rol amplo e generalizado, as atividades devem ser desenvolvidas em caráter profissional.

Cabe trazer as lições de Roberto Basillone Leite (2002, p. 43), segundo as quais, considera-se relação de consumo aquela que implique o profissionalismo no ato de venda do produto ou prestação do serviço, devendo ser fornecidos no mercado de consumo.

No tocante ao fornecimento de serviços, relevante aos objetivos deste trabalho por enquadrar nesta categoria os planos de saúde. O parágrafo 2º do artigo 3º do CDC precisamente apontou que serviço é “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração”. Aqui, neste último conceito, sobressai o termo remuneração, que significa um ganho direto ou indireto do fornecedor com a atividade desenvolvida.

Cláudia Lima Marques (2011, p. 410-412) aponta que no mercado de consumo, em quase todos os casos, há remuneração do fornecedor, sendo que pode ocorrer de forma direta ou indireta. Analisando a questão dos serviços prestados pelos bancos de forma “gratuita”, a estudiosa gaúcha destaca que não há nenhum sentido para um ente, econômico por natureza, fornecedor de serviços bancários, securitários e de crédito, ofertar ao consumidor uma benesse sem que haja nenhuma contraprestação.

E segue afirmando ainda que em troca dos serviços prestados, tem que haver um ganho econômico, uma “utilidade interdependente”, uma remuneração indireta, ou mesmo, lucro que é essencial a qualquer atividade empresarial. Em outras palavras, apesar da afirmação de que o serviço prestado é gratuito, a autora diz que sempre haverá um ganho por trás da dita gratuidade que justificará a aplicação da legislação consumerista.

A organização do mercado de consumo é de alta complexidade, assim, a definição de fornecedor dependerá de análise de toda a cadeia de consumo e de seus protagonistas.

4.6 Diretrizes para a caracterização da Relação de Consumo

Como microsistema, o CDC é norteado por diversos princípios e busca a tutela de direitos básicos, principalmente, aqueles de âmbito constitucional para cumprir efetivamente com seu papel protetivo.

Albergada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, a Lei nº 8.078/90 visa garantir a dignidade do consumidor, protegendo-lhe a segurança e, sobretudo, a vida. Assegura que o indivíduo tenha melhores condições de atuar no mercado e, conseqüentemente, possa acessar bens e serviços de maneira resguardada.

A justificativa maior da criação da lei protetiva é a necessidade de intervenção estatal no domínio econômico. Em razão disso, exige que o fornecedor cumpra com o dever de transparência e conceda ao consumidor as informações necessárias sobre o conteúdo do contrato avençado e o produto adquirido, com a finalidade maior de alcançar harmonia.

Essa harmonia buscada a todo instante tem como fundamento basilar a boa-fé objetiva, princípio que é determinante para a existência de uma relação ideal, sem abusos, pautada na honestidade e lealdade.

4.6.1 Equilíbrio nas Relações Consumeristas

Apesar da aparição relativamente recente da legislação consumerista, a existência dos direitos do consumidor remonta à mudança profunda vivenciada pela sociedade do século XIX, com o advento das mudanças nos meios de produção. É na sociedade massificada que surge o desequilíbrio entre as partes do mercado.

Em última instância, o objetivo da legislação que regula o mercado de consumo é promover o equilíbrio nas prestações contratuais, mesmo diante da patente desigualdade de força entre as partes contratantes. Tratar de desequilíbrio nessas relações contratuais não significa dizer que fornecedor e consumidor estão sempre em conflito, embora tenham objetivos distintos, são sujeitos de extrema importância para a circulação de bens e, conseqüentemente, para a geração de riqueza.

Oscar Ivan Prux (2007) relaciona diversas medidas do CDC que buscam colocar o consumidor em posição mais vantajosa, visando a igualdade material das partes. Convém citar algumas delas. A primeira é a livre escolha e a igualdade no contrato celebrado, inclusive, modificando cláusulas que contenham conteúdo abusivo. Sob este ponto de vista, o consumidor tem a perspectiva de ver seu contrato revisado, por exemplo, no caso de onerosidade excessiva.

No que se refere à revisão citada acima, outra medida protetiva em prol do consumidor é a inversão do ônus da prova a seu favor no processo judicial. Dentre todas as garantias, a previsão de que as cláusulas contratuais sejam interpretadas de forma mais benéfica ao consumidor é uma das medidas mais eficazes na promoção do equilíbrio, já que o conteúdo do contrato é, de alguma maneira, ditado pelo fornecedor.

Também está vedado ao fornecedor estabelecer em desfavor do consumidor obrigações iníquas e abusivas que promovam sua desvantagem exagerada ou que sejam contrárias à boa-fé ou equidade. São consideradas como excessivas aquelas que restringem direitos ou obrigações atinentes à essencialidade do contrato, atrapalhando seu equilíbrio ou objeto (PRUX, 2007).

4.6.2 Vulnerabilidade do Consumidor

Como já refletido, o ponto de partida para a existência de uma relação de consumo é o reconhecimento da vulnerabilidade de um dos polos contratantes, chamado de consumidor. Significa, como assevera Rizzatto Nunes (2009, p. 129), que esse reconhecimento é o primeiro passo para a efetivação da isonomia garantida constitucionalmente.

Outras manifestações foram feitas em tópico anterior⁸ sobre a vulnerabilidade. Essa fragilidade do consumidor está ligada ao monopólio que o fornecedor detém do conhecimento e dos meios de produção. O mesmo autor citado anteriormente afirma que não está na mão do consumidor o elemento fundamental para decidir, qual seja, a escolha de quando, o quê e a maneira que se irá produzir. Assim, estará sempre à mercê de tudo que é produzido.

O mesmo professor segue apontando que “é por isso que, quando se fala em ‘escolha’ do consumidor , ela já nasce reduzida”. E continua afirmando que “o consumidor só pode optar por aquilo que existe e foi oferecido no mercado. E essa oferta foi decidida unilateralmente pelo fornecedor, visando seus interesses empresariais, que são, por evidente, os da obtenção de lucros” (NUNES, 2009, p.129).

⁸ Vide destaque dos apontamentos feitos por Cristiano Heineck Schmitt no item 4.1. que tratou do caráter protetivo do CDC, quanto às três formas de manifestação da vulnerabilidade do consumidor.

Em síntese, é a fragilidade da parte mais vulnerável que justifica tamanha interferência estatal nas relações de consumo, seja na confecção de normas ou na revisão dos contratos.

No tocante aos planos de saúde, mesmo diante da intensa regulação estatal na confecção e execução contratual, inúmeras são as questões geradoras de conflitos entre consumidores e operadoras. Dentre elas, podemos citar a discordância quanto ao rol de cobertura mínima, reajustes nos valores das mensalidades, carência, potabilidade e até a prestação de informações ao consumidor.

A fraqueza do consumidor dos serviços de saúde suplementar estaria no fato de não lhe ser oportunizado interferir na maneira em que serão conduzidas as atividades contratadas, tendo em vista que não participa da confecção das cláusulas contratuais, mas apenas assina termo de adesão afirmando sua concordância para com elas.

A vulnerabilidade não se apresenta somente no fato de serem os negócios jurídicos de consumo típicos contratos de adesão, mas também devido à ausência de informação técnica por parte do consumidor.

Mesmo com todas as ressalvas feitas anteriormente, a existência de tantos conflitos nos contratos de planos de saúde gera certa reflexão, pois, frente à posição desfavorável do consumidor, o legislador foi consistente em apresentar regras precisas para a prestação do serviço. Há de se convir que também aos fornecedores não existe grande margem de liberdade para sua atuação, resta apenas cumprir com as disposições legais e regulamentares do setor, sob a pena de ter sua atuação vedada no mercado.

Para além da proteção consumerista, a Lei dos Planos de Saúde traz em seu bojo forte reconhecimento da vulnerabilidade do usuário, deve-se a isso todo o seu rigor para com a atividade.

4.7 A Lei nº 9.656/1998 sob a ótica do CDC

A Lei dos Planos de Saúde é relativamente recente, então, antes de sua entrada em vigor, as relações jurídicas envolvendo a saúde suplementar eram regidas essencialmente pelo Código de Defesa do Consumidor.

Porém, ao ser instituída, a Lei nº 9.656/98 determinou que aos contratos celebrados entre usuários e operadoras de planos de saúde, se aplicaria de forma subsidiária a Lei nº 8.078/98.

Entretanto, há certa discussão doutrinária quanto a posição e a forma de aplicabilidade do CDC às relações contratuais da saúde complementar. Isso porque sendo a Lei de Planos de Saúde especial e mais recente, a subsidiariedade estipulada deveria ser observada. Em posição contrária, há quem defenda que a subsidiariedade imprime certa hierarquia na relação entre os diplomas legais, o que seria desfavorável ao interesse do consumidor.

É o caso, por exemplo, de Maria Stella Gregori que crê na aplicação cumulativa, sendo que a lei geral seria responsável por conferir a aplicação de comandos principiológicos à relação. Outros doutrinadores chegam inclusive a afirmar a superioridade do CDC quanto à lei especial.

A mesma autora prossegue apontando que “a interpretação da lei especial está subsumida no reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I, do CDC), o que leva à observância de seus direitos básicos (art. 6º do CDC), à

interpretação das cláusulas contratuais em seu favor (art. 47 do CDC)” (GREGORI, 2011, p. 177).

Nesta esteira, havendo conflitos entre os diplomas, ressalta Cláudia Lima Marques (2011), que os critérios de solução de antinomia deverão apontar a solução. Segundo ela, a Lei dos Planos de Saúde embora atenda aos critérios da cronologia especialidade, é hierarquicamente inferior ao Código de Defesa do Consumidor.

Assim sendo, devido à sua íntima ligação com a Constituição Federal, o CDC deve ter aplicação conjunta na interpretação de cláusulas contratuais e não subsidiária.

Repise-se que o Código de Defesa do Consumidor é uma resposta ao cenário de excessos do mercado de consumo, trata-se de conteúdo abrangente que possui ampla incidência e coíbe qualquer movimento de restrição aos direitos do consumidor. Tendo por parâmetro a proteção da parte contratante mais frágil, as disposições de proteção possuem princípios fundamentais que não podem ser ignorados.

Apesar disso, essa questão não justifica desobediência total e irrestrita à Lei nº 9.656/98. O legislador quis por bem regular a atuação das operadoras de saúde, neste instrumento legal estão as balizas e diretrizes para as atividades da saúde suplementar, então, não há razão para desobedecer por completo suas normas específicas.

Analisando a possibilidade da aplicação conjunta da Lei dos Planos de Saúde e o Código de Defesa do Consumidor, Tânia Regina Sanches Telles (2008, p. 33), analisa as consequências de se considerar hierarquicamente superior esta

legislação em detrimento daquela, refletindo sobre a problemática gerada na estrutura dos planos de saúde:

A Lei Especial *in casu* é tão superior que é capaz de interferir na atividade econômica de uma Operadora de plano de saúde a ponto de causar seu desequilíbrio econômico-financeiro, a ponto de colocá-la em estafa que culminará com sua derrota total. Não se pode dizer com isto que o Código de Defesa do Consumidor não tenha aplicação a outros tipos de atividade que não são regulados como os planos de saúde e merecem sim terem a peja do mesmo, mas neste caso, onde há regras claras e precisas, com bases próprias, específicas, ditadas especialmente por um setor essencial da vida humana, não poderá sobrepor-se, pena de, diga-se novamente, causar o estrangulamento do setor suplementar que está sendo muito utilizado pela população, desafogando o governo de parte de seu dever que é propiciar a todos os cidadãos, o direito à saúde, o que não conseguiu realizar a contento, necessitando da iniciativa privada.

E ainda prossegue com a sua conclusão sobre o tema:

Assim, não há a menor necessidade de se analisar as cláusulas do CDC, pois têm aplicação subsidiária à Lei 9.656/98 e, portanto, em havendo lacuna na lei especial ou omissão, deverá ser aplicado para garantia dos direitos do consumidor, não havendo o porquê do conflito entre normas, uma vez que a lei especial que regula os planos de saúde já garante inteiramente os direitos do consumidor e tem o objetivo de equilibrar o contrato celebrado entre as partes.

A Lei nº 9.656/98 nada mais é que um meio da manifestação do dirigismo legislativo sobre o contrato de plano de saúde, sua função é estabelecer parâmetros objetivos para as atividades do setor. Em razão disso, é fácil concluir que seu intuito maior é conferir à relação contratual maior equilíbrio, protegendo o ente mais fraco que, sem dúvidas, é o consumidor.

Chega-se ao ponto de que esse diploma normativo só veio a somar ao Código de Defesa do Consumidor e não o contrário.

5) OS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE CONDUZIDOS SOB AUTOGESTÃO E SUA CARACTERIZAÇÃO COMO RELAÇÃO DE CONSUMO

Ao longo deste trabalho, diversas reflexões foram traçadas acerca dos propósitos do Código de Defesa do Consumidor e de seus parâmetros para identificar a relação de consumo e, conseqüentemente, ofertar-lhe tutela.

A existência de serviços privados de assistência à saúde é uma necessidade da vida moderna frente à precarização do sistema público de atendimento. Com este cenário, historicamente, as empresas têm exercido importante papel na busca de alternativas para conferir a seus trabalhadores acesso a procedimentos hospitalares e ambulatoriais.

Na intenção de baratear os custos, ao invés de recorrer aos produtos e serviços disponíveis no mercado, as entidades criaram formas de elas próprias conduzirem a gestão e administração dos planos de saúde oferecidos aos seus funcionários e respectivos familiares, como detalhadamente se verá à frente.

5.1 Entidade Fechada de Autogestão e a Vulnerabilidade do Consumidor

A autogestão constitui modalidade de administração de contratos de assistência à saúde. Nos moldes de uma organização social, funda-se nos princípios de solidariedade, apoio mútuo, cooperação, autonomia, auto-organização e é resultado de mobilização social vinda de uma comunidade específica (ROSA, 2015, p.3).

Os custos do plano de saúde contratado são divididos entre todos os participantes, podendo ser diretamente descontados na folha de salário. A ligação

entre a entidade operadora de plano de saúde e o aderente é maior se comparada à relação das outras modalidades abertas ao público com seus clientes.

Essa ligação existe devido à participação do usuário na administração do plano contratado, seja como representante da instituição patrocinadora ou dos participantes organizados. A operadora de autogestão sempre tem em seu conselho de deliberações representantes dos beneficiários dos planos de saúde.

O intuito primeiro dessa modalidade de plano é o acesso a procedimentos médicos e hospitalares, assim, não há encargo remuneratório como no caso das empresas abertas ao mercado de consumo. A estrutura da autogestão apresenta diferenças consideráveis que colocam em dúvida a existência da vulnerabilidade extrema tutelada pelo CDC na relação contratual.

Teresa Cristina Rosa (2015, p. 4) elenca cinco características presentes na autogestão que impactam positivamente no equilíbrio das partes contratantes, diminuindo a posição de inferioridade do usuário:

- 1) Gestão Participativa – As autogestões se diferenciam pela participação dos beneficiários nas decisões, sejam operacionais, sejam estratégicas.
- 2) Custo – Como as autogestões não visam lucro, o controle dos custos torna-se fator importante para a gestão do plano. Com o contato direto com os prestadores é mais fácil administrar os custos, negociar preços e serviços.
- 3) Flexibilidade – Como é administrado em conjunto com seus beneficiários, o plano de autogestão apresenta maior flexibilidade que as operadoras de mercado seja na contratação da rede credenciada, seja na relação com o beneficiário.
- 4) Rede Credenciada - As autogestões devem operar por meio de rede de profissionais e instituições diretamente credenciadas;
- 5) Promoção à saúde – Nas autogestões é mais fácil o mapeamento de riscos e o desenvolvimento de programas de promoção da saúde e prevenção de doenças voltadas às características e necessidades da população assistida.

A gestão participativa, descrita como a primeira característica da autogestão, traz ao usuário a possibilidade de opinar e mesmo decidir as direções que serão tomadas pelo plano de saúde contratado. Devido à regulação a que está sujeito,

esse tipo de contrato não apresenta margem para receber maiores modificações. Todavia, a participação do beneficiário na gestão administrativa dos planos de saúde é meio suficiente para que ele próprio eleja as metas e objetivos que forem importantes para a melhoria do acesso à saúde pelo grupo.

Outro item que merece destaque é a flexibilidade no relacionamento, não apenas entre a operadora e a rede credenciada, mas principalmente entre ela e seu participante durante a formação e execução contratual na autogestão. Compondo os órgãos de deliberação, os usuários irão defender os interesses do corpo social ao qual pertence. Esse fato gera certo corporativismo, ou seja, há maior abertura para diálogos com a gestão eleita, visto que a relação possui certo cunho pessoal.

Djair Picchiali (2009) desenvolveu estudo de uma operadora de autogestão, visando fazer apontamentos sobre a sua estrutura organizacional, estratégica e também quanto às suas competências gerenciais. Ao final do trabalho, o professor apontou os benefícios do modelo analisado, sendo o principal deles a reversão de valores investidos para conferir maiores benefícios aos usuários.

Além disso, o autor afirma que a destinação de um plano de saúde a um grupo específico possibilita a criação de um programa de saúde que supra as necessidades dos envolvidos. Outro fator relevante é que permite a interferência direta na administração do serviço, preservando o padrão da assistência. Soma-se a isso:

a garantia de qualidade, da abrangência, da economia e a burocracia reduzida proporcionarem satisfação e conseqüentemente maior adesão dos beneficiários, a organização é vista como promotora do bem estar físico e social de seus empregados e dependentes. Este fato demonstra o alinhamento com os interesses dos usuários (PICCHIALI, 2009, p. 248).

A entidade fechada conduz o plano de saúde de autogestão em moldes distintos daqueles abertos à livre adesão no mercado, seu objetivo é promover o

acesso à saúde a custos menores e, por essa razão, não oferta nenhum de seus produtos no mercado. Essas particularidades distanciam a autogestão do conceito típico de fornecedor.

Ada Pelegrini Grinover (2013) afirma que o fato de haver uma atividade de conteúdo econômico não que dizer que há uma finalidade econômica. Não existe a colocação de um produto no mercado, pois a entidade não tem vantagem econômica.

O participante também não se apresenta como aquele sujeito de vulnerabilidade extrema, pois possui meios de interferir direta e indiretamente na gestão e administração do fundo comum de financiamento da assistência. Essa questão é manifesta na possibilidade que tem de eleger ou mesmo compor cargos de direção e decidir sobre os rumos do plano de saúde contratado.

Novamente a professora Ada Pellegrini conclui que:

os membros [de grupos fechados] são, de alguma forma, pessoas que se encontram vinculadas por uma situação de carência que as une, sendo que, sozinhas, não poderiam suportar determinados ônus, donde a busca de soma de esforços para benefício conjunto, não numa relação de subordinação, mas de igualdade (GRINOVER, 2013, p. 49).

5.2 Implicações da Aplicação do CDC aos Contratos de Planos de Saúde da Autogestão

A Lei nº 8.078/90 tem mecanismos a serem aplicados na fase de formação e execução dos contratos. Essas medidas buscam nivelar as partes contratantes através da defesa de uma parte, no presente caso, o usuário de plano de saúde. Então, diante do entendimento jurisprudencial de que a qualquer contrato de plano

de saúde devem ser aplicadas as normas consumeristas, passa-se a apreciação das implicações desse entendimento na execução do contrato da autogestão.

Na análise das cláusulas contratuais de consumo, sempre vigorará a hermenêutica mais favorável ao consumidor. Havendo dúvida quanto a determinado conteúdo de um contrato de plano de saúde celebrado por um ente de autogestão e seu participante, este último continuamente será favorecido.

Existindo demandas judiciais, também mudanças nas regras da responsabilidade civil ocorrerão, pois, como fornecedora, a responsabilidade objetiva da operadora de assistência à saúde sempre restará caracterizada. Outra implicação processual é a inversão da distribuição do ônus da prova a favor do usuário visto como consumidor.

Todas essas consequências podem encadear, por exemplo, inúmeras condenações judiciais que venham a interferir na autonomia financeira e administrativa da entidade de autogestão, impactando negativamente o fundo gerido por ela para custear a assistência à saúde de todo o grupo organizado.

A utilização de cálculos atuariais na definição dos valores pagos pelos usuários serve para estipular uma quantia razoável, dentro dos limites da sobrevivência das atividades de assistência à saúde. A aplicação do CDC de maneira irrefletida pode trazer consequências irreparáveis à função social cumprida pelo contrato de saúde suplementar da autogestão no seio de uma comunidade, que irá arcar com todos os custos.

5.3 Análise Jurisprudencial da aplicação do CDC aos Contratos de Planos de Saúde da Autogestão.

Conforme os dados do Relatório anual Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁹, publicado em setembro de 2017, os planos de saúde só perdem para o serviço de telefonia e bancário quando o tema é judicialização dos contratos de consumo. Esses três setores do comércio foram os que mais geraram novas ações judiciais ao longo do ano de 2016.

O alto número de demandas judiciais envolvendo os planos de saúde se apresenta como um risco à manutenção das operadoras no setor, principalmente, no que refere aos entes de autogestão que operam no seu limite atuarial, sem a obtenção de lucros.

O tratamento conferido pelo judiciário às operadoras de autogestão é, predominantemente, igual ao dispendido aos contratos de planos de saúde celebrados pelas empresas abertas, conforme vinha demonstrando a jurisprudência predominante.

Era pacífico que aos contratos de planos de saúde, independente de suas nuances ou da natureza jurídica da operadora, se aplicavam as normas da Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor. Porém, acerca do tema, reflexões vêm sendo tecidas nos Tribunais Superiores que serão aqui mencionadas.

5.3.1 Breve justificativa da escolha dos Tribunais

A escolha do Tribunal de Justiça de Minas Gerais se deu devido a sua proximidade com a Universidade Federal de Viçosa, local de realização deste estudo. Visando ao propósito de apresentar o entendimento da corte quanto à natureza da relação contratual estabelecida entre a entidade operadora de planos de

⁹ Assunto tratado no item 3.1 deste trabalho, quando se destacou o aumento dos números de ações judiciais envolvendo planos de saúde.

saúde e o usuário do serviço. Além disso, pretende-se apresentar ligeiramente os fundamentos dessas decisões proferidas pela segunda instância da justiça mineira.

No que concerne ao Superior Tribunal de Justiça, a escolha se deu devido à sua posição vanguardista quanto ao tema deste trabalho. O Tribunal vem proferindo decisões de destaque e realizando apontamentos sobre a natureza da relação e a aplicabilidade ou não do Código de Defesa do Consumidor às lides envolvendo a autogestão de serviços de saúde, inclusive com a edição de uma nova súmula.

5.3.2 Tribunal de Justiça de Minas Gerais

A primeira decisão apresentada foi proferida na Apelação Cível, nº 1.0024.13.285229-4/003, cuja relatoria foi do Desembargador Pedro Bernardes, integrante da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). Enquanto apelante, figurava a Fundação AFFEMG de Assistência e Saúde – FUNDAFFEMG, operadora de planos de saúde na modalidade autogestão, instituída pela Associação dos Funcionários Fiscais do Estado de Minas Gerais. Com a seguinte ementa:

APELAÇÃO - INDENIZAÇÃO - PLANO DE SAÚDE - AUTOGESTÃO - APLICABILIDADE DO CDC - PRESCRIÇÃO - ADOÇÃO DA LEI ESPECIAL - TRATAMENTO E PROCEDIMENTO - INCUMBÊNCIA DO MÉDICO - ILEGALIDADE NA RECUSA RELATIVA A DOENÇA OBJETO DE COBERTURA PELO PLANO DE SAÚDE - COMPORTAMENTO CONTRÁRIO À ANTERIOR MANIFESTAÇÃO - VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM - VEDAÇÃO.
Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos planos de saúde de modalidade autogestão. Havendo lei especial estabelecendo prazo prescricional diverso, torna-se inviável a aplicação da regra geral prevista no Código Civil. O tratamento e o procedimento a ser adotado para uma doença objeto de cobertura securitária não pode ser recusado pela operadora do plano de saúde, sendo a definição daqueles incumbência do médico especialista.

É Inadmissível a conduta da parte contrária à sua anterior manifestação de vontade, caracterizando venire contra factum proprium, comportamento incompatível com os ditames impostos pela boa-fé.¹⁰

A apelante interpôs recurso contra sentença condenatória que determinou ressarcimento de valores gastos com tratamentos. Como fundamento do pedido de reforma, alegou a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, que refletiria diretamente na decisão da lide, uma vez que envolvia prazos prescricionais.

O TJ-MG entendeu pela existência da relação de consumo e a necessidade de aplicação do CDC. Como fundamento da decisão, asseverou-se o entendimento predominante da corte de que a relação de consumo se caracteriza pelo objeto contratado, sendo irrelevante a natureza jurídica da entidade, ainda que sem fins lucrativos, no momento em que presta serviço administrando planos de saúde remunerados aos associados.

Adotou-se na decisão o prazo prescricional de cinco anos presentes no CDC e não de três da legislação civil, confirmando a decisão de primeiro grau. Conseqüentemente, determinou que a operadora de autogestão indenizasse a usuária por gastos efetuados com medicamentos externos ao rol contratado.

A segunda decisão analisada também se refere a um recurso de Apelação, de nº 1.0000.16.079928-4/001, que teve por relator o Desembargador Pedro Aleixo, integrante da 16ª Câmara Cível do TJ-MG. O recurso fora interposto pela Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil – CASSI contra decisão que extinguiu o feito sem resolução do mérito, devido ao falecimento da apelada. Nesses termos, a ementa:

¹⁰ (TJ-MG, Apelação Cível 1.0024.13.285229-4/003, Rel. Desembargador Pedro Bernardes, 9ª Câmara Cível, julgado em 11/07/2017, publicado em 01/08/2017).

APELAÇÃO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - FALECIMENTO DA AUTORA - PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO - EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO - IMPOSSIBILIDADE - PLANO DE SAÚDE PRIVADO - APLICAÇÃO DO CDC - DOENÇA COBERTA - NEGATIVA DE COBERTURA DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO DE URGÊNCIA - RECOMENDAÇÃO MÉDICA - OBSERVAÇÃO - ILEGITIMIDADE DA RECUSA.

- Deferida a tutela antecipada em ação cominatória de obrigação de fazer, o falecimento do autor não enseja a extinção do processo, sem exame do mérito, porquanto há ainda interesse do plano de saúde em discutir a responsabilidade pelo custo do procedimento médico já executado.

- O Código de Defesa do Consumidor é aplicável ao contrato de plano de saúde administrado pela CASSI, sendo irrelevante o fato de a operadora do plano de saúde ser associação sem fins lucrativos, de autogestão e administrada pelos próprios associados.

- Em que pese a alegação da segunda apelante de que a cirurgia requerida não se enquadra no rol de procedimentos da ANS, tal fato não obsta sua cobertura, pois a jurisprudência pátria vem entendendo que o referido rol não é taxativo, servindo apenas como referência para os planos de saúde privados.

- O plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado para a cura de cada uma, sendo abusiva a cláusula contratual que exclui o tratamento e próteses recomendadas pelo médico que acompanha o paciente.¹¹

A CASSI é uma operadora de planos de saúde na modalidade autogestão, cuja existência ultrapassa setenta anos, é atualmente a maior entidade nessa categoria atuando no Brasil. Sua intenção era a reforma da decisão para afastar a incidência do CDC e ser ressarcida de despesas com procedimentos externos ao contrato.

O relator destaca que haverá sim a aplicabilidade das disposições do Código de Defesa do Consumidor, recorrendo ainda às Súmulas nº 469¹² e 321¹³ ambas

¹¹ (TJ-MG, Apelação Cível 1.0000.16.079928-4/001, Rel. Desembargador Pedro Aleixo, 16º Câmara Cível, julgado em 09/02/2017, publicado em 10/02/2017. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/InteiroTeor_10000160799284001%20(1).pdf> Acesso em: 23 de outubro de 2017).

¹² Súmula 469 - Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde. (Súmula 469, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 06/12/2010 (Cancelada em 11/04/2018).

¹³ Súmula 321 - O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes. (Súmula 321, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/11/2005, DJ 05/12/2005 p. 410) CANCELAMENTO DA SÚMULA: A Segunda Seção, na sessão de 24/02/2016,

editadas pelo STJ. Esta última, inclusive, cancelada em janeiro de 2016 e a primeira em abril de 2018..

O julgado considerou irrelevante o fato de a CASSI ser uma associação sem fins lucrativos, conduzida sob a autogestão. Ponderou que o fato de ser administrada pelos próprios usuários em nada interfere na vulnerabilidade que o CDC visa tutelar, pois atua na gestão de serviços de planos de saúde, segundo a decisão, mediante remuneração. A aplicação do CDC ao caso ocasionou interpretação mais favorável ao consumidor, nos termos da lei da Lei nº 8.078/90, confirmando o custeio do procedimento não contratado.

5.3.3 Superior Tribunal de Justiça

Em desconformidade ao entendimento demonstrado nas decisões acima, em junho do ano de 2016, a Segunda Seção do STJ proferiu decisão acerca da inaplicabilidade do CDC aos contratos de planos de saúde conduzidos sob a modalidade autogestão.

O entendimento firmado no Recurso Especial de nº 1.285.483, interposto em desfavor da Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil, foi de que a operadora de autogestão em questão não possuía responsabilidade pela falha na prestação de serviços de um hospital conveniado à sua rede credenciada.

O julgado analisado afastou da incidência do CDC ao caso, onde certo beneficiário encontrava-se internado em hospital psiquiátrico quando veio a ser morto por outro paciente. A intenção da parte recorrente era ver a responsabilidade solidária do plano de saúde declarada para fins indenizatórios.

ao apreciar o Projeto de Súmula nº 627 e o julgado no REsp 1.536.736/MG, determinou o CANCELAMENTO da Súmula 321 do STJ (DJe 29/02/2016).

Conforme a ementa abaixo, o STJ dá novos rumos à questão:

RECURSO ESPECIAL. ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE. PLANOS DE SAÚDE DE AUTOGESTÃO. FORMA PECULIAR DE CONSTITUIÇÃO E ADMINISTRAÇÃO. PRODUTO NÃO OFERECIDO AO MERCADO DE CONSUMO. INEXISTÊNCIA DE FINALIDADE LUCRATIVA. RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO CONFIGURADA. NÃO INCIDÊNCIA DO CDC.

1. A operadora de planos privados de assistência à saúde, na modalidade de autogestão, é pessoa jurídica de direito privado sem finalidades lucrativas que, vinculada ou não à entidade pública ou privada, opera plano de assistência à saúde com exclusividade para um público determinado de beneficiários.

2. A constituição dos planos sob a modalidade de autogestão diferencia, sensivelmente, essas pessoas jurídicas quanto à administração, forma de associação, obtenção e repartição de receitas, diverso dos contratos firmados com empresas que exploram essa atividade no mercado e visam ao lucro.

3. Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de plano de saúde administrado por entidade de autogestão, por inexistência de relação de consumo.

4. Recurso especial não provido.¹⁴

Em seu voto, o relator Luís Felipe Salomão concluiu pela inexistência da relação de consumo entre as partes, afastando a aplicabilidade do CDC. Analisando o vínculo contratual envolvido na lide, o Ministro afirma que há diferenças marcantes e sensíveis entre as modalidades de planos de saúde.

Ainda que o objeto dos contratos seja o mesmo, ou seja, a assistência suplementar à saúde, somente os planos comerciais operam o regime de mercado, auferem lucros das contribuições pagas pelos usuários (há, nas palavras do relator, proveito econômico). Outra questão é a ausência de imposição legal para que participantes integrem a gestão da operadora aberta ou contribuam para a administração do plano de saúde contratado.

¹⁴STJ, Recurso Especial nº 1.285.483 - PB, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 22/06/2016, publicado em 16/08/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1522628&num_registro=201102395952&data=20160816&formato=PDF> Acesso em: 23 de outubro de 2017.

A relatoria ainda recorre a outro julgamento, considerado pelo relator como pertinente ao imbróglio da autogestão, consistente no afastamento das mesmas regras do CDC às relações envolvendo entes de previdência privada fechadas¹⁵, dada as semelhanças entre as entidades.

Em síntese, a Segunda Seção do STJ concluiu que as operadoras de planos de saúde fechada não ofertam serviço no mercado, não exercem empresa com o intuito de lucro e, sendo assim, não é possível aplicar-lhes o conceito jurídico de fornecedor disposto no CDC, o que significa que, por este entendimento, a legislação consumerista não incide nessa espécie de contrato.

Após o referido precedente criado pela Segunda Seção, discussões sobre questão se acirraram, de forma que em 14 de abril de 2018, a Súmula 469, amplamente tratada neste trabalho foi cancelada.

Em seu lugar foi fixado novo entendimento por meio da Súmula de número 608, no seguinte teor: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão”.

A nova jurisprudência acaba por determinar a inaplicabilidade do CDC aos contratos de planos de saúde operados por entidades de autogestão. Seu principal desafio será unificar a atuação do judiciário e modificar a aplicação da legislação consumerista.

¹⁵ STJ - RESP 1.536.786/MG.

6) CONCLUSÃO

O presente estudo abordou a relação contratual estabelecida entre a operadora de planos de saúde de autogestão e o usuário, bem como a incidência do CDC sobre ela.

Constatou-se que as mudanças vivenciadas pela sociedade, principalmente nas relações econômicas, impactaram diretamente na visão clássica dos contratos. O crescimento do mercado de consumo, o desenvolvimento industrial e o liberalismo econômico geraram impactos negativos no seio social que levaram o Estado a intervir nas relações privadas e limitar a liberdade de contratar.

Analisando os princípios aplicáveis às relações contratuais, verificou-se que aqueles que privilegiavam o individualismo em detrimento ao interesse da coletividade foram sendo reinterpretados. Por outro lado, novos princípios surgiram para possibilitar ao contrato ser verdadeiro instrumento de promoção da dignidade humana e não meio de intensificação das desigualdades sociais.

A partir desta análise, pode-se determinar que a atuação estatal foi essencial para que os contratos deixassem de satisfazer unicamente a vontade das partes contraentes, e passassem a servir todo seio social. Por meio da aplicação de diplomas normativos, como a Constituição de 1988, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei dos Planos de Saúde, o equilíbrio das relações contratuais tem sido uma busca constante.

Explanou-se acerca dos contratos de planos de saúde e suas especificidades, como a sua função social e a especialidade de seu objeto, que constitui um dos mais importantes direitos fundamentais. Por esta razão, verificou-se que essas relações

contratuais envolvendo serviços de saúde configuram uma categoria *sui generis*, pois são alvo de intensa regulamentação legal e normativa.

Para além dessa questão, por meio da pesquisa, constatou-se que outra maneira de restabelecer o reequilíbrio entre as partes contratantes é por meio da revisão feita pelo judiciário. Conforme foi demonstrado, o número de ações envolvendo a saúde suplementar cresce consideravelmente no Brasil e pode gerar impactos ao setor.

Por envolverem uma massa grande de pessoas, os contratos de planos de saúde são celebrados na modalidade adesão. Por não restar ao usuário a possibilidade de dispor livremente das cláusulas e devido a sua vulnerabilidade técnica e econômica, lhe é conferida a tutela do CDC.

Contudo, salienta-se que a operadora de planos de saúde não possui maiores liberdades para determinar sobre o conteúdo do contrato. Trata-se de instrumento tão regulado que as cláusulas quase na sua totalidade já estão estipuladas, seja por determinação da ANS ou da própria Lei nº 9.656/98.

O ponto de relevo neste estudo foi demonstrar as diferenças entre as diversas modalidades de operadoras de planos de saúde existentes e seus objetivos. Destacou-se, porém, a autogestão, que diferente das demais, não possui finalidade lucrativa e visa em primeiro lugar conferir assistência à saúde de qualidade e baixo custo aos participantes, normalmente ligados por algum vínculo.

Depois de realizado detalhamento do conceito de fornecedor e da figura do consumidor, restou claro que a função do CDC é equilibrar as partes muito desiguais. Embora o entendimento da jurisprudência tenha sido no sentido de aplicar a legislação a todo contrato de plano de saúde, percebe-se que há uma incoerência

no tratamento do plano de saúde de autogestão e que começa a ser corrigida pela atuação do Superior Tribunal de Justiça.

Tal contrassenso está no fato de se desconsiderar que a operadora não oferta seus produtos no mercado, mas apenas a um grupo específico de pessoas. Também não tem proveito econômico com a atividade que é, direta ou indiretamente, conduzida pelos próprios usuários.

Assim, por mais que nas tratativas contratuais não possam intervir nos direitos e deveres, os beneficiários poderão atuar na gestão e administração da operadora. O acesso à informação também é maior, uma vez que o usuário tem mais aproximação e diálogo com os órgãos diretivos, muitas vezes eleitos por ele mesmo.

Recorre-se ao aspecto externo do princípio da função social dos contratos, pois a caracterização dessa relação enquanto de consumo onera a todos os demais beneficiários e, para além disso, os novos beneficiários, que provavelmente irão aderir a planos de saúde mais caros.

Conforme se denotou, o plano de saúde de autogestão tem por participantes pessoas que possuem vínculo entre si, e que visando o bem-estar do grupo se reúnem para atingir objetivos que sozinhas não atingiriam. O acesso à saúde, sem dúvida, é o objetivo desse movimento que chega a ser corporativo. Dessa forma, a interpretação incorreta do contrato de autogestão pode impactar sobremaneira em um corpo social que atua no limite de previsões atuariais para cumprir com suas obrigações.

Como se demonstrou, a aplicabilidade do CDC aos contratos de planos de saúde se dá por meio de diversos mecanismos e objetiva reequilibrar as partes. Entretanto, por mais que haja desequilíbrio entre as partes, não será aquela

desigualdade que justifique a aplicação da legislação consumerista, o que pode vir a contribuir para a inviabilidade financeira do sistema de autogestão em saúde.

O propósito primeiro deste estudo foi cumprido, ou seja, tratar da aplicabilidade ou não do CDC aos planos de saúde de autogestão. Tendo em vista as sutilezas da relação, a legislação do consumidor não deve incidir sobre o vínculo contratual existente entre operadoras de autogestão e seus usuários, sob a pena de desconsiderar o intuito maior dessa modalidade, qual seja, o acesso à saúde de seus participantes.

Devido às decisões do STJ, a jurisprudência caminha para adotar novo posicionamento e deixar de reconhecer a existência da relação de consumo nessa categoria, por ser a medida mais correta.

Neste cenário, caberá às entidades de autogestão o cumprimento verdadeiro de seus fins, bem como aos entes fiscalizadores zelarem para que o usuário da autogestão em saúde suplementar tenha seu direito fundamental à saúde resguardado, independente da aplicação do CDC. Afinal, a nova principiologia contratual certamente é capaz de lhe conferir tutela de forma satisfatória.

7) REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA, Maria da Glória Chagas. **A Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor em Face da Previdência Fechada**. São Paulo: Ltr, 2008. p. 151.

BRASIL. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE**. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94074.pdf>. Acesso em: 27 de outubro de 2017.

_____. **Justiça em números 2017**: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: http://painéis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em: 15 de outubro de 2017.

_____. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 15 de setembro de 2017.

_____. **Lei nº 9.656**, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm Acesso em: 13 de setembro de 2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.285.483 – PB. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 22/06/2016, publicado em 16/08/2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1522628&num_registro=201102395952&data=20160816&formato=PDF Acesso em: 23 de outubro de 2017.

CATUSSO, Joseane. **A boa-fé como instrumento da função social dos contratos**. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/15151/Joseane;jsessionid=7EE765B3EE4342ED6A1FA10F7754970C?sequence=1>. Acesso em 26 de outubro de 2017.

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Reflexões sobre o princípio da função social do contrato.** Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/35261-68343-1-PB%20(1).pdf>

DA SILVA, Luiz Alberto. **Dirigismo contratual.** Revista de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Minas Gerais, v. XVI, n. 5, p. 116 – 151, 1965. Disponível em <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/971/905>>. Acesso em 04 de outubro de 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.** 23^o ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. **Plano de saúde e direito do consumidor.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GAGLIANO, Pablo Estolze. **Novo curso de direito civil: contratos.** V.4. 5^o. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRINOVER, Ada Pelegrini. REIS, Adacir. AVENA, Lygia. **A Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor para as Entidades Fechadas de Previdência Complementar.** São Paulo: ABRAPP, 2013.

GOMES, Orlando. **Contrato de adesão.** São Paulo: RT, 1972.

_____. **Contratos.** 7^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

GONÇALVES, Sandra Krieger. **Judicialização do Direito à saúde e o sistema de saúde suplementar no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde: A ótica da Proteção ao Consumidor.** 3^a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LEITE, Roberto Basilone. **Introdução ao direito do consumidor.** São Paulo: Ed. Livraria dos Tribunais, 2002, p. 43.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil.** V.3. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.88.

LOPES, José Reinaldo de Lima; MARQUES, Cláudia Lima (org.). **Saúde e responsabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Apelação Cível nº 1.0024.13.28229-4/003. Relator: Pedro Bernardes, 9º Câmara Cível, julgado em 11/07/2017, publicado em 01/08/2017. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/InteiroTeor_10024132852294003.pdf> Acesso em: 23 de outubro de 2017.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Apelação Cível nº 1.0000.16.079928-4/001, Relator: Pedro Aleixo, 16º Câmara Cível, julgado em 09/02/2017, publicado em 10/02/2017. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/InteiroTeor_10000160799284001%20(1).pdf> Acesso em: 23 de outubro de 2017).

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Princípio do Interesse Público no Direito Contratual?**. In: FIUZA, César; DE SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (orgs.). *Direito Civil – Princípios Jurídicos no Direito Privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.303-316.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos Contratos: novos paradigmas**. 2º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PICCHIALI, Djair. **Estratégia, Estrutura e Competências Gerenciais**: estudo de uma operadora de plano de saúde, modalidade autogestão. *Revista de Ciências da Administração*, v. 11, n. 25, p. 229-253, set/dez 2009. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/2735/273520578009/>>. Acesso em: 17 de outubro de 2017.

PRUX, Oscar Ivan. **O princípio do equilíbrio nas relações de consumo**. Disponível em: <<http://www.tribunapr.com.br/blogs/direito-consumidor/o-principio-do-equilibrio-nas-relacoes-de-consumo/>>

SARRUBO, Mariângela. **A saúde na Constituição Federal e o contexto para a recepção da Lei 9.656/98**. In: MARQUES, Cláudia Lima, et al (coord). *Saúde e*

responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROSA, Tereza Cristina. FARIAS FILHO, José Rodrigues de. **Gestão dos planos de saúde no modalidade de autogestão**: estudo de caso em uma Autarquia Federal. XII Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia. Rezende: 2015. Disponível em: <<https://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos15/12622121.pdf>> Acesso em: 19 de outubro de 2017.

SCHIMITT, Cristiano Heineck, MARQUES, Cláudia Lima. **Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/vis%C3%B5es-sobre-os-planos-de-sa%C3%BAde-privada-e-o-c%C3%B3digo-de-defesa-do-consumidor>>. Acesso em: 04 de outubro de 2017.

SILVA, José Luiz Toro da. **Manual de Direito da Saúde Suplementar: A iniciativa Privada e os Planos de Saúde**. 1ª. ed. São Paulo: M.A. Pontes Editora, 2005.

SILVA, Joseane Suzart da. **Planos de Saúde e boa-fé objetiva**: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos. 2ª ed. Salvador: Juspodvm, 2010.

TELLES, Tânia Regina Sanches. **Conflito entre a lei que regulamenta os planos de saúde e o Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <<http://www.unisalesiano.edu.br/biblioteca/monografias/46269.pdf>>. Acesso em 16 de outubro de 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2003.