

CAROLINA EMYGDIO DO NASCIMENTO

O SEGURO SAÚDE À LUZ DO DIREITO DO CONSUMIDOR

CURITIBA

2002

CAROLINA EMYGDIO DO NASCIMENTO

O SEGURO SAÚDE À LUZ DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Antônio Alves do Prado Filho.

CURITIBA

2002

TERMO DE APROVAÇÃO

O SEGURO SAÚDE À LUZ DO DIREITO DO CONSUMIDOR

CAROLINA EMYGDIO DO NASCIMENTO

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

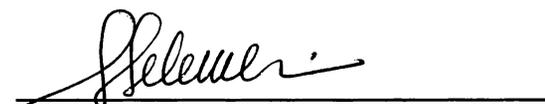
Orientador:



Prof. Antônio Alves do Prado Filho



Prof. Elimar Szaniawski



Prof. Sérgio Seleme

*A meus pais, Salatiel e Izar,
pelo exemplo de coragem e dedicação.*

Na verdade, sabe-se somente quando se sabe pouco; com o saber cresce a dívida.

Goethe

SUMÁRIO

RESUMO.....	viii
INTRODUÇÃO.....	1
1. CONTRATO DE SEGURO	
1.1 Conceito.....	3
1.2 Elementos do Contrato.....	4
1.3 Partes Contratantes.....	5
1.4 Estrutura do Contrato.....	6
1.5 Classificação.....	6
1.6 Obrigações do Segurado e do Segurador.....	9
1.7 Instrumentos Contratuais.....	10
1.8 Extinção do Contrato de Seguro.....	11
2. APLICAÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR AO SEGURO SAÚDE	
2.1 Concepção Tradicional de contrato diante da nova concepção – autonomia da vontade frente ao interesse social.....	12
2.2 Partes nos Contratos de Assistência à Saúde.....	13
2.3 Serviço.....	17
2.4 A Caracterização da Relação de Consumo.....	18
2.5 O Princípio da Boa-fé Objetiva.....	18
2.6 Dever de Informação.....	21
2.7 Vulnerabilidade do Consumidor.....	24
3. CLÁUSULAS ABUSIVAS E LIMITATIVAS	
3.1 Uma Análise da Questão no Direito Comparado.....	26
3.2 A Proteção do Consumidor no Direito Brasileiro.....	28
3.3 Cláusulas Limitativas no Contrato de Seguro e sua Justificativa.....	30

3.4 Cláusulas Abusivas.....	35
3.5 O Controle das Cláusulas Abusivas.....	41
3.6 Exemplos de Cláusulas Abusivas.....	43
4. O SEGURO SAÚDE E OUTROS SISTEMA DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE	
4.1 Considerações Preliminares.....	45
4.2 Sistemas de Saúde no Brasil – O Sistema Único de Saúde (SUS) e o Seguro Privado.....	45
4.3 Sistemas de Assistência à Saúde no Direito Comparado.....	48
4.4 O <i>Managed Care</i> – Gerenciamento da Assistência Médica.....	49
4.5 Planos e Seguros Saúde – Diferenças e Semelhanças.....	53
4.6 Responsabilidade Civil das Operadoras de Planos e Seguros por Atos Médicos.....	56
5. CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AOS CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE	
5.1 O Decreto-lei nº 73/66.....	60
5.2 A Lei nº 9.656/98 e sua Leitura de Acordo com o Código de Defesa do Consumidor.....	61
5.3 Os Contratos de Assistência à Saúde Segundo a Lei nº 9.656/98.....	65
5.4 Questões Polêmicas à Luz da Lei nº 9.656/98.....	67
5.5 Considerações Críticas.....	73
CONCLUSÃO.....	75
ANEXO: Lei nº 9.656/98.....	78
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	91

RESUMO

O presente estudo tem por objeto os contratos de seguro saúde e de planos de saúde, sob a tutela do Código de Defesa do Consumidor. Inicialmente, são abordados aspectos relevantes dos contratos de seguro em geral e dos contratos de seguro saúde, especificamente. Explicita-se, então, a aplicabilidade do Direito do Consumidor aos contratos de assistência à saúde (seguro saúde e planos de saúde), e os princípios a eles atinentes. Faz-se uma análise dos sistemas de assistência à saúde, no direito brasileiro e no direito comparado, bem como das perspectivas de desenvolvimento do setor para o futuro. Posteriormente, trata-se da diferenciação entre cláusulas limitativas e abusivas nos contratos de consumo, e dos meios de controle destas. Ao final, são tecidas considerações sobre a legislação aplicável especificamente aos contratos de assistência à saúde, com destaque a seus aspectos mais polêmicos.

INTRODUÇÃO

A assistência privada à saúde no Brasil, através dos seguros de saúde e dos planos de saúde, é tema de extremo interesse ao Direito contemporâneo, vez que representa a complementação do dever estatal de garantia à saúde.

A falência do Estado no cumprimento de suas funções inarredáveis consagradas a nível constitucional, em particular, o dever de garantia da saúde pública, fez emergir nos cidadãos um sentimento de insegurança generalizada, dando margem ao desenvolvimento de mecanismos de seguro e coberturas privados em caráter complementar, de características singulares.

Disso decorre o crescimento vertiginoso do mercado de seguros atualmente, que conta cada vez com mais aderentes, diante da já referida inércia estatal na oferta de serviços de saúde.

Importa ressaltar que há ainda muita confusão acerca da definição do seguro e dos demais contratos de assistência à saúde que, embora aparentemente semelhantes (do ponto de vista do consumidor), apresentam natureza jurídica distinta.

Procura-se, assim, no presente estudo, estabelecer linhas de diferenciação entre os diversos sistemas de prestação de serviços de saúde, tecendo-se algumas considerações acerca de seus aspectos mais relevantes, onde se incluem os princípios do Direito do Consumidor, com as devidas ressalvas, tendo em vista o equilíbrio das relações contratuais.

O referencial teórico utilizado foi diversificado, apesar de parco quanto à matéria específica de seguros e planos de saúde. Encontram-se poucas obras editadas a respeito, mormente abordando seu aspecto contratual, sob enfoque neste trabalho, e a jurisprudência referente à matéria ainda não se encontra bem sedimentada.

Disso decorrem a dificuldade e a responsabilidade da tarefa a que se propõe, em face do que se registra, desde logo, escusas por eventuais falhas.

Mesmo assim, tendo as considerações aqui lançadas suscitado interesse para posterior investigação e pesquisa de maior profundidade, considera-se positivo o resultado do trabalho.

1. CONTRATO DE SEGURO

1.1 Conceito

Seguro é o contrato pelo qual o segurador, mediante o recebimento de um prêmio, se obriga a pagar certo valor convencionado, ao segurado ou a terceiro (beneficiário), no caso de ocorrência de sinistro. O valor corresponde ao risco previsto, ou seja,

“seguro é a compensação, segundo as leis da estatística ou outros dados científicos, de um conjunto de riscos da mesma natureza, permitindo, mediante remuneração chamada prêmio ou cotização, fornecer, pela garantia mútua e nas condições fixadas, certas prestações em caso de realização de uma eventualidade suscetível de criar um estado de carência.”¹

O Código Civil de 1916 é criticado por dar definição parcial ao contrato de seguro no art. 1432, ao considerar como tal “aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizá-la do prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato”. É que, ao prescrever que o segurador se obriga a *indenizar* um prejuízo resultante de riscos futuros, estaria excluindo a contraprestação no caso de seguro de vida, que não tem caráter reparatório. E, quando dispõe que “uma das partes se obriga para com a outra”, estaria excluindo a hipótese de a indenização vir a ser paga a terceiro não contratante, o que comumente ocorre nos seguros de vida.

¹ MONETTE, Félix. VILLÉ, Albert. *Traité des assurances terrestres*, Bruxelas, *apud* PEREIRA, Ruy C. Nunes, *Notas sobre direito dos seguros privados*, p. 27.

1.2 Elementos do Contrato

São elementos do contrato: o interesse segurável, o risco, o prêmio e a indenização.

O interesse segurável representa a relação econômica ameaçada pelo risco, que une o segurado ou beneficiário a uma determinada coisa ou pessoa, relação esta que descansa sobre três pilstras: (a) o sujeito, que é a pessoa natural ou jurídica ameaçada em seu patrimônio; (b) o objeto, que é o bem sobre o qual recai a ameaça de risco; (c) a relação econômica existente entre o sujeito e o objeto que pode vir a ser afetada pela verificação do risco.

Fica claro, assim, que o objeto do contrato de seguro não é o bem ou a pessoa. Nesse sentido, já anotava Pontes de Miranda, com o habitual acerto que, “nas expressões ‘seguro de bens’ ou ‘seguro de coisas’, há elipse. O que se segura é o ‘status quo’ patrimonial ou do ser humano (acidentes, vida)”².

Tal interesse, porém, deve existir não apenas no momento da celebração do contrato, mas perdurar durante toda sua vigência, de modo que, desaparecendo o interesse, extingue-se a relação contratual.

O risco pode ser definido como a possibilidade de ocorrência de um evento, futuro e incerto, previsto no contrato de seguro, capaz de causar um dano. Sem o risco, não há que se falar em contrato de seguro, devendo ser ele evento futuro e incerto, de forma que só poderá ser coberto pelo seguro o risco cuja verificação seja indeterminada, inclusive quanto ao momento de sua ocorrência.

Os riscos a serem cobertos pelo contrato devem estar expressamente mencionados na apólice (art. 1434, CC), assim como desta se deve fazer constar o termo inicial e final daqueles. Há riscos, porém, que a própria lei se incumbiu de excluir do âmbito dos contratos de seguro.

Prêmio é a remuneração paga pelo segurado ao segurador, oscilando seu valor consoante o grau maior ou menor de periculosidade e probabilidade da ocorrência do

² MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, parte especial, t. 45.

risco. Incumbe ao segurado a obrigação de pagar integralmente o prêmio, ainda que o risco não tenha ocorrido (art. 1452, CC).

Por fim, indenização é a contraprestação do segurador nos seguros de dano (nos seguros de pessoas, é denominada simplesmente prestação, já que a vida humana ou a perda de um órgão afigura-se irreparável). Ela deve sempre corresponder ao valor dos prejuízos diretamente sofridos.

O excesso de cobertura nos seguros de dano é proibido por lei, já que deve corresponder ao valor real do bem, não podendo o seguro ser fonte de lucro. Nos seguros de pessoas, como é evidente, tal vedação não se impõe. Ademais, nos seguros de coisas, o Código Civil veda o seguro por mais do que valham ou por seu todo mais de uma vez (art. 1437, CC).

Quando a cobertura for insuficiente, o segurado será considerado responsável pela diferença e estará, portanto, sujeito, proporcionalmente, ao mesmo risco que a seguradora.

Pode haver, também, cobertura parcial, caso em que a indenização também o será.

1.3 Partes Contratantes

Partes são a seguradora e o segurado. No seguro de vida e no de acidente com morte, aparece a figura do beneficiário, que é o terceiro a quem se paga o valor do seguro.

O segurador, recebendo o prêmio, assume o risco e se obriga a efetivar a contraprestação em caso de verificação do sinistro. Só pode ser uma sociedade anônima, com capital mínimo fixado e periodicamente revisto pelo Conselho Nacional de Seguros Privados, bem como com reservas técnicas registradas na Susep, que, constituindo garantia do pagamento das indenizações e contraprestações, não poderão ser alienados ou onerados sem prévia autorização. Estão, ainda, sujeitas as sociedades seguradoras ao regime especial de liquidação extrajudicial.

Segurado, por seu turno, é a pessoa física ou jurídica em nome de quem é emitida a apólice.

1.4 Estrutura do Contrato

O seguro é concebido como promessa adicional de indenização na hipótese de ocorrência do sinistro (acontecimento futuro e incerto causador de prejuízo), tendo como contraprestação o pagamento certo do prêmio pelo segurado. O elemento aleatório consiste justamente na incerteza quanto ao pagamento da indenização, que depende da existência de prejuízo em virtude da ocorrência do sinistro no período de vigência do contrato. Uma das prestações (indenização) é condicional, enquanto a outra (prêmio) é certa e independente de condição.

Assim, ocorre a transferência do risco, no intuito de garantir o equilíbrio econômico nas atividades humanas, já que o seguro implica na diluição sobre grande número de pessoas dos encargos decorrentes de uma infelicidade individual, socializando a responsabilidade.

1.5 Classificação

O contrato de seguro pode ser classificado como contrato aleatório, de adesão, de massa, de trato contínuo.

É contrato aleatório porquanto caracterizado pelo risco da atividade das operadoras, risco esse incerto e futuro. Então, o segurador assume a responsabilidade de indenizar caso ocorra o evento, o qual pode ou não ocorrer.

A massificação representa uma *despersonalização* da sociedade, que reflete no sistema contratual, representando um desafio ao direito para tutelar relações de forma a proteger o consumidor. Comenta Paulo Luiz Neto Lôbo que “as massas são entendidas como conjuntos humanos nos quais o homem se revela como um ser

anônimo e despersonalizado. A primeira e mais destacada consequência é a necessidade de uniformização”³.

No que concerne aos contratos de assistência à saúde, que serão tratados mediante, são mais de 40 milhões de usuários dos planos e seguros-saúde⁴, que não são considerados individualmente, mas sim de forma massificada.

E, em decorrência dessa massificação, surgem os contratos de adesão, caracterizados pelo uso de formulários impressos em que se completa apenas o nome do consumidor, vindo com todas as cláusulas preestabelecidas pelo fornecedor.

O primeiro dispositivo legal que regulou o contrato de adesão foi o art. 54, “caput”, do Código de Defesa do Consumidor:

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

Assim, com base na definição legal, assevera Cláudia Lima Marques:

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), *ne varietur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito.⁵

Nos contratos de adesão, a manifestação da vontade continua presente, mas assume outra forma que não o consentimento tradicional, como conhecemos. A vontade vem expressa em forma de adesão.

Além da estipulação unilateral das cláusulas contratuais pelo predisponente (fornecedor), a manifestação de vontade do consumidor tem natureza própria, segundo acentua Renata Mandelbaum:

Ao utilizarmos a expressão adesão, estamos fazendo alusão a uma forma particular de se expressar o consentimento, que difere da aceitação do contrato, pois neste último as

³ LÓBO, Paulo Luiz Neto. *Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991. P. 12.

⁴ Dados do Ministério da Saúde.

⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 53/54.

vontades de todas as partes contratantes se encontram para construir uma declaração de vontade comum, enquanto que no contrato de adesão, o conteúdo, a disposição contratual, é estabelecida em momento anterior à contratação, através do estabelecimento unilateral, pelo predisponente do conteúdo, das condições gerais de contratação que serão oferecidas ao aderente.⁶

É importante notar, porém, que o contrato de adesão não é categoria contratual autônoma, mas sim uma técnica de formação do contrato, que pode ser aplicada a qualquer categoria de contrato, sempre que seja buscada a rapidez na sua conclusão.

Não há aqui liberdade para que as cláusulas contratuais sejam discutidas, mas apenas a aceitação ou recusa do consumidor, o qual é mero aderente, não obstante o elemento volitivo ser válido.

Outra característica marcante do contrato de seguro se refere à maneira como se dá a sua execução, bem como, a dependência do consumidor na relação. Várias são as denominações encontradas na doutrina para tais espécies de contratos, quais sejam, *contratos cativos de longa duração*, *contratos contínuos*, *contratos de trato contínuo*, *contratos conexos*, etc. Isso porque sua vigência perdura por certo lapso temporal, durante o qual sua execução ocorre de forma continuada e não sob única prestação, ou seja, seria um contrato de fazer de longa duração, que se prolonga no tempo.

Contudo, tal característica não se limita ao trato sucessivo, daí ser chamado por parte dos doutrinadores como cativo de longa duração. Comenta Demócrito Ramos Reinaldo Filho, em artigo especializado:

Essa espécie de contrato caracteriza-se por criar uma “catividade” ou dependência dos clientes desses serviços (consumidores). São contratos que envolvem não uma obrigação de dar (para o fornecedor), mas de fazer; normalmente, são serviços privados ou mesmo públicos, autorizados pelo Estado ou privatizados, mas sempre prestados de forma contínua, cuja execução se protraí no tempo. Não são simples contratos de trato sucessivo, pois, além da continuidade na prestação assume destaque o dado da “catividade”. Baseiam-se mais numa relação de confiança, surgida no convívio reiterado, gerando expectativas (para o consumidor) da manutenção do equilíbrio econômico e da qualidade dos serviços. O consumidor mantém uma relação de convivência e dependência com o fornecedor por longo tempo (às vezes por anos a fio), movido pela busca de segurança e estabilidade, pois, mesmo diante da possibilidade de mudanças externas na sociedade, tem a expectativa de continuar a

⁶ MANDELBAUM, Renata. Contratos de adesão e contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais (Biblioteca de Direito do Consumidor - vol. 9), 1996, p. 142.

receber o objeto contratualmente previsto. Essa finalidade perseguida pelo consumidor faz com que ele fique reduzido a uma posição de cliente “cativo” do fornecedor. Após anos de convivência, pagando regularmente sua mensalidade, e cumprindo outros requisitos contratuais, não mais interessa a ele desvencilhar-se do contrato, mas sim, de que suas expectativas quanto à qualidade do serviço oferecido, bem como da relação dos custos, sejam mantidas. (...) ⁷

Ademais, esses contratos, pelos quais se almeja segurança com o apoio do paradigma do princípio da boa-fé objetiva, envolvem, de maneira geral, serviços de relevância econômica e social, autorizados e fiscalizados pelo Estado, prestados por grupos de fornecedores que detém poder econômico e *know how* para tanto, características às quais os contratos de assistência à saúde também se subsumem irrestritamente.

1.6 Obrigações do Segurado e do Segurador

São obrigações do segurado:

- a) esclarecer o valor real do bem e as condições peculiares em que se encontra o objeto segurado ou a pessoa candidata ao seguro, indicando no seguro de pessoas, o beneficiário do mesmo;
- b) pagar o prêmio na forma estabelecida pela apólice;
- c) não agravar os riscos existentes no momento do contrato, evitando que aumente a probabilidade de ocorrência do sinistro;
- d) comunicar ao segurador todo o incidente ou fato que possa agravar o risco existente;
- e) comunicar imediatamente ao segurador a ocorrência do sinistro.

Note-se que cabe ao juiz apreciar em cada caso concreto se a eventual infração do segurado é ou não suscetível de impedir o recebimento da indenização, exonerando o segurador de qualquer responsabilidade.

⁷ REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. O seguro saúde como "contrato cativo de longa duração": aspectos do reajuste das mensalidades e ao direito de rescisão, Repertório IOB de Jurisprudência, 2ª quinzena de maio/98, 10/98, caderno 3, p. 204.

O segurador deve pagar a indenização devida em dinheiro, salvo estipulação que permita a restituição da coisa *in natura*. Se a danificação foi parcial, o pagamento será feito proporcionalmente ao dano causado.

Para eximir-se de responsabilidade, o segurador deve provar um dos seguintes **fatos**:

- a) existência de dolo por parte do segurado, que não foi claro e leal em suas informações, que agravou o risco ou provocou a ocorrência do sinistro;
- b) existência de seguro anterior pelo valor total do bem;
- c) valor do seguro superior ao valor do objeto segurado, havendo má-fé do segurado;
- d) inadimplemento por parte do segurado e violação das suas obrigações contratuais e em particular caducidade de apólice pelo não pagamento oportuno do prêmio;
- e) inexistência de cobertura para o sinistro ocorrido.

1.7 Instrumentos contratuais

Basicamente, são dois os instrumentos representativos do contrato de seguro: a **proposta** e a apólice ou o bilhete de seguro.

Quando o instrumento é a apólice, esta normalmente é precedida de outro **documento**, a ser preenchido e assinado pelo segurado: a proposta. Desta constam **todos** os dados que deverão figurar na apólice, bem como todos os elementos relevantes para a cobertura do risco. É com base nestas informações que o segurador **irá** decidir se celebra ou não o contrato e, na hipótese afirmativa, qual será o valor do **prêmio**.

A proposta obriga o proponente se, tal como prevê o art. 1.080 do Código Civil, o contrário não resultar de seus termos, da natureza do negócio ou das circunstâncias do caso. Seu prazo de validade é de 15 (quinze) dias, findo o qual, sem resposta do

segurado, libera-se o proponente. Aceita a proposta, o segurador emite a apólice, que representa a prova por excelência do contrato de seguro.

Da apólice deverão constar: *(a)* os riscos assumidos; *(b)* o valor do objeto do seguro; *(c)* o prêmio devido ou pago pelo segurado; *(d)* o nome do segurador, do segurado, de seu representante ou terceiro; *(e)* o prazo de vigência do contrato; *(f)* as condições gerais, fixadas anualmente pela Susep para cada tipo de contrato; *(g)* quaisquer outras estipulações (art. 1434, CC).

Para determinados ramos de seguro, como o seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores em via terrestre, acidentes pessoais e de incêndio residencial, há um instrumento simplificado e que dispensa a proposta: o bilhete de seguro. Este é emitido mediante mera solicitação verbal do interessado, com cláusulas contratuais reduzidas a um número mínimo.

1.8 Extinção do Contrato de Seguro

O contrato de seguro extingue-se das seguintes formas: *(a)* por mútuo acordo (distrito); *(b)* pela ocorrência do evento danoso, se o pagamento a que estiver sujeito o segurador ultrapassar 80% do valor constante da apólice; *(c)* pela cessação do risco; *(d)* pelo decurso do tempo; *(e)* pela inexecução das obrigações contratuais (inadimplemento); *(f)* outras hipóteses.

2. APLICAÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR AO SEGURO SAÚDE

2.1 Conceção Tradicional de contrato diante da nova concepção - autonomia da vontade frente ao interesse social

Primeiramente, cumpre definir contrato, de acordo com a aceção clássica do Direito Civil. O ilustre doutrinador Orlando Gomes ensina:

Na concepção tradicional, contrato é todo acordo de vontades destinado a construir uma relação jurídica de natureza patrimonial e eficácia obrigacional. (...) o contrato é um *pressuposto* de fato do nascimento de relações jurídicas, uma das principais, senão a mais importante, fontes ou causa geradora das obrigações, a título de criação de nova realidade jurídica, constituída por direitos, faculdades, pretensões, deveres e obrigações, ônus e encargos.⁸

Enfim, na teoria tradicional de contrato, são levadas em consideração a autonomia da vontade, a liberdade de contratar e a força vinculante, obrigatória dos contratos, instrumentos que geram obrigações cujo cumprimento é inescusável, salvo em caso de comprovação de vício de consentimento da parte ao pactuar. Por tal concepção, as partes da relação contratual estariam em posição de igualdade, discutindo livre e individualmente cada uma das cláusulas do contrato, o que constituiria o denominado contrato paritário.

Tal figura, porém, não mais se coaduna com o contrato de consumo, o qual conquistou, com base nas necessidades jurídico-sociais, uma nova concepção, pela qual as condições econômicas e sociais das partes passam a nortear a relação, em que o equilíbrio contratual é o fim almejado, mediante a observação do princípio da boa-fé objetiva.

A ilustre professora Cláudia Lima Marques comenta a nova concepção social de contrato:

Conceitos tradicionais como os do negócio jurídico e da autonomia da vontade permanecerão, mas o espaço reservado para que os particulares auto-regulem suas

⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 12 e 13.

relações será reduzido por *normas imperativas*, como as do próprio Código de Defesa do Consumidor. É uma nova concepção de contrato no Estado Social, em que a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: o interesse social.⁹

Outrossim, além do interesse social que envolve o contrato e o princípio da boa-fé objetiva que dá suporte ao seu equilíbrio, a intervenção do Estado também passa a ser mais intensa, pela produção legislativa e pela fiscalização.

Certamente, o reflexo mais contundente do intervencionismo estatal proveniente da nova concepção de contrato foi o Código de Defesa do Consumidor, dentro dos princípios sob os quais foi concebido.

No caso específico dos planos e seguros-saúde, observa-se que, com o advento da Lei nº 9.656/98, o Estado estabeleceu regras e conteúdo contratual para os planos de saúde e seguro saúde, prevendo uma fiscalização rigorosa da atuação das empresas.

2.2 Partes nos Contratos de Assistência à Saúde

2.2.1 Fornecedor

A seguradora e a operadora de plano de saúde são os fornecedores na relação de assistência à saúde, com fulcro na definição do art. 3º do CDC, de acordo com o qual “fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

As operadoras de planos são pessoas jurídicas de direito privado, com liberdade em sua organização societária, prestando serviços próprios ou através de terceiros. Já as seguradoras são pessoas jurídicas de direito privado, necessariamente organizadas sob a forma de sociedades anônimas, com o escopo de cobrir os riscos de assistência à

⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 102.

saúde através da livre escolha pelo segurado do prestador, via de regra por meio de reembolso.

Configuram-se como fornecedores, então, as seguradoras e as operadoras de planos privados de assistência à saúde, em sendo típicos prestadores de serviço, ressalvando-se que as cooperativas de serviços médicos são definidas como operadoras de planos¹⁰.

A Lei nº 8.080/90, em seu art. 23, proíbe as empresas estrangeiras de participar direta ou indiretamente da assistência privada à saúde, bem como, fica proibida a entrada de capital estrangeiro para investimento na área, salvo em casos específicos. Em torno do tema foi gerada grande polêmica, uma vez que estão começando a operar no Brasil as maiores seguradoras norte-americanas, as quais se associaram a grandes empresas brasileiras.

A intenção de tais empresas é a implantação do chamado *managed care*¹¹, sistema de gerenciamento de custos nos moldes norte-americanos, através do qual o médico recebe valor fixo por paciente, e deve gerenciar o valor total recebido, com o qual deverá providenciar todos os exames, cirurgias, e quaisquer outros procedimentos necessários ao atendimento de seus pacientes.

Em contrapartida, o ingresso de capital estrangeiro, segundo alguns doutrinadores, viria a gerar competitividade no setor.¹²

2.2.2 Consumidor

De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, a definição de consumidor não está adstrita somente ao art. 2º e parágrafo único, mas também ao que dispõem seus arts. 17 e 29.

Pelo art. 2º do referido diploma, é consumidor toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza o produto ou serviço como destinatário final. O que se discute,

¹⁰ Quanto à organização, as cooperativas são regidas pela Lei nº 5.764/71. Praticam medicina de grupo, prestando serviço diretamente ao consumidor mediante pré-pagamento, segundo o que estabelece o art. 1º, § 1º, inciso I da Lei nº 9.656/98.

¹¹ Vide item 4.4.

¹² NUNES. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material, p. 15.

porém, é a definição de *destinatário final*, acerca do que a doutrina se divide, sendo duas as correntes principais.

Segundo a teoria finalista, a interpretação de consumidor final deve ser efetuada de maneira restrita, como acentua Cláudia Lima Marques:

Destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação *teleológica* não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência; é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que adquiriu. Neste caso não haveria a exigida “destinação final” do produto ou serviço.¹³

Esta posição é defendida por grande parte dos doutrinadores, mas com parcimônia, atentando-se à aplicação do princípio da vulnerabilidade, quando couber.

José Geraldo Brito Filomeno, de acentuada posição finalista, assevera:

Consoante já salientado, o conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter econômico, ou seja, levando-se em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial.

Assim procurou-se abstrair de tal conceituação componentes de natureza sociológica - “consumidor” é qualquer indivíduo que frui ou se utiliza de bens e serviços e pertence a uma determinada categoria ou classe social.¹⁴

A retirada do caráter social da definição de consumidor, inerente aos princípios que norteiam o Direito do Consumidor, aparentemente é uma das grandes falhas da teoria finalista.

Já os maximalistas, com visão mais abrangente, interpretam o Código de Defesa do Consumidor como regulamento destinado não apenas ao consumidor não

¹³ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais (biblioteca de direito do consumidor - vol. 1), 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 142.

¹⁴ FILOMENO, José Gerardo Brito. Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 25.

profissional, mas também a todo o mercado de consumo. Vale dizer, o CDC seria destinado à sociedade de consumo em geral, devendo seu art. 2º ser interpretado da forma mais ampla possível, para que se possibilite atingir o maior número de relações no mercado.

Assim, não importaria se o consumidor tem ou não fim de lucro ao adquirir um produto, pois até mesmo aquele que adquire para revender, mesmo que em outra relação se configure como fornecedor, naquela se encontra na condição de consumidor, não importando se profissional ou não. Nesse diapasão, destinatário final, para a teoria maximalista, possui definição objetiva, conforme leciona Cláudia Lima Marques:

Destinatário final seria o destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome, por exemplo, a fábrica de celulose que compra carros para o transporte dos visitantes, o advogado que compra uma máquina de escrever para o seu escritório, ou mesmo o Estado quando adquire canetas para uso nas repartições, e é claro, a dona de casa que adquire produtos alimentícios para a família.¹⁵

Neste passo, mostra-se mais acertada a teoria maximalista, pois o consumidor deve ter resguardados seus direitos tanto quando adquire produtos para fim pessoal e de sua família, como quando para fins comerciais, ao contrário do que defende a corrente finalista.

Se assim não fosse, o profissional, por exemplo, que comprasse uma máquina para equipar seu escritório ou sua loja, ou que comprasse um veículo para trabalhar não seria considerado consumidor e ficaria desamparado e sem respaldo legal, pois não teria adquirido o produto para destinação econômica final.

Enfim, o CDC tutela os interesses de todo o mercado de consumo, e não apenas do consumidor não profissional. Não é necessária a verificação da hipossuficiência do consumidor, como pretendem alguns autores

¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 143.

No caso do contrato de plano ou seguro saúde, consumidor será o usuário ou o segurado, respectivamente, que, mediante remuneração, será o destinatário do serviço prestado, visando à preservação de sua saúde.

2.3 Serviço

Nos contratos de assistência médica, o fornecedor presta um serviço, mediante remuneração pelo consumidor. A prestação de serviço está definida pelo art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.078/90 como sendo “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Prestam, então, um serviço, condicionado a evento futuro, mediante pagamento. A seguradora e a operadora de planos de saúde podem ser percebidas como intermediárias, gestoras, cuja função é reter os recursos pagos e distribuí-los quando necessário, ou seja, na ocorrência de evento futuro que representa o risco.

O serviço prestado pelos seguros e pelas operadoras compreende a prevenção e recuperação de doenças, e a manutenção e a reabilitação da saúde, com base nos parâmetros da nova legislação.

Não obstante a finalidade de ambas – seguradoras e operadoras de plano de saúde – ser a mesma, ou seja, a cobertura de despesas, há diferenças quanto à natureza das obrigações que lhe incumbem para atingir tal finalidade.

Se o fornecedor é segurador, sua obrigação é de dar – reembolsar ou pagar despesas, enquanto que em se tratando de plano de saúde, a obrigação seria de fazer – fornecer o tratamento, embora haja exceções para essa regra, com relação à possibilidade de o plano reembolsar e o seguro saúde apresentar a lista de credenciados, situação em que a natureza das obrigações inverter-se-ia.

As obrigações do fornecedor são de resultado, correspondendo ao efetivo pagamento ou prestação de tratamento, independente do êxito do mesmo, de maneira

que, mesmo que o usuário/paciente não fique plenamente recuperado, o fornecedor tenha cumprido sua obrigação de propiciar assistência total para tanto.

2.4 A Caracterização da Relação de Consumo

Entende-se por relação de consumo a relação jurídica estabelecida entre consumidor(es) e fornecedor(es), segundo as conceituações do Código de Defesa do Consumidor, tendo por objeto produto ou prestação de serviço.

Estando, pois, presentes as figuras do consumidor, do fornecedor e do serviço nos contratos de assistência à saúde, resta configurada a relação de consumo entre as partes, não pairando dúvidas quanto à aplicabilidade do Direito do Consumidor e de seus princípios respectivos.

A própria Lei nº 9.656/98 estabelece, em seu art. 3º que, no que couber, a Lei nº 8.078/90 e a Lei nº 8.080/90 terão aplicabilidade, disposição essa que visou apenas a confirmação do que a interpretação sistemática da ordem jurídica constitucional já propiciava.

Assim, ante a aplicação do Direito do Consumidor, pela necessidade de equilíbrio na relação, o segurado e usuário de plano de saúde tem, dentre outros, direito à informação adequada e clara sobre os serviços que serão prestados, direito de estar protegido de propaganda enganosa e abusiva e de cláusulas abusivas que estabeleçam prestações desproporcionais, etc.

2.5 Princípio da Boa-fé Objetiva

O Código Civil brasileiro, de 1916, faz referência à boa-fé em diversos tópicos, como, por exemplo, nos arts. 622, 549, 550, 551, 618, 619, 112, 255. Em todos esses dispositivos e também em todos os outros constantes neste diploma legal, pode-se ver na exigência de boa-fé um requisito do ânimo, do interior da vontade de quem age ou de quem se pretende titular de um direito. Esse sentido individualista da expressão se

prende naturalmente ao contexto legislativo em que se encontra, em que predomina a perspectiva da subjetividade.

Pode-se, contudo, atribuir à expressão um sentido objetivo, a significar um critério de conduta válido para toda uma comunidade. É este o sentido que se deve aceitar no contexto do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, mais especificamente no inciso III do seu art. 4^o¹⁶.

De acordo com João Bosco Leopoldino da Fonseca,

Nesta segunda acepção, não existe a introspecção subjetiva para saber o que pensa e o que quer o agente. Há, sim, por parte do legislador, a aceitação de um critério ou medida que se imponham, de fora para dentro ou de cima para baixo, como se fosse uma relação do genérico para o específico, do geral para o individual. Configura-se a crença num princípio geral de conduta, numa ética ou moral social destinados a estabelecer padrões genéricos de conduta pelos quais devem pautar-se os indivíduos ou grupos de indivíduos.¹⁷

No que se refere especificamente ao contrato de seguro, imperativas as palavras do ilustre Professor Munir Karam:

Se a boa-fé, na figura comparativa de Serpa Lopes, é o ‘sangue’ que irriga o organismo jurídico, em determinados pontos do direito ela afluí de um modo mais intenso. No campo contratual, ela possui maior realce no seguro. Isso porque o contrato de seguro é um negócio jurídico que exige uma conclusão rápida. A sua peça principal consiste nas declarações do segurado, a respeito do seu conteúdo, da proporção dos riscos e das circunstâncias que possam influir na intensidade de sua gravidade.¹⁸

Daí que, impõe-se ao segurado um comportamento de absoluta franqueza e lealdade, o que justifica a série de sanções contra ele cominadas, no caso de proceder

¹⁶ A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e a harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

(...)

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

¹⁷ FONSECA, João Bosco Leopoldino. Cláusulas Abusivas nos Contratos. 2ª ed., Forense, 1995, pág. 120.

em contrário à sua boa-fé, em situações em que o segurador não pode se alongar em pesquisas, fiando-se somente no que lhe foi dito pelo segurado.

Nesse passo, mostra-se a boa-fé como obrigação legal, consignada também no art. 1.443 do nosso Código Civil em vigor:

“Art. 1.443. O segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.”

Daí que a omissão de dados ou o fornecimento de declarações falsas ou inverídicas pelo segurado, capazes de induzir em erro o segurador, implicam no não recebimento da indenização, além do dever de pagamento do prêmio vencido. Isso porque as informações fornecidas pelo proponente são essenciais na determinação do preço do seguro.

Este problema é bastante freqüente nos contratos de seguro saúde, quanto à omissão da declaração das doenças preexistentes e outras moléstias de alta complexidade.

O novo Código Civil Brasileiro introduz expressamente a boa-fé e a probidade, em seu art. 421, previsto tanto para a conclusão como para a execução do contrato. Quanto aos contratos de adesão, referido diploma consagra a interpretação mais *favorável ao aderente, em havendo cláusulas ambíguas ou contraditórias (art. 422)*.

No contrato de seguro, temos exemplo típico de boa-fé objetiva, estabelecendo os deveres de comportamento que as partes devem seguir nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual, e criando como consequência, três deveres principais: de lealdade; de colaboração e informação; e de proteção.

Como define Cláudia Lima Marques, boa-fé objetiva é:

¹⁸ KARAM, Munir. Da boa-fé no contrato de seguro, *in* Cadernos de Seguro nº 108, julho/agosto 2001, pág. 12.

(...) um standard de comportamento leal, com base na confiança, despertado na outra parte contratante, respeitando suas expectativas legítimas e contribuindo para a segurança das relações negociais.¹⁹

A boa-fé objetiva não está relacionada apenas com intenção, mas sim com a conduta propriamente dita do contratante, como ensina Nelson Santiago Reis:

(...) Boa fé entendida não como mera intenção, mas como imperativo objetivo de conduta, exigência de respeito, lealdade, cuidado com a integridade física, moral e patrimonial, e que deve prevalecer desde a formação inicial da relação de consumo, especialmente para que seja uma relação harmônica (art. 4º, *caput*, e inc. III) e transparente (art. 4º, *caput*), preservando-se a dignidade, a saúde, a segurança, a proteção dos interesses econômicos do consumidor em face da presunção legal da sua vulnerabilidade no mercado de consumo (art. 4º, inc. I). Portanto, não se perquire mais a intenção subjetiva, não se pretende mais analisar a *mens* de cada participante do contrato, até porque, em matéria de defesa do consumidor, lida-se com a perspectiva de “relações de consumo”, impessoalizadas, reguladas via de regra através de contratos de adesão impostos por uma das partes, como no caso dos planos e seguros de saúde, cujo número de usuário ascende a 41 milhões no país, de acordo com declarações das próprias administradoras e seguradoras à imprensa. (...) ²⁰

Assim, o princípio da boa-fé objetiva, além de limitar as práticas abusivas, é também fonte dos denominados deveres anexos ou essenciais de conduta, quais sejam, o de informar, o de cooperar e o de cuidado, posteriormente analisados.

Porém, importa ressaltar, aqui, a lição do ilustre prof. Munir Karam:

(...) mais do que recepcionar este instituto, é necessário dar-lhe vida e plasticidade. E isso apenas se fará pelo interesse dos operadores do direito e, em especial, pela criatividade da nossa magistratura. Levou-se mais de meio século para que os aspectos dogmáticos da boa-fé merecessem um tratamento global. Se a nossa consciência jurídica ficar entorpecida, a boa-fé será relegada ao esquecimento, como aconteceu com a regra que a previa, no Código Comercial de 1850 (artigo 131, I).²¹

2.6 Dever de Informação

Um dos deveres anexos é o de informar, o qual está inserido em um contexto de transparência na relação, tanto na fase pré-contratual quanto na fase contratual. Ao

¹⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Revista de Direito do Consumidor, nº 31, jul-set/99, p. 145.

²⁰ REIS, Nelson Santiago. O consumidor e os seguros ou planos de saúde, <http://www.geocities.com/~33458/hum-set/saude.htm>.

fornecedor é imposto o dever de informar sobre o serviço que será prestado e sobre o contrato que será pactuado; fica obrigado, então, a esclarecer ao consumidor sobre os riscos e a qualidade do serviço, bem como, sobre a forma de utilização do mesmo.

O dever à informação é calcado no que estabelece o Código de Defesa do Consumidor, mormente os arts. 6º, III, 30 e 31.²²

De acordo com o art. 6º, III, é direito básico do consumidor a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam.

As cláusulas contratuais devem ser redigidas de forma clara e destacada, propiciando a compreensão facilitada do texto por parte do consumidor, mormente em se tratando de contrato de adesão²³, como é o caso dos contratos de plano e seguro saúde. Vale dizer, o usuário tem direito à informação clara e adequada sobre as restrições de atendimento, sobre os critérios de reajuste, sobre as diferenças entre as coberturas dos tipos de planos, etc.

Há órgãos de proteção ao consumidor que afirmam que ao lado das cláusulas que prevêm as condições de admissão, início de vigência, períodos de carência, formas de reajustes, tipo de plano, eventos cobertos, franquia, dentre outras, devido à sua importância, deve constar a rubrica do consumidor, para que se comprove que sua leitura foi atenta.

Outrossim, o direito do consumidor à informação não se resume às cláusulas contratuais, as quais devem ser redigidas em linguagem clara e precisa, mas também ao momento pré-contratual, em que nenhuma informação pode ser omitida, nem

²¹ KARAM, Munir. *Op. cit.*, pág. 16.

²² Estabelece o artigo 30 que "toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado". E o artigo 31 que "a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidade, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores".

distorcida pelo fornecedor, pois é nesse momento em que o consumidor estará exercendo seu direito de opção, sopesando as vantagens, qualidade e riscos do contrato.

A informação, no mercado de consumo, é oferecida em dois momentos principais. Há, em primeiro lugar, uma informação que precede (publicidade, por exemplo) ou acompanha (embalagem, por exemplo) o bem de consumo. Em segundo lugar, existe a informação passada no momento da formalização do ato de consumo, isto é, no instante da contratação.

Portanto, quando o consumidor escolhe um plano ou seguro-saúde, deve ser dada oportunidade para que tenha ciência do conteúdo do contrato, entendendo a extensão de seus direitos e obrigações, com fulcro no art. 46 da Lei nº 8.078/90²⁴, de modo que, na assinatura do contrato, possa compreender seu conteúdo, que, para tanto, deve estar redigido em linguagem clara e sem dubiedade, sob pena de nulidade das cláusulas.

De equivalente importância é o dever de informação por parte do segurado, a quem incumbe prestar declarações verdadeiras ao segurador, bem como informá-lo de qualquer ocorrência que possa ter influência no contrato entre eles firmado. Isso porque o prêmio pago é comumente calculado com base nas informações fornecidas pelo segurado.

Outro dever de conduta é o dever de cooperação, no sentido de colaborar com a execução do contrato, cabendo frisar que cooperar, neste sentido, é agir com lealdade e não impedir a execução do contrato, seja pela elaboração das cláusulas contratuais, seja pela efetiva execução do contrato. É dever que incumbe a ambas as partes, que devem agir de forma a não dificultar o cumprimento do contrato.

²³ Art. 54, § 3º, do CDC: "contratos de adesão serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor".

²⁴ "Art. 46: os contratos que regulam as relações de consumo não obrigam os consumidores se não lhes for dada oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance".

Por fim, o princípio da boa-fé objetiva gera o dever anexo de cuidado, o qual visa à proteção da integridade moral, física e patrimonial do consumidor, no que tange à segurança, propiciando que o consumidor não sofra nenhuma espécie de dano, e permaneça incólume durante a execução do contrato.

2.7 Vulnerabilidade do Consumidor

Em geral, verifica-se o desequilíbrio contratual nas relações do consumo, ante a existência de uma parte mais fraca em relação a outra. O desequilíbrio pende em desfavor do consumidor, que é a parte vulnerável por presunção legal com fulcro no Código de defesa do Consumidor²⁵.

Comenta o Prof. Luiz Antonio Rizzatto Nunes:

O inciso I do art. 4º reconhece: o consumidor é vulnerável. Tal reconhecimento é uma primeira medida de realização da isonomia garantida na Constituição Federal. Significa ele que o consumidor é a parte mais fraca da relação jurídica de consumo. Essa fraqueza, fragilidade, é real, é concreta, e decorre de dois aspectos, um de ordem técnica e outro de cunho econômico.²⁶

Outros doutrinadores são mais minuciosos na diferenciação entre os tipos de vulnerabilidade, de tal sorte que a classificam em técnica, fática ou sócio-econômica, e jurídica ou científica. Pela vulnerabilidade técnica, o consumidor não tem conhecimento específico sobre o serviço que está adquirindo, razão pela qual pode ser enganado sobre as características, utilidade e qualidade do serviço e/ou produto, presumível para o consumidor não profissional e podendo atingir também o profissional. A jurídica significa a ausência de conhecimentos jurídicos, de economia e contabilidade, presumida apenas para o não profissional, pessoa física. Por fim, a *fática é aquela que equivale à econômica conjugada à técnica, na medida em que se*

²⁵ De acordo com o art. 4º, I, da Lei nº 8.078/90, *verbis*: Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, a respeito de sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

²⁶ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva, 2000, p. 106.

concentra no fato de o fornecedor exercer o monopólio econômico e em função da essencialidade do serviço que presta, presumível apenas para o não profissional²⁷.

A presunção de vulnerabilidade é passível de aplicação a qualquer consumidor, seja ele profissional ou não. E, daí decorre o fato de que a interpretação das cláusulas contratuais deve ser feita de maneira mais benéfica a ele. De maneira pragmática, a lei lhe confere instrumentos para melhor se defender e ter disponíveis meios para manter o equilíbrio na relação de consumo²⁸.

No contexto dos contratos de planos e seguros saúde, há de se analisar que o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor decorre principalmente da forma de elaboração dos contratos, haja vista que o consumidor não participa de sua elaboração, os quais são feitos sob a forma de adesão, permitindo a simples aceitação ou não por parte do consumidor.

No entanto, não se pode desconsiderar o fato de que atualmente a legislação é rigorosa na fixação do conteúdo dos contratos de saúde, o que limita sobremaneira a liberdade das partes, inclusive das operadoras de planos e seguros. Vale dizer, o dirigismo contratual praticado pelo Estado já se faz no sentido de proteger o consumidor, muitas vezes até de forma exacerbada, em prejuízo das operadoras de planos e seguros.

Ademais, a limitação dos riscos é intrínseca aos contratos de seguro.

²⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 147/149.

²⁸ Muitos juristas cometem confusão entre vulnerabilidade e hipossuficiência. O consumidor é presumidamente vulnerável, mas não hipossuficiente. A hipossuficiência será constatada frente ao caso concreto, enquanto que a vulnerabilidade é presumida, por disposição legal.

3. CLÁUSULAS ABUSIVAS E LIMITATIVAS

3.1 Uma análise da Questão no Direito Comparado

Hoje o ordenamento jurídico brasileiro inclui disposições legais destinadas a disciplinar o contrato de adesão e, mais particularmente, direcionadas a definir cláusulas abusivas e obstaculizar e impedir o seu emprego.

O legislador brasileiro, contudo, não inovou. Sua atuação seguiu tendências doutrinárias e experiências de países há tempos adentrados na era da industrialização, o que justifica uma breve análise acerca do tema no direito comparado.

Inicialmente, verifica-se que as experiências de cada país estão hoje incentivadas por organismos internacionais. Sobre o tema, a Organização das Nações Unidas (ONU), através da Resolução nº 39/248, de 1985, estabeleceu diretrizes destinadas a proporcionar aos governos um marco para a elaboração e o fortalecimento da legislação e as políticas de proteção do consumidor, e mais especificamente, a impedir o emprego de práticas que prejudiquem os interesses econômicos dos consumidores, práticas comerciais restritivas e outras de tipo abusivo que possam prejudicar os consumidores, e ainda a determinação no sentido de que “os consumidores devem gozar de proteção contra abusos contratuais como o uso de contratos uniformes que favorecem a uma das partes, a não inclusão de direitos fundamentais nos contratos e a imposição de condições excessivamente estritas para a concessão de créditos por parte de vendedores”.

No mesmo sentido, o Conselho das Comunidades Européias, em 1975, estabeleceu um Programa Preliminar, fixando o princípio segundo o qual “os compradores de bens ou serviços deverão ser protegidos contra abusos de poder do vendedor, em particular, contra os contratos-tipo estabelecidos unilateralmente, a exclusão abusiva nos contratos de direitos básicos, as condições abusivas do crédito, a

exigência de pagamento de mercadorias não encomendadas e os métodos de venda agressivos”. O Segundo Programa, em 1981, repetiu a recomendação.

Não houve, porém, no âmbito destes organismos supranacionais, uma definição clara acerca de cláusula abusiva ou restritiva ou onerosa.

Pode-se dizer, assim, que foi o Código Civil italiano de 1942 o primeiro a estabelecer normas específicas relativamente às condições gerais dos contratos e, conseqüentemente, às cláusulas abusivas (apesar desta expressão não constar expressamente do texto legislativo). Seu art. 1.341 dispõe no sentido de reconhecer a eficácia das condições gerais do contrato, desde que ao momento de sua conclusão, o aderente conheça as cláusulas ou tenha podido conhecê-las usando diligência ordinária²⁹. Não há um critério mais objetivo de definição da abusividade da cláusula constante de uma condição geral de contrato oferecida à adesão do contraente mais fraco. A decisão sobre o conhecimento efetivo ou sobre a possibilidade de conhecimento dessas cláusulas ficará confiada ao Judiciário. A exigência do legislador italiano, portanto, limita-se ao conhecimento efetivo ou potencial por parte do aderente, o que, à época, foi já uma postura renovadora e de vanguarda.

Nos Estados Unidos, em 1961 o Congresso empenhou-se na elaboração de relatório sobre as atividades de proteção ao consumidor dos Departamentos Federais e Agências, que era direcionado a dar informações básicas a respeito das atividades de âmbito federal diretamente concernentes à proteção do consumidor.

A lei israelense, promulgada em 1964, veio trazer notável avanço conceitual relativamente à legislação italiana, através da fixação de critérios objetivos de conceituação de cláusulas abusivas ou leoninas. De acordo com referida lei, cláusula restritiva é aquela que, com relação às cláusulas contratuais em seu conjunto e a qualquer outra circunstância, seja prejudicial para os clientes ou favoreça o fornecedor de modo iníquo e de tal modo a poder causar dano aos clientes. Assim, a noção geral

²⁹ *“Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell’altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l’ordinaria diligenza.”*

de cláusula restritiva se assenta em pressupostos de natureza econômica e de justiça social, com a finalidade de distribuir os pesos e as vantagens³⁰.

Também trataram do tema de forma precursora as legislações sueca, alemã e inglesa.

3.2 A Proteção do Consumidor no Direito Brasileiro

O nosso Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90 – ao dispor sobre o tema da abusividade, o fez sob dois aspectos, relacionados entre si: as práticas abusivas (art. 39) e as cláusulas abusivas (art. 51).

Ao se referir às práticas abusivas, pretende o legislador alcançar as relações de consumo não formalizadas, pois a lei permite que a declaração de vontade seja feita independentemente de forma especial. São situações, portanto, em que a relação contratual é pontual, isolada, ocasional.

Nesse passo, são consideradas abusivas as práticas previstas no art. 39 do CDC. Em todos os casos (incisos I ao IX), o que tem importância é a caracterização do fato descrito na hipótese legal. A simples existência do fato descrito na norma configura a abusividade da prática, independentemente de se perquirir acerca da intenção do fornecedor.

As cláusulas abusivas, por seu turno, estão incluídas no capítulo que tem como tema a proteção que a lei confere ao consumidor. O intuito declaradamente protetivo da parte economicamente mais fraca está aí explicitado. Esse contexto é importante para se entender a postura assumida pelo legislador ordinário, em consonância com o que lhe foi imposto pelo texto constitucional.

De acordo com João Bosco Leopoldino da Fonseca, para o reconhecimento das cláusulas abusivas, procurou o legislador estabelecer um critério concreto, quer sob o aspecto formal, quer sob o aspecto material.

³⁰ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Cláusulas Abusivas nos Contratos. 2ª ed., Forense, 1995., pág. 138.

O critério concreto formal seria aquele colocado no art. 46 do CDC, que exige seja dado ao consumidor a oportunidade de tomar conhecimento prévio do conteúdo do contrato. Nas palavras do autor,

(...) se essa exigência não for cumprida, o contrato não obrigará o aderente. E incumbirá ao fornecedor o ônus da prova de que foi dada a oportunidade exigida, pois que segundo as regras ordinárias de experiência tais contratos são assinados sem ser lidos (cf. inciso VIII do art. 6º CPDC).³¹

Também sob o aspecto formal, exige-se que os instrumentos de contrato não sejam redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance. Essa exigência está esclarecida pelos §§ 3º e 4º do art. 54 do CDC.

Quanto ao critério concreto material, está ele inserido no art. 51 do diploma consumerista³², através da fixação do conteúdo das cláusulas que não poderão figurar num contrato entre fornecedor e consumidor. A proibição é absoluta e corresponde à características de ordem pública e de vinculação ao interesse social. É um critério de fixação do conteúdo das cláusulas, que independe do efetivo conhecimento ou

³¹ FONSECA, J.B.L. *Op. cit.*, pág. 184.

³² “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I – impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II – subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste Código;

III – transfiram responsabilidades a terceiros;

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

V – (vetado)

VI – estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

VII – determinem a utilização compulsória de arbitragem;

VIII – imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

IX – deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

X – permita ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI – autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XII – obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

XIII – autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

XIV – infringjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

XV – estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

XVI – possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.”

anuência das partes, é dizer, a abusividade decorre da simples inclusão de qualquer das cláusulas mencionadas em referido dispositivo.

No mais, devem ser trazidas, para complemento da exegese do art. 51 e para apuração de seu real sentido, as determinações contidas no § 1º do mesmo dispositivo. O legislador estabelece uma presunção que deverá ser levada em conta para a apuração da iniquidade e abusividade, dentro de uma perspectiva de boa-fé objetiva. Diz o texto legal:

§ 1º. Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I – ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II – restringe direitos ou obrigações inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual;

III – se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

Vê-se, assim, que o legislador procurou, seguindo a tendência de outras legislações atuais, fixar critérios objetivos, de modo que basta verificar no texto contratual se existe uma cláusula cujo teor coincida com o conteúdo proibido pela lei. Se houver coincidência, a cláusula contratual será considerada nula de pleno direito.³³

Importa ressaltar, no entanto, que a proteção deferida ao consumidor pela lei não pode transformar-se em prejuízo para o fornecedor. O que o legislador pretendeu, ao proteger o economicamente mais fraco na relação contratual, foi alcançar a igualdade concreta entre as partes.

3.3 Cláusulas Limitativas no Contrato de Seguro e sua Justificativa

Em seu art. 1.460, o Código Civil determina expressamente que “quando a apólice limitar ou particularizar os riscos do seguro, não responderá por outros o segurador”, diante do que é salutar que as apólices dos contratos de seguro especifiquem com bastante clareza quais são os riscos neles assumidos.

O Projeto de Código Civil conserva a posição, defendida inclusive por Clovis Bevilacqua, de que a responsabilidade do segurador limita-se aos riscos assumidos na apólice.

É que, as cláusulas das apólices funcionam geralmente como uma limitação contratual do risco, de modo que o segurador só está obrigado a arcar com as consequências dos riscos nelas assumidos. Quando elas determinam somente a espécie do risco assumido, não especificando quais são os cobertos pelo seguro, a doutrina tem entendido que o segurador será responsável pela cobertura de todos os riscos peculiares àquela espécie, conforme os usos e costumes.

De acordo com Amílcar Santos, a necessidade de as apólices discriminarem precisamente os riscos cobertos pelo segurador constitui um elemento essencial do contrato, o que se pode concluir da seguinte afirmação:

(...) assim como a falsa declaração do segurado encobre a verdadeira natureza do risco, e a agravação deste o transforma perante o segurador, assim, sua falta de consignação na apólice significa a inexistência do elemento essencial do contrato, tudo conduzindo a desligar a responsabilidade do segurador.

Em todos os casos, porém, em que não houver expressa restrição na apólice, o risco do seguro compreenderá todos os prejuízos resultantes ou consequentes, como sejam os estragos ocasionados para evitar o sinistro, minorar o dano, ou salvar a coisa.³⁴

Assim, pode e deve o segurador restringir os riscos que pretende cobrir, não representando esta faculdade nenhum benefício extraordinário a ele, mas tão somente uma necessidade da atividade que desempenha, porquanto a gravidade ou a extensão de certos riscos, caso fossem assumidos, poderiam comprometer o equilíbrio da mutualidade.

Daí que, as cláusulas limitativas do risco, enquanto meios conservadores do equilíbrio contratual, não padecem de ilegalidade e invalidade. O problema surge quando o segurador, ao limitar os riscos cobertos, cria cláusulas “que restringem direitos e obrigações fundamentais inerentes à lei ou ao contrato, que mostram-se

³³ FONSECA, J.B.L. *Op. cit.*, pág. 191.

³⁴ SANTOS, Amílcar. *Op. cit.*, p. 44.

excessivamente onerosas para o consumidor, que são incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”³⁵, consistentes nas ditas cláusulas abusivas.

Nesse passo, o ilustre Prof. Munir Karam defende posição segundo a qual a principal diferença entre a cláusula limitativa e a cláusula abusiva reside no fato de que a primeira visa a restringir a obrigação assumida pelo segurador, ao passo que a segunda tem por fim obter vantagem sem causa, ou ainda excluir ou restringir a responsabilidade decorrente de uma obrigação assumida pelo legislador, cabendo aqui observar que a obrigação é um dever jurídico advindo de um contrato, enquanto a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, decorrente da violação de uma obrigação.

De acordo com Júlio de Albuquerque Bierrenbach, membro do Conselho Nacional de Saúde, “as seguradoras não podem cobrir todas as doenças sem quaisquer limitações”³⁶. Para ele, alguns riscos não são passíveis de cobertura securitária, sendo subdivisíveis em três grupos, basicamente: (a) aqueles cuja frequência da ocorrência ou seu alto custo levam a um preço que o consumidor não tem condições de pagar, como as epidemias, cataclismas, guerras, etc.; (b) os riscos que por sua imprecisão tornem discutível a ocorrência de sinistros no futuro, como o tratamento de doenças mentais; (c) os riscos já ocorridos, consistentes nas doenças preexistentes, cujos seguros teriam necessariamente preços equivalentes ao custo do próprio tratamento. Até porque os consumidores só se tornariam segurados, só comprariam a cobertura, depois de doentes, o que ocasionaria a quebra do princípio do mutualismo.

Justifica tais assertivas o fato de que a seguradora cobra o prêmio de acordo com estudos atuariais, levando-se em conta o custo/benefício e, para tanto, a probabilidade de acontecimento do sinistro em uma dada comunidade de segurados (qualificação), o montante de dinheiro necessário para o custeio do risco caso se

³⁵ KARAM, Munir. Anais do VII Fórum Jurídico do Seguro Privado. Itapema – SC: Editora Reproarte, 1997, p. 10/20.

³⁶ BIERRENBACH, Júlio de Albuquerque. A quem interessa a destruição do sistema privado de saúde, in Cadernos de Seguro nº 88, Jan/fev de 1998, p. 49.

verifique o evento (quantificação), os custos administrativos decorrentes da operação (que corresponde à remuneração da atividade seguradora).³⁷

A partir dessa fórmula, realizam-se os cálculos para a constituição do fundo, cujo montante arrecadado (soma dos prêmios de todos os segurados) será destinado à indenização dos danos, uma vez ocorridos.

Desta forma, a equação econômico financeira do contrato é resolvida em função dos riscos pré-determinados, com a previsibilidade antecipada de que um dado número de sinistros pode ocorrer em certo espaço de tempo e os prêmios pagos serão suficientes para fazer frente aos prejuízos sofridos pelos segurados envolvidos no evento danoso.

Ivan Gontijo Júnior destaca com propriedade que “o seguro é baseado em três características: a incerteza, a previdência e o mutualismo”³⁸, o que torna imperativo o respeito à lei dos números no contrato de seguro, como garantia do equilíbrio contratual, sob pena de desnaturação e quebra do sistema de pagamento.

Ainda, considere-se que,

Para que as seguradoras possam dar atendimento à cobertura legal, ora instituída, ou tenham condições de pagar as indenizações judiciais, os prêmios sofrerão acréscimo inevitável, já que a atividade securitária resume-se a captar os recursos dos particulares, organizá-los e colocá-los à sua disposição em caso de necessidade, na qualidade de gestor do negócio, retendo um percentual para si pela administração.

Não há outra alternativa. Os riscos tem de ser rateados entre os segurados, porque a ausência de previsão técnica atuarial de indenizações acrescidas abala a solvabilidade do sistema, porquanto não há reserva suficiente. A coletividade arca, em última análise, com despesas de riscos não ajustados, o que inevitavelmente representa majoração dos prêmios/contribuições. Um segurado será beneficiado, em detrimento de toda a massa de segurados. O interesse individual prevalecerá em relação ao coletivo.³⁹

Disso decorre a necessidade de cautela na aplicação de critérios de interpretação extensiva aos contratos de seguro, que acabam por criar

³⁷ PAGNOZZI, Flavia Reis. *Op. cit.*, p. 36.

³⁸ GONTIJO JÚNIOR, Ivan. *Contratos de Seguro e Liberdade Contratual. Anais do II Fórum de Direito Econômico*, p. 155.

³⁹ PAGNOZZI, Flavia Reis. *Op. cit.*, p. 43.

responsabilidades não previstas anteriormente e o perigo da quebra da equação e desequilíbrio integral do sistema.

Então, se o seguro existe em função do risco, o contrato deve conter cláusulas limitativas e exclusivas, sob pena de responsabilidade geral do segurador.

Entretanto, quanto às demais formas contratuais da área da saúde, a validade dessas cláusulas deve ser vista com ressalvas, tendo em vista a espécie e o objeto do contrato.

Maria Helena Diniz admite a existência de uma figura contratual peculiar, o convênio.

O sistema de convênio colocará à disposição do conveniado a prestação de serviços para a preservação de sua saúde física e mental, extensível a familiares e beneficiários por ele indicados de modo expresso, mediante pagamento de taxa mensal e sucessiva, fixada no plano correspondente e inserida em carnês, saldáveis em bancos. O conveniado deverá, portanto, celebrar acordo com a entidade que administra o plano, aderindo às condições avençadas, pagando o valor estipulado (...) Esses contratos são firmados pela entidade organizadora e administradora do plano assistencial, de um lado, com as pessoas jurídicas, mantenedoras de hospitais e outros serviços médicos, paramédicos e odontológicos, e de outro, diretamente com os profissionais liberais que exercem essas atividades (...). Com os conveniados firma-se contrato de assistência, contendo cláusulas predispostas pela entidade, comprometendo-se a prestar serviços compreendidos no plano escolhido (...).⁴⁰

São contratos de execução continuada, cujas prestações se dilatam no tempo, dependendo da periodicidade e pagamentos ininterruptos para a fruição de benefícios, ao contrário do seguro, cujo valor do prêmio é calculado em função do risco, que pode ser dividido em parcelas para facilitar o pagamento por parte do segurado.

No entanto, de um modo geral, válida é a cláusula limitativa, eis que representa a manifestação do consagrado princípio contratual de que ninguém pode ser obrigado a assumir um dever jurídico o qual não está de acordo em cumprir, traduzindo nada mais que a liberdade de contratar.

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. Tratado Teórico e Prático dos Contratos, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 493/494.

Lembre-se, porém, que para que sejam compreendidas imediata e claramente, é mister que as cláusulas limitativas sejam redigidas com destaque, sendo esta uma exigência do art. 54, IV, do Código do Consumidor. Neste sentido também têm se posicionado os tribunais, considerando inválidas as cláusulas limitativas que não estiverem redigidas nos termos deste dispositivo.

Como exemplo, pode-se citar o seguinte julgado, da lavra Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, do Superior Tribunal de Justiça:

Seguro saúde. Cláusula limitativa. Art. 54, § § 3º e 4º, do Código de Defesa do Consumidor.

1. Nos contratos de adesão as “cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.” Se assim não está redigida a cláusula limitativa, não tem força para alcançar o consumidor, presente flagrante violação, que merece reconhecida.
2. Recurso especial conhecido e provido.⁴¹

Merece atenção, portanto, a forma de redação das cláusulas limitativas do risco, diante da atual tendência jurisprudencial, que muitas vezes acaba por cometer excessos em favor do consumidor.

3.4 Cláusulas Abusivas

Muitas vezes o desconhecimento sobre o funcionamento do seguro em seu aspecto ontológico, conduz a uma forte tendência dos consumeristas no sentido de propagar a abusividade e nulidade de cláusulas que, em verdade, são meramente limitativas do risco, sob o pretexto de que a condição do segurado é de aderente, sujeito ao poderio econômico do segurador.

No entanto, pode-se conceituar cláusula abusiva como aquela que efetivamente desnatura o contrato, por meio da pretensão de eximir o segurador da responsabilidade decorrente de uma obrigação regularmente assumida.

⁴¹ STJ – Resp nº 255.064 – SP, 3ª Turma, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, j. 05/04/01, DJU 04/06/01.

Segundo o Prof. Mumir Karam, as cláusulas abusivas apresentam três elementos em comum: (a) proliferam-se principalmente nos contratos de adesão; (b) visam a favorecer a parte contratante economicamente mais forte, e; (c) como consequência,acentuam a desigualdade entre as partes, provocando o desequilíbrio entre as prestações de cada uma delas.⁴²

Para o autor, tais cláusulas “são nulas de pleno direito, porque excluem integralmente a responsabilidade do predisponente ou deixam a seu critério exclusivo cumprir-la, na medida que lhe aprouver”⁴³, nulidade esta que se funda nas características de ordem pública e de vinculação ao interesse público das normas dos contratos de seguro.

O posicionamento supra citado é ainda reforçado pelo disposto no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor. *In verbis*:

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

O rol trazido à lume pelos incisos não é taxativo, mas meramente referencial, não excluídas outras hipóteses de cláusulas abusivas.

Para Paulo Luiz Neto Lôbo:

Consideram-se abusivas as condições gerais que atribuem vantagens excessivas ao predisponente, acarretando em contrapartida demasiada onerosidade ao aderente e um injusto desequilíbrio contratual. Através delas, o predisponente, abusando da atividade que exerce e da debilidade jurídica do aderente, estabelece conteúdo contratual iníquo, com sacrifício razoável ao equilíbrio das prestações.⁴⁴

Comenta Renata Mandelbaun:

Para serem consideradas abusivas, as cláusulas devem conter em suas estipulações vantagens econômicas, ou facilidades originadas pelo abuso do predisponente, tornando a negociação ainda mais onerosa ao consumidor, assim, podemos dizer que

⁴² KARAM, *Op. cit.*, p. 18

⁴³ KARAM. *Op. cit.*, p. 19.

⁴⁴ LÔBO. *Op. cit.*, p. 155.

as cláusulas abusivas implicam em vantagem pecuniária, oriunda de uma inferioridade jurídica do aderente.⁴⁵

No I Seminário Ibero-americano de Direitos dos Consumidores, discutiu-se acerca das cláusulas abusivas que afetam o consumidor:

Para poder disfrutar de un libre mercado, el consumidor debe sentirse seguro de tener un apropiado marco de protección contra cualquier tipo de prácticas comerciales abusivas. En ese marco es que se están analizando a nivel del Mercosur los mecanismos para dar una protección a las personas frente a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo.

Según el estudio realizado por CIECC y la Liga Uruguaya de Defensa del Consumidor, se entiende que nos encontramos frente a una cláusula que puede considerarse, en principio, abusiva si crea “un desequilibrio significativo” entre los derechos y obligaciones del consumidor y los del proveedor y no ha sido explícitamente negociada entre las partes.

Una típica cláusula abusiva es, a modo de ejemplo, la que se denomina en el campo de marketing como la de “opción negativa”. Es el caso del contrato que contiene una cláusula que permite al comerciante modificar unilateralmente las condiciones, incluyendo por ejemplo una cláusula que permite la renovación anual automática, de no mediar orden en contrario en un determinado plazo previo. (...) ⁴⁶

Destarte, são comuns as cláusulas abusivas em contratos de adesão, as quais criam um desequilíbrio significativo na relação. Nos contratos de seguro saúde e plano de saúde, podemos citar como exemplo a cláusula que limita os dias de internação, uma vez que o segurador, ao assumir a cobertura de uma espécie de doença, não pode depois limitar sua responsabilidade, através da fixação do tempo de internação.

Uma coisa é a doença não ter cobertura, caso em que o segurador não assumiu nenhuma obrigação a respeito (não assumiu seu risco), e outra coisa, bem diferente, é a doença ter cobertura e, a partir de um determinado momento, deixar de tê-la. ⁴⁷

Outra observação digna de nota é feita por Ruben Siglitz, para quem há que se diferenciar situações em que existem cláusulas nulas por falta de consentimento das cláusulas abusivas propriamente ditas. ⁴⁸

⁴⁵ MANDELBAUM. *Op. cit.*, p. 208.

⁴⁶ ZIMARIOFF, Edgard Martínez. I Seminário Ibero-Americano de Direitos dos Consumidores. *Las Cláusulas Abusivas que afectan al consumidor. CIYCC programa Universidad Abierta*, 1999.

⁴⁷ KARAM. *Op. cit.*, p. 254.

Para o autor, as cláusulas que integram o conteúdo do contrato de seguro devem ser conhecidas, ou pelo menos devem ter podido sê-la, através de uma diligência ordinária.

Com efeito, cabe lembrar que nem sempre as cláusulas de um contrato por adesão aparecem no documento do contrato. Existem ocasiões em que se formula ao aderente uma advertência de que certas cláusulas estejam contidas em outro documento ao qual se faz referência.

O conflito se apresenta, porém, quando referida advertência não existe, ou passa despercebida.

E isso é o que acontece ou pode chegar a acontecer com o contrato de seguro, que não só se efetua através da apólice, mas também por outros documentos distintos, cada um deles integrados por condições gerais, anexos enumerados e titulados.

A importância da questão reside em que, se o predisponente pretende aplicar uma cláusula desconhecida, a ineficácia invocada pelo aderente deverá sustentar-se na falta de consentimento, e não no abuso intrínseco da regra de autonomia.

Referido abuso intrínseco se verifica quando a cláusula abusiva esteja inserida no texto contratual conhecido pelo segurado, ou que tenha podido sê-la. E, a abusividade, neste caso, consiste no fato de que a cláusula importe em um desequilíbrio significativo entre os direitos e deveres do segurado/usuário e direitos e deveres do segurador/profissional, derivadas do contrato e em prejuízo do primeiro.

Esse desequilíbrio significativo ou manifesto se explica pelo abuso do poder de negociação que ostenta o segurador, baseado na sua condição de predisponente e em seu poder técnico, que se traduz na informação e no conhecimento de que dispõe sobre o alcance, em ocasiões enigmático, do conteúdo contratual que vem predisposto ao cliente.

⁴⁸ STIGLITZ, Ruben. El Contrato de Seguro como Contrato por Adhesión. Cláusulas Abusivas. Control, in 1º Fórum de Direito do Seguro. José Sollero Filho. Max Limonad, São Paulo: 2001.

Em suma, o segurador, que detém informação, aptidão técnica e conhecimento da configuração interna dos instrumentos contratuais que tenha criado de forma unilateral, concentra em si próprio e frente ao segurado, uma margem de autoridade ou superioridade.

Nesse sentido, ressalta Ruben Stiglitz que:

(...) con esse poder de negociación, supone hallarse habilitado para consolidar su posición dominante en el contrato, lo que lo estimula a incluir cláusulas que, al cabo, provocan un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones que derivan del contrato, en perjuicio del asegurado/usuario.⁴⁹

Assim, o *desequilibrio significativo* constitui um princípio geral ou cláusula aberta que, conceitualmente, melhora outras definições ou caracterizações que o precederam e que continuam vigentes, como é o caso da *vantagem excessiva*, prevista no art. 51, IV, do nosso Código de Defesa do Consumidor.

E, é precisamente a desvantagem exagerada a que desnatura a relação de equivalência em prejuízo do usuário de serviços de seguro, pois pressupõe inexistência de contrapartida ou de fundamento suficiente que justifique o desequilíbrio em que desemboca. Vale dizer, a não equivalência pressupõe ampliação de vantagens ou proveitos em favor do segurador (profissional), ou abrandamento ou supressão de suas obrigações e, conseqüentemente, agravamento das cargas e obrigações do segurado, sem que da correlação dos pólos proveito-sacrifício surja uma contrapartida em benefício do usuário, ou seja, um fundamento legítimo com o qual restaria preservado o princípio da máxima reciprocidade de interesses.⁵⁰

Daí que não constitua qualidade de cláusula abusiva e conceitualmente resulte indiferente que haja sido imposta ao segurado por abuso de poder econômico do segurador a que confere uma vantagem excessiva, já que a referência ao poder econômico não abarca todas as hipóteses, por exemplo, quando quem ostenta é o consumidor ou usuário.

⁴⁹ STIGLITZ, R. *Op. cit.*, p. 119.

⁵⁰ STIGLITZ, R. *Op. cit.*, p. 120.

Ademais, ainda de acordo com o pensamento de Ruben Stiglitz, o desequilíbrio significativo ou manifesto não poderá resultar da falta de adequação do preço ou remuneração afrontado pelo usuário com relação ao serviço ministrado pelo segurador nem ao objeto do contrato, pois, indiscutivelmente, essas são questões factíveis de serem negociadas individualmente.

Pode-se ressaltar, ainda, outras características das cláusulas abusivas: *(a)* que não tenham sido negociadas individualmente, ou seja, que tenham sido suprimidas as tratativas e, com elas, a negociação individual de cada cláusula; *(b)* que a cláusula objetada tenha sido apresentada ao segurado já impressa; *(c)* que o segurado não tenha tido a oportunidade de participar (ou influenciar) em seu conteúdo; *(d)* que o desequilíbrio seja relevante, manifesto ou significativo, tendo em vista a relação de forças de negociação ao tempo em que se formalizou o contrato.

De outro lado, discute-se acerca do alcance material da nulidade das cláusulas abusivas. E, neste passo, é necessário afirmar que não há necessidade conceitual nem de política jurídica a justificar a nulidade total do contrato, principalmente se levarmos em consideração a relevância da finalidade prática perseguida pelas partes, e da prevalência do princípio de conservação do ato. A finalidade prática aponta para a obtenção ou satisfação idônea (útil) em função do acordado, tendo em vista os fins perseguidos.

Com base no exposto, cabe concluir que, quando o negócio pode existir – a partir de um ponto de vista lógico e objetivo – ainda que sem o elemento viciado, deverá ater-se à particular finalidade perseguida pelas partes, afirmando a validade das restantes cláusulas não afetadas de nulidade, reafirmando-se, portanto, a regra da incomunicabilidade da nulidade, ligada ao princípio da conservação do negócio.

Sancionada a Lei nº 8.078/90, porém, a questão resta incontroversa, diante do que dispõe o seu § 2º do art. 51:

§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

Ante o exposto, resta clara a diferenciação entre cláusulas abusivas e limitativas.

3.5 O Controle das Cláusulas Abusivas

O controle das cláusulas abusivas se propõe a criar instrumentos destinados a tornar efetiva a equidade no conteúdo das condições contratuais gerais, de forma a alcançar uma justiça substancial. Tem por objetivo, de um lado, conter o excessivo poder econômico do fornecedor e, por outro, proteger a parte economicamente mais fraca na relação contratual estabelecida nos moldes dos contratos de massa.

Atente-se sempre, porém, para o fato de que a tendência de proteção da parte economicamente mais fraca não deve levar a exageros que impeçam a consecução daquele equilíbrio.

Assim, segundo João Bosco Leopoldino da Fonseca, pode o controle ser externo ou interno.⁵¹

O controle externo se limitaria ao exame da ocorrência dos pressupostos mínimos para poder considerar presente o consentimento necessário para a formação e existência do contrato, a verificar se as partes tiveram pleno conhecimento do objeto do contrato, se não houve erro, dolo, coação, fraude ou simulação. Indaga-se a respeito da plena autonomia das partes.

Já o controle interno pode operar em dois planos distintos: o da interpretação do conteúdo das cláusulas, e o da indagação e decisão sobre sua validade. Quanto à interpretação do conteúdo do contrato, verificou-se evolução jurisprudencial e legislativa, considerando que o art. 85 do Código Civil estabelece a prevalência da real intenção das partes sobre o sentido literal da linguagem. No que concerne à decisão sobre a validade do contrato, parte-se definitivamente para o controle sobre o conteúdo do contrato.

⁵¹ FONSECA, J.B.L. *Op. cit.*, p. 205.

Ainda, pode o controle das cláusulas abusivas ser: (a) legislativo, quando feito pelo legislador, podendo ser formal ou material; (b) judicial, que incide especificamente sobre o caso submetido a juízo, tendo eficácia restrita ao caso individual; (c) administrativo, que não foi albergado pelo direito brasileiro, através do veto presidencial ao § 3º do art. 51 do CDC⁵².

No que se refere ao tempo de sua efetivação, pode o controle ser preventivo ou processivo. Naquele objetiva-se evitar que a lesão ocorra, que o consumidor sofra o dano. Neste é necessário que a lesão se concretize para só depois entrar em ação o instrumento protecionista do Estado. As legislações mais modernas no campo da proteção ao consumidor adotam formas mistas de controle.

Nosso Código de Defesa do Consumidor, neste ponto, representa lamentável atraso, eis que rejeita a hipótese de controle preventivo. Isso se fez através do veto presidencial ao § 3º do art. 51 supra citado, no qual se atribuía ao Ministério Público a efetivação do controle administrativo abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais, tendo sua decisão caráter geral.

Quanto ao disposto no art. 93 do CDC, anatem-se as lições de João Bosco Leopoldino da Fonseca:

No âmbito judicial, poderia parecer, ao se analisar o artigo 93 do CPDC, que o legislador consagrou o controle prévio, relativamente a danos. Com efeito, ao tratar da competência para decidir as ações coletivas, diz aquele texto ser competente para a causa a Justiça do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano. Tal disposição confronta, contudo, com o disposto no artigo 91, quando se diz que “os legitimados de que trata o art. 81 poderão propor em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes”.⁵³

Ainda na opinião do autor, tampouco o § 4º do art. 51 se mostra suficiente a disciplinar a matéria. É que este dispositivo dá a falsa impressão de que estaria aberta a possibilidade de provocação de um controle preventivo por parte do Judiciário, o que não ocorre, eis que o Ministério Público não pode propor ação visando ao controle

⁵² Dizia o texto vetado: “§ 3º. O Ministério Público, mediante inquérito civil, pode efetuar o controle administrativo abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais, cuja decisão terá caráter geral.”

abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais e, somente poderá propor ação civil pública nos termos da Lei nº 7.347/85, cujo art. 1º dispõe que “regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos causados... b) ao consumidor...”, donde se conclui que antes deve ocorrer o dano, para que depois possa o Ministério Público propor a ação reparadora.

Verifica-se, então, que o legislador brasileiro adotou a técnica de esperar que o dano se verifique, para depois repará-lo. Ao contrário, a adoção do controle preventivo implicaria em uma diminuição do exacerbado número de demandas perante o Judiciário, mais demoradas, mais onerosas e menos eficazes. Longe de constituir-se em ameaça à segurança jurídica, o controle abstrato e preventivo a favoreceria, porquanto possibilitaria a eliminação imediata das cláusulas nulas de pleno direito elencadas no art. 51 do CDC.

Em países como Canadá, Austrália e Estados Unidos, criou-se um novo modelo de controle genérico das cláusulas abusivas, qual seja, a *class action* ou ação grupal⁵⁴. Na Alemanha, o controle judicial prévio se faz através da ação imbitória e de retratação, modelo também adotado pela legislação portuguesa.

3.6 Exemplos de Cláusulas Abusivas

São consideradas abusivas nos contratos de adesão de forma genérica, mas também nos contratos de seguro saúde, dentre outras, as cláusulas a seguir elencadas.

A cláusula de inversão do ônus probatório, prevista no art. 51, VI, do CDC, diante do nítido desvio de finalidade do contrato. A inserção dessa modalidade de cláusulas em contrato de adesão deve ser combatida através da

⁵³ FONSECA, J.B.L. *Op. cit.*, p. 203.

⁵⁴ Esta ação destina-se aos casos em que numerosos consumidores são expostos à mesma prática duvidosa pelo mesmo fornecedor, sendo que a propositura de ações por cada consumidor defraudado se mostra na maioria das vezes impraticável, pois o montante da reparação individual seria insuficiente para justificá-las isoladamente. No entanto, há o enriquecimento ilícito do fornecedor às custas da lesão de toda uma coletividade.

ineficácia clausular, justamente pela impossibilidade da liberdade de manifestação da vontade do aderente no conteúdo contratual.

A cláusula de exclusão de responsabilidade, prevista no art. 51, I. Esse dispositivo contratual tem por desiderato, na grande maioria das vezes, impedir ou dificultar o ressarcimento dos prejuízos que podem ser causados pelo predisponente, o que configura sua abusividade.

Também aquela que preveja a eleição de foro é considerada cláusula abusiva, eis que geralmente onera o ajuizamento de uma ação por parte do aderente, visando dificultar ou mesmo impedir o acesso à Justiça e a prestação jurisdicional.

É vedada a cláusula de sanção premial. É que muitos dela têm-se utilizado, não somente para esconder sob a capa de *desconto* uma outra cláusula penal, mas, também, por ser eficaz instrumento para os predisponentes fugirem dos tabelamentos e conversões impostos pelo governo.

Por fim, mostra-se abusiva a cláusula que previamente estabeleça o juízo arbitral. Trata-se de cláusula compromissória, que cria uma obrigação de fazer. É abusiva por causar prejuízo ao aderente, pois para sua aceitação necessário seria o consentimento. Inserção de tal cláusula em contrato de adesão nada mais seria do que mera imposição.

4. O SEGURO SAÚDE E OUTROS SISTEMAS DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE

4.1 Considerações Preliminares

Passo agora à análise dos contratos de seguro saúde e de planos de saúde, com suas peculiaridades e regras próprias, aprofundando-me no tema, que é, enfim, o objetivo desta pesquisa, chegando à diferenciação das cláusulas abusivas e das cláusulas limitativas neste modelo contratual, o que, certamente, implica em uma interpretação segundo os atuais princípios norteadores das relações desta natureza, notadamente aqueles inscritos no Código de Defesa do Consumidor.

4.2 Sistemas de Saúde no Brasil – O Sistema Único de Saúde (SUS) e o Seguro Privado

Nos termos da nossa atual Constituição Federal, a saúde é um direito de todos e dever do Estado, disposição esta que ultrapassa o mero compromisso. O art. 196 não deixa dúvidas:

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

Referida norma constitucional protetiva é de eficácia imediata, para que se garanta a cidadania, valor fundamental e basilar da República. Não há que se admitir entendimento diverso, como o do r. Ministro Demócrito Reinaldo, do Superior Tribunal de Justiça, para quem trata-se de regra programática, sem a qualidade de

auto-aplicabilidade, dependendo de regulamentação infra-constitucional ordinária.⁵⁵ E, ainda que se admitisse tal posicionamento, verifica-se que a norma constitucional já está regulamentada pela Lei nº 8.080/90, que disciplina o Sistema Único de Saúde (SUS).

Nesse passo, a atuação do Estado se materializa através do SUS, financiado nos termos do art. 195 da CF, com recursos do orçamento e da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (CPMF, em tese, por exemplo), com organização disciplinada principalmente pela Lei 8.080/90, como já referido anteriormente.

Entretanto, como bem observou Flávia Reis Pagnozzi,

A despeito da responsabilidade constitucional e obrigação legal, expressamente consignadas, imperioso admitir a ineficiência e fracasso do sistema único de saúde, organizado e oferecido pelo Estado a seus súditos, sob premissas e bases que são verdadeiras falácias, sobretudo porque a forma de instituição e financiamento do sistema esteia-se na adoção equivocada do que se entende por seguridade social, conceito emprestado da definição que lhe atribuiu a OIT (Organização Internacional do Trabalho).⁵⁶

A participação da iniciativa privada é admitida em caráter complementar, conforme dispõem os arts. 8º, 20, 21, 22 e 24 da lei supra citada. No entanto, nesse contexto de inoperância da rede pública de saúde, os contratos privados surgem como alternativa, não para a complementação, como previsto constitucional e legalmente, mas para o efetivo atendimento e cobertura da totalidade das necessidades e enfermidades.

Atuando a iniciativa privada de modo *complementar*, a dificuldade básica consiste no fato de que o Estado, teoricamente obrigado a toda prestação de serviços

⁵⁵ Neste sentido, anote-se o seguinte julgado: EMENTA – “O direito à saúde – direito de todos e dever do Estado – é norma constitucional programática, protege um interesse geral, todavia, não confere aos beneficiários desse interesse, o poder de exigir a sua satisfação por via do procedimento jurisdicional, eis que não delimitado o seu objeto, nem fixada sua extensão, carece de que o legislador exerça o *múnus* de completá-la através de legislação integrativa. Essa e outras normas (art. 195, 196, 204 e 227 da Constituição Federal) são de eficácia limitada, ou, em outras palavras, não têm força suficiente para desenvolver-se integralmente, ou não dispõem de eficácia plena, pois que dependem, para ter incidência sobre os interesse tutelados, de legislação complementar.” (STJ – RMS nº 6.564, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, RT 749/163).

⁵⁶ PAGNOZZI, Flavia Reis. Monografia: Apontamentos sobre o Seguro Saúde, 1998/1999, fls. 28/29.

na área da saúde, termina não garantindo um mínimo necessário a seus cidadãos, obrigando os gestores de planos e seguros a verdadeiros malabarismos atuariais em uma área já de difíceis previsões.

Ainda nas palavras de Flávia Reis Pagnozzi,

(...) forçoso reconhecer que o Estado além de não garantir o mínimo, através de mecanismos legislativos, procura subtrair-se de missão própria, transferindo para a iniciativa privada a responsabilidade integral pela saúde pública, sem notar que o custeio compulsório de gastos não ajustados anteriormente, não integrantes das planilhas do cálculo atuarial podem desembocar (e isso fatalmente ocorrerá) no desequilíbrio das relações contratuais.⁵⁷

Mas, enfim, organizaram-se tais empresas sob duas modalidades: os seguros e a medicina pré-paga ou medicina em grupo.

O seguro saúde teria por finalidade a cobertura de riscos, mediante o pagamento pelo segurado de prestações, assistindo-lhe a livre escolha do profissional, mediante reembolso pela seguradora do valor pago pelo serviço. Em contrapartida, na medicina pré-paga o usuário pagava em dinheiro uma prestação periódica para receber o serviço diretamente da empresa, conforme definido em contrato, podendo a empresa terceirizar os serviços. Nessa modalidade também se encaixaram as cooperativas.

O sistema de trabalho dessas modalidades podia ser totalmente aberto ou totalmente fechado. Aquele se caracterizava pela possibilidade de o usuário procurar os serviços de sua livre escolha, mediante reembolso de suas despesas pela empresa, o que corresponderia à modalidade de seguro. Já neste, a empresa de assistência impunha que se recorresse a um clínico preestabelecido, que providenciaria o encaminhamento ao especialista necessário ao caso. Esse último sistema sempre foi pouco freqüente, pela burocracia acarretada.

Além desses dois sistemas, surgiu outro, pelo qual a empresa fornecia uma lista de prestadores credenciados, permanecendo o usuário restrito a utilizar apenas os

⁵⁷ PAGNOZZI, Flavia Reis. *Op. cit.*, p. 29.

indicados, sistema que, alternativamente, poderia conceder o direito à escolha de outros profissionais não constantes no rol de credenciados.

Atualmente, as modalidades brasileiras de assistência privada à saúde são o seguro saúde, o plano de saúde e a autogestão, de acordo com as alterações trazidas pela Lei nº 9.656/98 ao ordenamento jurídico.

A autogestão, mencionada pelo art. 1º, § 2º da Lei nº 9.656/98, é aquela realizada por entidades ou empresas que mantenham sistemas próprios e fechados, destinados estritamente a funcionários ou associados de uma entidade, também chamada por alguns autores de plano privado fechado de assistência à saúde.

O seguro-saúde e o plano de saúde serão objeto de estudo mais aprofundado, dentro da proposta do presente trabalho.

4.3 Sistemas de Assistência à Saúde no Direito Comparado

A saúde é uma preocupação constante em qualquer país do mundo, já que uma população patológica constitui barreira real ao desenvolvimento e progresso econômico e social da nação.⁵⁸ Entretanto, cada Estado busca salvaguardar a saúde de seus cidadãos de modo diverso.

Nos Estados Unidos, o setor privado de assistência à saúde estrutura-se para cobrir individualmente (por gasto por pessoa) os serviços prestados, mediante reembolso dos custos. O Estado oferece somente cobertura aos idosos (mais de 65 anos) pelo sistema do *Medicare* e aos paupérrimos, pelo *Medicaid*. Todo o restante da sociedade, por seguros grupais ou individuais, busca cobertura privada. Há grande liberdade de contratação, podendo o consumidor americano tanto comprar produtos completíssimos como, dependendo da circunstância ou de suas possibilidades, apólices com coberturas limitadas ou até específicas para uma doença.

No Oriente, o Estado obriga-se a promover o bem-estar e seguros sociais, além da saúde pública. No Japão, por exemplo, o Estado pretende cobrir seus cidadãos

contra todas as doenças, não havendo necessidade de participação da iniciativa privada. Existe, porém, o seguro saúde, mas tão somente para garantir comodidade aos cidadãos, estendendo a cobertura a gastos adicionais de conforto.⁵⁹

Em Portugal, os cidadãos contam com um serviço de saúde universal e geral, custeado pela República Portuguesa, sem prejuízo de formas empresariais e privadas para a cobertura médica, em caráter de co-gestão com a rede pública de saúde.

Na Espanha, da mesma forma, é reconhecido o direito de proteção à saúde, sendo de competência do Estado organizar e tutelar a saúde pública através de medidas preventivas, com a prestação dos serviços necessários a tal fim. Lei infra-constitucional disciplina os direitos e deveres neste particular.

Na República Socialista de Cuba, a assistência médica e hospitalar é gratuita e de prestação direta pelo Estado, mediante rede de instalações de serviço médico rural, das policlínicas, hospitais, centros profiláticos e de tratamento especializado.

Na Argentina, cujo sistema é semelhante ao brasileiro, dominam o mercados as companhias de seguro, as quais utilizam o sistema do reembolso.⁶⁰

Assim, a menção a esses institutos possibilita um cotejo superficial entre a assistência privada do Brasil e a de alguns países, a título de curiosidade e conhecimento.

4.4 O *Managed Care* – Gerenciamento da Assistência Médica

Vale destacar aqui um sistema de gerenciamento da assistência médica largamente utilizado nos Estados Unidos, denominado *managed care*, destaque esse que se justifica pela reconhecida influência norte-americana em diversos aspectos da vida nacional. É que as diferenças legislativas não afastam discussões acerca de uma eventual adoção do sistema, tornando válidas algumas considerações sobre o tema.

⁵⁸ PAGNOZZI, Flavia Reis. *Op. cit.*, fls. 20.

⁵⁹ As seguradoras, no Japão, pagam toda a conta médico-hospitalar e obtêm do Estado, a título de ressarcimento, as despesas pelas quais se comprometeu o Estado na área social.

⁶⁰ Dados da Revista Isto É, de Junho de 2000. Guerra aos Planos.

Vários males são atribuídos ao *managed care*, cabendo destacar como o pior deles a redução dos rendimentos dos prestadores de serviços médicos, sendo também acusado de limitar atendimentos, internações e negar cobertura para diversas patologias, especialmente as caracterizadas como preexistentes.

Entretanto, como uma técnica de gerenciamento de serviços e/ou recursos, o *managed care* tem aspectos positivos e aspectos negativos.

Por este sistema, as operadoras interferem diretamente no tratamento dos pacientes e questionam as condutas e os recursos utilizados por médicos e hospitais, com um foco eminentemente econômico-financeiro.

Esta forma de atuação é respaldada e aceita pelos empregadores, principais contratantes dos planos de saúde e é parte da cultura norte-americana. Não raro, grupos de cidadãos insurgem-se contra os extremos e conseguem dos governos estaduais leis contra as cláusulas que consideram abusivas. Recentemente o governo federal americano regulamentou uma série de pontos que durante anos foram objeto de vários conflitos e permanente presença na imprensa.⁶¹

É importante mencionar que nos Estados Unidos, o Estado, nos três níveis – federal, estadual e municipal, tem atuação normativa e regulatória na área de assistência médica, que está entregue, na sua quase totalidade, à iniciativa privada. O programa federal *Medicare* compra os serviços necessários para as pessoas com mais de 65 anos, assim como os programas estaduais e municipais de *Medicaid* também assim procedem em relação às pessoas que não dispõem de recursos, por estarem abaixo do nível de renda mínima ou serem totalmente incapazes de trabalhar, inválidos ou outra condição prevista no regulamento. No entanto, os demais cidadãos – cerca de 20 milhões – não têm qualquer tipo de atendimento médico oferecido pelo Estado⁶².

Por outro lado, pode o *managed care* ser utilizado como uma ferramenta pelas operadoras de planos e seguros saúde, para o gerenciamento dos recursos disponíveis, em benefício dos usuários dos planos e serviços de saúde.

⁶¹ CATA PRETA, Horácio. Apostila de Curso de Pós-Graduação Auditoria em Saúde – Gerenciamento em Saúde, 2001, p. 24.

⁶² CATA PRETA, Horácio. *Op. cit.*, p. 22.

Uma de suas vantagens é a capacidade de organizar recursos financeiros e serviços dentro de um plano estratégico de assistência médica, que se baseia nas estatísticas de utilização e incidência de doenças ou lesões, visando maior efetividade e resolutividade no tratamento de patologias, melhor qualidade dos serviços e maior satisfação dos usuários.

Outro ponto positivo é o retorno ao atendimento por um único médico generalista, clínico geral, médico da família ou equivalente. Esta mudança simplifica enormemente os atendimentos e o entendimento das doenças que acometem os segurados e respectivos dependentes, pois todos os dados estarão registrados em um prontuário único, que também poderá ficar em poder do usuário por meio de um cartão, atualizável a cada vez que for a uma consulta ou fizer um exame ou se internar para uma cirurgia.

No relacionamento com os médicos o *managed care* traz duas inovações: a remuneração deixa de ser variável para ser fixa; os clientes não mais serão aleatórios, passando a ser um grupo fixo que deverá ser acompanhado pelo médico em todos os aspectos patológicos. Isso permite uma aproximação, tornando mais humana a relação médico-paciente, deixando de ser episódica e sem qualquer vínculo ou continuidade para se converter em uma relação de confiança e de acompanhamento permanente.

Esta forma de gerenciamento da assistência médica, de acordo com Horácio Cata Preta, está baseada nos seguintes pontos: (a) controle dos usuários pelos médicos generalistas; (b) controle efetivo de todos os encaminhamentos à rede de especialistas e de clínicas especializadas em exames complementares para diagnóstico; (c) controle das terapias seriadas e de longa duração; (d) controle das internações clínicas e cirúrgicas; (e) remuneração baseada em contratos por capitação, pacotes ou paciente-dia; (f) controle rígido do orçamento de despesas com assistência médica; (g) estatísticas de utilização e epidemiológicas; (h) qualificação dos profissionais; (i) índices de controle da qualidade e da efetividade dos serviços prestados; (j)

gerenciamento dos grupos de doentes crônicos; (*k*) programas de prevenção, vacinação e avaliação periódica do bem-estar dos usuários.⁶³

E, sua utilização não está restrita à iniciativa privada. Nos Estados Unidos, o governo federal, diversos governos estaduais e municipais, quando da celebração dos contratos de *Medicare* e *Medicaid*, incluem como condição operacional o uso das práticas do *managed care* para melhor controle dos gastos e avaliação da efetividade dos procedimentos.

No Brasil, a Resolução CONSU nº 11 permite a aplicação de *mecanismos de regulação*, semelhantes ao *managed care*, para o controle dos atendimentos de transtornos psiquiátricos e casos de dependência química, cobertos pelos contratos de planos e seguros de saúde regulamentados pela Lei nº 9.656/98 que, certamente, exigem sistemas diferenciados para a assistência dos segurados e dependentes. E, também, pode-se verificar a utilização de tais mecanismos pelos governos estaduais, como é o caso do Paraná, através da implantação, em 2002, do Sistema de Assistência à Saúde (SAS) para o atendimento dos servidores públicos estaduais.

No entanto, utilizar este sistema apenas com instrumento de redução de custos, em detrimento da qualidade da assistência médica, é uma ato de insanidade e de miopia gerencial, que a médio prazo afasta os consumidores e cria uma forte animosidade contra a operadora.

Assim, eventual adoção do *managed care* como ferramenta gerencial implica, necessariamente, em uma mudança comportamental na empresa de saúde, que deve conduzir um processo de treinamento e readaptação de conceitos e rotinas, com a definição de regras claras.

⁶³ CATA PRETA, Horácio. *Op. cit.*

4.5 Planos e Seguros Saúde – Diferenças e Semelhanças

Seguindo a definição clássica, Maria Helena Diniz pondera que “o contrato de seguro é a convenção pela qual alguém adquire, mediante certo pagamento, o direito de exigir da outra parte uma indenização, caso ocorra o risco assumido”.⁶⁴

Entretanto, maior parte dos doutrinadores entende que o contrato de seguro saúde, especificamente, representa uma nova categoria de direitos relativos à seguro, não correspondendo ao modelo tradicional. Segundo assevera Luiz Guilherme de Andrade V. Loureiro, “o contrato de seguro, portanto, diferencia-se dos demais contratos de seguro, por seu objeto próprio e especial que é a saúde e a vida, direitos fundamentais da pessoa humana”.⁶⁵

É possível vislumbrar, então, que sua natureza é diversa dos contratos de seguro em geral, haja vista que o respeito ao direito à saúde e à vida detém relevância social inarredável, o que cria um diferencial em seu objeto frente aos demais.

Os planos de saúde, mesmo que se considerem diferentes dos contratos de seguro, são muito próximos a eles e funcionam de forma semelhante. Uma empresa que ofereça planos de saúde é uma organização que constitui um fundo comum, cuja distribuição se faz por meio de contratos individualizados ou por meio de grupos constituídos. Assim, vale observar a constituição desses fundos e sua distribuição. Diversamente do que ocorre com uma empresa comercial comum, a empresa de saúde não oferece à venda mercadorias a um público com o qual mantém relações eventuais.

De acordo com o que dispõe a Lei nº 9.656/98 a respeito do assunto, comenta Adalberto Pasqualotto, sobre a mistura de papéis dos planos e seguros saúde:

O artigo 2º permite aos operadores de sistema alternativas de cumprimento de suas obrigações. Os planos poderão manter serviços próprios de assistência à saúde, ou contratar ou credenciar serviços de terceiros, reembolsando o beneficiário das despesas feitas; e as seguradoras poderão reembolsar o segurado ou pagar por ordem e conta deste diretamente aos prestadores de serviços. Nesses termos, fica mantida a essência funcional de cada operador, que é a de prestar diretamente serviços especificados (planos) ou de reembolsar despesas (seguros). As opções de prestar os

⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 934.

⁶⁵ LOUREIRO, Luiz Guilherme de Andrade V. Seguro Saúde (Lei 9.656/98): comentários, doutrina e jurisprudência. São Paulo: LEJUS, 2000, p. 33.

serviços através de terceiros (planos) ou de pagar diretamente ao prestador de serviços livremente escolhido pelo segurado (seguros) são apenas modos alternativos de cumprimento da obrigação principal pelos operadores, que em nada a descaracteriza.⁶⁶

Apesar de dividirem o mesmo nicho de mercado, e serem freqüentemente confundidos, planos de saúde e seguros saúde distinguem-se pela forma diferenciada que prestam seus serviços.

O formato de prestação de serviços das empresas que operam planos de saúde consiste em fornecer, efetivamente, a assistência médica ao seu usuário, quando este necessitar. O art. 1º da Lei nº 9.656/98, em seu § 1º, traz a definição legal do que seja operadora de plano de saúde:

Para os fins do disposto no *caput* deste artigo, consideram-se:

I – operadoras de planos privados de assistência à saúde: toda e qualquer pessoa jurídica de direito privado, independente da forma de sua constituição, que ofereça tais planos mediante contraprestações pecuniárias, com atendimentos em serviços próprios ou de terceiros;

Os atendimentos dar-se-ão, via de regra, em rede própria, por hospitais próprios ou credenciados e médicos contratados ou referenciados. Os dois exemplos mais significativos de empresas operadoras de planos de saúde são as chamadas medicinas de grupo, como a Golden Cross e a Amil, e as cooperativas médicas, como a Unimed.

Já o seguro saúde opera, como o próprio nome já diz, como um seguro. Na célebre definição de Pedro Alvim:

Seguro é o contrato pelo qual o segurador, mediante o recebimento de um prêmio, assume perante o segurado a obrigação de pagamento de uma prestação, se ocorrer o risco a que está exposto.⁶⁷

Transportando essas afirmações para o campo específico do seguro saúde, temos que o usuário ou segurado paga um prêmio mensal e, ocorrendo o sinistro, que no caso é a enfermidade ou acidente do usuário, surge para a seguradora o dever de

⁶⁶ PASQUALOTTO, Adalberto. Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 43/44.

⁶⁷ ALVIM, Pedro. O Contrato de Seguro, p. 113.

indenizar dentro dos limites previstos contratualmente. O segurado tem, portanto, o direito de escolher o médico e o hospital que lhe convenha, pagando pelos serviços, em um primeiro momento, para depois se ressarcir junto à seguradora.

A definição legal de seguro saúde está insculpida no inciso II, do aludido § 1º, da Lei nº 9.656/98:

II – operadoras de seguros privados de assistência à saúde: as pessoas jurídicas constituídas e reguladas em conformidade com a legislação específica para a comercialização de seguros e que garantam a cobertura de riscos de assistência à saúde, mediante livre escolha pelo segurado do prestador do respectivo serviço e reembolso das despesas, exclusivamente.

Visando extirpar qualquer tipo de dúvida remanescente, traz-se à baila os comentários precisos de Ricardo Bechara Santos:

Definitivamente, pois, o seguro-saúde tem objeto distinto das atividades das empresas que exploram os serviços de plano de saúde ou medicina de grupo, a teor do que dispõe o art. 129 do DL nº 73/66, segundo o qual outro não é esse objeto senão o de ‘dar cobertura aos riscos de assistência médica e hospitalar’, pelos sistemas de livre escolha ou convênio, mediante o pagamento do que se denomina prêmio, que é a função do risco, onde o segurador suporta os custos financeiros do tratamento médico do segurado. As seguradoras, pois, garantem riscos, aquelas outras (planos de saúde) prestam serviços de medicina de grupo, pelo sistema de pré-pagamento de uma prestação de serviços futura.⁶⁸

Ainda, para diferenciar seguro saúde de plano de saúde, cabe observar o que assevera Luiz Guilherme Loureiro:

No contrato de seguro, o segurado é indenizado na hipótese de verificação do risco, como contraprestação da seguradora pelo prêmio pago pelo primeiro. Assim, no contrato de seguro-saúde, o segurado é reembolsado de toda e qualquer despesa que vier a sofrer, para tratamento de doença coberta pelo contrato, na forma estipulada na avença. No plano de saúde pode a operadora reembolsar o consumidor ou pagar diretamente as despesas que por este seriam devidas ao prestador de serviços médicos, integrante ou não da rede conveniada.⁶⁹

⁶⁸ SANTOS, Ricardo Bechara. *Direito de Seguro no Cotidiano*, p. 45.

⁶⁹ LOUREIRO. *Op. cit.*, p. 58.

Portanto, em linhas gerais, plano de saúde seria aquele que se liga especificamente à prestação de serviços de saúde pela iniciativa privada, pelos quais o consumidor paga prestações em dinheiro, e caso precise utilizar o serviço, a operadora o presta, via de regra, através de sua rede credenciada. O seguro saúde, em contrapartida, apesar da idêntica relação com prestação de serviço, diferem dos planos ao conceder liberdade ao consumidor para escolher os profissionais por quem deseja ser atendido, devendo a seguradora arcar com o pagamento das despesas.

Há, ainda, uma terceira categoria, denominada autogestão⁷⁰, prevista na lei, consistente em empresas que mantenham sistemas próprios de prestação de serviços de saúde para seus funcionários e eventuais pensionistas, mas que não despertam grande atenção, em função de sua restrita verificação prática.

4.6 Responsabilidade Civil das Operadoras de Planos e Seguros por Atos Médicos

Ponto controvertido refere-se ao alcance da responsabilidade das operadoras de planos ou seguros saúde por atos de médicos que atuam por seu intermédio.

Neste passo, incabível sustentar a culpa por parte da seguradora, eis que sua obrigação circunscreve-se ao reembolso ao segurado das despesas por ele efetuadas.

Não há, portanto, relação de dependência do médico ou hospital com a seguradora. O vínculo obrigacional instaura-se entre o prestador de serviço e o paciente, pelo que não há que se falar em responsabilidade solidária, tampouco subsidiária, porquanto falta um dos pressupostos para a responsabilização, o nexo de causalidade do dano emergente.

Isso em se tratando de seguradoras, nas quais se garante o direito à livre escolha dos prestadores de serviços pelos segurados.

A questão torna-se mais polêmica, no entanto, quando a seguradora apresenta aos segurados lista de médicos e hospitais a ela vinculados. Neste caso, entende-se

⁷⁰ Vide item 4.2.

frustrada a livre escolha do consumidor, do que decorreria a responsabilização por atos praticados por pessoa desta rede.

Também quando se cuida de operadoras de planos, que mantêm uma rede credenciada de médicos, clínicas e hospitais, a questão se altera. Diante do vínculo existente entre eles, torna-se difícil o afastamento da responsabilidade, principalmente em se considerando o disposto no art. 7º do CDC, de acordo com o qual “tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”.

Assim se posiciona José Reinaldo de Lima Lopes sobre o tema:

As operadoras de planos são responsáveis solidárias pelos danos causados pelos serviços de saúde prestados por prepostos e credenciados. Já as seguradoras, a princípio, não respondem solidariamente pelos danos decorrentes dos serviços de saúde porque eles são prestados por profissionais ou pessoas jurídicas livremente escolhidos pelos beneficiários. Entretanto, se a seguradora desvirtua o *princípio da livre escolha pelos segurados dos prestadores de serviços de assistência à saúde*, impondo-lhes a escolha dentro de uma relação de prestadores previamente elaborada, submete-se ao mesmo regime jurídico das operadoras de planos.⁷¹

Ao tratar do assunto, em seus Comentários ao Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, José Geraldo de Britto Filomeno afirma:

Como a responsabilidade é objetiva, decorrente da simples colocação no mercado de determinado produto ou prestação de dado serviço, ao consumidor é conferido o direito de intentar as medidas contra todos os que estiverem na cadeia de responsabilidade que propiciou a colocação do mesmo produto no mercado ou então a prestação do serviço.⁷²

O fundamento da responsabilidade das operadoras, portanto, para alguns estaria na culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, enquanto para outros estaria exclusivamente na responsabilidade solidária e objetiva do Código de Defesa do Consumidor.

Entretanto, por tratar-se de atividade ligada à área da saúde, merece cautela a posição dos consumeristas assíduos. Não se pode perder de vista que a atividade médica é, em regra, uma atividade meio, ou seja, o médico compromete-se a prestar a melhor assistência possível ao doente, mas não a curá-lo, de modo que, em muitos

⁷¹ LOPES. *Op. cit.*, p. 66.

⁷² FILOMENO, José Geraldo de Britto. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do projeto, p. 139.

casos, o dano à saúde é inevitável, em que pese todo o empenho da equipe médica e hospitalar.

Ocorre que, em se admitindo a responsabilização objetiva das operadoras de planos e seguradoras, não mais se faz necessário perquirir acerca da culpa pelo dano sofrido pelo paciente. Verificado o dano por conta de suposta má atuação médica ou hospitalar, responsabiliza-se a seguradora ou operadora de plano.

Esta situação, no entanto, parece-me ilógica, já que a atividade médica, por sua natureza, é envolvida por riscos, sendo comum a ocorrência de lesões à saúde e até mesmo de mortes (que podem ser considerados danos), por motivos alheios à equipe médica e hospitalar.

É imperioso que sempre tenhamos em mente o risco inerente à atividade médica, a possibilidade de insucesso de uma determinada atuação, em que pese terem hospital e médico atuado com toda a cautela e diligência possíveis, as reações imprevisíveis e diversificadas de cada organismo humano e, principalmente, nossa condição de mortais.

Admissível, sim, a inversão do ônus da prova, nos casos de ato do hospital credenciado ou da própria operadora de plano de saúde, nos quais não se coloca em questão a atuação específica do médico.

Nos casos específicos de erro médico, e não de falhas na prestação do serviço do hospital ou da operadora, não se pode negar o vínculo existente entre a atuação culposa do médico e o resultado danoso, de modo a se reavaliar a aplicação da responsabilidade objetiva.

Neste passo, oportunas as lições de Miguel Kfoury Neto, com base em um pleito de indenização contra hospital por suposto erro médico, cuja fundamentação entendo aplicável também aos casos de operadoras de planos de saúde:

(...) o dano médico deve ser apreciado a partir da análise do elemento subjetivo, da culpa, quer seja do profissional vinculado ao estabelecimento hospitalar ou não. Objetação os estudiosos das relações de consumo que a conclusão contraria o sistema do Código, inteiramente voltado à responsabilização objetiva. Dirão, mais, que, em havendo culpa do médico, o hospital poderá voltar-se, por direito de regresso, contra

seu empregado. Acrescentarão, por fim, que ao consumidor/vítima interessa pleitear o ressarcimento da pessoa jurídica, economicamente mais poderosa.

Contrapõem-se a tais objeções os seguintes argumentos: a responsabilidade objetiva não se coaduna com a atividade médica, dada a singularidade do serviço prestado: curar enfermos, salvar vidas; se houver culpa do médico, nada impede que o lesado proponha a demanda em face de ambos, pessoa física e jurídica, ou de apenas um deles.⁷³

Rui Stoco coaduna com este entendimento, sustentando que o que fez o Código de Defesa do Consumidor não foi afastar o conceito clássico de responsabilidade por ato ou fato de terceiro, consagrado em nosso Código Civil, que em seu art. 1521, instituidor do princípio da presunção de culpa, não afasta o dogma da culpabilidade, mas apenas inverte o ônus da prova. Ainda, explica que a atividade exercida por operadoras de planos de saúde e hospitais depende da atividade médica, já que quando contratado para ministrar tratamento, cirurgia ou acompanhamento médico ambulatorial, tais práticas são na verdade ministradas por médicos, como atividade especializada e restrita àqueles previamente credenciados no Conselho Regional de Medicina. Por último, anota que,

Há uma total ausência de sentido lógico-jurídico se, em uma atividade de natureza contratual em que se assegura apenas meios adequados, ficar comprovado que o médico não atuou com culpa e, ainda assim, responsabilizar o hospital por dano sofrido pelo paciente, tão somente em razão da sua responsabilidade objetiva e apenas em razão do vínculo empregatício entre um e outro.⁷⁴

Como se nota, os serviços prestados pelos médicos têm natureza especialíssima, já que o simples fato de viver envolve ampla gama de riscos, potencializados quando há intervenção no corpo humano.

Deste modo, aplicável a responsabilidade objetiva somente no que tange aos deveres de meio ofertados pelas operadoras de planos (prestar os cuidados possíveis e fornecer os equipamentos necessários ao tratamento do paciente), devendo nos outros casos ser perquirida a forma de atuação do médico, se culposa em alguma de suas modalidades – negligência, imprudência ou imperícia – ou não.

⁷³ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 4ª ed., São Paulo: RT, 2001, p. 77.

⁷⁴ STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil dos Profissionais Liberais e dos Prestadores de Serviços*. Tribuna da Magistratura, Cadernos de Doutrina, 1996, p. 65.

5. CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AOS CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

5.1 O Decreto-lei nº 73/66

Antes da edição da Lei nº 9.656/98, regia a assistência privada à saúde o Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, que estruturou o sistema nacional de seguros privados. Referido diploma introduziu uma modalidade básica de assistência à saúde, que é o seguro, admitindo também a chamada medicina de grupo, autorizando as entidades sem fins lucrativos, organizadas por profissionais médicos e paramédicos ou por estabelecimentos hospitalares, a operar sistemas próprios de pré-pagamento.

Tanto seguradoras quanto entidades praticantes de medicina de grupo foram submetidas às regras e fiscalização dos órgãos do sistema securitário. O Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) é órgão normativo do setor. À Superintendência dos Seguros Privados (Susep) foi atribuído o poder de polícia do Estado, incumbindo-lhe fiscalizar as atividades das sociedades seguradoras e, por extensão, dos operadores de planos de saúde.

Por conta da liberdade de forma societária, entraram no mercado as cooperativas de serviços médicos regidas, quanto à sua organização, pela Lei nº 5.764/71, mas que, em essência, também praticam medicina de grupo, prestando serviços diretamente ao consumidor, mediante pré-pagamento.

Este Decreto-lei, ao instituir o seguro saúde, prescreveu o prazo de 120 dias para sua regulamentação, o que nunca ocorreu. Posteriormente, as entidades de medicina de grupo foram atingidas pela Lei nº 6.839/80, que obrigou as empresas a registro junto aos órgãos competentes para a fiscalização do exercício profissional relacionado com a sua atividade básica, no caso, o Conselho Federal de Medicina e os respectivos Conselhos Regionais em cada Estado.

5.2 A Lei nº 9.656/98 e sua Leitura de Acordo com o Código de Defesa do Consumidor

Cumprе reafirmar, inicialmente, a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90 – aos contratos de assistência à saúde, tema já analisado no Capítulo 2 deste trabalho.

Também se esclareça que as primeiras considerações a serem feitas sobre o mercado existente em torno da prestação de serviços médicos atualmente passam, necessariamente, pela análise sobre o campo de atuação e interpretação da Lei nº 9.656/98, que regula planos e seguros saúde.

Antes do advento de tal lei, a regulação encontrava-se confusa. Somavam-se as disposições do Decreto-lei 73/66, que regulava exclusivamente as seguradoras, atos da Superintendência de Seguros – Susep – e ainda normas oriundas do Conselho Federal de Medicina.

Mas, sobretudo, regulavam os conflitos entre prestadoras e usuários as disposições do Código de Defesa do Consumidor. As prestadoras de serviços médicos adequavam-se claramente à condição de fornecedor e os usuários à condição de consumidor.

Com o advento da Lei nº 9.656/98, poder-se-ia pensar não mais aplicáveis os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor à prestação de serviços de saúde nos moldes regulados. Esta interpretação, porém, mostra-se insustentável.

A primeira indicação disto encontra-se no próprio texto da Lei. Dispõe o art. 3º da Lei nº 9.656/98:

Sem prejuízo das atribuições previstas na legislação vigente e observadas, no que couber, as disposições expressas nas Leis 8.078, de 11 de setembro de 1990, e 8.080, de 1990, compete ao Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP dispor sobre:
(...)

O que se percebe, assim, é a formação de um microsistema jurídico. Vale dizer, o Código de Defesa do Consumidor é uma lei de caráter nitidamente principiológico, que visa reger as relações de consumo como um todo. Ora, a Lei 9.656/98 veio para regular uma espécie de relação de consumo – aquela estabelecida entre prestadores de serviços médicos e consumidores de tais serviços. Perceba-se que a essência é a mesma: prestação e consumo de um determinado serviço. Inclusive, muitas disposições da referida lei são desdobramentos de conceitos já trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor, como por exemplo, o direito de informação, tratado nos dois diplomas.

Tem aplicação relevante o inc. V do art. 4º, já que os fornecedores de planos e seguros se responsabilizam pela qualidade de seus serviços⁷⁵, inclusive tendo em conta a natureza continuativa da relação (art. 17, IV, da Lei nº 9.656/98).

Aplicável também o art. 6º do CDC, em todos os seus incisos, dentre os quais, porém, destacam-se os seguintes. O inc. III, que obriga a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, ou seja, sobre as restrições de atendimento, critérios de reajuste, diferenças entre o plano-referência e outros planos, etc. Neste mesmo sentido, publicidade enganosa e abusiva, bem como práticas e cláusulas abusivas estão sujeitas à declaração de nulidade. Finalmente, prevê o Código a facilitação da defesa do consumidor, com a possibilidade de inversão do ônus da prova, ante o reconhecimento de sua hipossuficiência.

Ainda, continuam a ter validade as regras de proteção contratual, como é o caso do art. 47, de acordo com o qual as cláusulas serão interpretadas da maneira mais favorável ao consumidor, bem como do art. 51, que prevê a comutatividade das prestações e a não sujeição do consumidor a alterações unilaterais.

Assim, o contrato entre a empresa e o usuário insere-se entre aqueles regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de relação de consumo. E, de acordo com seu art. 51, § 2º, o contrato não se invalida pela nulidade de cláusula

⁷⁵ Com as devidas ressalvas, feitas principalmente no item 4.6 deste trabalho.

abusiva e, portanto, mantém-se a obrigação de natureza contratual existente. A reparação dos danos, nesses casos, está fundamentada no art. 1056, do Código Civil.

O fundamento para tanto está na necessidade de compreensão do sistema jurídico como um todo. Sempre que houver uma prestação de serviço, como é o caso dos planos de saúde, está-se diante do regime de mercado, justamente onde se encontra o direito do consumidor.

Destaque redobrado, no entanto, merece o disposto no inciso III do art. 4º do CDC, que coloca como princípio das relações de consumo a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo, com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores, o que demonstra que o fim precípua do sistema não é onerar excessivamente estes em benefício daqueles, e sim garantir o efetivo equilíbrio das relações.

Vale observar, aqui, as cláusulas que mais geram polêmica quando se trata de contrato de seguro saúde. Dados fornecidos pelo Procon de São Paulo mostram que as reclamações mais freqüentes relativas aos planos e seguros-saúde, no período de 01.03.92 a 11.04.97, diziam respeito a: (a) aumento de mensalidades e dúvidas quanto a reajustes; (b) questões contratuais especialmente relacionadas a abrangência (exclusão), prazos de carência; (c) negativas de fornecimento de guias para exames e internações; (d) má qualidade do serviço prestado. Ressalte-se, também, que neste período, o setor de saúde foi o terceiro do *ranking* das reclamações (abaixo apenas de locações e de escolas particulares).

Acredito, porém, que após a promulgação da Lei nº 9.656/98, estas questões tenham sido, ao menos relativamente, esclarecidas, já que referida lei trata especificamente dessas matérias. Por outro lado, o imenso número de medidas provisórias editadas sobre o tema posteriormente à lei é inacreditável, e certamente causa confusão aos consumidores, às operadoras de planos, e até mesmo ao Judiciário.

Outros dados interessantes podem ser observados no Relatório de Pesquisa Brasilcon – Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor⁷⁶. Nele, observa-se, com base em dados do Tribunal de Justiça de São Paulo, que as disputas judiciais mais freqüentes são relacionadas à exclusão de tratamento (61,1%), prazos de carência (16,7%), aumento de mensalidade (5,6%), internação (5,6%), outros (11,1%). Em todos os casos, a grande maioria das decisões foi favorável ao consumidor.

Entretanto, apesar dessas considerações, devem ser levadas em conta também as razões das operadoras de planos de saúde, que não raro passam por dificuldades financeiras, principalmente se empresas de pequeno e médio porte, a ponto de encerrar suas atividades.

É que, a meu ver, o Estado, abruptamente, delegou funções de sua responsabilidade a particulares, sem o devido planejamento. Desta forma, as empresas vêm-se obrigadas a oferecer a seus usuários um sistema de saúde completo, com custos altíssimos, sem terem a possibilidade de aumentar o valor do prêmio, devido a restrições impostas pelo Poder Público. Esse fato acaba onerando demasiadamente as empresas operadoras de planos, muitas vezes a ponto de inviabilizar a atividade privada.

Isso sem considerar que as freqüentes decisões judiciais favoráveis aos consumidores, muitas vezes resultam de exageros interpretativos com base no Código do Consumidor. Não que se esteja indo contra os princípios insculpidos neste diploma, ao contrário, são princípios de reconhecida valia e indispensabilidade em nosso sistema capitalista. Porém, o que não se deve é onerar excessivamente a iniciativa privada, causando um nítido desequilíbrio na relação contratual, sob pena dela restar inviabilizada.

⁷⁶ Revista de Direito do Consumidor nº 28.

5.3 Os Contratos de Assistência à Saúde Segundo a Lei nº 9.656/98

Inicialmente, ressalte-se que a Lei nº 9.656/98 teve um período de *vacatio* de 90 dias, entrando em vigor em 3 de setembro de 1998. Entretanto, foi concedido, por Medida Provisória, o prazo até 31 de dezembro de 1998 para adaptação dos contratos à universalidade do acesso aos contratos de assistência à saúde (art. 14), à vinculação de permanência dos prestadores de serviços (art. 17), à manutenção temporária dos desempregados e aposentados egressos de contratos coletivos (arts. 30 e 31). Quanto aos contratos antigos, o art. 35, *caput*, ressaltou o direito adquirido dos consumidores que preferiram mantê-los inalterados.

Quanto às formas contratuais, o art. 10 da lei instituiu o plano ou seguro-referência, com a finalidade de obviar as cláusulas de exclusão de cobertura, abrangendo partos e o tratamento de todas as doenças relacionadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde. O seu oferecimento é obrigatório, exceto na autogestão.

Esse contrato-referência tem limites de cobertura e de exclusão fixados na lei. Minimamente devem ser oferecidas as coberturas estabelecidas para cada um dos quatro segmentos admitidos pelo art. 12, de forma a totalizar as coberturas parciais. Por outro lado, o art. 10 prevê as exclusões legalmente admitidas, quais sejam, de tratamentos experimentais, estéticos, inseminação artificial, fornecimento de medicamentos importados, de próteses, órteses e seus acessórios, procedimentos odontológicos não ligados à prevenção e manutenção básica da saúde dentária, tratamentos ilícitos ou antiéticos e casos de cataclismos, guerras e comoções internas.

Instituiu-se, portanto, com esta figura contratual, um novo padrão de cobertura que, apesar dos aparentes benefícios ao consumidor, propiciou uma justificada elevação de preços, estimada em até 78,5%. Diante disso, no intuito de amenizar este inconveniente, foram criados sistemas de franquia e de co-participação. Na franquia, o consumidor paga uma parcela fixa do preço ao usar os serviços. Na co-participação, a parte paga pelo consumidor é proporcional, variando de 25% a 50%.

Paralelamente ao contrato-referência, o operador deve oferecer contratos segmentados, com coberturas parciais, que respeitem as amplitudes de cobertura padrão e as exigências mínimas próprias às segmentações, definidas no art. 12. Tais segmentações são ambulatorial, hospitalar com obstetrícia, hospitalar sem obstetrícia e odontológica, podendo haver combinação entre os tipos.⁷⁷

O plano ambulatorial deve assegurar ao beneficiário número ilimitado de consultas médicas em clínicas básicas e especializadas e prestar-lhe serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico (art. 12, I, *a e b*).

O plano que inclua internação hospitalar deve assegurar ao beneficiário internações hospitalares em clínicas básicas e especializadas e em centro de terapia intensiva, sem limite de prazo, valor máximo e quantidade (art. 12, II, *a e b*). A lei, com isso, impede a prática comum de inserção de limite de prazo, valor ou quantidade de internações em clínicas ou centro de terapia intensiva e que dava margem à impugnação judicial, especialmente quando o paciente, mesmo esgotado o prazo definido no contrato, necessitava continuar internado.

A este plano assegura-se também a cobertura de exames complementares indispensáveis à elucidação diagnóstica e controle da doença e o fornecimento de medicamentos e tratamentos prescritos pelo médico. Acabam as cláusulas de exclusão de tratamento e passa a prevalecer, tão-somente, a orientação médica quanto ao tratamento. As exclusões admitidas são, apenas, aquelas descritas no art. 10, incs. I, II, IV e IX (tratamento experimental, procedimentos ou tratamentos para fins estéticos, tratamentos ilícitos ou antiéticos).

Este plano deve cobrir, ainda, sala de cirurgia e materiais nela utilizados, bem como remoção do paciente para outro estabelecimento hospitalar, desde que necessária, em território nacional, dentro dos limites de abrangência geográfica

⁷⁷ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Tipos de Planos e Coberturas na Lei 9.656/98, *in* Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: RT, 1999, p. 69/70.

previstos no contrato (art. 12, II, *e*), e despesas de acompanhante, no caso de pacientes menores de 18 anos (art. 12, II, *f*).

O plano hospitalar que assegure atendimento obstétrico deve garantir cobertura assistencial ao recém-nascido durante os primeiros trinta dias após o parto. O recém-nascido pode ser filho natural ou adotivo do beneficiário. A lei assegura, também, inscrição do recém-nascido no plano ou seguro como dependente, dispensado o cumprimento dos períodos de carência, desde que a inscrição ocorra no prazo máximo de trinta dias do nascimento (art. 12, III, *a* e *b*). Não há, no caso, possibilidade de recusa de inclusão do recém nascido no plano, seja qual for o motivo.

5.4 Questões Polêmicas à Luz da Lei nº 9.656/98

Inicialmente, esclareça-se que devem constar obrigatoriamente do contrato de plano de saúde e de seguro saúde, de acordo com a Lei nº 9.656/98, a modalidade do plano, as condições de admissão e exclusão do consumidor, o início da vigência do contrato, o prazo de carência para consultas, exames e internamento hospitalar, eventos cobertos, os descontos ou agravamentos, a rede credenciada, a abrangência geográfica, os critérios de reajuste.

Merecem destaque aqui algumas inovações introduzidas no sistema de assistência à saúde por esta lei, muito bem analisadas por Adalberto Pasqualotto⁷⁸.

5.4.1 Universalidade de Acesso e Proteção a Desempregados e Aposentados

É o caso do art. 14 da lei, de acordo com o qual ninguém pode ser impedido de participar de planos ou seguros de assistência à saúde, em razão da idade ou da condição de pessoa portadora de deficiência física. Assim, a lei transpôs para a iniciativa privada o princípio da universalidade do acesso, que no setor público coexiste com a gratuidade.

⁷⁸ PASQUALOTTO, Adalberto. A Regulamentação dos Planos e Seguros de Assistência à Saúde: Uma Interpretação Construtiva, *in* Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: RT, 1999, p. 55.

O art. 30 assegura a manutenção, a título individual, ainda que por tempo limitado (§ 1º), do consumidor egresso de plano ou seguro coletivo, em razão de rompimento do vínculo empregatício, sem justa causa. Vale dizer, a rescisão do contrato de trabalho ou a exoneração sem justa causa não extingue automaticamente o vínculo com o plano ou seguro privado de assistência à saúde, que perdurará por um terço do tempo de duração do contrato de trabalho. As mensalidades passam a ser pagas integralmente pelo consumidor individual.

Outro benefício ao desempregado está consubstanciado no art. 13, parágrafo único, II, *b*, e refere-se ao período de tolerância de até 60 dias de atraso no pagamento da mensalidade, sem possibilidade de denúncia do contrato.

Aos que se aposentarem, desde que tenham dez anos de contribuição, também é assegurada a permanência no plano ou seguro privado de que participavam na persistência do emprego, uma vez que assumam o pagamento integral da mensalidade. Se o período de contribuição for menor, a permanência no plano será igual aos anos de contribuição.

Igualmente protegido encontra-se quem foi transferido do seu plano original, estando vinculado a um sucessor. A transferência ocorre por cessão contratual entre administradoras, com mera notificação, sem aquiescência do consumidor. Mas a cessão não pode prejudicá-lo, impondo-se o resguardo dos direitos adquiridos no contrato originário.

5.4.2 Doenças e Lesões Preexistentes

Doenças preexistentes são “aquelas que o consumidor saiba ser portador ou sofredor à época da contratação de planos ou seguros privados de assistência à saúde”, segundo define a Resolução 02 do CONSU no seu art. 1º.

A lei dispõe que elas só podem ser alegadas como causa de exclusão da cobertura nos primeiros vinte e quatro meses de vigência do contrato, sendo que o ônus da prova da preexistência da doença e do conhecimento prévio do consumidor

recai sobre a operadora. Enquanto não produzida a prova, fica vedada a suspensão da assistência.

Mas, ao contratar, o consumidor deve declarar se possui alguma doença através da chamada entrevista qualificada, de preferência com o acompanhamento de um médico, uma vez que esse tipo de doença tem dois anos de carência ou é pago um agravamento para o recebimento imediato do serviço, segundo o art. 11 da Lei nº 9.656/98. Esse agravamento seria um valor extra na mensalidade.

Então, o dever de informação no caso de doença preexistente fica a cargo do consumidor, o qual deve fornecer informações verdadeiras. Se o consumidor souber que possui certa doença e não a declarar, estará configurada a má-fé e a fraude e, por conseguinte, a perda do direito à cobertura em relação à doença preexistente.

Pode-se questionar por quê os seguradores não podem simplesmente cobrir doenças preexistentes. Ora, a questão se apresenta de simples solução. Não há risco futuro, elemento caracterizador do contrato de seguro. Num regime de cobertura de doença preexistente, só entraria no seguro aquele que estivesse doente. E é muito fácil para as pessoas estabelecerem quanto custa o seguro de uma pessoa doente. Apenas não há nenhuma vantagem em contratá-lo, uma vez que o preço desse seguro é o mesmo preço do tratamento da doença.

O ônus de provar que o consumidor omitiu alguma doença preexistente ao contratar é do fornecedor, sendo esta comprovação razoavelmente presumível. É esta a posição do Prof. Cândido Dinamarco, que ressalta que o art. 335 do Código de Processo Civil manda que, ressalvadas as regras de conhecimento técnico, quando se cai no campo da cultura do juiz, ele deve levar em conta para formar convicção contra as fraudes, aquilo que ordinariamente acontece – as máximas de expediente.

O juiz, ao se pronunciar sobre essas situações, avaliando inícios veementes e eloqüentes, deve pensar naquilo que ordinariamente acontece, livrando-se daquela postura do juiz antigo, antiquado, ingênuo. Ao ver aquilo acontecer a toda hora, sabe que aquilo é indício, mas não está provado por A + B, com firma reconhecida.⁷⁹

⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Anais. VI Fórum Jurídico do Seguro Privado, RJ, 1997, pág. 88.

Mas, ainda assim, é salutar que os seguradores compreendam que só devem alegar a preexistência quando as razões de sua convicção sejam fundamentadas.

E, a constatação de doença ou lesão que possa gerar impacto nos custos assistenciais obriga a operadora a facultar ao consumidor cobertura parcial temporária e agravo do contrato. Explica Adalberto Pasqualotto:

A primeira admite a suspensão, por prazo determinado, da cobertura de eventos relacionados com a doença constatada, exceto nos casos de urgência e emergência, que terão atendimento garantido apenas durante as primeiras doze horas. O agravo do contrato é uma cláusula de adaptação às circunstâncias. Consiste em alternativa do consumidor, que possibilita manter a cobertura integral mediante o pagamento da diferença de valores.⁸⁰

5.4.3 Casos de Urgência e Emergência

Quanto aos casos de urgência e emergência, o art. 35-D, introduzido por Medida Provisória, eliminou a menção à carência, tornando obrigatório o atendimento imediato. Neste passo, consideram-se de emergência as situações que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis ao paciente, e urgência as situações resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional (independentemente de segmento específico).

Assim, inexistindo carência, o atendimento é obrigatório nas primeiras doze horas⁸¹, em qualquer caso, com tratamento correspondente à segmentação ambulatorial, mesmo que para o tratamento habitual da doença a carência esteja prevista, e mesmo que se trate de doenças e lesões preexistentes.⁸²

Carência é o período em que o consumidor paga as mensalidades sem direito a utilizar todos os serviços ou alguns dos serviços contratados, cuja estipulação é legal, e serve como espécie de *poupança* para as seguradoras e as operadoras de planos utilizarem posteriormente, em caso de ocorrência do evento futuro e incerto que

⁸⁰ PASQUALOTTO, A. *Op. cit.*, p. 57.

⁸¹ Nos termos do art. 2º, da Resolução 13/98, do Consu.

⁸² Nos termos do art. 5º, § 1º, da Resolução 2/98, do Consu.

consubstancia o risco. A regra geral é que nenhum plano tenha carência superior a 180 (cento e oitenta) dias⁸³.

5.4.4 Base Territorial do Contrato

A área geográfica, que compreende a base territorial de prestação de serviços pelos operadores de planos e seguros, é fator limitativo nos casos de emergência e de urgência e nas consultas eletivas. Neste caso, vale observar que, se é compreensível que os planos de saúde, que prestam serviços próprios ou de terceiros por eles credenciados, limitem sua atuação a uma base territorial de mercado, o mesmo não se passa com as seguradoras, que são meras ressarcidoras de despesas.

A questão da área geográfica é ainda trazida à baila nos casos de necessária remoção do paciente de um hospital para outro. O art. 12, II, *e*, inclui a remoção entre as exigências mínimas do plano segmentado de internação hospitalar “para outro estabelecimento hospitalar, em território brasileiro, dentro dos limites de abrangência geográfica previstos no contrato”, hipótese esta que pressupõe a impossibilidade de atendimento adequado do paciente por insuficiência técnica do hospital. A lei autoriza, portanto, a remoção para outro hospital, desde que o segundo situe-se dentro dos limites geográficos previstos no contrato.

5.4.5 Reajustes

São três as modalidades de reajuste de mensalidades previstas na lei: por faixa etária, reajuste anual e vinculado à sinistralidade.

O aumento por sinistralidade é justificado pelo restabelecimento do equilíbrio técnico atuarial dos contratos de saúde em função da sinistralidade, mediante análise das indenizações pagas aos consumidores.

O aumento de preço em razão da idade está previsto no art. 15 da lei, desde que previstas no contrato as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pelo CNSP, a partir de critérios e parâmetros gerais fixados pelo Conselho Nacional de Saúde Complementar (Consu), norma esta

⁸³ Arts. 11 e 12 da Lei nº 9.656/98

reconhecidamente equânime, eis que resguarda o princípio da equivalência. Isso porque o avanço da idade faz crescer a possibilidade de uso dos serviços de assistência à saúde.

Por outro lado, é vedado o aumento de preço para consumidores com mais de 60 anos que participam do mesmo plano ou seguro há mais de 10 anos.

5.4.6 Outras Questões Relevantes

Quando o hospital não dispõe de leito na categoria prevista no contrato, o art. 33 propicia acesso do consumidor à acomodação de nível superior, onde deverá permanecer sem maior ônus até que seja possível a remoção para a categoria correspondente ao plano contratado.

De acordo com o art. 17, a inclusão de entidades hospitalares como credenciadas, contratadas ou referenciadas dos planos e seguros implica compromisso para com os consumidores quanto à sua manutenção ao longo da vigência dos contratos.

O art. 18, por seu turno, estabelece a igualdade de tratamento aos consumidores vinculados a qualquer plano ou seguro, devida pelos serviços contratados ou credenciados, bem como a vedação do regime de exclusividade contratual entre o profissional ou a empresa prestadora de serviços e a administradora ou seguradora.

Outro aspecto particularmente polêmico da atual legislação é o ressarcimento ao SUS. O art. 32 criou para as operadoras a obrigação de reembolsar o SUS pelos serviços prestados aos seus consumidores e respectivos dependentes, com base na idéia de que toda a assistência médico-hospitalar necessitada pelo consumidor de um plano ou seguro saúde deve ser prestada pelo respectivo operador, de modo que se esse consumidor é atendido pelo sistema de saúde público, o custo deve ser objeto de ressarcimento por quem detinha a obrigação de prestar, ou seja, o operador do plano ou do seguro.

5.5 Considerações Críticas

Atualmente, estima-se que cerca de 45 milhões de brasileiros (do total de 160 milhões) valem-se de contratos privados para um serviço de saúde qualificado, conhecidos sob a denominação de planos de saúde.

Em consonância com os objetivos reformistas, diminutivos das tarefas a cargo do Estado, surgiu a Lei nº 9.656/98, destinada a disciplinar, indistintamente, todos os contratos assistenciais praticados no setor.

Neste passo, a pretexto de ampliar as garantias do segurado/beneficiário, o legislador criou o seguro-referência⁸⁴ (art. 10, § 2º), restringindo prazos de carência, proibindo a exclusão de lesões e doenças preexistentes após o vencimento do termo legal de carência (24 meses); vedou a rescisão do contrato durante a internação hospitalar, mesmo em caso de inadimplemento, sendo permitida a suspensão após 60 dias do atraso no pagamento do prêmio ou contribuição mensal, precedida de regular notificação.

Pela nova regulamentação, também merecem cobertura doenças mentais e dependência química, procedimentos de alta complexidade e transplantes (art. 10, § 4º da Lei), limitando-se a variação dos prêmios ou contraprestações nos termos das 07 (sete) faixas etárias estabelecidas (art. 15 da Lei).

Ora, a Constituição Federal assegura a proteção à saúde, elevando-a à categoria de direito social e dever do Estado (art. 196, CF), facultando a participação da iniciativa privada, em caráter complementar (art. 199, § 1º, CF). O Poder Público pode, portanto, desincumbir-se do encargo, prestando a atividade de forma direta ou delegar a execução do serviço a pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado (art. 197), desde que respeitado o princípio da livre iniciativa (art. 170, CF).

Como acentua Flávia Reis Pagnozzi, com base em lições de Eros Roberto Grau,

O Estado, como agente normativo e regulador, está autorizado a intervir no domínio econômico, para o exercício de funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo as diretrizes apenas indicativas para o setor privado (art. 174, CF), de efeito não

⁸⁴ Vide item 5.4.

vinculante, portanto. A propósito, o princípio da livre iniciativa expressa desdobramento da liberdade e compreende: (a) faculdade de criar/explorar uma atividade econômica a título privado (liberdade pública); (b) liberdade de concorrência; (c) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência (liberdade privada); (d) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal (liberdade privada)⁸⁵.

Esclareça-se: não se prega aqui o afastamento de todas e quaisquer regras protetivas do consumidor em benefício da livre atuação da iniciativa privada, mas sim que haja equilíbrio contratual, capaz de garantir o fim precípua da atividade privada, qual seja, o lucro, bem como a finalidade dos contratos de seguros e planos de saúde, consubstanciada no oferecimento de assistência à saúde com qualidade aos cidadãos.

Para isto devem atentar os tribunais, que não raro cometem excessos interpretativos em favor dos consumidores, o que pode acabar inviabilizando a atividade privada, tornando ainda mais crítica a situação da população carente, diante da manifesta omissão do Estado no que se refere à garantia constitucional da saúde.

Para concluir, oportunas se fazem aqui as palavras de Humberto Theodoro Júnior:

A desorganização da economia nacional, guiada pela excessiva e desestimulante carga tributária e pelos exorbitantes encargos sociais, que impedem a competitividade no mercado internacional e que reduzem a força aquisitiva interna, não pode ser agravada por uma postura paternalista e irracional da jurisprudência dos tribunais. Basta o caos administrativo e o terror fiscal. No entanto, a atividade econômica vem, de fato, encontrando da parte do Judiciário, nos últimos tempos, novos e pesados desalentos. A pretexto de defender o consumidor, a legislação tutelar das relações de consumo tem servido, muitas vezes, para desestabilizar os contratos, quando o fito do Código de Defesa do Consumidor não foi o de tutelá-lo à custa da ruína do fornecedor. Ao contrário, o que se visou foi, declaradamente, a meta da harmonia e do equilíbrio entre fornecedores e consumidores.⁸⁶

⁸⁵ PAGNOZZI, Flávia Reis. Seguro Saúde: Chamada à Mobilização, *in* Cadernos de Seguro nº 9. jan/fev de 2000.

⁸⁶ THEODORO JR., Humberto. *Dano Moral*, 3ª ed., São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000, p. 63.

CONCLUSÃO

No Capítulo 1 deste trabalho, tratou-se do contrato de seguro de forma genérica, em seus diversos aspectos, tais como elementos, partes, estrutura, classificação e forma de extinção do contrato, para o fim de se possibilitar a compreensão dos mecanismos que regem a atividade securitária.

No segundo capítulo, explicitou-se a aplicabilidade do Direito do Consumidor aos contratos de seguro e, mais especificamente, ao seguro saúde, em decorrência do que ocorre a relativização da concepção tradicional de contrato, baseada na autonomia da vontade, relevando-se, por outro lado, o princípio da boa-fé objetiva, consistente em um padrão de comportamento baseado na lealdade e na confiança entre as partes, independentemente de uma perquirição sobre a intenção dos agentes.

Em seguida, aborda-se a questão das cláusulas abusivas e limitativas, tema que merece destaque para os fins deste estudo, eis que é ínsita ao contrato de seguro a limitação dos riscos por ele cobertos, o que nem sempre é bem compreendido pela jurisprudência. Assim, a limitação dos riscos que se pretende cobrir não representa nenhum benefício extraordinário ao segurador, mas, ao contrário, uma necessidade da atividade que desempenha.

Neste passo, a principal diferença entre cláusulas limitativas e cláusulas abusivas reside no fato de que as primeiras visam restringir a obrigação assumida pelo segurador, enquanto as segundas têm por fim a obtenção de vantagem sem causa, ou ainda a exclusão ou restrição da responsabilidade decorrente de uma obrigação regularmente assumida.

Posteriormente, no Capítulo 4, adentra-se especificamente na questão da assistência privada à saúde que, no Brasil, dá-se através das operadoras de planos e seguradoras, fazendo-se uma diferenciação entre as duas figuras, com as conseqüências daí verificadas.

Faz-se, ainda, uma abordagem acerca da responsabilidade civil das operadoras de planos e seguradoras, tema causador de dissenso na doutrina e jurisprudência, sobre o qual conclui-se que não pode a teoria da responsabilidade objetiva ser aplicada sem ressalvas neste caso, porquanto a atividade médica tem natureza especialíssima, que envolve ampla gama de riscos.

Por fim, são tecidas considerações sobre a legislação aplicável aos contratos de assistência à saúde, que se funda principalmente na Lei nº 9.656/98, cuja exegese deve ser feita de acordo com os princípios postos pelo Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90. Ainda, discorre-se a respeito das modalidades contratuais, bem como dos aspectos mais polêmicos daquela lei.

O que se pretende destacar no presente estudo, porém, é que, em que pese estarem as relações de consumo, dentre elas os contratos de assistência à saúde, sob a égide do Direito do Consumidor, mostra-se inadmissível a proteção do consumidor, em tese vulnerável, a qualquer custo.

Esclareça-se: não se pretende, de forma alguma, o afastamento dos nobres princípios insculpidos no nosso Código de Defesa do Consumidor, mas sim que sua aplicação se dê no sentido de garantir de forma efetiva o equilíbrio nas relações de consumo – que é, inclusive, princípio previsto no art. 4º, III, do próprio diploma consumerista – sem que haja um desvirtuamento do sistema em prejuízo dos fornecedores/prestadores de serviços.

Essa assertiva deve ser seguida, por óbvio, também nas relações de prestação de serviços de saúde, principalmente porque neste campo o Estado, responsável pela saúde de seus cidadãos, vem se afastando cada vez mais de suas funções, delegando-as a particulares de forma abrupta e descoordenada, gerando com isso uma onerosidade excessiva à iniciativa privada e um manifesto desequilíbrio contratual.

Atividades que antes eram dever do Estado, como a saúde, têm ficado a cargo da iniciativa privada, a quem tem incumbido papel verdadeiramente assistencialista,

diante das inúmeras e muitas vezes injustificadas restrições à liberdade dos particulares, impostas pela legislação.

Procura-se assim, repita-se, chamar a atenção para a necessidade de se garantir o efetivo equilíbrio nas relações de consumo, e não seu desequilíbrio em benefício do consumidor e prejuízo do fornecedor, como tem ocorrido por conta da postura paternalista e irracional por vezes adotada pelos tribunais.

ANEXO**LEI Nº 9.656, DE 3 DE JUNHO DE 1998**
(PUBLICADA NO DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO EM 04/06/98)

Dispõe sobre os Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde.

O P R E S I D E N T E D A R E P Ú B L I C A

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos ou seguros privados de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade.

§ 1º. Para os fins do disposto no caput deste artigo, consideram-se:

I - operadoras de planos privados de assistência à saúde: toda e qualquer pessoa jurídica de direito privado, independente da forma jurídica de sua constituição, que ofereça tais planos mediante contraprestações pecuniárias, com atendimento em serviços próprios ou de terceiros;

II - operadoras de seguros privados de assistência à saúde as pessoas jurídicas constituídas e reguladas em conformidade com a legislação específica para a atividade de comercialização de seguros e que garantam a cobertura de riscos de assistência à saúde, mediante livre escolha pelo segurado do prestador do respectivo serviço e reembolso de despesas, exclusivamente.

§ 2º. Incluem-se na abrangência desta Lei as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde pela modalidade de autogestão.

§ 3º. A assistência a que alude o caput deste artigo compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, à manutenção e à reabilitação da saúde, observados os termos desta Lei e do contrato firmado entre as partes.

§ 4º. As pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior podem constituir ou participar do capital, ou do aumento do capital, de pessoas jurídicas de direito privado constituídas sob as leis brasileiras para operar planos e seguros privados de assistência à saúde.

§ 5º. É vedada às pessoas físicas a operação de plano ou seguro privado de assistência à saúde.

Art. 2º Para o cumprimento das obrigações constantes do contrato, as pessoas jurídicas de que trata esta Lei poderão:

I - nos planos privados de assistência à saúde, manter serviços próprios, contratar ou credenciar pessoas físicas ou Jurídicas legalmente habilitadas e reembolsar o beneficiário das despesas decorrentes de eventos cobertos pelo plano;

II - nos seguros privados de assistência à saúde, reembolsar o segurado ou, ainda, pagar por ordem e conta deste, diretamente aos prestadores, livremente escolhidos pelo segurado, as despesas advindas de eventos cobertos, nos limites da apólice.

Parágrafo único. Nos seguros privados de assistência à saúde, e sem que isso implique o desvirtuamento do princípio da livre escolha dos segurados, as sociedades seguradoras podem apresentar relação de prestadores de serviços de assistência à saúde.

Art. 3º. Sem prejuízo das atribuições previstas na legislação vigente e observadas, no que couber, as disposições expressas nas Leis nºs 8.078, de 11 de setembro de 1990, e 8.080, de 19 de setembro de 1990, compete ao Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP, ouvido, obrigatoriamente, o órgão instituído nos termos do art. 6º desta Lei, ressalvado o disposto no inciso VIII regulamentar os planos privados de assistência à saúde, e em particular dispor sobre:

I - a constituição, organização, funcionamento e fiscalização das operadoras de planos privados de assistência à saúde;

II - as condições técnicas aplicáveis às operadoras de planos privados de assistência à saúde, de acordo com as suas peculiaridades;

III - as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras de planos privados de assistência à saúde;

IV - as normas de contabilidade, atuariais e estatísticas, a serem observadas pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde;

V - o capital e o patrimônio líquido das operadoras de planos privados de assistência à saúde, assim como a forma de sua subscrição e realização quando se tratar de sociedade anônima de capital;

VI - os limites técnicos das operações relacionadas com planos privados de assistência à saúde;

VII - os critérios de constituição de garantias de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, consistentes em bens, móveis ou imóveis, ou fundos especiais ou seguros garantidores, a serem observados pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde;

VIII - a direção fiscal, a liquidação extrajudicial e os procedimentos de recuperação financeira.

Parágrafo único. A regulamentação prevista neste artigo obedecerá às características específicas da operadora, mormente no que concerne à natureza jurídica de seus atos constitutivos.

Art. 4º O art. 33 do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, alterado pela Lei no 8.127, de 20 de dezembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 33. O Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP será integrado pelos seguintes membros:

I - Ministro de Estado da Fazenda, ou seu representante legal;

II - Ministro de Estado da Saúde, ou seu representante legal;

III - Ministro de Estado da Justiça, ou seu representante legal;

IV - Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social, ou seu representante legal;

V - Presidente do Banco Central do Brasil, ou seu representante legal;

VI - Superintendente da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, ou seu representante legal;

VII - Presidente do Instituto de Resseguros do Brasil - IRB, ou seu representante legal.

§ 1º. O Conselho será presidido pelo Ministro de Estado da Fazenda e, na sua ausência, pelo Superintendente da SUSEP.

§ 2º. O CNSP terá seu funcionamento regulado em regimento interno."

Art. 5º Compete à Superintendência de Seguros Privados -SUSEP, de acordo com as diretrizes e resoluções do CNSP, sem prejuízo das atribuições previstas na legislação em vigor:

I - autorizar os pedidos de constituição, funcionamento, cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência do controle societário das operadoras de planos privados de assistência à saúde;

II - fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao funcionamento dos planos privados de saúde;

III - aplicar as penalidades cabíveis às operadoras de planos privados de assistência à saúde previstas nesta Lei;

IV - estabelecer critérios gerais para o exercício de cargos diretivos das operadoras de planos privados de assistência à saúde, segundo normas definidas pelo CNSP;

V - proceder à liquidação das operadoras que tiverem cassada a autorização para funcionar no País;

VI - promover a alienação da carteira de planos ou seguros das operadoras.

§ 1º. A SUSEP contará, em sua estrutura organizacional, com setor específico para o tratamento das questões concernentes às operadoras referidas no art. 1º.

§ 2º. A SUSEP ouvirá o Ministério da Saúde para a apreciação de questões concernentes às coberturas, aos aspectos sanitários e epidemiológicos relativos à prestação de serviços médicos e hospitalares.

Art. 6º Fica criada a Câmara de Saúde Suplementar como órgão do Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP, com competência privativa para se pronunciar acerca das matérias de sua audiência obrigatória, previstas no art. 30, bem como propor a expedição de normas sobre:

I - regulamentação das atividades das operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde;

II - fixação de condições mínimas dos contratos relativos a planos e seguros privados de assistência à saúde;

III - critérios normativos em relação aos procedimentos de credenciamento e destituição de prestadores de serviço do sistema, visando assegurar o equilíbrio das relações entre os consumidores e os operadores de planos e seguros privados de assistência à saúde;

IV - estabelecimento de mecanismos de garantia, visando preservar a prestação de serviços aos consumidores;

V - o regimento interno da própria Câmara.

Art. 7º A Câmara de Saúde Suplementar é composta dos seguintes membros:

I - Ministro de Estado da Saúde, ou seu representante legal, na qualidade de presidente;

II - Ministro de Estado da Fazenda, ou seu representante legal;

III - Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social, ou seu representante legal;

IV - Ministro de Estado do Trabalho, ou seu representante legal;

V - Secretário Executivo do Ministério da Saúde, ou seu representante legal;

VI - Superintendente da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, ou seu representante legal;

VII - Secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça, ou seu representante legal;

VIII - um representante indicado pelo Conselho Nacional de Saúde - CNS, dentre seus membros;

IX - um representante de entidades de defesa do consumidor;

X - um representante de entidades de consumidores de planos e seguros privados de assistência à saúde;

XI - um representante indicado pelos órgãos superiores de classe que representem os estabelecimentos de seguro;

XII - um representante indicado pelos órgãos superiores de classe que representem o segmento de autogestão de assistência à saúde;

XIII - um representante indicado pelos órgãos superiores de classe que representem a medicina de grupo;

XIV - um representante indicado pelas entidades que representem as cooperativas de serviços médicos;

XV - um representante das entidades filantrópicas da área de saúde

XVI - um representante indicado pelas entidades nacionais de representação da categoria dos médicos;

XVII - um representante indicado pelas entidades nacionais de representação da categoria dos odontólogos;

XVIII - um representante indicado pelos órgãos superiores de classe que representem as empresas de odontologia de grupo;

XIX - um representante do Ministério Público Federal.

§ 1º As deliberações da Câmara dar-se-ão por maioria de votos, presente a maioria absoluta de seus membros, e as proposições aprovadas por dois terços de seus integrantes exigirão igual quorum para serem reformadas, no todo ou em parte, pelo CNSP.

§ 2º Em suas faltas e impedimentos, o presidente da Câmara será substituído pelo Secretário Executivo do Ministério da Saúde.

§ 3º A Câmara, mediante deliberação de seus membros, pode constituir subcomissões consultivas, formadas por representantes dos profissionais e dos estabelecimentos de serviços de saúde, das entidades vinculadas à assistência à saúde ou dos consumidores, conforme dispuser seu regimento interno.

§ 4º Os representantes de que tratam os incisos VIII a XVII serão indicados pelas respectivas, entidades e designados pelo Ministro de Estado da Saúde.

§ 5º As matérias definidas no art. 3º e em seus incisos, bem como as de competência da Câmara, têm prazo de trinta dias para discussão e votação, após o que poderão ser avocadas pelo CNSP para deliberação final.

Art. 8º Para obter a autorização de funcionamento a que alude o inciso I do art. 5º, as operadoras de planos privados de assistência à saúde devem satisfazer as seguintes exigências:

I - registro nos Conselhos Regionais de Medicina e odontologia, conforme o caso, em cumprimento ao disposto no art. 1º da Lei n.º 6.839, de 30 de outubro de 1980;

II - descrição pormenorizada dos serviços de saúde próprios oferecidos e daqueles a serem prestados por terceiros;

III - descrição de suas instalações e equipamentos destinados a prestação de serviços;

IV - especificação dos recursos humanos qualificados e habilitados, com responsabilidade técnica de acordo com as leis que regem a matéria;

V - demonstração da capacidade de atendimento em razão dos serviços a serem prestados;

VI - demonstração da viabilidade econômico-financeira dos planos privados de assistência à saúde oferecidos, respeitadas as peculiaridades operacionais de cada uma das respectivas operadoras;

VII - especificação da área geográfica coberta pelo plano privado de assistência à saúde.

Parágrafo único. São dispensadas do cumprimento das condições estabelecidas:

I - nos incisos I a V do **caput**, as operadoras de seguros privados a que alude o inciso II do § 1º do art. 1º;

II - nos incisos VI e VII do **caput**, as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência privada à saúde na modalidade de autogestão, definidas no § 2º do art. 1º.

Art. 9º As operadoras de planos privados de assistência à saúde só podem comercializar ou operar planos que tenham sido previamente protocolados na SUSEP, de acordo com as normas técnicas e gerais definidas pelo CNSP.

§ 1º. O protocolamento previsto no **caput** não exclui a responsabilidade da operadora pelo descumprimento das disposições desta Lei e dos respectivos regulamentos.

§ 2º. O número do certificado de registro da operadora, expedido pela SUSEP, deve constar dos instrumentos contratuais referentes aos planos ou seguros privados de assistência à saúde.

Art. 10. É instituído o plano ou seguro-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem ou centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças relacionadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:

I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental, assim definido pela autoridade competente;

II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim;

III - inseminação artificial;

IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética;

V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados;

VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar;

VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico, observado o disposto no § 1º deste artigo;

VIII - procedimentos odontológicos, salvo o conjunto de serviços voltados à prevenção e manutenção básica da saúde dentária, assim compreendidos a pesquisa, o tratamento e a remoção de focos de infecção dentária, profilaxia de cárie dentária, cirurgia e traumatologia bucomaxilar;

IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes;

X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente;

§ 1º. As exceções constantes dos incisos VII e VIII podem ser a qualquer tempo revistas e atualizadas pelo CNSP, permanentemente, mediante a devida análise técnico-atuarial.

§ 2º. As operadoras definidas nos incisos I e II do § 1º do art. 1º oferecerão, obrigatoriamente, o plano ou seguro-referência de que trata este artigo a todos os seus atuais e futuros consumidores.

§ 3º. Excluem-se da obrigatoriedade a que se refere o § 2º deste artigo as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde pela modalidade de autogestão.

Art. 11. É vedada a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação dos planos ou seguros de que trata esta Lei após vinte e quatro meses de vigência do aludido instrumento contratual, cabendo à respectiva operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor.

Art. 12. Ficam facultadas a oferta, a contratação e a vigência de planos ou seguros privados de assistência à saúde que contenham redução ou extensão da cobertura assistencial

e do padrão de conforto de internação hospitalar, em relação ao plano referência definido no art. 10, desde que observadas as seguintes exigências mínimas:

I - quando incluir atendimento ambulatorial:

a) cobertura de consultas médicas, em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina;

b) cobertura de serviços de apoio diagnóstico e tratamento e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente;

II - quando incluir internação hospitalar:

a) cobertura de internações hospitalares, vedada a limitação de prazo, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina, admitindo-se a exclusão dos procedimentos obstétricos;

b) cobertura de internações hospitalares em centro de terapia intensiva, ou similar, vedada a limitação de prazo, a critério do médico assistente;

c) cobertura de despesas referentes a honorários médicos, serviços gerais de enfermagem e alimentação;

d) cobertura de exames complementares indispensáveis para o controle da evolução da doença e elucidação diagnóstica, fornecimento de medicamentos, anestésicos, oxigênio, transfusões e sessões de quimioterapia e radioterapia, conforme prescrição do médico assistente, realizados ou ministrados durante o período de internação hospitalar;

e) cobertura de taxa de sala de cirurgia, incluindo materiais utilizados, assim como da remoção do paciente, comprovadamente necessária, para outro estabelecimento hospitalar, em território brasileiro, dentro dos limites de abrangência geográfica previstos no contrato;

f) cobertura de despesas de acompanhante, no caso de pacientes menores de dezoito anos;

III - quando incluir atendimento obstétrico:

a) cobertura assistencial ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, ou de seu dependente, durante os primeiros trinta dias após o parto;

b) inscrição assegurada ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, no plano ou seguro como dependente, isento do cumprimento dos períodos de carência, desde que a inscrição ocorra no prazo máximo de trinta dias do nascimento;

IV - quando incluir atendimento odontológico:

a) cobertura de consultas e exames auxiliares ou complementares, solicitados pelo odontólogo assistente;

b) cobertura de procedimentos preventivos, de dentística e endodontia;

c) cobertura de cirurgias orais menores, assim consideradas as realizadas em ambiente ambulatorial e sem anestesia geral;

V - quando fixar períodos de carência:

a) prazo máximo de trezentos dias para partos a termo;

b) prazo máximo de cento e oitenta dias para os demais casos;

VI - reembolso, nos limites das obrigações contratuais, das despesas efetuadas pelo beneficiário, titular ou dependente, com assistência à saúde, em casos de urgência ou emergência, quando não for possível a utilização de serviços próprios, contratados ou credenciados pelas operadoras definidas no art. 1º, de acordo com a relação de preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo plano, pagáveis no prazo máximo de trinta dias após a entrega à operadora da documentação adequada;

VII - inscrição de filho adotivo, menor de doze anos de idade, aproveitando os períodos de carência já cumpridos pelo consumidor adotante.

§ 1º. Dos contratos de planos e seguros de assistência à saúde com redução da cobertura prevista no plano ou seguro-referência, mencionado no art. 10, deve constar:

I - declaração em separado do consumidor contratante de que tem conhecimento da existência e disponibilidade do aludido plano ou seguro e de que este lhe foi oferecido;

II - a cobertura às doenças constantes na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial da Saúde.

§ 2º. É obrigatória cobertura do atendimento nos casos:

I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente;

II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional.

§ 3º. Nas hipóteses previstas no parágrafo anterior, é vedado o estabelecimento de carências superiores a três dias úteis.

Art. 13. Os contratos de planos e seguros privados de assistência à saúde 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. Aos planos ou seguros individuais ou familiares, aplicam-se as seguintes disposições:

I - o prazo mínimo de vigência contratual de um ano;

II - são vedadas:

a) a recontagem de carências;

b) a suspensão do contrato e a denúncia unilateral, salvo por fraude ou não pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, a cada ano de vigência do contrato;

c) a denúncia unilateral durante a ocorrência de internação do titular.

Art. 14. Em razão da idade do consumidor, ou da condição de pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de planos ou seguros privados de assistência à saúde.

Art. 15. É facultada a variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de planos e seguros de que trata esta Lei em razão da idade do consumidor, desde que sejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas, conforme critérios e parâmetros gerais fixados pelo CNSP.

Parágrafo único. É vedada a variação a que alude o caput para consumidores com mais de sessenta anos de idade, se já participarem do mesmo plano ou seguro, ou sucessor. há mais de dez anos.

Art. 16. Dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos planos e seguros tratados nesta Lei devem constar dispositivos que indiquem com clareza:

I - as condições de admissão;

II - o início da vigência;

III - os períodos de carência para consultas, internações, procedimentos e exames;

IV - as faixas etárias e os percentuais a que alude o caput do art. 15;

V - as condições de perda da qualidade de beneficiário ou segurado;

VI - os eventos cobertos e excluídos;

VII - as modalidades do plano ou seguro:

a) individual;

b) familiar; ou

c) coletivo;

VIII - a franquia, os limites financeiros ou o percentual de co-participação do consumidor, contratualmente previstos nas despesas com assistência médica, hospitalar e odontológica;

IX - os bônus, os descontos ou os agravamentos da contraprestação pecuniária;

X - a área geográfica de abrangência do plano ou seguro;

XI - os critérios de reajuste e revisão das contraprestações pecuniárias.

§ 1º. A todo consumidor titular de plano individual ou familiar será obrigatoriamente entregue, quando de sua inscrição, cópia do contrato, do regulamento ou das condições gerais do plano ou seguro privado de assistência à saúde, além de material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, todas as suas características, direitos e obrigações.

§ 2º. A validade dos documentos a que alude o caput condiciona-se à aposição da rubrica do consumidor ao lado de cada um dos dispositivos indicados nos incisos I a XI deste artigo.

Art. 17. A inclusão como contratados ou credenciados dos planos privados de assistência à saúde, de qualquer hospital, casa de saúde, clínica, laboratório ou entidade correlata ou assemelhada de assistência à saúde implica compromisso para com os consumidores quanto à sua manutenção ao longo da vigência dos contratos.

§ 1º. É facultada a substituição do contratado ou credenciado a que se refere o caput, desde que por outro equivalente e mediante comunicação aos consumidores com trinta dias de antecedência.

§ 2º. Na hipótese de a substituição a que se refere o parágrafo anterior ocorrer durante internação do consumidor, o estabelecimento obriga-se a mantê-lo internado e a operadora obriga-se ao pagamento das despesas até a alta hospitalar, a critério médico, na forma do contrato.

Art. 18. A aceitação, por parte de qualquer prestador de serviço ou profissional de saúde, da condição de contratado ou credenciado de uma operadora de planos ou seguros privados de assistência à saúde, impõe-lhe as seguintes obrigações e direitos:

I - o consumidor de determinada operadora, em nenhuma hipótese e sob nenhum pretexto ou alegação, pode ser discriminado ou atendido de forma distinta daquela dispensada aos clientes vinculados a outra operadora ou plano;

II - a marcação de consultas, exames e quaisquer outros procedimentos deve ser feita de forma a atender às necessidades dos consumidores, privilegiando os casos de emergência ou urgência, assim como as pessoas com mais de sessenta e cinco anos de idade, as gestantes, lactantes, lactentes e crianças até cinco anos;

III - a manutenção de relacionamento de contratação ou credenciamento com quantas operadoras de planos ou seguros privados de assistência à saúde desejar, sendo expressamente vedado impor contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional.

Art. 19. As pessoas jurídicas que, na data de vigência desta Lei, já atuavam como operadoras de planos ou seguros privados de assistência à saúde terão o prazo de cento e oitenta dias, contados da expedição das normas pelo CNSP, para requererem a sua autorização de funcionamento.

Parágrafo único. O não cumprimento do disposto no caput deste artigo implica o pagamento de multa diária fixada pelo CNSP e aplicada pela SUSEP às operadoras de planos e seguros de que trata esta Lei.

Art. 20. As operadoras de planos ou seguros de que trata esta Lei são obrigadas a fornecer periodicamente ao Ministério da Saúde e à SUSEP informações e estatísticas, incluídas as de natureza cadastral, que permitam a identificação de seus consumidores, e de seus dependentes, consistentes de seus nomes, inscrições no Cadastro de Pessoas Físicas dos titulares e municípios onde residem, para fins do disposto no art. 32.

Parágrafo único. Os servidores da SUSEP, no exercício de suas atividades, têm livre acesso às operadoras de planos privados de assistência à saúde, podendo requisitar e apreender livros, notas técnicas, processos e documentos, caracterizando-se como embaraço à fiscalização, sujeito às penas previstas na lei, qualquer dificuldade oposta à consecução desse objetivo.

Art. 21. É vedado às operadoras de planos privados de assistência à saúde realizar quaisquer operações financeiras:

I - com seus diretores e membros dos conselhos administrativos, consultivos, fiscais ou assemelhados, bem como com os respectivos cônjuges e parentes até o segundo grau, inclusive;

II - com empresa de que participem as pessoas a que se refere o inciso anterior, desde que estas sejam, em conjunto ou isoladamente, consideradas como controladora da empresa.

Art. 22. As operadoras de planos privados de assistência à saúde submeterão suas contas a auditores independentes, registrados no respectivo Conselho Regional de Contabilidade e na Comissão de Valores Mobiliários - CVM, publicando, anualmente, o parecer respectivo, juntamente com as demonstrações financeiras determinadas pela Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

Parágrafo único. A auditoria independente também poderá ser exigida quanto aos cálculos atuariais, elaborados segundo normas definidas pelo CNSP.

Art. 23. As operadoras de planos privados de assistência à saúde não podem requerer concordata e não estão sujeitas a falência, mas tão-somente ao regime de liquidação extrajudicial, previsto no Decreto-lei n.º 73, de 21 de novembro de 1966.

Art. 24. Sempre que ocorrer insuficiência nas garantias a que alude o inciso VII do art. 3º. ou anormalidades econômico-financeiras ou administrativas graves, em qualquer operadora de planos privados de assistência à saúde, a SUSEP poderá nomear, por prazo não superior a cento e oitenta dias, um diretor-fiscal com as atribuições que serão fixadas de acordo com as normas baixadas pelo CNSP.

§ 1º. O descumprimento das determinações do diretor-fiscal por administradores, conselheiros ou empregados da operadora de planos privados de assistência à saúde acarretará o imediato afastamento do infrator, sem prejuízo das sanções penais cabíveis, assegurado o direito ao contraditório, sem efeito suspensivo, para o CNSP.

§ 2º. Os administradores da operadora que se encontrar em regime de direção fiscal são suspensos do exercício de suas funções a partir do momento em que for instaurado processo-crime por atos ou fatos relativos à respectiva gestão, perdendo imediatamente o cargo na hipótese de condenação judicial transitada em julgado.

§ 3º. No prazo que lhe for designado, o diretor-fiscal procederá à análise da organização administrativa e da situação econômico-financeira da operadora e proporá à SUSEP as medidas cabíveis conforme previsto nesta Lei.

§ 4º. O diretor-fiscal poderá propor a transformação do regime de direção em liquidação extrajudicial.

§ 5º. No caso de não surtirem efeitos as medidas especiais para recuperação econômico-financeira, a SUSEP promoverá, no prazo máximo de noventa dias, a alienação por leilão da carteira das operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde.

Art. 25. As infrações dos dispositivos desta Lei sujeitam a operadora de planos ou seguros privados de assistência à saúde, seus administradores, membros de conselhos administrativos, deliberativos, consultivos, fiscais e assemelhados às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente:

I - advertência;

II - multa pecuniária;

III - suspensão do exercício do cargo;

IV - inabilitação temporária para exercício de cargos em operadoras de planos ou seguros de assistência à saúde;

V - inabilitação permanente para exercício de cargos de direção ou em conselhos das operadoras a que se refere esta Lei, bem como em entidades de previdência privada, sociedades seguradoras, corretoras de seguros e instituições financeiras.

Art. 26. Os administradores e membros dos conselhos administrativos, deliberativos, consultivos, fiscais e assemelhados das operadoras de que trata esta Lei respondem solidariamente pelos prejuízos causados a terceiros, inclusive aos acionistas, cotistas, cooperados e consumidores, conforme o caso, em consequência do descumprimento de leis,

normas e instruções referentes às operações previstas na legislação e, em especial, pela falta de constituição e cobertura das garantias obrigatórias referidas no inciso VII do art. 3º.

Art. 27. As multas serão fixadas pelo CNSP e aplicadas pela SUSEP, em função da gravidade da infração, até o limite de R\$ 50. 000, 00 (cinquenta mil reais), ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 19 desta Lei.

Parágrafo único. As multas constituir-se-ão em receitas da SUSEP.

Art. 28. Das decisões da SUSEP caberá recurso ao CNSP, no prazo de quinze dias, contados a partir do recebimento da intimação.

Art. 29. As infrações serão apuradas mediante processo administrativo que tenha por base o auto de infração, a representação ou a denúncia positiva dos fatos irregulares, cabendo ao CNSP dispor sobre normas para instauração, recursos e seus efeitos, instâncias, prazos, perempção e outros atos processuais, assegurando-se à parte contrária amplo direito de defesa e ao contraditório.

Art. 30. Ao consumidor que contribuir para plano ou seguro privado coletivo de assistência à saúde, decorrente de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, é assegurado o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma também o pagamento da parcela anteriormente de responsabilidade patronal.

§ 1º. O período de manutenção da condição de beneficiário a que se refere o caput será de um terço do tempo de permanência no plano ou seguro, ou sucessor, com um mínimo assegurado de seis meses e um máximo de vinte e quatro meses.

§ 2º. A manutenção de que trata este artigo é extensiva, obrigatoriamente, a todo o grupo familiar inscrito quando da vigência do contrato de trabalho.

§ 3º. Em caso de morte do titular, o direito de permanência é assegurado aos dependentes cobertos pelo plano ou seguro privado coletivo de assistência à saúde, nos termos do disposto neste artigo.

§ 4º. O direito assegurado neste artigo não exclui vantagens obtidas pelos empregados decorrentes de negociações coletivas de trabalho.

Art. 31. Ao aposentado que contribuir para plano ou seguro coletivo de assistência à saúde, decorrente de vínculo empregatício, pelo prazo mínimo de dez anos, é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, nas mesmas condições de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o pagamento integral do mesmo.

§ 1º. Ao aposentado que contribuir para plano ou seguro coletivos de assistência à saúde por período inferior ao estabelecido no caput é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, à razão de um ano para cada ano de contribuição, desde que assuma o pagamento integral do mesmo.

§ 2º. Cálculos periódicos para ajustes técnicos atuariais das mensalidades dos planos ou seguros coletivos considerarão todos os beneficiários neles incluídos, sejam eles ativos ou aposentados.

§ 3º. Para gozo do direito assegurado neste artigo, observar-se-ão as mesmas condições estabelecidas nos §§ 2º e 4º do art. 30.

Art. 32. Serão ressarcidos pelas operadoras a que alude o art. 1º os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS.

§ 1º. O ressarcimento a que se refere o caput será efetuado pelas operadoras diretamente à entidade prestadora de serviços, quando esta possuir personalidade jurídica própria, ou ao Sistema único de Saúde - SUS, nos demais casos, mediante tabela a ser aprovada pelo CNSP, cujos valores não serão inferiores aos praticados pelo SUS e não superiores aos praticados pelos planos e seguros.

§ 2º. Para a efetivação do ressarcimento, a entidade prestadora ou o SUS, por intermédio do Ministério da Saúde, conforme o caso, enviará à operadora a discriminação dos procedimentos realizados para cada consumidor.

§ 3º. A operadora efetuará o ressarcimento até o trigésimo dia após a apresentação da fatura, creditando os valores correspondentes à entidade prestadora ou ao Fundo Nacional de Saúde, conforme o caso.

§ 4º. O CNSP, ouvida a Câmara de Saúde Suplementar, fixará normas aplicáveis aos processos de glosa dos procedimentos encaminhados conforme previsto no § 2º deste artigo.

Art. 33. Havendo indisponibilidade de leito hospitalar nos estabelecimentos próprios ou credenciados pelo plano, é garantido ao consumidor o acesso a acomodação, em nível superior, sem ônus adicional.

Art. 34. As entidades que executam outras atividades além das abrangidas por esta Lei podem constituir pessoas jurídicas independentes, com ou sem fins lucrativos, especificamente para operar planos de assistência à saúde, na forma da legislação em vigor e em especial desta Lei e de seus regulamentos.

Art. 35. Aplicam-se as disposições desta Lei a todos os contratos celebrados a partir de sua vigência, assegurada ao consumidor com contrato já em curso a possibilidade de optar pelo sistema previsto nesta Lei.

§ 1º. No prazo de até noventa dias a partir da obtenção da autorização de funcionamento prevista no art. 19, as operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde adaptarão aos termos desta legislação todos os contratos celebrados com seus consumidores.

§ 2º. A adaptação dos contratos a que se refere o § 1º deste artigo não implica prejuízo ao consumidor no que concerne à contagem dos períodos de carência, dos prazos para atendimento de doenças preexistentes e dos prazos de aquisição dos benefícios previstos nos arts. 30 e 31 desta Lei, observados os limites de cobertura previstos no contrato original.

Art. 36. Esta Lei entra em vigor noventa dias após a data de sua publicação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Pedro. O contrato de seguro. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

ANAIS. VI Fórum Jurídico do Seguro Privado. RJ: Editora do Sindicato das Empresas de Seguros Privados e Capitalização no Estado do Rio de Janeiro, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988, 7º Volume, São Paulo: Saraiva, 1990.

BIERRENGACH, Júlio de Albuquerque. A quem interessa a destruição do sistema privado de saúde, *in* Cadernos de Seguro nº 88, jan/fev 1998, Editora da Funenseg.

BITTAR, Carlos Alberto. Os Contratos de Adesão e o Sancionamento de Cláusulas Abusivas, *in* RT 648.

BITTAR, Carlos Alberto – coord. Os Contratos de Adesão e o Controle de Cláusulas Abusivas. São Paulo: Saraiva, 1991.

CATA PRETA, Horácio. Apostila de Curso de Pós-Graduação Auditoria em Saúde – Gerenciamento em Saúde, 2001.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Conferências do 5º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor. O Direito do Consumidor no Limiar do Século XXI, *in* Revista de Direito do Consumidor nº 35.

COELHO, Fábio Ulhoa. A Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Contratos de Seguro, *in* 1º Fórum de Direito do Seguro, coord. José Sollero Filho. São Paulo: Max Limonad, 2001.

DIAS, Hélio Pereira. A Responsabilidade pela Saúde. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Anais. VI Fórum Jurídico do Seguro Privado, Rio de Janeiro, 1997.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

DINIZ, Maria Helena. Tratado Teórico e Prático dos Contratos, vol. 2, São Paulo: Saraiva, 1996.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Fonte Universitária, 1998.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Cláusulas Abusivas nos Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONTIJO JÚNIOR, Ivan. Contratos de Seguro e Liberdade Contratual. Anais do II Fórum Jurídico de Direito Econômico.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. Dano Moral. 3ª edição, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

KARAM, Munir. Anais do VII Fórum Jurídico do Seguro Privado. Itapema – SC: Editora Reproarte, 1997.

KARAM, Munir. Da boa-fé no contrato de seguro, *in* Cadernos de Seguro nº 108, julho/agosto 2001, Editora da Funenseg.

KELLER, Cleverson Bastos Vicente. Introdução à Metodologia Científica, 8ª ed., Petrópolis – RJ: Editora Vozes, 1996.

KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil do Médico, 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas. São Paulo: Saraiva, 1991.

LOPES, José Reinaldo de Lima – coordenador. Planos de Saúde e Consumidor. Relatório de Pesquisa Brasilcon – Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, *in* Revista de Direito do Consumidor nº 28.

- LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil, Vol. II, 6ª ed., Rio de Janeiro: Editora Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1995.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme de Andrade V. Seguro Saúde (Lei 9.656/98): comentários, doutrina e jurisprudência. São Paulo: LEJUS, 2000.
- MANDELBAUM, Renata. Contratos de Adesão e Contratos de Consumo (Biblioteca de Direito do Consumidor – vol. 09). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- MARENSI, Voltaire. O Código de Consumidor e o Seguro, *in* Revista dos Tribunais nº 671, de setembro de 1991.
- MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Saúde e Responsabilidade. São Paulo: RT, 1999.
- MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais (Biblioteca de Direito do Consumidor – vol. 01), 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, parte especial, t. 45.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva, 2000.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Comentários à Lei de Plano e Seguro Saúde (Lei nº 9.656, de 3-6-1998), São Paulo: Saraiva, 1999.
- PAGNOZZI, Flávia Reis. Seguro Saúde: Chamada à Mobilização, *in* Cadernos de Seguro nº 96, jan/fev 2000, Editora da Funenseg.
- PASQUALOTTO, Adalberto. A Regulamentação dos Planos e Seguros de Assistência à Saúde, *in* Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- PEREIRA, Rui C. Nunes. Notas sobre Direito dos Seguros Privados.
- RAMOS, Severino Garcia. A Base Atuarial dos Planos de Saúde, *in* Revista do IRB – Instituto de Resseguros do Brasil nº 287, abril/jun 1997.

- REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. O Seguro Saúde como “contrato cativo de longa duração”: aspectos do reajuste das mensalidades e ao direito de rescisão, *Repertório IOB de Jurisprudência*, 2ª quinzena de maio/98, caderno 3.
- REIS, Nelson Santiago. O Consumidor e os Seguros ou Planos de Saúde, *in* <http://www.geocities.com>.
- ROCHA, Julio César de Sá. Direito da Saúde – Direito Sanitário na Perspectiva dos Interesses Difusos e Coletivos. São Paulo: LTR, 1999.
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Tipos de Planos e Coberturas na Lei 9.656/98, *in* Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- SABATOVSKI, Emilio e FONTOURA, Iara P. (Organiz.). Planos e Seguros de Assistência à Saúde, 2ª ed., Curitiba: Juruá, 1999.
- SANTOS, Ricardo Bechara. Direito de seguro no cotidiano. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- STIGLITZ, Ruben S. El Contrato de Seguro como Contrato por Adhesión. Cláusulas Abusivas. Control, *in* 1º Fórum de Direito do Seguro, coord. José Sollero Filho. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- STOCO, Rui. Responsabilidade Civil dos Profissionais Liberais e dos Prestadores de Serviços. Tribuna da Magistratura, Cadernos de Doutrina, 1996.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Dano Moral. 3ª ed., São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.
- WALD, Arnoldo. Obrigações e Contratos. São Paulo: RT, 1994, p. 358.
- ZANELATO, Marco Antônio. Cláusulas abusivas em contratos de planos e seguros privados de assistência à saúde, *in* Revista de Direito do Consumidor nº 30, abril/jun 1999, São Paulo.

ZIMARIOFF, Edgard Martinez. I Seminário Ibero-Americano de Direitos dos Consumidores. Las Cláusulas Abusivas que afectan al consumidor. CIYCC Programa Universidad Abierta, 1999.