



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
COORDENAÇÃO DE ATIVIDADES COMPLEMENTARES E MONOGRAFIA
JURÍDICA

RODOLFO MENDONÇA FURTADO

DA LEGITIMIDADE MINISTERIAL PARA INTERPOSIÇÃO CIVIL PÚBLICA NAS
HIPÓTESES DE CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS DE PLANOS E
SEGUROS PRIVADOS DE SAÚDE

FORTALEZA – CEARÁ
JUNHO - 2011

RODOLFO MENDONÇA FURTADO

DA LEGITIMIDADE MINISTERIAL PARA INTERPOSIÇÃO CIVIL PÚBLICA NAS
HIPÓTESES DE CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS DE PLANOS E
SEGUROS PRIVADOS DE SAÚDE

Monografia apresentada ao curso de Direito
da Universidade Federal do Ceará como
requisito para obtenção do grau de bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Regnoberto M. Melo Jr.

FORTALEZA - CEARÁ
JUNHO - 2011

DA LEGITIMIDADE MINISTERIAL PARA INTERPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA NAS
HIPÓTESES DE CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS DE PLANOS E
SEGUROS PRIVADOS DE SAÚDE

Monografia apresentada ao curso
de Direito da Universidade
Federal do Ceará como requisito
para obtenção do grau de
bacharel.

Aprovada em / /

BANCA EXAMINADORA

Prof. Regnoberto M. Melo Júnior (Orientador)

Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. Luiz Eduardo dos Santos

Universidade Federal do Ceará - UFC

Mestrando Tibério Carlos Roberto Pinto

Universidade Federal do Ceará - UFC

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e demais familiares, pelo carinho e compreensão.

Às amizades iniciadas na Faculdade de Direito, que possa se perpetuar. Saudações especiais aos saudunes Eduardo Jansen Freitas Leitão e Marcelo Alves Lima.

Aos professores e servidores da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

Aos colegas servidores e estagiários da Defensoria Pública da União no Estado do Ceará, instituição a qual despertou-me a vocação pelo Direito.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho, inicialmente, consiste no estudo da caracterização de cláusulas abusivas nos contratos de planos e seguros privados de saúde. No nível infraconstitucional, a Lei de Planos e Seguros Privados de Saúde e o Código de Defesa do Consumidor regulam esses contratos, além de legislações infraconstitucionais esparsas. No nível constitucional, o direito à saúde é um direito constitucional. Ademais, relaciona-se diretamente com a dignidade da pessoa humana. Por isso, é necessário o estudo da atuação do Ministério Público no exercício das suas atribuições constitucionais para a defesa dos direitos coletivos em sentido amplo ou individuais indisponíveis.

DESCRITORES: Planos de saúde. Cláusulas Abusivas. Constituição Federal (Brasil – 1988). Código de Defesa do Consumidor. Ação Civil Pública. Ministério Público.

ABSTRACT

The aim of the present exposition, initially, consists in the study of the characterization of abusive clauses health insurance plans. At the infraconstitucional level, Private Health Insurance Plans Law and Consumer Defense Code regulate this contracts, in addition to sparse infraconstitutional legislations. At the constitutional level, right to health is a fundamental right. Furthermore, the right to health is directly related human dignity. So, it's necessary the study of the District Attorney's performance, in the exercise of its consitutional duties, for the defense of the collective rights in a broad sense or unvailable individual rights.

Key Words; Health plans. Abusive clause. Federal Constitutional (Brazil – 1988). Metqaindividual rights. Consumer Code. Public Civil Action Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. O DIREITO À SAÚDE	11
1.1 Evolução histórica do conceito de saúde.....	11
1.2 O Estado Social e o direito à saúde	16
1.3 Natureza jurídica do direito à saúde	19
2. DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE	23
2.1 Breve histórico dos contratos de planos privados de saúde.....	23
2.2 Os contratos de planos privados de saúde e o código de defesa do consumidor	26
2.3 Os contratos de planos privados de saúde e a Lei 9656/98	29
2.4 Os contratos de planos privados de saúde e o Estatuto do Idoso.....	34
3. A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS DE PLANOS E SEGUROS PRIVADOS DE SAÚDE	37
3.1 A evolução na teoria contratual	37
3.2 Noções sobre cláusulas abusivas.....	38
3.3 A boa-fé objetiva	42
4 O MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS DIREITOS DOS USUÁRIOS DE PLANOS PRIVADOS DE SAÚDE POR MEIO DE AÇÕES CIVIS PÚBLICAS	46
4.1 O Ministério Público e a Ação Civil Pública.....	46
4.2 Dos interesses transindividuais.....	47
4.3 Da possibilidade de interpor Ação Civil Pública em favor de uma única pessoa.....	50
5 CONCLUSÃO	54
6 REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

O sistema de saúde suplementar é uma faceta relevante do direito à saúde, entronado de maneira inédita na Constituição Federal de 1988 à categoria de direitos fundamentais. Os contratos de planos e seguros privados de saúde repercutem na vida de todos os brasileiros, direta ou indiretamente e, a lamentar, nem sempre de maneira positiva.

Nesta senda, analisar-se-á a caracterização nestes contratos de cláusulas abusivas que constituem afronta ao sobredito direito, bem a proteção ao consumidor a estas cláusulas vexatórias.

Ressalte-se que o direito à saúde está elencado no art. 6º da Constituição Federal, fazendo parte, pois, do rol dos direitos sociais. Mais além no texto constitucional, o art. 196 assevera que “A saúde é direito de todos e dever do estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Em atenção ao próprio termo “saúde”, no primeiro capítulo deste trabalho reflete-se acerca do seu conceito. Outros temas concernentes a este capítulo inicial dizem respeito ao Estado Social e a efetivação deste direito, bem como a sua natureza jurídica.

Vale dizer que a saúde não é um serviço público de titularidade exclusiva do Estado. Podem, então, serem exercidas atividades concernentes à saúde por particulares sem necessitar da delegação estatal. Nesse sentido, dispôs o constituinte que “a assistência à saúde é livre a iniciativa privada” (art. 199 da CR/88).

Em atenção às leis regulamentadoras desta atividade, no segundo capítulo aborda-se a legislação concernente aos planos de saúde, bem como outras normas a eles aplicáveis, e se as peculiaridades destes contratos permite a aplicação de leis posteriores aos negócios firmados entre usuários e empresas de planos de saúde

Em que pese tratar-se de um direito subjetivo da mais alta relevância, o Estado brasileiro não tem se empenhado em melhorar o serviço de saúde pública no país, sendo este alvo de constantes críticas dos seus usuários.

O próprio Poder Público (governo federal) reconhece a sua incapacidade de atuação quando estabelece a renúncia fiscal, que permite que pessoas e empresas abatam no Imposto de Renda os gastos com saúde privada.

Assim, milhões de brasileiros buscam no setor privado de saúde a proteção às enfermidades as quais podem ser acometidos, ou mesmo quando já as têm, no caso de lesões ou doenças preexistentes.

No entanto, não raras vezes são surpreendidos por cláusulas contratuais estabelecidas em contratos de adesão que vão de encontro aos anúncios publicitários ou então pela falta de clareza das disposições que delimitam o serviço de saúde ou o custeio a este, quando não ilegais. É importante atentar-se para o termo surpreendidos, vez que diante da necessidade premente de um tratamento que os cure é que se dão conta de que o contrato firmado com a operadora de saúde contém uma série de restrições não indicadas de forma clara, mormente para os leigos em termos médicos e jurídicos; ou quando sequer são mencionadas estas restrições no bojo do contrato.

Cumprido destacar que os polos desta relação guardam posições extremamente desiguais. As operadoras de planos e seguros privados de saúde estão encasteladas no alto das torres, contam com assessoria jurídica e elaboram previamente os contratos firmados pelos usuários, que marcham em terra firme e vulneráveis à cupidez das empresas, que mercantilizam a saúde e intentam majorar os seus lucros em detrimento dos direitos assegurados a estes.

No terceiro capítulo, então, discorre-se acerca das cláusulas abusivas pespegadas nos contratos de planos de saúde.

Fechadas as portas, salvo a hipótese de recorrer à tutela jurisdicional, restará como alternativa somar-se as fileiras dos que buscam o Sistema Único de Saúde - SUS, o que implica um duplo prejuízo: ao contratante que não teve o seu tratamento realizado na rede particular em face de uma cláusula abusiva e ao sistema público, que é obrigado a atender todo e qualquer cidadão, atingindo indiretamente aqueles que realmente não reúnem condições para custear um plano de saúde.

Exsurge do exposto acima a necessidade da abordagem evolução da teoria contratual, que outrora possuía como dogmas a autonomia da vontade e o *pacta sunt*

servanda, reproduzindo as concepções do liberalismo econômico então vigente, e que dá lugar a uma nova teoria contratual, a qual tem como um dos principais pontos a limitação desta autonomia em auxílio da mais fraca da relação contratual. Assim que, na lista dos direitos fundamentais, dispõe a Constituição de 1988 no seu art. 5º, inciso XXXII: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Tema que também far-se-á presente no terceiro capítulo deste TCC.

No capítulo final lança-se luzes sobre a atuação do Ministério Público em favor dos que foram colhidos por estas cláusulas iníquas; isto porque a saúde é um direito indisponível, e cabe justamente ao *parquet* a missão constitucional de zelar pelos interesses sociais e individuais indisponíveis.

1. O DIREITO À SAÚDE

1.1 Evolução histórica do conceito de saúde

A Saúde é um tema bastante caro ao ser humano. Palmilhando os períodos da história da humanidade ocidental, nota-se que desde mesmo a pré-antiguidade o Homem já se esforçava por descobrir meios que purgassem os males físicos do corpo. Tal se deu, conforme destacaremos em outras passagens deste trabalho, porque há uma estreita relação entre a saúde e a própria vida humana, tendo em vista que para se viver em plenitude há a necessidade de se estar em gozo de boas condições de saúde.

Fazendo um recorte no tempo e focando a pré-história, temos que não houve neste período o alvorecer da medicina, não obstante haja registros surpreendentes de achados fósseis que indiquem técnicas de cura avançadas para esta época¹. Assim, o amparo àqueles que adoeciam baseava-se em sacrifícios e oferendas às divindades e empirismos, magias ou beberagens que deveriam ser dadas por feiticeiros, sacerdotes, curandeiros e etc. Acreditava-se que a cura estava condicionada a ação de forças divinas, sobrenaturais. Esse pensamento devia-se ao fato de que as doenças eram tidas como punições impostas aos homens pelas divindades. Somente estas, portanto, poderiam livrá-los de tais males (SCHWARTZ, p. 28).

Na antiguidade clássica, tem início a história da medicina: Grécia e Roma, por volta do século V a.C. A “medicina” empírica e mágica passou a dar lugar a técnicas para a cura das enfermidades. Assim, se antes a doença estava associada ao pecado ou então a fenômenos naturais como as fases da lua, agora se via a causa da doença como endógena, ou seja, estaria dentro do próprio homem, em sua constituição física ou em hábitos de vida que levassem ao desequilíbrio. Surge, então, a profissão de médico.

Representante magno da medicina grega, Hipócrates dissociou a medicina da religião. Fazendo relação entre a doença e as precárias condições ambientais, surgia então a ideia de que a saúde não era apenas a ausência de males, como também é determinada por um elenco extenso de fatores tais como clima, infraestrutura sanitária e atividades físicas,

¹GIANONNI, Fortunato Gabriel **Medicina e Pré-história**. Disponível em <<http://site.fmabc.br/admin/files/revistas/1amabc24.pdf>> Acessado em 14.03.2011

além do tratamento adequado quanto às suas causas endógenas.

Com a queda do Império Romano e a ascensão do Regime Feudal, dá-se, no Ocidente, uma inflexão no progresso da medicina. Assim, ressurgem na Idade Média a noção de que a doença é oriunda do pecado. Destaque-se que esse período foi marcado por inúmeras epidemias, notadamente a peste negra ou bubônica.

Somente no final da Idade Média é que, pouco a pouco, foram sendo criados códigos sanitários visando normatizar a localização de chiqueiros, matadouros, o despejo de restos, o recolhimento do lixo, a pavimentação das ruas e a canalização de dejetos para poços cobertos². Ainda assim, é preciso lembrar que os hábitos culturais dos habitantes tornavam boa parte das medidas inócuas.

No século XVII, quando em voga o denominado período mercantilista, que marcou o declínio do sistema feudal, estrutura sociopolítico-econômica típica da Idade Média Ocidental, a questão da saúde passa a ter outro enfoque. Com o incremento da população urbana, formada notadamente de servos que migraram do campo para as cidades, já se levantavam discussões sobre a saúde e trabalho, com tratados sobre as doenças dos operários. Foi nesta época que viveu o médico italiano Bernardino Ramazzini (1633-1714), considerado o pai da medicina do trabalho.

No século XIX, mais especificamente com o advento da Revolução Industrial, consolida-se uma nova sociedade que valoriza, sobretudo, a acumulação de capitais. Nessa incipiente fase de afirmação do capitalismo, a alta mortalidade nas cidades e as enfermidades que diminuam a força de trabalho dos operários causavam prejuízos ao comércio e dificultavam a expansão capitalista.

Desta feita, motivado por interesses econômicos, vez que, com a divisão social do trabalho, não bastava tão-somente a substituição de um trabalhador pelo outro, mas também treiná-lo para uma função específica; bem como pela atuação do movimento sindical emergente, o Estado Liberal assumiu a responsabilidade de promover a saúde dos

² ROSEN, G. Uma História da Saúde Pública, Rio de Janeiro: Hucitec, Unesp, Abrasco, 1994 *apud* BARISTELLA, Carlos. Saúde, doença e cuidado, complexidade teórica e necessidade histórica. Disponível em <http://www.epsjv.fiocruz/pdtsp/index.phplivro_id=6&area_id=2&autor_id=&capitulo_id=13&arquivo=ver_conteudo_2> Acesso em 17 mar. 2011.

trabalhadores.

Essa irônica intervenção estatal na saúde em um Estado Liberal visava, sobretudo, a tratar de doenças, mais do que propriamente a promover melhores condições de vida. Assim, havia apenas um conceito somático de saúde, sendo esta definida como a ausência de doenças; e o Estado assumiu a prestação de serviços de saúde, mas tão somente no intuito de curar os males que afastavam o operário da linha de produção, a fim de devolvê-lo apto ao trabalho o mais breve possível e prosseguir na sua extenuante jornada (SCHWARTZ, p. 33).

Tem-se, pois, uma recusa do Estado Liberal para garantir a cobertura universal da população em matéria de saúde.

Já no século transato, ocorreram uma série de mudanças sociais e políticas. Sucintamente, citamos, à guisa de exemplo, a emergência dos Estados Socialistas, as duas grandes guerras mundiais e a crise no trabalho. A crise do século XX se confunde com o próprio declínio do Estado Liberal; ou, se se preferir, um tempo de profundas mudanças ao que costumeiramente se costuma rotular por decadência.

Sucedendo então, na maior parte dos países industrializados, ao Estado Liberal, aparece o Estado-Providência ou Estado do Bem-Estar Social, que, além de preservar os direitos e garantias individuais, amplia o seu espectro de atuação, no sentido de promover a assistência social aos seus cidadãos. Há uma extensão da proteção social a toda a população e, assim, a saúde não é mais apenas um meio para assegurar a produtividade do capitalismo, mas sim um direito de todos, inclusive com previsão constitucional. Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948.

Neste momento, retoma-se a tese da saúde “preventiva”. Há, então, a expansão do conceito de saúde. À medida que avança e se firma o Estado Social, abandona-se a concepção tese da saúde “curativa”, individualista, de que a saúde seria tão-somente a ausência de males, para se consolidar como um direito social, e assim abranger toda a coletividade e se relacionar com aspectos outros, entre eles infraestrutura sanitária básica, meio ambiente adequado, alimentação saudável e moradia.

Essa outra concepção de saúde veio no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), datada de 26 de julho de 1946. A OMS define a

saúde como “o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”, como o primeiro princípio básico para a “felicidade, as relações harmoniosas e a segurança de todos os povos”.

Em que pese as críticas a esse conceito, diante da subjetividade, e até mesmo da impossibilidade de um completo bem-estar, que vem a ser alcançado paulatinamente, a depender de fatores como a soma necessária de verbas públicas e o desenvolvimento da tecnologia no diagnóstico, tratamento e recuperação de doentes, há que se louvar a OMS por ter dado o caminho para os Estados formularem políticas públicas de promoção da saúde.

Ao estender a abrangência da enfermidade estabelecida à promoção da saúde e prevenção de doenças, passou-se a considerar como objeto de atenção da prática médica, em sua modalidade preventiva, não mais apenas os doentes, mas o conjunto da população, pois, afinal, todos podem vir a adoecer

Não obstante a saúde não ter um conceito determinado, vez que terá uma ou outra definição de acordo com ideologias ou de interações com outros conceitos com os quais se relaciona, a depender então do período histórico, conforme expôs-se acima, há que se tomar uma direção cujo caminho conduza a qualidade de vida, e assim estabelecer uma interdependência entre a saúde e outros direitos sociais.

Assim, mais do que um conceito estático, Germano Schwartz (2001, p. 37) parece-nos indicar a trilha do caminho que se falava há pouco, e ensina que:

A saúde é um processo sistêmico, significando que é uma meta a ser alcançada e que varia de acordo com a sua própria evolução e com o avanço dos demais sistemas com os quais se relaciona, em especial o Estado e a própria sociedade

Refletindo sobre o campo da saúde no Brasil, observa-se a mudança de paradigma, ainda que sutil, no que se refere ao atendimento da população pelo Estado. São o marco dessa transição o Programa de Agentes Comunitários de Saúde (PACS) e o Programa de Saúde da Família (PSF). Ambos têm em comum o fato de relacionarem a saúde com as condições gerais de vida do paciente.³

Compreende-se, então, a saúde de forma ampla, de maneira tal que realize

³ MARTINS, José Pedro. **Revolução Silenciosa: programas de assistência à família estão mudando a lógica do sistema de saúde no Brasil, que privilegia a medicina curativa.** *Jornal da Unicamp*, Campinas, 135, ago. 2001. Disponível em <http://www.unicamp.br/unicamp_hoje/ju/ago2001/unihoje_ju165pag12.html> Acessado 26. abr. 2011.

plenamente o ser humano. Para além da ausência de doenças, a biologia humana, o meio ambiente, o estilo de vida e a organização da assistência à saúde são elementos que compõem o denominado campo da saúde (*health field*), conforme definido em 1974 pelo Ministro da Saúde e do Bem-Estar do Canadá Marc Lalonde.⁴

Nesta senda, cumpre anotar que os Tribunais pátrios estão a reconhecer a obrigatoriedade dos planos de saúde em custear tratamentos que visem à redução do excesso de peso, quando caracterizada a obesidade mórbida, em especial a realização de cirurgias bariátricas – de redução de estômago. Isso em sintonia com o que dispõe o art. 10, *caput*, da Lei 9658/98.

As empresas recorrentemente alegam que a gastroplastia (cirurgia bariátrica) tem fins puramente estéticos, menoscabando adrede a importância da operação, que seria tão-somente para efeitos de emagrecimento e rejuvenescimento, e então apresentam judicialmente o contrato firmado, o qual prevê a exclusão de cobertura de procedimento de cirurgia reparadora-estética.

No entanto, a obesidade mórbida não só é reconhecida como doença, mas também pode ser causa preponderante para o surgimento ou agravamento de outras enfermidades, além dos problemas psicológicos e sociais.

Dessa forma, no julgamento do REsp 1.136.475⁵, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que a cirurgia plástica para a retirada do excesso de pele decorrente de cirurgia bariátrica faz parte do tratamento de obesidade mórbida e deve ser integralmente coberto pelo plano de saúde.

Para o relator do processo, Ministro Massami Uyeda, “é ilegítima a recusa da cobertura das cirurgias destinadas à remoção de tecido epitelial, quando estas se revelarem necessárias ao pleno restabelecimento do segurado acometido de obesidade mórbida”.

Como se percebe, o conceito de saúde é primordial para poder determinar como se dará a efetivação desta enquanto direito fundamental. Quando a OMS elenca o bem-estar físico, psíquico e social na sua definição de saúde, o que se tem é a concepção de um

⁴SCILAR, Moacyr. **História do Conceito da Saúde**. Disponível em <www.scielo.br/pdf/physis/v17n1/v17n1a03.pdf> Acessado em 26 abr. 2011.

⁵BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 136475/RS. (2009/0076243-9) Relator Min. Massami Uyeda. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data do Julgamento: 04 mar. 2010

processo sistêmico, onde diversos fatores coligidos dão uma resultante que aponta o gozo pleno de uma vida sã.

1.2 O Estado social e o direito à saúde

Antes de nos debruçarmos sobre o Estado Social, urge analisar, a voos de pássaro, seu antecessor, o Estado Liberal.

Em que pese a divergência reinante quanto ao início deste Estado Liberal, pode-se dizer certamente que ele veio a substituir o Estado Absolutista, notadamente na função de Estado polícia, no qual o príncipe intervém sem limites em todos os domínios, desde que assim entenda necessário para a consecução do interesse dos seus súditos. Como transparece, os administrados não detinham nenhuma proteção jurídica contra essa atividade discricionária e ilimitada do soberano.

Assim, a burguesia em ascensão da época, a fim de estabelecer a segurança necessária ao comércio, pretende criar óbices a essa atuação invasiva do príncipe nas atividades dos particulares. Temos então, as Revoluções Liberais do século XIX.

Em sintonia com a limitação jurídica do Estado e a divisão de poderes, há que se sublinhar os direitos fundamentais. Inicialmente firmados como um conjunto de valores precedentes e acima do próprio Estado, este os reconhece constitucionalmente e passam esses direitos a pautar a relação entre governante e governados.

Estes direitos considerados como indispensáveis à afirmação da própria condição de ser humano dizem respeito, sobretudo, a vida, a liberdade e a propriedade. Ressuma, portanto, a supremacia dos interesses da classe burguesa, embora esta tenha engendrado a ideia de oposição ao Antigo Regime de maneira tal que refletisse a aspiração de todos os setores oprimidos pelo Estado Absolutista, a fim de repercutir a sua insatisfação junto às camadas populares.

Assim, sob a égide da burguesia, assume a liberdade o *status* de valor central. Liberdade esta que comporta dois sentidos. Um negativo, que implica a abstenção do Estado nos acordos de vontade firmados pelos particulares; outro positivo, a consagrar a autonomia

do indivíduo que, não mais sujeito as rígidas estratificações de uma sociedade estamental, tem condições de estabelecer negócios jurídicos sem necessitar de autorização de outrem e também de mudar seu *status* social.

Essa liberdade é marcada por um excessivo individualismo. Depois de séculos de opressiva atuação estatal, quer-se então estabelecer fronteiras que dividam o Estado e a sociedade. A esta, ou melhor, a burguesia somente interessa a presença daquele na vida dos particulares quando necessária à preservação dos acordos de vontades entabulados, independentemente de ponderações econômicas e sociais das partes envolvidas.

Também condicionando a atuação do Estado, destaca-se o princípio da legalidade. Destaca Jorge Reis Novais (1987) que, sendo expressão da vontade geral, além de resguardo da liberdade e propriedade individuais, a lei era um instrumento primordial para impor limites à Administração. A subordinação das atividades administrativas à lei e a restrição de matérias que só pudessem ser reguladas por lei ou com base numa lei iam ao encontro do que representava o Estado Liberal, isto é, o retraimento da pujança do Executivo, agora submetido ao controle judicial, provocado por particulares, nas hipóteses de inobservância dos direitos individuais instituídos em lei.

Quanto à igualdade, a superação da sociedade aristocrática vigente no Estado Absolutista deu realidade à concepção de que o Direito é abstrato e válido para todos. Assim, proclama-se a igualdade entre todos os indivíduos perante a lei.

Essa igualdade afeiçoava-se sobremaneira ao capitalismo incipiente da época. Uma vez desembaraçados da opressiva atuação estatal, que expandia seus tentáculos desde a religião até a economia, contavam os indivíduos com uma igualdade de oportunidades que os permitia desenvolverem as suas próprias capacidades a partir dos seus esforços. A competição e a concorrência eram as características principais desse livre mercado, limitando-se o Estado à preservação da esfera privada dos indivíduos.

O jus-filósofo italiano Norberto Bobbio explica essa igualdade definida pelo liberalismo clássico com a seguinte lição:

Hipoteticamente, se a todos for dado um mesmo ponto de partida, a posição que enfim ocuparão dependerá exclusivamente da velocidade com que tiverem corrido e da distância alcançada. O liberalismo clássico afirmava que a igualdade de oportunidades é possível mediante a igual atribuição dos direitos fundamentais 'à vida, à liberdade e à propriedade'. (BOBBIO, p. 604)

No entanto, esse escanteamento do Estado em prol de consolidar a posição do indivíduo na sociedade, ressaltando-se a sua inerente condição de ser livre, bem como a igualdade formal delineada, não implicou a melhora das condições de vida daqueles que formavam os setores populares, mas, pelo contrário, aprofundou as diferenças entre ricos e pobres. Grassavam, pois, a penúria e a indigência.

E, a princípio, não dispunham as camadas proletárias de meios pacíficos para alterar essa situação desfavorável, uma vez que o sufrágio universal não era compossível com o liberalismo, notadamente com o direito irrestrito à propriedade. Vigia, pois, o voto censitário.

A eclosão das guerras mundiais na primeira metade do século transato, somada ao surgimento dos Estados socialistas e dos Estados totalitários, fez repercutir a necessidade de um novo papel para o Estado que não apenas resguardasse os direitos individuais, mas também que almejasse à justiça social, provendo direitos básicos aos seres humanos que assegurem a sua dignidade. Com isso, mostrava-se relevante a atuação estatal, mormente para aqueles marginalizados do desenvolvimento econômico do capitalismo.

Assim, as conquistas sociais reivindicadas com tanto afínco pelas massas ao poder político ampliaram a presença do Estado no desenvolvimento da sociedade. Prestações positivas no campo da educação, saúde, habitação, assistência social, entre tantas outras matérias, estavam agora sob a incumbência do poder público para garantir o bem-estar a todos.

Há, então, a positivação desses direitos sociais no texto da Constituição de diversos países. Inédita nesse sentido foi a Constituição mexicana de 1917, cuja gênese remonta à Revolução mexicana. No entanto, mais profícua se apresentou a Constituição de Weimar, de 1919⁶.

Apesar de o Estado social não se caracterizar tão-somente pela atuação estatal⁷, para fins de recorte do tema a ser pesquisado debruça-se aqui apenas sobre essa faceta, mais especificamente sobre o direito à saúde.

⁶ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **A Constituição de Weimar e os direitos sociais**. Disponível em <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9014/a-constituicao-de-weimar-e-os-direitos-fundamentais-sociais>> Acessado em 24 abr. 2011.

⁷NOVAIS, Jorge Reis. *Ibidem*. p. 213.

O direito à saúde é previsto na nossa atual Constituição em diversos dispositivos e aparece expressamente, no art. 196, como direito de todos e como dever do Estado. Destaque-se o ineditismo desta previsão no nosso ordenamento jurídico, vez que anteriormente apenas os segurados da Previdência eram beneficiados.

Também cabe destacar direitos outros que se relacionam de forma direta com o direito à saúde. Como dito outrora, a definição de saúde na atualidade é reflexo direto da proeminência do Estado Social. Para além da ausência de males, urge a promoção de políticas sociais, culturais e econômicas que previnam o surgimento de enfermidades e ofereçam níveis básicos de dignidade.

À guisa de exemplo, a Emenda Constitucional nº 64, de 4 de fevereiro de 2010, que alterou o art. 6º da Constituição para introduzir a alimentação como direito social.

Também ilustra-se essa interdependência entre a saúde e outros direitos lembrando a proteção ambiental. Por certo que um meio ambiente hígido, com baixa emissão de poluentes, é um contributivo para garantia da saúde de todos. A própria Constituição brasileira, no art. 225, situa o ambiente equilibrado como “essencial à sadia qualidade de vida”.

Como se denota, o Estado Social é vocacionado a atender ao bem-estar dos seus cidadãos. A saúde, então, não poderia sobrar do rol dos direitos sociais (com previsão constitucional) que impelem a Administração a elaborar programas de governo efetivadores da justiça social.

1.3 Natureza jurídica do direito à saúde

Inicialmente, observamos a incorporação do direito à saúde no texto constitucional no Título II da CRFB/88 sob a denominação “Dos direitos e garantias individuais”. Resta, pois, consagrado como um direito fundamental e, assim, goza de proteção jurídica qualificada a fim de ter garantida a sua efetividade. Ademais, a lei 8080/90, em seu art. 2º, assevera categoricamente que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

Mas não apenas pode ser entendido o caráter fundamental de um direito com base na sua positivação. Consoante hodierna doutrina, a fundamentalidade dos direitos pode

ser compreendida no sentido formal e material⁸

Uma vez já cediço o preceito constitucional em que firmado o direito à saúde, quanto ao aspecto formal impende destacar o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, segundo o qual as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis e, conseqüentemente, vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares.

Acerca da materialidade do multicitado direito, deve-se refletir sobre a relevância do bem jurídico tutelado pela ordem jurídica.

Como já fora pontuado anteriormente, a saúde está imbricada à vida. Além da própria existência física, dignidade do ser humano reclama que este seja assistido de cuidados que garantam o seu bem-estar físico e mental.

Na precisa lição de Ingo Wolfgang Sarlet⁹:

Por tudo isso, não há dúvida alguma de que a saúde é um direito humano fundamental, aliás fundamentalíssimo, tão fundamental que mesmo em países nos quais não está previsto expressamente na Constituição, chegou a haver um reconhecimento da saúde como um direito fundamental não escrito (implícito), tal como ocorreu na Alemanha e em outros lugares. Na verdade, parece elementar que uma ordem jurídica constitucional que protege o direito à vida e assegura o direito à integridade física e corporal, evidentemente, também protege a saúde, já que onde esta não existe e não é assegurada, resta esvaziada a proteção prevista para a vida e integridade física.

Visto aqui a saúde como direito fundamental, exsurge deste entendimento outras características inerentes a este direito. Assim, compreende-se que o direito à saúde é inalienável, ante a ausência de conteúdo patrimonial, o que afasta a possibilidade de sê-lo negociado ou transferido; é imprescritível, visto a saúde ser um direito personalíssimo, e a prescrição ser instituo peculiar dos direitos patrimoniais; é indivisível e interdependente, com a sua defesa também prevista no Direito Penal, Direito do Trabalho, Direito Ambiental, entre outros; é irrenunciável, vez que imprescindível à dignidade da pessoa humana.

O título II da CRFB/88, que disciplina os direitos fundamentais é subdividido em cinco capítulos. O direito à saúde está inserido no art. 6º do Capítulo II, que trata dos direitos sociais, segundo o qual:

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 30 abr. 2011.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf>. Acessado em 01 maio 2011.

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

A partir do artigo suso mencionado, ressuma mais uma característica do direito à saúde: trata-se de um direito social.

Os direitos sociais se revelam como prestações positivas estatais, entronados no texto constitucional, que intentam oferecer melhores condições de vida aos cidadãos, e, assim, dirimir a nefanda desigualdade que campeia na sociedade globalizada dos nossos tempos.

Atuam, pois, na promoção da cidadania, entendida esta não apenas como pleno exercício dos direitos políticos, mas também a realização de políticas que visem ao bem-estar comum, concebendo uma justiça distributiva. Como anota Afonso da Silva (2007, p. 287), os direitos sociais “valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real”.

Também se classifica o direito à saúde como um direito público subjetivo. Com efeito, o art. 196 da CRFB/88 dispõe que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”. Há aqui uma relação jurídica entre o Estado e o cidadão. Àquele impõe-se obrigações negativas e positivas em relação à assistência à saúde, e este tem a faculdade de buscar a tutela jurisdicional quando não observado esse dever jurídico por parte da Administração.

Como se vê, tem-se caminhado para superar a noção de direitos sociais como normas estritamente programáticas, reconhecendo-se a eficácia normativa dos dispositivos constitucionais. Consoante o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Não obstante, impende ressaltar que, por se tratarem de direitos que requerem, via de regra, a atuação positiva do Estado, há a previsão de leis regulamentadoras para a concretização dos direitos sociais.

Sobre este tema, José Afonso da Silva¹⁰ aduz que:

Então, em face dessas normas, que valor tem o disposto no § 1º do art. 5º, que declara todas de aplicação imediata? Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu

¹⁰ *Id.* **Garantias econômicas, políticas e jurídicas da eficácia dos direitos sociais.** Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=207> Acessado em 01 maio 2011.

atendimento. Em segundo lugar, significa que o poder judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes.

Por fim, a saúde é expressa no *Codex* consumerista, Lei n° 8078/90, como direito do consumidor. Efetivamente, temos no art. 6º, *caput* e inciso I, que “são direitos básicos do consumidor: a proteção da vida, saúde e segurança contra riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”.

2 - DOS CONTRATOS DE PLANOS PRIVADOS DE SAÚDE

2.1 – Breve histórico dos contratos de planos privados de saúde

Já anteriormente comentado, com o término da Segunda Guerra mundial, há a expansão no mundo ocidental de um novo modelo de estado, denominado de Estado do Bem-estar Social. Tem-se, com este, um avanço nas políticas públicas, o que gerou um incremento nos orçamentos destinados a prestação de serviços para a população.

Na época em que o país estava sob o governo do regime militar a arregimentação dos serviços públicos de saúde concentrava-se sobremaneira no âmbito federal, consequência do governo burocrático autoritário. Também nesse período houve a reestruturação da Previdência Social, havendo a reunião das atividades previdenciárias no instituto Nacional de Previdência Social (INPS).

Apesar deste início da estatização do tratamento da saúde, é importante repisar que a Constituição Federal de 1967 assegurava o direito à saúde apenas aos trabalhadores.

Ainda mesmo nas décadas de 60 e 70 já se tinha a percepção da ineficiência do sistema implantado pelo Estado. Então, passou-se a adoção de um modelo médico privatista, no qual a própria Previdência Social remunerava o setor privado para que este prestasse os serviços de assistência médica. Nesta fase foram instituídas as Sociedades Cooperativas de Trabalho Médico – UNIMEDs, formadas com a natureza jurídica de cooperativas de trabalho.

Como sintetiza Joseane Suzart Lopes da Silva

Verificou-se o financiamento pelos hospitais privados pelo Estado e a instituição do sistema de credenciamento para a compra de serviços, celebração com as empresas de convênios que deram origem à medicina de grupo e à autogestão. Constantemente, o Estado utilizava-se de recursos do Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social (FAS), criado pela Lei nº 6198 de 1974, para financiamento dos hospitais privados. O INPS comprava os serviços privados de saúde e o Estado deixou de investir na ampliação da rede pública, destinando 90% dos seus recursos para a compra de serviços privados (SUZART, 2010, p. 43)

Nos anos 80, tem-se a sensibilidade para a crise da saúde. Com o início da redemocratização no Brasil, abre-se espaço para discussões sobre temas concernentes ao

sistema de saúde do país.

Também passa a entrar na pauta da agenda política do país os debates sobre os direitos em prol dos consumidores, reconhecidos como partes vulneráveis nas relações jurídicas entabuladas em uma economia de mercado.

O desenvolvimento de uma sociedade que caminhava para o fim de uma ditadura aliado a acessibilidade aos bens de consumo fomentaram a conscientização necessária para a defesa dos interesses socioeconômicos.

Fruto deste novo paradigma, tem-se, em 1987, a criação do Instituto Brasileiro de defesa do Consumidor – IDEC, entidade civil sem fins lucrativos.

Em 1988 temos a promulgação da atual Constituição. Além da previsão do direito à saúde, já comentado no capítulo anterior, destaca-se que pela primeira vez expressou-se a “defesa do consumidor” como um direito fundamental (art. 5º, XII, da CF/88). Reconhecido como um direito fundamental de terceira geração, o direito do consumidor tem relação estreita com a garantia da dignidade humana, devendo assim, ser observado o seu fiel cumprimento.

Também na novel Constituição Federal foi disciplinada à assistência à saúde suplementar, como exsurge do art. 197, *in verbis*

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Nos anos 90, logo no seu limiar, houve a edição de leis regulamentando esses dois direitos fundamentais. Assim, foram sancionadas as leis 8080/90 - dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências – e 8078/90, comumente designada por Código de Defesa do Consumidor - CDC.

Em que pese a concepção do Sistema Único de Saúde – SUS, notou-se uma enorme expansão do setor de medicina suplementar no país. Além do crônico problema da má qualidade dos serviços do SUS, a evolução do uso de aparelhos de alto grau de sofisticação no diagnóstico de doenças e tratamentos avançados na cura destas foram fatores de destaque nesse crescimento.

Assim, premido pela necessidade de garantir o bem-estar para si e sua família, o consumidor manifesta o seu consentimento e contrata os planos de saúde privados, mas sem discutir as cláusulas que compõem esse acordo, através dos denominados contratos de adesão (art. 54 do CDC).

O avanço desse setor, não apenas em termos de crescimento, como também ao próprio direito dos usuários, exigia a sua regulamentação. Embora tardiamente (10 anos após a promulgação da Constituição Cidadã), foi editada, em meados de 1998, a legislação básica dos planos de assistência à saúde. Trata-se da Lei nº 9656/98, além de algumas medidas provisórias (1.665/98, 1.685/98, 1.703-7/99, 1.976-44/2000 e 2.177-44/2001).

Em análise comparativa das leis regulamentadoras do setor de saúde suplementar, leciona Suzart (2010, p.53-54):

No setor de saúde suplementar, o modelo de regulação brasileira diferencia-se do adotado em diversos outros países, visto que na maioria destes, acompanha-se a atividade econômica, observando-se o estado de solvência das empresas do ramo e a competitividade entre as mesmas. No nosso País, a regulação estende-se, também, para a qualidade do serviço prestado aos consumidores, sendo vedada a previsão de cláusulas abusivas que prejudiquem os interesses dos consumidores.

Chegando à última etapa desta digressão histórica, a primeira década do novo século não trouxe a alvissareira mudança no comportamento das empresas dos planos de saúde. Medram as denúncias dos consumidores contra estas, que não raramente lideram o ranking de reclamações junto aos órgãos de defesa do consumidor¹¹.

Nesse período há a criação da Agência Nacional de Saúde – ANS, autarquia cuja função é regulamentar e fiscalizar a prestação privada dos serviços de saúde, bem como a instauração de Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI, na Câmara dos deputados, com o fito de investigar denúncias de irregularidades na prestação de serviços por empresas e instituições privadas de planos de saúde., no período de junho a novembro de 2003.

Dessa forma, ainda há uma longa trilha a se percorrer para a efetivação dos direitos dos consumidores. No plano normativo, aconselham-se alguns aprimoramentos na lei 9656/98, bem como a edição de resoluções normativas pela ANS que protejam os consumidores da sanha por lucros das empresas. No plano social e jurídico, a consciência dos consumidores para lutarem pelos seus direitos e a atuação denodada do Ministério

¹¹ Ver reportagem pelo Jornal da Tarde, na qual informa que pelo décimo ano consecutivo os planos de saúde foram campeões de reclamações junto ao IDEC. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/noticia.asp?id=12576>> Acessado em 05.05.2011

Público, no cumprimento do seu mister constitucional, para elidir as práticas abusivas impingidas aos usuários.

2.2 Os contratos de planos e seguros privados de saúde e o Código de Defesa do Consumidor

Antes de procurar esmiuçar esta relação entre os contratos de planos de saúde privados e o CDC, importa refletir sobre os contratos editados anteriormente ao Codex consumerista.

De início, é pertinente a seguinte indagação: era possível a caracterização de uma cláusula contratual como abusiva, sem ainda ter a sua previsão expressa no CDC?

Buscando dar uma solução a essa questão, os magistrados buscavam esquadrihavam dispositivos legais que resguardassem o equilíbrio nas relações contratuais, desrespeitado principalmente nos contratos estandardizados, Assim, evocavam principalmente o art. 115 do Código Civil de 1916, cujo correspondente no Código de 2002 é o art. 122, infra:

Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

Exsurge do texto legal suso mencionado a proibição legal às cláusulas puramente potestativas, ou cláusulas *si voluero*. Não pode, pois, uma das partes dobrar-se ao inteiro arbítrio da outra¹².

Conforme lição de Cláudia Lima Marques (2005), essas vedações às cláusulas leoninas foram uma primeira tentativa de combater a cláusulas consideradas “abusivas”, mas

¹² À guisa de exemplo, reproduz-se cláusula contratual fulminada por nulidade pelo TRF 4, no julgamento da Apelação Cível N° 70007041568 (D.J. 22.04.2004), por ser puramente potestativa :

14 – CANCELAMENTO DO SEGURO

14.1 – O seguro estará automaticamente cancelado, independentemente de notificação e/ou interpelação judicial e sem que caiba indenização à parte infratora, nas situações:

e) quando a composição do grupo segurado ou a natureza dos riscos vierem a sofrer alterações tais que tornem inviável a sua manutenção pela Seguradora, esta reserva-se o direito de cancelar o seguro, mediante o aviso prévio por escrito de, no mínimo, 30 (trinta) dias

Como considerado pela e. relatora Des. Marta Borges Ortiz, “Tamanho é a lacunosidade vertida no referido dispositivo que chega a beirar as raias do sofismo”

essas cláusulas, apesar das suas semelhanças, não se confundem:

Em uma visão particular, podemos afirmar que o arbítrio e a unilateralidade excessiva na fixação de elementos essenciais do contrato (sujeito, objeto, preço e consenso) detectados nas cláusulas leoninas e meramente potestativas são características comuns às cláusulas hoje consideradas abusivas. A diferença estaria no grau de unilateralidade e de arbítrio antes exigido, muito maior do que o atual, e na matéria regulada pelas cláusulas consideradas abusivas, que hoje pode englobar (e geralmente o faz) os elementos não essenciais do negócio, como as garantias ao vício do objeto, à evicção, ao pagamento, ao não atraso do pagamento. (MARQUES, p. 902-903)

Com a publicação do Código de Defesa do Consumidor, restou a dúvida: os contratos de planos de saúde firmados anteriormente a este Codex seriam regidos pelas disposições deste? Para dirimi-la a contento, há que se analisar a especificidade destes contratos.

Assim, observa-se que quando o consumidor contrata um plano de saúde, não tem por objetivo a execução imediata dos serviços médicos e hospitalares, embora assim possa ocorrer, desde que cumpridos os prazos de carência legais. Há, então, uma relação jurídica que se protraí no tempo. Enquanto aquele se obriga ao pagamento de uma mensalidade, este tem por dever a prestação daqueles serviços.

Denota-se, pois, que o fator tempo é fundamental nessa relação jurídica. Esses contratos duram por décadas, quiçá uma vida toda. Essa longevidade peculiar a esses contratos o fazem ser intitulados por contratos “cativos de longa duração”¹³

Isto porque há uma forte dependência do consumidor. Este pensa no futuro, principalmente quando atingir uma idade avançada, e dessa forma contrata um plano que o ampare no caso de sobressalto com alguma doença ou acidente. Além da confiança de um atendimento futuro, também crê que lhe seja prestado um serviço de boa qualidade.

Ressuma, pois, que esses contratos de seguro-saúde têm a natureza de trato sucessivo, e, assim, têm renovação automática a partir do prazo inicial de vigência, quer com espeque no art. 13 da Lei n.º 9656/98, ou no art. 51, § 1º, II, do CDC.

Portanto, na hipótese de o contrato ter sido renovado na vigência do Código consumerista, este o regerá, não havendo aqui a retroatividade de lei nova. Ademais, gize-se que o CDC é norma de ordem pública e interesse social, consoante o seu art. 1º.

¹³ Cf. MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa...

Nesta senda, tem-se que o Superior Tribunal de Justiça¹⁴ perfilhou-se à tese acima aduzida. Consolidando então as decisões proferidas em diversos julgados, a Segunda Turma do STJ aprovou a súmula n° 469 (publicada em 06/12/2010), cujo enunciado a seguir se transcreve:

Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.

Por fim, quanto aos contratos de assistência médica suplementar firmados já na vigência da Lei 8078/90, resta a conclusão de que se aplica o CDC a estes contratos. Esta ilação, além de se firmar ao anteriormente exposto, tem espeque nas próprias disposições do Código consumerista.

De fato, a definição legal de consumidor assevera ser esta pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, equiparando-se, ainda, à figura do consumidor a coletividade de pessoas que haja intervindo nas relações de consumo (art. 2° e parágrafo único do CDC).

Vê-se, pois, que os usuários de planos de saúde estão incluídos neste conceito, vez que não contratam os serviços com finalidade de revendê-los ou incorporá-los a uma cadeia de produção, mas apenas para uso pessoal e de seus dependentes e, com isso, presume-se a sua vulnerabilidade fática, técnica, jurídica e informacional (MARQUES, p. 320).

Como os seguros e planos de saúde são pessoas jurídicas privadas prestadoras de serviços de assistência à saúde, estão em consonância com o conceito legal de fornecedor, de acordo com a disposição do art. 3, caput e inciso II do CDC.

Reconhecida, pois, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações entabuladas entre os usuários e operadoras de planos de saúde, tem-se, conseqüentemente, uma gama de direitos básicos que são assegurados àqueles, elencados no art. 6° do CDC. Ademais, o art. 47 deste Codex prevê que as cláusulas contratuais serão interpretadas de forma mais favorável ao consumidor.

Destaque-se que este artigo 47 deve ser interpretado em conjunto com o art. 4°,

¹⁴ Não obstante o CDC ser uma norma de ordem pública, o STJ vem negando aplicabilidade do Código a outros tipos de acordos pactuados anteriormente a este, como no caso dos Contratos do Sistema Financeiro de Habitação (SFH). Nesse sentido, veja-se o Resp 969040/DF, julgado em 04/11/2008. Min. Relator: Nancy Andrichi

III, CDC, no qual traz expresso o princípio da boa-fé objetiva. Há de se conceber, então, que a interpretação mais favorável ao consumidor é do contrato como um todo, e não apenas de cláusula obscura ou ambígua.

Desta maneira, na aplicação das normas do Código do Consumidor, o intérprete deve utilizar-se dos princípios informadores deste Códex a fim de extrair o sentido consentâneo a ele.

2.3 – Os contratos de planos privados de saúde e a lei 9656/98

Como dito alhures, a edição da Lei 9656/98 revestiu-se de notável importância social e econômica, regulamentando um setor que conta aproximadamente com 52 (cinquenta e dois) milhões de usuários.

A partir de sua publicação, passou a existir uma cobertura mínima de serviços, os quais anteriormente eram tão-somente aqueles previstos em contratos de adesão. Assim, as operadoras que redigiam as cláusulas destes contratos (policitantes), parte mais forte da relação contratual, excluía do rol das enfermidades a serem tratadas as doenças crônicas, degenerativas, infeto-contagiosas e as doenças e lesões preexistentes. Ademais, as operadoras, em geral, colocavam limitações quanto ao número de consultas médicas, dias de internação, sessões de fisioterapia, exames, e de idade para ingresso e permanência no plano.

Diante daquela previsão legal, Fábio Ulhoa Coelho classifica os contratos de planos privados de assistência à saúde como contratos típicos¹⁵. Isto porque, quer por normas supletivas, quer por normas cogentes, dispõe o texto legal sobre direitos e obrigações das partes contratantes.

Sobre aspectos estruturais, define a Lei de Planos de Saúde (LPS), no seu art. 1º, caput, que os planos e seguro privados de saúde são pessoas jurídicas de direito privado, que operam planos de atenção médica suplementar, cuja finalidade é garantir, sem limites financeiros, a assistência à saúde.

Quanto à conformação destas pessoas jurídicas como operadoras de planos de saúde, não é fundamental a prestação direta de serviços em prol dos usuários, e sim a coordenação de atividades de gestão dos recursos angariados dos consumidores com fins a

¹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito civil, contratos**. 3ª. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 53

cobertura dos gastos referentes à assistência médica, hospitalar ou ambulatorial (SUZART, p. 80).

No intuito de assegurar o cumprimento das pessoas jurídicas ao que dispõe a lei 9656/98, a Medida Provisória nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001, definiu, no art. 1º, § 1º, da LPS, uma série de características que, se previstas em quaisquer modalidades contratos, ainda que aquelas pessoas adotem outras denominações que omitam a sua verdadeira natureza de operadoras de planos privados de saúde, estarão sujeitas à fiscalização da Agência Nacional de Saúde quanto ao cumprimento da legislação e Resoluções Normativas por esta expedida¹⁶.

Quanto às espécies de planos ou seguros de saúde, temos que elas são cinco: plano ou seguro ambulatorial, plano ou seguro hospitalar, plano ou seguro hospitalar com obstetrícia, os planos odontológicos e os planos ou seguros referência.

Em uma análise perfunctória, temos que no plano ambulatorial não são cobertas despesas com internações hospitalares, mas apenas consultas e exames, consoante o art.12, I, da Lei 9656/98. Já no inciso seguinte, prevê-se o plano hospitalar, no qual não há a cobertura de consultas e exames, senão aqueles necessários à internação¹⁷.

Acerca do plano-referência, está ele disciplinado no art. 10 da LPS. Trata-se, conforme o guia assistencial da ANS¹⁸, da modalidade mais ampla de plano, que abrange a cobertura ambulatorial somada às previstas para o plano com cobertura hospitalar com obstetrícia. De acordo com o que dispõe o § 2º deste artigo, é obrigação das operadoras oferecerem o plano-referência aos usuários.

Quanto à classificação dos contratos de planos privados de assistência à saúde, há três tipos de contratação: os planos individuais (ou familiares); os planos coletivos por

¹⁶ Assim, há grande discussão quanto às denominadas redes de descontos. Não obstante o Comunicado N° 09/2003 da Diretoria Colegiada da ANS, informando que “empresas que operam por sistemas de descontos não são consideradas planos de saúde”, e isto ser usado pelas empresas para se escusarem às exigências legais da LPS, há que se observar que estas custeiam as despesas dos consumidores nos hospitais conveniados a partir das mensalidades pagas por estes; então, de acordo art. 1º, § 1º, I, são consideradas sim planos de saúde. Nesse sentido, ver ACP ajuizada pelo Ministério Público Federal – MPF/DF, em desfavor da ANS e da Associação dos Servidores da Secretaria de educação do Distrito Federal – ASSEDF. Disponível em <http://www.prdf.mpf.gov.br/imprensa/arquivos_noticias/acp-planosaude-ans-e-assedf.pdf>

¹⁷ Atualmente, a cobertura mínima obrigatória destas espécies de planos/seguros de saúde tem previsão na Resolução Normativa nº 167/08 da ANS. Em breve, no dia 07 de junho de 2011, entrará em vigor uma nova Resolução, a 211/10, que amplia as coberturas médicas e odontológicas a partir desta data.

¹⁸ Disponível em <http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/guia_cobertura_assistencial.pdf> Acessado em 16 maio 2011

adesão e os planos coletivos empresariais.

Os planos individuais, de acordo com o art. 3º da Resolução Normativa N° 195 da ANS, são aqueles os quais a própria pessoa contrata o plano de saúde na instituição, de livre adesão aos beneficiários.

Já acerca dos coletivos, tanto os por adesão como os empresariais exigem a intermediação de uma pessoa jurídica (empresa, sindicato, associação ou fundação) entre o usuário e as operadoras de planos de saúde. Os beneficiários daqueles estão elencados no art. 9º da RN 195/09, enquanto os deste no art. 5º desta Resolução.

Questão que desperta controvérsias diz respeito à regulação destes planos pela Lei 9656/98. Isto porque os usuários de planos de saúde individuais, em geral, gozam de mais proteção aos seus direitos do que aqueles possuidores de planos coletivos. Por óbvio, então, que as empresas de atenção médica suplementar concentrarão seus esforços na oferta destes. Ainda, constata-se no plano fático a dispersão do risco populacional, vez que nos planos coletivos os consumidores são titulares da força de trabalho formalizada e ativa, e reúnem um contingente de pessoas mais jovens que aqueles dos planos individuais e adoecem menos.¹⁹

Á guisa de ilustração, pesquisa divulgada revelou que, no ano de 2009, dos 52 (cinquenta e dois) milhões de planos contratados, 40 (quarenta) milhões eram planos coletivos. Segundo estudo da Austin Asis consultoria, enquanto nos últimos nove anos os planos individuais mantiveram-se estáveis, os planos coletivos cresceram por volta de 300% (trezentos por cento).²⁰

Para piorar esse quadro, a ANS não intervém nos reajustes das mensalidades dos planos coletivos. Diferentemente dos planos individuais, nos quais a Autarquia estipula um índice máximo de reajuste, naqueles ela apenas faz apenas um monitoramento dos reajustes,

¹⁹ Relatório Final CPI Plano de Saúde. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/193703.pdf>> Acessado em 16 maio 2011

²⁰ Disponível em <<http://columistas.ig.com.br/guilhermebarros/2010/02/27/numero-de-usuarios-de-planos-de-saude-coletivo-salta-300-no-pais/>> Acessado em 08.05.2011. Acerca desse aumento da base de usuários de planos, o economista da Austin Asis, Leonardo dos Santos, afirma que houve uma elevação muito forte nos custos para as operadoras e seguradoras, por isso estão deixando de operar no segmento individual. Como exemplo, cita a descontinuidade de algumas operadoras nos planos individuais, como os casos do Bradesco e Sul América.

prevalecendo o que se dispôs no contrato.²¹

Essa omissão advém de uma interpretação enviesada da Lei 9.961/00, que criou a ANS, vez que a sua atribuição legal de regular os planos de saúde não ficou estabelecido sobre quais contratos deve ela cumprir com sua finalidade institucional de promover a defesa do interesse público. Ante a ausência de qualquer distinção ou exceção, deveria a Agência regular tanto os reajustes dos planos individuais como coletivos.

Outro argumento utilizado é o de que o poder de negociação entre as pessoas jurídicas contratantes e as operadoras de planos de saúde é maior do que nos casos dos contratos individuais.

Como destacado no relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito instalada na Câmara dos Deputados (jun. a nov. 2003):

Segundo a Lei 9.656/98, todos os planos de saúde devem se enquadrar nas normas de cobertura e o reajuste de preços dos planos individuais e dos coletivos empresariais é uma prerrogativa da ANS. Porém, a ANS não assumiu a atribuição de determinar os ajustes dos planos coletivos patrocinados. O principal argumento utilizado para a não intervenção governamental nos planos empresariais é que os contratos e negociações de preços estabelecidos entre empresas (empregadora e assistência suplementar) tendem a um maior equilíbrio entre as partes envolvidas.

No entanto, é inegável que os planos empresariais são o principal eixo de sustentação e organização do mercado de planos e seguros de saúde e, portanto, os definidores dos padrões de coberturas e preços para as demais modalidades de contratação. (p. 76)

Ademais, a própria Lei 9656/98 faz vedações a práticas abusivas contra os planos contratados individualmente, mas não aos planos coletivos. Exemplificativamente, trazemos à baila o art. 13, *in verbis*:

Art.13. Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação

Parágrafo único. Os produtos de que trata o caput, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas:

(...)

II - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência

²¹ Disponível em < http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/guia_reajuste_mensalidade.pdf > Acessado em 08 maio 2011.

(...)

Como se vê, não há a proibição expressa da rescisão unilateral de contratos coletivos, como ocorre para os planos individuais e familiares. Com isso, a ANS mantém-se inerte em casos de cancelamento daqueles contratos, não obstante o prejuízo aos usuários. Contudo, assim não deveria ser, pois de acordo com o Código de Defesa do Consumidor (como visto, aplicável aos contratos de planos de saúde), é nula de pleno direito cláusula que autorize a rescisão unilateral.

Dessa forma, tem havido o que os especialistas chamam de falsa coletivização, isto é, a formação de pequenos grupos (alguns chegam a contar com apenas duas pessoas) para a contratação de planos coletivos. Assim, se apenas uma das pessoas fizer uso do plano, a operadora, que não conta com a fiscalização dos reajustes, repassará a esse pequeno grupo os gastos despendidos com apenas um usuário, saltando os preços das mensalidades.

Sobre a adaptação ou migração dos contratos antigos (aqueles firmados anteriormente a regulação dos planos e seguros privados de saúde), diferenciam-se pelo fato de na adaptação o contrato antigo ainda vigor, mas adaptado a Lei 9656/98; enquanto que na migração o contrato antigo é cancelado, e o novo adapta-se a esta lei.

Por fim, urge analisar o que restou decidido, em medida cautelar²², pelo E. Supremo Tribunal Federal na ADIN 1.931-8/DF. Nesta ação, foi suspensa a eficácia do art. 35-E, da Lei 9656/98, ao entendimento de que a sua aplicação aos contratos anteriormente firmados a sua publicação representava ofensa ao princípio da irretroatividade da lei.

Transcreve-se abaixo trecho da decisão plenária da liminar na citada ADIN:

... Em seguida, deferiu (o STF), em parte, a medida cautelar, no que tange à suscitada violação ao artigo 5º, XXXVI da Constituição, quanto ao artigo 35-G, hoje, renumerado como artigo 35-E pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001, em seus incisos I a IV, §§ 1º, incisos I a V, e 2º, redação dada pela Medida Provisória nº 1.908-18, de 24 de setembro de 1999...

Gize-se que nesta liminar não há menção a eficácia retroativa da decisão prolatada. Dessa forma, a suspensão dos efeitos do Art. 35-E e parágrafos, da Lei 9.656/98, iniciou-se com a publicação da decisão cautelar do E. STF no Diário Oficial da União.²³

²² De acordo com o art. 11, § 1º, da Lei 9868/99, “a medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito ex nunc, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa”

²³ No presente caso, a decisão da ADI MC 1931-8/DF constou da ata de julgamento publicada no DOU do dia 03 set. 2003.

Posições doutrinárias e jurisprudenciais, contudo, têm dissentido desta decisão do STF, mormente nas hipóteses de majorações irrazoáveis das mensalidades de planos de saúde²⁴. Isto porque, como já comentado em tópico anterior, são estes contratos de trato sucessivo, e, por isso, a continuidade da relação jurídica é ínsita a tais contratos. Como destaca Gomes (2009, p. 156), "é como se as partes houvessem celebrado novo contrato com o mesmo conteúdo". Assim, a cada renovação há um novo contrato, o que permite a vigência da Lei 9656/98.

2.4 Os Contratos de planos privados e saúde e o Estatuto do Idoso – Lei nº 10.741/2003

Inicialmente, impende refletir sobre a condição específica do idoso²⁵. Isto porque, diante da senescência, as alterações biológicas e físicas na terceira idade tornam essas pessoas mais suscetíveis ao acometimento de doenças, bem como o envelhecimento cerebral pode trazer dificuldades ao processo de assimilação de novas informações. Também nessa fase da vida são mais comuns os casos de senilidade, entendida esta como uma intensificação no surgimento de patologias na velhice, como hipertensão arterial, câncer e demência.

Denota-se, dessa maneira, que o idoso está em posição de extrema vulnerabilidade, a ensejar uma proteção especial além da consagrada aos consumidores em geral (MARQUES, 2005, p. 389).

O legislador ordinário, em atenção ao que ora se expõe, bem como ao art. 230 da Constituição Federal, disciplinou direitos a este grupo social no denominado Estatuto do Idoso (Lei 10741/2003). No que toca à relação jurídica entre estas pessoas e as empresas de plano de saúde, foi disposto que:

Art. 15. É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em

²⁴ No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, há divergências sobre a aplicabilidade ou não da lei 9656/98 aos contratos anteriores à sua edição. Há favor, tem-se o Resp 809329/RJ, Terceira Turma, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, julgado em 25.03.2008. Em sentido contrário, SLS 163/PE, relatado pelo Presidente à época do STJ, Ministro Edson Vidigal, julgado em 21/09/2005.

²⁵ A Organização Mundial da Saúde (OMS) define o idoso como "uma pessoa com 65 anos ou mais nos países desenvolvidos, e 60 anos nos países em desenvolvimento". O art. 2º, da lei 8842/94, dispõe: considera-se idoso, para os efeitos desta lei, a pessoa maior de sessenta anos de idade.

conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.

(...)

§ 3º É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade

(...)

Buscou-se, assim, resguardar os idosos da prática assaz nefasta, a qual tem espeque mesmo em Súmula Normativa da ANS (SN nº 03), de impingir majorações nas mensalidades em razão da faixa etária dos usuários, com o ardil de que as pessoas mais velhas, as quais notadamente são as mais necessitadas de atenção médica, abandonem o plano, sobretudo porque elas não mantêm o mesmo padrão financeiro de antes com a aposentadoria que passam a receber.²⁶

Para escapar a vedação imposta pelo art. 15, parágrafo único, da Lei 9656/98, as operadoras de planos de saúde, adrede, concentram o aumento na faixa etária próxima aos 60 anos²⁷. No entanto, revela-se aí uma cláusula contratual inquinada por abusividade. (art. 51, IV, parágrafo 1º. e incisos I a III do CDC).

Discussão que tem entrado na pauta de julgamentos dos Tribunais pátrios diz respeito à aplicabilidade do Estatuto do Idoso aos contratos de planos de saúde firmados anteriormente a sua publicação ou ainda se o contratante com idade abaixo de 60 anos quando entrou em vigor o multicitado estatuto teria o seu contrato regido com as disposições deste quando sexagenário.

Lembrando a característica peculiar aos contratos de planos de saúde, qual seja, a continuidade da relação jurídica, que os fazem ser caracterizados como contratos de tratos sucessivos, com renovação automática prevista em lei, temos que as cláusulas contratuais que prevejam reajustes de mensalidades unicamente por mudanças na faixa etária acima dos 60 anos restam nulas, independentemente de o contrato ter sido firmado anteriormente ao Estatuto do Idoso.

²⁶ Depoimento transcrito no relatório final da CPI dos planos de saúde, p. 52: o Sr. J.I.O, de Recife, relatou que desde 30 de julho de 1996 tem plano de saúde da Golden Cross. Porém, em 21/03/2003, quando completou 60 anos de idade, sofreu aumento da ordem de 299,92%. Afirma que se tornou para ele impossível continuar com o plano de saúde, pois é aposentado e não tem renda suficiente

²⁷ A Resolução do Conselho de Saúde Suplementar (CONSU) nº 6, de 1998, estabeleceu os reajustes em sete faixas etárias, sendo: 0-17 anos; 18 a 29 anos; 30 a 39 anos; 40 a 49 anos; 50 a 59 anos; 60 a 69 anos; 70 anos ou mais. Definiu também que o valor da última faixa etária não pode ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária.

Acerca da hipótese de o contratante vier a completar 60 (sessenta) anos na vigência da Lei N° 10741, isso não o tornará menos idoso em relação a quem já tinha essa idade ao vigor a lei. A hipervulnerabilidade identifica-se independentemente de a terceira idade ser atual ou não ao Estatuto Protetivo. Este, ao disciplinar o princípio constitucional da proteção ao idoso, revela-se como uma norma de ordem pública e interesse social

Ademais, enquanto não completados os 60 anos, fato jurídico natural que se caracteriza pela incerteza, não se pode ter como direito adquirido da operadora o reajuste predefinido das mensalidades dos planos de saúde na faixa etária igual ou superior aos 60 anos. O ato jurídico perfeito também não é atacado, vez que há aqui a aplicação imediata da lei, e não a sua retroatividade.²⁸

Consoante tese sustentada por Marques (2005, p.658):

Dois aspectos devem aqui ser sustentados: a noção positivista de ato jurídico perfeito e a mudança da imagem da retroatividade.

Com efeito, a aceitação da aplicação imediata da lei nova de ordem pública (como o CDC, *ex vi* seu art. 1º) pressupõe uma interpretação de ato jurídico perfeito conforme o disposto no art. 6º, 1º, da LICC, em que o elemento caracterizador não é a constituição, mas sim a “consumação” do ato. Sendo assim, é possível considerar que o ato constituído que ainda não surtiu todos os seus efeitos não está “perfeito”, o que não impede, porém, de identificar esse ato como fonte de direitos adquiridos.

Colaciona-se abaixo ementa de acórdão do STJ, pugnando pela aplicação do Estatuto quer aos futuros como aos atuais idosos:

Direito civil e processual civil. Recurso especial. Ação revisional de contrato de plano de saúde. Reajuste em decorrência de mudança de faixa etária. Estatuto do idoso. Vedada a discriminação em razão da idade.

- O Estatuto do Idoso veda a discriminação da pessoa idosa com a cobrança de valores diferenciados em razão da idade (art. 15, § 3º).

- Se o implemento da idade, que confere à pessoa a condição jurídica de idosa, realizou-se sob a égide do Estatuto do Idoso, não estará o consumidor usuário do plano de saúde sujeito ao reajuste estipulado no contrato, por mudança de faixa etária.

- A previsão de reajuste contida na cláusula depende de um elemento básico prescrito na lei e o contrato só poderá operar seus efeitos no tocante à majoração das mensalidades do plano de saúde, quando satisfeita a condição contratual e legal, qual seja, o implemento da idade de 60 anos.

- Enquanto o contratante não atinge o patamar etário preestabelecido, os efeitos da cláusula permanecem condicionados a evento futuro e incerto, não se caracterizando o ato jurídico perfeito, tampouco se configurando o direito adquirido da empresa seguradora, qual seja, de receber os valores de acordo com o reajuste predefinido.

²⁸ DELFINO, Lúcio. **Reflexões acerca do art. 1º do Código de Defesa do Consumidor**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 230, 23 fev. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4832>. Acesso em: 13 maio 2011.

(...)

- Sob tal encadeamento lógico, o consumidor que atingiu a idade de 60 anos, quer seja antes da vigência do Estatuto do Idoso, quer seja a partir de sua vigência (1º de janeiro de 2004), está sempre amparado contra a abusividade de reajustes das mensalidades com base exclusivamente no alçar da idade de 60 anos, pela própria proteção oferecida pela Lei dos Planos de Saúde e, ainda, por efeito reflexo da Constituição Federal que estabelece norma de defesa do idoso no art. 230. (gn)

(...)

Recurso especial não conhecido

(RESP 809.329/RJ. Órgão Julgador Terceira Turma. Relatora: Min. Nancy Andriahi DJ 25/03/2008)

Por derradeiro, tem-se que esta matéria sobre a aplicação do Estatuto do Idoso aos contratos de planos de saúde firmados em época pretérita a sua vigência será submetida a julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (RE 630852). A repercussão geral do tema foi reconhecida pela relatora, Ministra Ellen Gracie.

3 - A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS DE PLANOS E SEGUROS PRIVADOS DE SAÚDE

3.1 A Evolução na Teoria Contratual

Os contratos destacam-se como um importante instrumento jurídico para o acordo de vontades sobre determinado objeto. No caso dos planos de saúde, este objeto revela-se na proteção da saúde humana.

Na concepção tradicional de contrato, a vontade formadora da relação contratual revestia-se de incomensurável poder na definição dos direitos e obrigações oriundos dos pactos entre as partes²⁹. Às leis era atribuída a proteção a essa vontade manifestada e o estabelecimento de parâmetros para a interpretação da vontade das partes.

Tal proteção à vontade manifestada não se inclinava a resguardar o contratante em condição econômica e social mais desfavorável, mas sim a prever situações nas quais o consentimento não seria válido por impedir ou reduzir a capacidade de agir conforme o querer interno.

O Século XIX é reconhecido como o período de apogeu do princípio da autonomia da vontade, com a edição do Código Napoleônico em 1804. Sua origem, todavia, remonta ao direito canônico, vez que neste há a defesa “da validade e a força obrigatória da promessa por ela mesma, libertando o direito do formalismo exagerado e da solenidade típicos da regra romana” (MARQUES 2005, p. 55).

Esta ascendência da autonomia da vontade manifesta-se em paralelo com a forma liberal de Estado. Ante o ideal não-intervencionista, o Estado, cuja autoridade origina-se da própria vontade do povo (teoria do contrato social), devia tão-somente assegurar o cumprimento das convenções privadas.

À época, a autonomia da vontade era idealizada como a garantia de justiça ao acordo firmado, independentemente do conteúdo das cláusulas contratuais (SCHMITT, 2008, p.53).

Oriundo da autonomia da vontade, tem-se o dogma da liberdade contratual, segundo o qual as partes se autodeterminam na hora de contratar. Sob este dogma, divisam-

²⁹ Mesmo assim, há que se observar que a vontade era limitada pela moral e os bons costumes.

se os postulados da autonomia privada. Conforme Coelho (2009, p. 6), os postulados são os seguintes: todos são livres para contratar ou não; todos são livres para escolher com quem contratar; os contratantes tem ampla liberdade para estipular, de comum acordo, as cláusulas do contrato.

Reconhecido como a fonte principal das obrigações entabuladas entre particulares, o contrato era dotado de força obrigatória. O Código Napoleônico inclusive impunha o contrato com força de lei aos contratantes³⁰. A vontade, então, vincula as partes, segundo o princípio da *pacta sunt servanda*. No modelo liberal, essa vinculação era extremada.

Na segunda metade do século XIX, observa-se uma notável transformação no sistema produtivo. Era o tempo da Revolução Industrial, que marcou o declínio do trabalho familiar e de técnicas artesanais e o início do processo de industrialização. As etapas de produção consumaram a fabricação em série.

Assim, ficaram evidenciadas as diferenças entre as classes sociais. De um lado, os detentores dos meios de produção e, do outro, subordinados as ordens destes, o proletariado.

Com a expansão do comércio, reflexo dessa produção em massa, observa-se um salto nas relações contratuais. A fim de dar conta da ingente demanda, tornara-se impossível continuar com a tradicional forma de contratar, na qual as partes discutiam todas as disposições contratuais (ver os postulados da autonomia da vontade elencados na página anterior). Passou-se, então, aos denominados contratos de adesão, cujas cláusulas são pré-redigidas.

Com isso, o equilíbrio contratual restou sensivelmente prejudicado, pendendo a vantagem da relação para o lado economicamente mais forte.

Diante da falácia da liberdade e igualdade entre partes manifestamente desiguais, impôs-se a necessidade de o Estado voltar a intervir nas relações entre particulares. Agora, não há uma visão pejorativa dessa atuação estatal, mas sim o reclame dos próprios consumidores na salvaguarda dos seus direitos. Essa situação é resumida na assertiva atribuída a Lacordaire, para quem "entre o forte e o fraco, a liberdade escraviza e a lei

³⁰ Art. 1134. “[...] As convenções legalmente formadas impõem-se como lei àqueles que as celebraram.”

liberta”.³¹

Essa atuação do Estado para proteger os interesses da parte presumidamente mais fraca, disciplinando e fiscalizando o conteúdo dos contratos firmados, foi denominada pela doutrina de dirigismo contratual.

Assim, busca o Estado assegurar uma efetiva igualdade, quer através do seu Poder Legislativo que cria leis de proteção ao contratante vulnerável (v.g., o CDC), bem como por intermédio do Poder Judiciário, o qual buscar assegurar a justiça contratual porventura olvidada com condutas ou disposições contratuais contrárias às cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da função social do contrato. Quanto ao Executivo, este pode assegurar o equilíbrio contratual por meio das agências reguladoras.

Vale ressaltar que de acordo com o art. 170, *caput*, da CFRB/88, a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Vê-se, pois, que a autonomia da vontade, não obstante ainda ocupar lugar de destaque no direito contratual, não pode mais ter o mesmo tratamento que possuía no modelo liberal, no qual era inabalável o acordo firmado entre particulares. A força obrigatória dos contratos restou mitigada, cedendo às cláusulas abusivas diante da primazia da dignidade da pessoa humana.

3.2 Noções sobre cláusulas abusivas

Com o desenvolvimento das relações de consumo, elevou-se em demasia a inserção de cláusulas iníquas nos instrumentos contratuais. Tal qual uma metástase, avançam contra os direitos dos consumidores e configuram uma ameaça sobretudo nas formas de contratação em massa atualmente existentes na sociedade consumerista.

Com a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, o legislador, em atenção ao comando constitucional da defesa do consumidor, estabeleceu um rol de cláusulas abusivas (art. 51), as quais, independentemente da anuência do contratante, em clara limitação à autonomia da vontade, são consideradas nulas de pleno direito.

³¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.* p. 11

Por ser o CDC norma de ordem pública, interpreta-se esta nulidade de pleno direito como uma nulidade absoluta. Com isto, tem-se que os efeitos comuns a esta espécie de nulidade serão aplicados às cláusulas abusivas. Dentre as principais características das nulidades absolutas, destacam-se a sua decretação de ofício pelo juiz, a imprescritibilidade e a impossibilidade de produzir efeitos (SCHMITT, 2008).

No entanto, ressalva-se que este tema sobre a decretação de nulidade *ex officio* das cláusulas abusivas não tem interpretação pacífica no STJ. Este Sodalício, inclusive, editou a Súmula 381, que veda ao julgador conhecer de ofício da abusividade de cláusulas em contratos bancários.³²

A proibição às cláusulas vexatórias representa uma proteção à vulnerabilidade do consumidor, reconhecida no próprio CDC (art. 4º, inciso I).

Outrossim, a Constituição Federal, como leciona Rizzato Nunes (2005, p. 36), traz em seu bojo este princípio protetivo:

Da mesma forma é de observar que a Constituição reconhece a vulnerabilidade do consumidor. Isto porque, nas oportunidades em que a Carta magna manda que o Estado regule as relações de consumo ou quando põe limites e parâmetros para a atividade econômica, não fala simplesmente em consumidor ou relações de consumo. O Texto constitucional refere-se à defesa do consumidor, o que pressupõe que este necessita mesmo de proteção.

As cláusulas abusivas no CDC estão elencadas em lista meramente exemplificativa, conforme se denota da expressão “entre outras”, no art. 51, *caput*. Acrescente-se que o Secretário Nacional de Direito Econômico está autorizado, pelo art. 58 do Decreto nº 2.181/97, a editá-las anualmente.

Acerca de um conceito a definir os elementos caracterizadores das cláusulas abusivas em geral, transcreve-se lição de Cláudia Lima Marques (2005, p. 161):

A abusividade da cláusula contratual é, portanto, o desequilíbrio ou descompasso de direitos e obrigações entre as partes, desequilíbrio de direitos e obrigações típicos àquele contrato específico; é a unilateralidade excessiva, é a previsão que impede a realização total do objetivo contratual, que frustra os interesses básicos das partes presentes naquele tipo de relação, é, igualmente, a autorização de atuação futura contrária à boa-fé, arbitrária ou lesionária aos interesses do outro contratante, é a autorização de abuso no exercício da posição contratual preponderante

³² Na esteira do entendimento de que as cláusulas abusivas podem ser pronunciadas *ex officio* pelo magistrado: REsp 417.069/MG; REsp 369.069/RS; REsp 1013562/SC e AgRg no REsp 334991 / RS. Em sentido oposto: EREsp 720439/RS e EREsp 702524/RS.

A fim de contextualizar o conceito suso mencionado com o presente trabalho, traz-se à baila a súmula 302 do STJ, *in verbis*:

É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado

Ora, se a operadora de plano de saúde tem justamente como contraprestação às mensalidades pagas a oferta de serviços de assistência à saúde, querer deixar de prestá-los de forma integral justamente na hipótese em que se precisa deles implica grave desequilíbrio. Assim como o usuário não recebe qualquer tipo de desconto por não necessitar dos serviços, as operadoras quando redigem um contrato, que tem por uma de suas características a álea, não podem transferir ao consumidor o risco e ônus da contratação.

Quantos aos efeitos das cláusulas abusivas no contrato avençado, prescreve o art. 51, § 2º do CDC que a nulidade de cláusula contratual não contaminará o contrato por inteiro. Trata-se do princípio da conservação dos contratos. Restabelecida a justiça contratual com a perda de eficácia da cláusula iníqua, sem onerosidade para ambas as partes, a relação jurídica continua a vigor, mormente nos contratos cativos de longa duração.

3.3 A boa-fé objetiva

Não obstante o item em epígrafe ser o da boa-fé objetiva, cumpre no início desta explanação fazer uma necessária distinção entre esta e a boa-fé subjetiva, a fim de facilitar a compreensão do tema ora desenvolvido.

Consoante o escólio de Farias e Rosenvald (2010, p. 132), a boa-fé subjetiva:

(...) não é um princípio, mas um estado psicológico, em que a pessoa possui a crença de ser titular de um direito, o que em verdade só existe na aparência. O indivíduo encontra-se em escusável situação de ignorância acerca da realidade dos fatos e da lesão a direito alheio.

Esta é a concepção clássica da boa-fé, que se encaixava como luva no modelo liberal. Tendo este por primazia a autonomia da vontade, devia-se, pois, perscrutar a intenção das partes em deliberadamente querer causar lesão a outrem.

Já a boa-fé objetiva dissocia-se deste viés psicológico e, em atenção aos princípios da sociabilidade e eticidade que acompanham o novo código civil, busca a salvaguarda de legítimas expectativas em função do comportamento das partes, que devem pautar suas condutas em obediência a valores como lealdade, probidade, cooperação e a

outros modelos ético-jurídicos. Ilustrativamente, tem-se o brocardo latino “*nemo potest venire contra factum proprium*”.³³

Como expõem Farias e Rosenthal (2010, p. 133):

(...) a boa-fé objetiva é examinada externamente, vale dizer, a aferição dirige-se à correção de conduta do indivíduo, pouco importando a sua convicção. Não devemos observar se a pessoa agiu de boa-fé, porém, de acordo com a boa-fé. Ou seja: há de avaliar-se qualquer comportamento em conformidade com os padrões sociais vigentes, pouco importando o sentimento que que animou o agente.

Vale salientar que a boa-fé objetiva rege o comportamento dos contratantes inclusive quanto ao momento anterior ao pacto, na fase denominada por pré-contratual, bem como quando da sua execução, fase *post factum finitum*.³⁴

Dessa forma, a publicidade tem o condão de não apenas gerar expectativas, como efetivamente passa a gerar obrigações, possuindo o efeito jurídico de uma promessa unilateral (MANDELBAUM, p.174).

No Código de Defesa do Consumidor, a boa-fé objetiva tem previsão em dois artigos: o art. 4º, inciso III; e o art. 51º, inciso IV.

Quanto às normas vazadas no art. 4 do CDC, tem-se que elas assumem a feição de “normas objetivo”. Tais normas determinam “a interpretação das outras normas de conduta e de organização, cuja aplicação há de guardar estreita adequação aos princípios nela enunciados”³⁵. Aqui, então, a boa-fé objetiva reveste-se como norma-princípio,

³³ Nesse sentido, transcreve-se a seguinte ementa: *SEGURO-SAÚDE. LIMITAÇÃO DE LOCAL DE INTERNAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA CLÁUSULA À LUZ DO PRINCÍPIO CONTRATUAL DO “VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM”. COBERTURA INDENVIDAMENTE NEGADA. As cláusulas limitativas devem ser interpretadas restritivamente, não se configurando, por si só, como abusivas, desde que não desvirtuem o próprio objeto do contrato. Em que pese haja cláusula de exclusão expressa quanto à prestação do serviço hospitalar ocorrer em determinado nosocômio, “in casu” tal limitação mostra-se indevida, porquanto em outras duas oportunidades o paciente recebeu autorização da seguradora para internar-se no hospital objeto da controvérsia. Houve, assim, segundo reza o princípio do “venire contra factum proprium”, modificação da cláusula restritiva, devido ao comportamento das partes. Após o prévio consentimento da ré em autorizar, por duas ocasiões, a internação do autor no nosocômio cujos serviços estavam expressamente excluídos do plano de saúde, revela-se ilegal a negativa de nova internação, pois restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual, pois esta limitação está burlando as expectativas legítimas do consumidor. Apelo provido (TJRS, Apelação Cível 70014739346, Quinta Câmara Cível, Relator: Umberto Guaspari Sudbrackm, julgado em: 09/08/2006)*

³⁴ Enunciado nº 170 – III Jornada de Direito Civil: Art. 422: A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato

³⁵ GRAU, Eros Roberto, In “**Interpretando o Código de Defesa do Consumidor; algumas notas**”, Rev. de Dir. do Consumidor, vol. 5, Ed. RT, jan/mar-1993, págs. 187/188 *apud* REIS, Nelson Santiago. **O consumidor e os seguros ou planos de saúde. Anotações acerca dos contratos; cláusulas e práticas abusivas.** Jus

consagradora dos ditames constitucionais da ordem econômica. (RIZZATO NUNES, p. 573).

Assim, cumpre ao hermenêuta extrair o sentido das normas legais consoante os princípios informadores da ordem econômica, a fim de fazer prevalecer o interesse social.

Quanto ao art. 51, inciso IV, apresenta-se a boa-fé objetiva como uma cláusula geral, e não um princípio (RIZZATO NUNES, p. 573). Mesmo inserida no rol de cláusulas abusivas que dispõe este artigo, não há que se confundir a norma da boa-fé objetiva aí prevista como mera norma casuística.

Sobre as cláusulas gerais, conceitua Coelho (2009, p. 36):

Cláusulas gerais são normas jurídicas vazadas em um ou mais conceitos vagos destinados a deixar em aberto a questão dos exatos contornos do seu âmbito de incidência. O elaborador da norma, diante da alta complexidade do fato a regular intencionalmente emprega expressão dotada de vagueza, de modo que o juiz possa nortear-se mais confortavelmente por ela na solução dos conflitos de interesse.

O julgador, pois, deve interpretar teologicamente as disposições contratuais submetidas a sua análise, a fim de satisfazer as exigências econômicas e sociais inspiradoras do *Codex* consumerista.

Outrossim, aqui, a boa-fé assume sua função integrativa. Isto porque, sobrepondo-se à autonomia da vontade, atua como fonte de direitos e obrigações, conforme preconizado pela teoria da confiança. Impõe-se aos contratantes uma conduta pautada na colaboração mútua, e para tal deverão cumprir com os deveres de lealdade, probidade e solidariedade.

Nesta senda, destaca-se a presença dos deveres anexos ao contrato. Remontando as origens destes deveres à jurisprudência alemã, elenca Marques (2005, p. 219-240) alguns deles: dever de informação; dever de cooperação ou colaboração; dever de cuidado; dever de renegociar as dívidas do parceiro mais fraco, por exemplo, em caso da base objetiva do negócio.

Nos tribunais pátrios, tal entendimento vem sendo recepcionado. Nesse sentido, o STJ:

Recurso Especial. Civil. Indenização. Aplicação do princípio da boa-fé contratual. Deveres anexos ao contrato. O princípio da boa-fé se aplica às relações contratuais regidas pelo CDC, impondo, por conseguinte, a obediência aos deveres anexos ao contrato, que são decorrência lógica deste princípio. **O dever anexo de cooperação pressupõe ações recíprocas de lealdade dentro da relação contratual. A violação a qualquer dos deveres anexos implica em inadimplemento contratual de quem lhe tenha dado causa.** A alteração dos valores arbitrados a título de reparação de danos extrapatrimoniais somente é possível, em sede de Recurso Especial, nos casos em que o quantum determinado revela-se irrisório ou exagerado. Recursos não providos. (Superior Tribunal de Justiça, RESP nº 595631/SC, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi. DJ. 02/08/2004). (gn).

Como se observa, com a evolução da teoria dos contratos, a boa-fé objetiva, através das previsões legais, doutrina e a aplicação do direito ao caso concreto, tem tido um largo alcance na sua aplicabilidade, a consagrar, assim, a efetivação do princípio da justiça contratual.

4. O MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS DIREITOS DOS USUÁRIOS DE PLANOS DE SAÚDE POR MEIO DE AÇÕES CIVIS PÚBLICAS

4.1 O Ministério Público e a Ação Civil Pública

Inicialmente, a fim de melhor compreensão dos misteres do Ministério Público encerrados na novel Constituição, bem como da sua destacada importância na preservação do estado Democrático de Direito, cumpre registrar como as constituições brasileiras disciplinaram a atuação do parquet. Afonso da Silva (2007, p. 597-598), concisamente, faz este apanhado histórico:

A Constituição de 1891 não o mencionou, senão para dizer que um dos membros do Supremo Tribunal Federal seria designado Procurador-Geral da República, mas a lei nº 1.030, de 1980 já o organizava como instituição. A constituição de 1934 o considerou como órgão de cooperação nas atividades governamentais. A de 1946 reservou-lhe um título autônomo, enquanto a de 1967 o incluiu numa seção do capítulo do Poder Judiciário e a sua Emenda 1/69 o situou entre os órgãos do Poder Executivo. Agora, a Constituição lhe dá o relevo de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Também impende ressaltar, consoante os ensinamentos do professor Mauro Cappelletti, que o acesso à justiça é paulatino, um movimento que exige a execução de várias etapas, geralmente denominadas por ondas, entendidas estas como óbices a serem superados para a plena realização deste princípio.

Dentre essas ondas, que são três, destaca-se aqui a segunda. Nesta, impõe-se a necessidade de instrumentalizarem-se formas assecuratórias de novos direitos, não mais restritos a esfera individual. Assim, reconhecem-se os interesses metaindividuais. Consectariamente, urge atribuir a um órgão a legitimidade para a salvaguarda de tais interesses, bem como às associações privadas.³⁶

Não obstante a existência de outros meios processuais na defesa de direitos coletivos, destaca-se no presente trabalho a Ação Civil Pública, com regramento na Lei 7347/85.

³⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988 *apud* LOUREIRO, Caio Márcio . **Ação civil pública e o acesso à justiça**. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 75.

Posteriormente, com a Lei 8078/90 – Código de Defesa do Consumidor - , foi acrescido o inciso IV ao art. 1º da LACP, ampliando as hipóteses de sua utilização para qualquer interesse difuso ou coletivo, bem como, no Título III do CDC, foram distinguidos os direitos transindividuais quanto à sua origem, bem como trazidas novas disposições acerca do microssistema processual da ACP. Lembre-se que outros diplomas legais trazem previsões acerca da tutela dos direitos supra-individuais.

Acerca da natureza da legitimidade do Ministério Público para a Ação Civil pública, esta pode ser distinta quanto à espécie do direito transindividual alegado em juízo.

Com efeito, se se tratar de um direito difuso ou coletivo, a legitimação do MP será autônoma, vez que o particular não tem poder para interpor a ação com o fito de proteger direito difuso ou coletivo, mas sim o seu próprio direito ameaçado ou lesado em face de ato violador daquele direito difuso ou coletivo (RIZZATO NUNES, 2005). Caso o direito deduzido em juízo seja um direito individual homogêneo, tem-se aí uma legitimidade extraordinária ou substituição processual (art. 6º CPC c/c art. 91 CDC).

Dessa forma, a LACP simboliza o ineditismo na defesa dos direitos difusos. Em atenção a estes novos ares, a Constituição Cidadã incumbiu ao Ministério Público, entre outras funções, a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Legislações posteriores, como a Lei 8625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público), em conformidade com a Carta Magna, desenvolveram esse exercício, com a previsão dos direitos individuais homogêneos.

4.2 Dos interesses transindividuais

Como dito no tópico anterior, a Ação civil Pública é instrumento para a defesa dos interesses coletivos *lato sensu*.

Com efeito, temos que nas ACPs que visem à nulidade de cláusulas abusivas insertas nos contratos de adesão é patente a salvaguarda ao direito coletivo ameaçado. Quanto à repetição do que fora indevidamente pago a maior ou, especificamente nos contratos de planos de saúde, a indenização por danos morais ante a negativa de algum tratamento com supedâneo em uma cláusula iníqua, há aqui um interesse individual homogêneo.

Ademais, também resguardam-se os direitos difusos dos consumidores, quando,

exemplificativamente, há a expressa proibição à utilização das cláusulas abusivas impugnadas aos contratos futuros. Também uma propaganda enganosa, fato a atingir um número ilimitado de pessoas, tem o condão de gerar consequências jurídicas aos contratantes.

Como se percebe, uma mesma situação pode dar azo a uma única ação civil pública, e esta ter como objetos pedidos e causas de pedir distintos, que constituam diversamente interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos (MAZZILI, 2005).

Apesar de posicionamentos pugnano apenas uma espécie de direito, no caso, o direito coletivo *stricto sensu*, e que o direito individual homogêneo seria uma subespécie deste direito coletivo em sentido estrito, *data venia*, não é a posição que será defendida no presente trabalho.

Assim, entendidos esses direitos como duas espécies autônomas (ou subespécies do direito coletivo *lato sensu*), passa-se a distinção entre ambos, bem como a explanação acerca dos direitos difusos.

Os direitos (ou interesses) difusos estão relacionados com a indeterminabilidade do sujeito ativo. Trata-se de mais uma peculiaridade deste direito em relação aos outros (coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos). Esse apanágio, contudo, de abranger pessoas indeterminadas, não os fazem uma subcategoria de interesse público, quer seja este primário ou secundário, pois há hipóteses em que com este não se confunde (MAZZILI, p. 48). Quanto à pretensão deduzida em juízo, é sempre indivisível.

Sobre o direito coletivo em sentido estrito, tem-se que o seu objeto (causa de pedir e pedido) é indivisível.

Quanto à causa de pedir, ela divide-se em próxima e remota. Esta pode ser percebida, consoante redação legal (art. 81, inciso II, CDC), através da relação jurídica base. Rememorando que os contratos de planos de saúde são contratos relacionais, há um liame jurídico entre os titulares (sujeitos ativos). Outrossim, estes têm um vínculo jurídico com o sujeito passivo. A causa de pedir próxima é a suposta ilegalidade nas cláusulas contratuais.

Acerca do pedido, há o pedido remoto, que se traduz na tutela de um bem indivisível como também o pedido imediato, qual seja, a prolação de uma sentença constitutiva de nulidade de cláusulas abusivas, com efeitos *ex tunc* e *erga omnes* (conforme

os temperamentos do art. 16 da Lei 7347/85).

Nos contratos de planos de saúde, tem-se a percepção da causa de pedir remota do direito coletivo na relação jurídica entre os usuários dos referidos planos e as operadoras de assistência médica suplementar, firmadas por intermédio dos contratos de adesão. Ademais, trata-se de um grupo determinável de pessoas.

Como se vê, não obstante os interesses dos contratantes destes planos advirem de uma relação contratual firmada entre cada um dos usuários e as empresas, está presente o interesse coletivo a legitimar a atuação do *parquet*.

Os direitos individuais homogêneos, por seu turno, têm como diferente dos demais direitos transindividuais o tipo de pretensão material. Com efeito, há aqui um direito precisamente divisível. Além disso, particulariza-se por ter uma origem comum, isto é, uma mesma situação jurídica que ameaça ou causa lesão a um bem jurídico individual.

Não obstante esta sistematização, nota-se alguma divergência, sobretudo na classificação entre os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos. Inclusive que estes seriam uma subespécie daqueles.³⁷

Então, alguns julgados firmam o entendimento de que o interesse à nulidade de cláusulas abusivas é hipótese de direitos individuais homogêneos.

Nesse sentido, segue trecho de acórdão abaixo ementado:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE. CAPACIDADE POSTULATÓRIA. ARTIGO 25, IV, "B", DA LEI 8.625/93. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ARTS. 127 E 129 DA CF/88. PATRIMÔNIO PÚBLICO. DEVER DE PROTEÇÃO.

...

5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal.

...

(STJ, REsp 749988/SP, Relator Ministro Luiz Fux, Órgão Julgador Primeira Turma. Data do julgamento 08.08.2006)

³⁷ RE nº 163.231-3/SP, rel. Min. Maurício Correa, j. 26.2.97

Neste julgado, *data vênia*, não se trata de um direito individual homogêneo, mas sim de um direito coletivo *stricto sensu*, pois a nulidade das mensalidades escolares abusivas favoreceu todo um grupo de estudantes e responsáveis (consumidores equiparados), de modo que era impossível determinar se tais cláusulas seriam mais ou menos abusivas para uns e para outros.

Acrescente-se que a proteção constitucional ao direito individual homogêneo não está na previsão do seu art.129, III, mas sim no art. 129, IX, da Carta Magna, que permite a atribuição de outras funções ao Ministério Público, desde que compatíveis com a sua finalidade.

Em todo o caso, mesmo se se entender que há aqui a defesa a um interesse individual homogêneo, será legitimado o *parquet*, vez que tanto a educação, como a saúde, são direitos de extrema relevância social, requisito este criado a partir de entendimento doutrinário e de ampla aplicabilidade nos tribunais pátrios.

4.3 – Da possibilidade de interpor Ação civil pública em favor de uma única pessoa

Como já dito, a ACP tem natureza marcadamente coletiva, tanto assim que o CDC preferiu a denominação ação coletiva à ação civil pública.

Assim, discute-se acerca de esta ação ser utilizada como meio processual adequado à defesa em juízo de um direito ameaçado ou lesado para uma só pessoa.

Em desfavor da ilegitimidade do MP, já decidiu o STJ, em razão deste número mínimo. Por isso, o menor foi tido como representado, e não substituído processual. Pontua-se que a representação do menor em juízo é exercida pelos seus responsáveis:

PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA: LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. Na ação civil pública, atua o *parquet* como substituto processual da sociedade e, como tal, pode defender o interesse de todas as crianças do Estado de terem assistência médico-hospitalar.
2. Ilegitimidade que se configura a partir da escolha de apenas um menor para proteger, assumindo o Ministério Público papel de representante e não de substituto processual.

3. Recurso especial improvido.

(REsp 640759/RS. Relatora Ministra Eliana Calmon. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgado em 06 de setembro de 2005).

De outro lado, sustenta-se a legitimidade do MP na tutela de pessoa individualmente considerada.

Ab initio, a Constituição Federal, no art. 127, norteia a atuação do MP como órgão agente ou interveniente. No citado artigo, além da defesa dos interesses sociais, já analisada no item retro, incumbe-se ao MP a guarda dos interesses individuais indisponíveis.

Quanto a essa qualificação de indisponível, impõe-se a sua análise sob dois prismas, o objetivo (material) e o subjetivo.

Sobre o critério objetivo, ou material, este tem forte relação com os direitos e garantias fundamentais, uma vez que estes direitos são assim denominados por reafirmarem uma condição ínsita ao ser humano, e assim a sua própria dignidade. No entanto, destaca-se que há um alcance além dos direitos fundamentais, pois balizada doutrina identifica este critério com a essencialidade social do interesse social a ser defendido.³⁸

No que tange ao critério subjetivo, assume relevo a situação específica do titular do interesse. Assim, idosos, crianças, adolescentes, pessoas com deficiência, enfim, pessoas consideradas no ordenamento jurídico como incapazes ou em condição equivalente.

O direito à saúde, qualificado por indisponível³⁹, por certo resta malferido nas hipóteses de cláusulas abusivas nos contratos de planos de saúde, vez que tais cláusulas vexatórias podem fundamentar a negativa a remédio, tratamento, internação ou ao uso de determinado equipamento médico a que o usuário possa ter direito.

Ademais, em atenção às normas constitucionais de proteção à criança e ao adolescente, bem como a pessoa idosa (arts. 227 e 230, respectivamente), foram editados os

³⁸ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa Machado. *A intervenção do Ministério Público no processo civil*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 1998. p.55-56. *Apud* ALMEIDA, Gregório Assagra de; GONÇALVES, Samuel Alvarenga **DE JURE – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. 3. Comentários à jurisprudência. 3.1 Legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando vise à tutela de pessoa individualmente considerada.** Disponível em <http://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/243/legitimidade%20do%20mp%20para%20defesa%20direitos_Almeida.pdf?sequence=1> Acesso em 21 de maio de 2011.

³⁹ Destaca Mazzili que mesmo os interesses indisponíveis podem ser dispostos consoante a sua intensidade. Dentre aquele que tem elevada carga de indisponibilidade, cita o direito à saúde. MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, p. 23 *apud* ALMEIDA, Gregório Assagra de; GONÇALVES, Samuel Alvarenga. *Op. Cit.*

Estatutos da Criança e do Adolescente (lei 8069/90) e também do Idoso (Lei 10741/2003).

A respeito do ECA e ação civil pública para a garantia do direito à saúde ao menor, transcreve-se as normas abaixo:

Art. 201. Compete ao Ministério Público:

...

V - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no [art. 220, § 3º inciso II, da Constituição Federal](#)

...

Art. 208. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular:

...

VII - de acesso às ações e serviços de saúde;

...

Quanto ao Estatuto do Idoso:

Art. 74. Compete ao Ministério Público:

I – instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso;

...

Art. 79. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados ao idoso, referentes à omissão ou ao oferecimento insatisfatório de:

I – acesso às ações e serviços de saúde;

...

Com base nessas disposições legais, pois, tem o Superior Tribunal de Justiça modificado seu entendimento e assentado a legitimidade do MP para interpor ACP em benefício ainda que de um único titular:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. PLANOS DE SAÚDE. INTERESSE INDIVIDUAL INDISPONÍVEL.

1. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial. Súmula 211/STJ.
2. Os embargos declaratórios têm como objetivo sanear eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Inexiste ofensa ao art. 535

do CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, como ocorrido na espécie.

3. Constitui função institucional e nobre do Ministério Público buscar a entrega da prestação jurisdicional para obrigar o plano de saúde a custear tratamento quimioterápico em qualquer centro urbano, à menor, conveniado do recorrente. Assim, reconhece-se legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública em defesa de direito indisponível, como é o direito à saúde, em benefício do hipossuficiente. (gn)

4. A legitimação extraordinária, outorgada pela Constituição Federal (art. 127, caput e art. 129, III e X), pela Lei Orgânica do Ministério Público (art. 25, IV, da Lei 8.625/93) e pelo ECA (arts. 201, V e 208, VII, da Lei 8.069/90), justifica-se pelo relevante interesse social e pela importância do bem jurídico a ser tutelado.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 976021/MG. Relatora Ministra Nancy Andriahi. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data do julgamento: 14/12/2010)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. ESTATUTO DO IDOSO. MEDICAMENTOS. FORNECIMENTO.

1. Prevaleceu na jurisprudência deste Tribunal o entendimento de que o Ministério Público tem legitimidade ativa ad causam para propor ação civil pública com o objetivo de proteger interesse individual de menor carente, ante o disposto nos artigos 11, 201, V, e 208, VI e VII, da Lei 8.069, de 13.07.90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Mudança de entendimento da Turma acerca da matéria (REsp 688.052/RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJU de 17.08.06).

2. Essa orientação estende-se às hipóteses de aplicação do Estatuto do Idoso (artigos 74, 15 e 79 da Lei 10.741/03).

3. Recurso especial provido.

(REsp 855.739/RS. Relator Ministro Carlos Meira. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data do Julgamento: 21/07/2006)

Como se percebe, o STJ tem pugnado pela legitimidade ativa do *parquet* no zelo aos interesses individuais a partir de normas infraconstitucionais. Por isso, a restrição às crianças e adolescentes, bem como aos idosos.

Todavia, a Constituição Federal incumbiu como uma das missões precípuas do MP a defesa aos interesses individuais indisponíveis, sem limitar os grupos hipossuficientes sobre os quais recai a atuação parcial do *parquet*.

Em consonância com a teoria pós-positivista, há de se atribuir efetividade normativa ao art. 127 da CRFB/88, a fim de porfiar o MP em prol dos interesses dos usuários dos planos de saúde, em face da elevada carga de indisponibilidade do direito à saúde, mormente se relacionado intensamente com o direito à vida.

CONCLUSÃO

À luz do exposto, conclui-se que:

(1) O conceito de saúde é bastante impreciso. Não obstante, pode-se dizer que está para além da simples ausência de males, correlacionado com a qualidade de vida. O judiciário deve estar ciente desta interdisciplinaridade para uma correta avaliação quanto aos casos que não se identificam com mera a cirurgia reparadora-estética e que exigem, pois, a sua cobertura pelos planos de saúde;

(2) O direito à saúde, quer sob a perspectiva formal, correspondente à sua constitucionalização, como sob a ótica material, ante a sua relação intrínseca com o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, é tido como um direito fundamental. Dentre outras características, destaca-se a sua indisponibilidade;

(3) Em virtude de ser caracterizado como contrato de trato sucessivo, com previsão legal a sua renovação automática, deve-se considerar aplicável aos contratos de saúde as legislações posteriores ao início em que ele foi firmado;

(4) A boa-fé há de reger os pactos firmados, inclusive nas fases pré e pós-contratuais. Especificamente aos contratos de consumo, seu descumprimento a de inquinar as cláusulas abusivas por nulas de pleno direito. E por ser o CDC norma de ordem pública, tem-se por absoluta esse tipo de nulidade, a ser reconhecida inclusive *ex officio* pelo magistrado;

(5) A legitimidade do MP para interpor a Ação Civil Pública, ante o interesse coletivo presente, quer no direito difuso à saúde, como no direito coletivo *stricto sensu* à nulidade das cláusulas nestes contratos de adesão, como no direito individual homogêneo ao direito à repetição do que fora pago indevidamente, deve ser reconhecida, e mesmo nas hipótese de defesa de direitos individuais puros, quando da sua relevante indisponibilidade e em favor de incapazes ou a estes equiparados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARNEIRO, Ângela Teresa Gondim. **Os direitos individuais homogêneos e sua defesa pelo ministério público**; Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Fortaleza-CE, 2003;

COELHO, Fabio Ulhoa. **Direito civil**. 3ª. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009;

FARIAS, Cristiano Chaves de.; ROSENVALD, Nelson. **Direito das obrigações**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010;

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26.ed. rev. atual. e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2009;

GONZAGA NETO, José Wally. **A dignidade da pessoa humana nas relações obrigacionais: boa-fé objetiva, deveres acessórios e outras implicações de uma leitura constitucional do direito civil**; TCC (graduação) - Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito, Fortaleza- CE, 2009;

LOUREIRO, Caio Márcio. **Ação civil pública e o acesso à justiça**. São Paulo: Editora Método, 2004;

MANDELBAUM, Renata. **Contratos de adesão e contratos de consumo**. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 1996;

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2005;

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 18ª. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005;

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito**. Coimbra: Almedina, 1987;

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor: com exercício**. São Paulo: Saraiva, 2005;

SCMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008;

SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde: Efetivação de uma Perspectiva Sistêmica**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2001;

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007;

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. **Planos de saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos**. 2ª. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Jus PODIVM, 2010.

BIBLIOGRAFIA COM FONTE EM SITE

ALMEIDA, Gregório Assagra de; GONÇALVES, Samuel Alvarenga DE JURE – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. 3. Comentários à jurisprudência. 3.1 Legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando vise à tutela de pessoa individualmente considerada. Disponível em <http://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/243/legitimidade%20do%20mp%20para%20defesa%20direitos_Almeida.pdf?sequence=1> Acesso em 21 de maio de 2011.

BARISTELLA, Carlos. **Saúde, doença e cuidado, complexidade teórica e necessidade histórica** <http://www.epsjv.fiocruz/pdtsp/index.php/livro_id=6&area_id=2&autor_id=&capitulo_id=13&arquivo=ver_conteudo_2> Acesso em 17 mar. 2011.

DELFINO, Lúcio. **Reflexões acerca do art. 1º do Código de Defesa do Consumidor**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 230, 23 fev. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4832>. Acesso em: 13 maio 2011.

GIANONNI, Fortunato Gabriel **Medicina e Pré-história**. Disponível em <<http://site.fmabc.br/admin/files/revistas/1amabc24.pdf>> Acesso em 14 mar. 2011

MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em 30 abr. 2011.

MARTINS, José Pedro. **Revolução Silenciosa: programas de assistência à família estão mudando a lógica do sistema de saúde no Brasil, que privilegia a medicina curativa**. *Jornal da Unicamp*, Campinas, 135, ago. 2001. Disponível em <http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp_hoje/ju/ago2001/unihoje_ju165pag12.html> Acesso 26. abr. 2011.

REIS, Nelson Santiago. O consumidor e os seguros ou planos de saúde. Anotações acerca dos contratos; cláusulas e práticas abusivas.. Jus Navigandi, Teresina, ano 2, n. 22, 28 dez. 1997. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/698>> Acesso em: 17 maio 2011.

Relatório Final da CPI dos Planos de Saúde. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/193703.pdf>> Acesso em 16 maio 2011

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf>. Acesso em 01 maio 2011.

SCILIAR, Moacyr. **História do Conceito da Saúde**. Disponível em <www.scielo.br/pdf/physis/v17n1/v17n1a03.pdf> Acessado em 26 abr. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Garantias econômicas, políticas e jurídicas da eficácia dos direitos sociais**. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=207> Acesso em 01 maio 2011.