

BREVES REFLEXÕES SOBRE A INTERVENÇÃO ESTATAL NOS CONTRATOS PRIVADOS DE PLANO DE SAÚDE*

Maurício Andere von Bruck Lacerda¹

Resumo: O objetivo deste trabalho é analisar alguns aspectos relacionados à autonomia privada no âmbito dos contratos privados de plano de saúde. Partindo de uma abordagem evolutiva do ambiente contratual em geral, o estudo se desenvolve no sentido de fixar as bases constitucionais, legais e regulatórias sobre as quais são celebrados tais contratos, com o fim precípua de possibilitar maiores reflexões acerca das particularidades de caráter subjetivo e objetivo que os envolvem e proporcionar soluções jurídicas mais atentas às repercussões econômicas e sociais que delas emanam, de forma a promover um maior equilíbrio entre os sujeitos envolvidos nessa complexa relação.

INTRODUÇÃO



objeto do presente estudo é proporcionar uma reflexão acerca da abordagem conferida aos contratos privados de planos de saúde na realidade brasileira, em especial no que se refere à relativização da autonomia privada decorrente da intervenção estatal em momentos distintos da relação, nomeadamente nas fases antecedente e sucessiva da contração.

* Anteriormente publicado na “Revista de Direito da Saúde Suplementar. São Paulo: Quartier Latin, 2017, Ano 1, nº 1. ISBN: 85-7674-893-2, p. 9-31.

¹ Professor de direito civil e empresarial em cursos de graduação e de pós-graduação em Direito. Mestre em ciências jurídico-empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal). Doutorando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Advogado (Advocacia Von Bruck Lacerda) e membro do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP).

Procede-se, assim, a uma breve contextualização histórica sobre a evolução do tratamento conferido aos contratos – com destaque especial para o elemento volitivo – na realidade jurídica brasileira, traçando, em seguida, um breve panorama dos fatores históricos e axiológicos que influenciaram a relativização dos princípios contratuais tradicionais ao longo do último século, com o escopo de delimitar o ambiente no qual se encontram inseridos os referidos contratos privados de plano de saúde e os princípios jurídicos a eles aplicados.

Em seguida, diante da relevância social relacionada aos referidos contratos – inclusive como mecanismo complementar de implantação de políticas públicas na área da saúde – são explorados os fundamentos constitucionais que norteiam a atuação dos agentes econômicos privados em referido setor, traçando um panorama do regime normativo e regulatório a que estão sujeitos, tomando por base alguns marcos históricos relevantes que permitem melhor compreender as opções adotadas pelo Estado brasileiro nas últimas décadas, bem como identificar algumas das causas geradoras dos problemas que afetam referidas relações.

Estabelecidas tais bases, são analisadas, num primeiro momento, algumas particularidades de caráter subjetivo relacionadas a tais contratos, tomando por base a doutrina e o tratamento conferido pelos tribunais pátrios – com destaque para a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ)² – no tocante aos critérios para aplicação, ou não, dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor às referidas relações.

No momento seguinte, promovem-se reflexões acerca dos fatores de ordem objetiva que interferem nestes contratos. Não obstante se parta da constatação de se tratarem de inequívocos contratos de adesão sujeitos, em regra, à disciplina

² Embora sejam apresentados alguns posicionamento de tribunais estaduais, com destaque para o tribunal paulista, optou-se por focar a pesquisa jurisprudencial perante o Superior Tribunal de Justiça, por se tratar do órgão do poder judiciário responsável pela uniformização da interpretação das leis federais em âmbito nacional.

consumerista, reflete-se acerca do grau de intervenção *ex ante* estabelecido pelo órgão regulador – na prévia e quase exaustiva definição do conteúdo do clausulado contratual – e as consequentes limitações impostas aos agentes econômicos que atuam na área. Nesse sentido, obtempera-se sobre os critérios adotados pelo intérprete (*ex post*) por ocasião da instauração de um conflito concreto de interesses, com o objetivo de possibilitar que a solução do litígio pondere os elementos de natureza jurídica, social e econômica, capaz de melhor conciliar os legítimos interesses envolvidos, de forma a evitar consequências indesejadas por todos aqueles que gravitam em referido ambiente.

1. DA AUTONOMIA DA VONTADE À AUTONOMIA PRIVADA E SUA RELEVÂNCIA NO UNIVERSO CONTRATUAL

A vontade é o elemento impulsionador da atuação humana no universo das mais variadas relações jurídicas³. Referida constatação importa, naturalmente, ao estudo do contrato, o qual se caracteriza como principal instrumento de circulação de interesses entre duas ou mais pessoas, em razão da sua natureza de negócio jurídico bilateral⁴.

No campo negocial, apesar das divergências doutrinárias acerca de tratar-se, ou não⁵, de elemento de existência do

³ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 2, “*Relação jurídica – stricto sensu – vem a ser unicamente a relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjectivo e a correspondente imposição a outra pessoa de um dever ou de uma sujeição.*”

⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 4, “*(...) o contrato é uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na formação, por exigir a presença pelo menos de duas partes. Contrato é, portanto, negócio jurídico bilateral, ou plurilateral.*”

⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 82, “*(...) a vontade não é elemento do negócio jurídico; o negócio é somente a declaração de vontade. Cronologicamente, ele surge, nasce, por ocasião da declaração; sua existência começa nesse momento; todo*

negócio jurídico – juntamente com a(s) parte(s), o objeto e a forma – o estudo do elemento volitivo, bem como do seu adequado enquadramento e da sua repercussão no universo contratual envolve relevantes discussões, capazes de afetar a formação e os efeitos dos variados contratos celebrados na realidade jurídica brasileira.

Sendo assim, antes de ingressarmos na análise dos aspectos específicos relacionados aos contratos privados de plano de saúde – o qual se enquadra no âmbito das relações jurídicas de direito privado – impõe-se uma breve reflexão acerca do tratamento conferido pelo ordenamento jurídico brasileiro ao elemento volitivo e o seu papel na disciplina contratual, mediante uma necessária contextualização histórica, baseada nos principais marcos legais relacionados ao tema.

A disciplina jurídica dos contratos na realidade brasileira tem como marco normativo inicial mais relevante o código civil de 1916. Assim como ocorreu na maioria das realidades jurídicas do mundo ocidental, o direito privado brasileiro à época sofreu os influxos do *Code* francês de 1804, cujos valores e regras representaram o principal marco do denominado fenômeno da codificação nos sistemas jurídicos da família romano-germânica ao longo dos séculos XIX e da primeira metade XX.

Reflexo de uma matriz liberal e positivista⁶, pós-revolução francesa, referido modelo foca a tutela de interesses individuais, os quais, no campo contratual, se traduzem pelos princípios – antes absolutos – da “autonomia da vontade” dos

processo volitivo anterior não faz parte dele; o negócio todo consiste na declaração. (...) O fato de ela poder vir a influenciar a validade ou a eficácia do negócio não a transforma em parte dele.”

⁶ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 19, “A noção de contrato, como expressão da liberdade contratual ou da autonomia privada, foi desenvolvida no contexto histórico preciso do Estado moderno, mais precisamente na fase do Estado liberal. Seu ápice coincidiria com o predomínio do capitalismo industrial da segunda metade do século XIX, quando se elaborou a teoria do negócio jurídico e se consagrou a ideia de autonomia privada como princípio fundamental do direito privado”.

contratantes, da “força obrigatória” dos contratos e da “relatividade de seus efeitos”. Como pressupostos de referido modelo, os contratantes, “livres” e “iguais”, ostentam grau elevado de autonomia para celebrarem contratos, definindo se e com quem contratar, bem como o teor da contratação, cujo clausulado, de caráter obrigatório, emana efeitos apenas entre os contratantes, traduzindo a máxima do “*pacta sunt servanda*”. Em contraposição ao sistema anterior, adotado pelos estados absolutistas – nos quais o governante concentrava poderes e, inclusive, exercia maior interferência nas relações privadas⁷ – passa a prevalecer, no campo contratual, a ideia de ingerência estatal mínima nos contratos entre particulares e sempre como consequência da aplicação lei. Tal modelo, denominado por muitos como “Estado Liberal de Direito”⁸ – que melhor atendia aos interesses da classe econômica dominante – prevaleceu, sem alterações significativas, até o início do século XX.

No referido contexto, contudo, as modificações socioeconômicas vivenciadas na realidade brasileira no último século influenciaram significativas alterações em tal cenário. O crescimento vertiginoso da população brasileira⁹; a mudança da matriz

⁷ AMARAL, Francisco. *Direito Civil Introdução*. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p.167 “Com a Revolução Francesa, e tendo como antecedentes imediatos o Bill of Rights de 1689, a Declaração de Direitos e Virginia (EUA) de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, o Estado absoluto substitui-se pelo Estado liberal (...) a grande contribuição do Estado Moderno ao direito, principalmente do Estado liberal, é a racionalização da vida jurídica, com a adoção da ideia de sistema e o desenvolvimento do pensamento sistemático, do que os maiores exemplos foram os códigos e as constituições do séc. XIX, e ainda o princípio da subjetividade jurídica que estabelece o indivíduo como causa e razão final da esfera jurídica privada.”

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 114, “Na origem, como é sabido, o Estado de Direito era um conceito tipicamente liberal, e constituía uma das garantias das constituições burguesas. (...) tinha como objetivo fundamental assegurar o princípio da legalidade.”

⁹ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, Estatísticas do Século XX, “Entre 1901 e 2000, a população brasileira saltou de 17,4 para 169,6 milhões de pessoas”, disponível em:

econômica rural e de natureza primária – baseada em modelo monocultor de produtos não industrializados, empreendido por grandes proprietários de terras, que se valiam da exploração do trabalho humano – para um modelo urbano e industrial, de natureza secundária e terciária, com o fortalecimento do trabalho formal e a inserção destes no cenário econômico¹⁰; a emancipação da mulher, que, tendo sua capacidade civil juridicamente equiparada à do homem passa a integrar o mercado de trabalho e, conseqüentemente, a participar ativamente da vida econômica¹¹; a prevalência do sistema econômico capitalista, baseado na economia de livre mercado e nos pressupostos da livre iniciativa, da valorização do trabalho humano e da tutela da propriedade privada, intensificando, na nossa realidade, fenômenos como a “produção em série” e a massificação das relações humanas por intermédio dos contratos de consumo, são apenas alguns exemplos dos fatores que inspiram as transformações sociais e conseqüentemente legislativas ocorridas nas últimas décadas, fundadas em novos valores e princípios sociais e jurídicos.

Consoante se constata, o contrato – como principal mecanismo social e jurídico de concretização e facilitação de trocas entre os membros de uma sociedade – não passou incólume por tal evolução. Pelo contrário; é possível afirmar tratar-se de um dos mais importantes elementos balizadores para a análise de referida evolução jurídica. Assim, o estudo aprofundado de suas características é indispensável para avaliar-se não apenas os avanços e retrocessos capazes de afetar as relações intersubjetivas, mas principalmente para diagnosticar as causas e, por

<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/29092003estatisticasecxhtml.shtm>

¹⁰ Registra-se a existência de diversos marcos legais importantes representativos de tal transição tanto no âmbito das relações civis, quanto em outras áreas, com destaque para os seguintes: Consolidação das Leis Trabalhistas (1942), Lei da Incorporação Imobiliária (Lei 4.591/1964.); Lei do Divórcio (Lei Nº 6.515/1977); Lei do Parcelamento do solo urbano (Lei 6.766/79), entre outros.

¹¹ Destaque, nesse sentido, para o advento da Lei 4.121/1962, que implantou o denominado “Estatuto da Mulher Casada”.

consequência, melhor orientar os reflexos sociais e econômicos de referido processo.

Diante de referido panorama, a tutela de interesses de natureza individual – inclusive no ambiente contratual – cede espaço para a proteção de interesses coletivos, com fundamento em valores sociais. Embora se reconheça a necessidade de proteção e satisfação de interesses de caráter pessoal, verifica-se que os indivíduos, nas relações que estabelecem com outros indivíduos, pertencem, frequentemente, a coletividades. Ou seja, não obstante se constate que tais coletividades se constituem por “pessoas” e a tutela dos interesses humanos seja, sem dúvidas, o fim maior do Direito, sob uma perspectiva social e jurídica mostra-se mais pertinente o reconhecimento e a tutela coletiva de seus interesses nas mais variadas relações jurídicas das quais participam.

Isso decorre, especialmente, da verificação de que em variadas relações cotidianas os sujeitos que compõem polos opostos não se encontram em situação de concreta igualdade, pois não ostentam o mesmo poderio jurídico, econômico e social necessários a fazer refletir no contrato a sua vontade e a tutela satisfatória de seus interesses. As constatações, portanto, de que as partes nem sempre manifestam nível similar de informação e conhecimento quanto ao objeto da relação jurídica que estabelecem; bem como não detêm o mesmo poderio técnico para elaborar, de forma paritária, o conteúdo da contratação e interferirem na definição das suas consequências, geram distorções capazes de provocar situações injustas.

Nessa seara, perdem espaço os grandes sistemas codificados – os quais já não se mostram plenamente aptos a regular todas as relações jurídicas de caráter privado – e ganham relevo os denominados “microsistemas normativos”¹² destinados a

¹² Com destaque especial, no que tange ao objeto deste estudo, para o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), sem prejuízo de outros como, por exemplo, o decorrente da Lei 8.245/91 (Lei de Locações de Imóveis Urbanos).

disciplinar as relações contratuais em ambientes específicos, nos quais se contrapõem, por exemplo, os interesses de “locadores-locatários”, “fornecedores-consumidores”, “estipulantes-aderentes”, “empregadores-empregados”, entre outros. Como consequência, são relativizados os princípios contratuais tradicionais supramencionados, operando-se o que se denominou por “superação do dogma da vontade”¹³ e a substituição da autonomia da “vontade” pelo princípio da autonomia “privada”, reconhecendo-se a importância da vontade como elemento impulsor do “poder de autorregramento de interesses privados”, em detrimento da tutela absoluta e da maximização dos interesses egoísticos de cada uma das partes que a manifesta¹⁴. Ainda como reflexo dessa nova “roupagem” contratual, passa-se a admitir uma interferência maior do Estado – por intermédio da lei ou do juiz – nas relações privadas, relativizando o conteúdo e o caráter obrigatório das regras contratuais e admitindo a geração de efeitos do contrato perante terceiros.

O atual Código Civil Brasileiro (Lei 10.406, de 10 de

¹³ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil II – Parte Geral: Negócio Jurídico*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 48, destaca: “A concepção de Savigny, conhecida como teoria da vontade ou dogma da vontade, identifica o negócio com a declaração e está com a vontade (real) do declarante”.

¹⁴ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59, “Com relação às duas denominações mais difundidas, a autonomia da vontade exprime o predomínio do indivíduo e da soberania da vontade individual, principalmente no século XIX e início do século XX (teoria da vontade, ou subjetivista), enquanto a autonomia privada distancia-se da vontade interior e atribui primazia à sua exteriorização e à limitação posta pelo ordenamento jurídico (teoria da declaração, ou objetivista), por exigências de justiça social.” Com abordagem distinta ver NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Instituições de Direito Civil – Volume III: Contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 44, para quem “A construção jurídica do contrato (...) é consequência direta, inicialmente, do princípio da autonomia da vontade, que inspira a regularidade do nascimento do contrato a partir do mesmo momento das declarações de vontade emitidas pelos contratantes com consciência e liberdade, que obedecem depois a princípios fundamentais da técnica jurídica, entre eles o princípio da liberdade de contratar e que, depois, abrem espaço para solidificar nesses fenômenos os influxos do princípio da autonomia privada, cujo maior feito é o de agregar a essa manifestação livre de vontade um caráter tal que lhe confere força de lei privada.”

janeiro de 2002 – CC/02) – cujo projeto teve iniciada a sua tramitação no Congresso Nacional nos idos de 1970 – como principal instrumento normativo regulador das relações privadas consagrou referidos valores coletivos e sociais, por meio da previsão de cláusulas gerais e conceitos jurídicos abertos ou indeterminados, tais como os da “função social” do contrato e da propriedade; da boa-fé objetiva, entre outros; bem como admitiu a possibilidade de revisão do contrato pelo juiz, com o propósito de restabelecer o equilíbrio do contrato e de afastar situações iníquas¹⁵. Sob uma perspectiva contratual, prevaleceu a ideia de que tal abordagem coletiva, mais atenta a valores sociais, se apresenta, normalmente, mais adequada e apta a proporcionar melhores resultados pessoais, sociais, econômicos e jurídicos.

Realizada uma breve contextualização da evolução do tratamento conferido aos contratos privados na realidade jurídica brasileira, passa-se à análise específica dos contratos relacionados à prestação de serviços de saúde, por particulares, a fim de apurar em que bases se dá a inserção de tais contratos em referido contexto jurídico e social, tomando por base as particularidades do encetado modelo contratual e os fins por eles almejados.

2. OS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE PRIVADOS EM REFERIDO CENÁRIO

Importante consignar que embora o presente estudo seja de natureza contratual privada – sujeita, portanto, a regras de formação e eficácia constantes do código civil brasileiro e outros diplomas legais de natureza privada – diante do objeto específico (i.e., prestação de serviços de saúde) dos contratos ora analisados e do contexto social e axiológico a eles relacionado, faz-se imperiosa a busca dos fundamentos constitucionais

¹⁵ A exemplo do disposto, entre outros, nos artigos 157, 317, 413, 421, 422, 423, 424, 473, § único e 478 do CC/02.

necessários ao estabelecimento das bases desta investigação.

A Constituição da República Federativa do Brasil (CF), de 5 de outubro de 1988, reconhece expressamente a saúde como direito social, objeto de tutela a ser exercida por todos os entes da Federação¹⁶. O texto constitucional destaca expressamente que *“a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”*, salientando, em seguida, que *“são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”*.

No *caput* do artigo 199 trata da assistência à saúde no âmbito privado, conferindo liberdade de participação às pessoas jurídicas de natureza privada, enquanto no parágrafo primeiro, estabelece algumas diretrizes relacionadas ao “serviço único de saúde”, no âmbito público, salientando, entre outros aspectos, que *“as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”*.

Consoante se constata, o diploma constitucional pátrio ostenta características de um Estado social, na medida em que organiza um “sistema único de saúde”, com o fim de garantir o já mencionado acesso universal à saúde, reconhecendo o papel do Estado na condução das políticas públicas de saúde, na regulamentação, fiscalização e controle das ações e dos serviços de saúde, mas admite – como é próprio de um sistema capitalista – que agentes econômicos privados atuem na assistência à saúde

¹⁶ Nos moldes do que estabelecem, entre outros, os artigos 6º, 24, XII e 30, VII da Constituição Federal da República.

em âmbito privado e “*participem de forma complementar*” do sistema único de saúde.

Reconhece-se, portanto, que a implementação das políticas públicas nesta área não será livre de custos, os quais serão suportados pelos contribuintes em geral para a manutenção do Sistema Único de Saúde (SUS) ou pelos prestadores e, conseqüentemente, pelos consumidores de serviços privados de saúde. Logo, sob qualquer das perspectivas que se observe a questão, a busca pela implementação de referido direito social não é monopólio do Estado e, principalmente, não é alcançada gratuitamente¹⁷. Tal constatação, apesar de óbvia, merece registro, especialmente quando se analisa um setor no qual as demandas são inúmeras e crescentes, enquanto os recursos são reconhecidamente escassos.

Em referido contexto – impulsionados especialmente pela ineficiência e pelas deficiências do Estado brasileiro no tocante à gestão do sistema público de saúde e na prestação de serviços de saúde à população em geral – setores específicos da sociedade, nos universos público e privado, se organizavam por meio, por exemplo, de esquemas de assistência médico-hospitalar para seus funcionários. A iniciativa privada passou a explorar de forma mais intensa o referido mercado no início da década de 1960, especialmente por meio das contratações coletivas de planos de saúde, pelos denominados “convênios médicos” entre entidades empregadoras e “empresas médicas” ou “grupos médicos” especializados na venda de serviços assistenciais, inicialmente por redes próprias e, posteriormente, por sistema de credenciamento de prestadores de serviço médico-hospitalar, mas

¹⁷ Conforme destacam SZTAJN, Rachel e BAROSSO FILHO, Milton. *Saúde: bem público ou direito individual*. Revista de Direito Empresarial, Vol.4, n. 21, dezembro de 2016, p. 196, ao salientarem que: “*Contudo, da análise segmentada do direito à saúde, em seus aspectos abstratos e concretos, não há que se concluir que o papel do Estado seja, obrigatoriamente, prover todo e qualquer serviço de saúde em regime de monopólio e de maneira gratuita. Caminho este certo à falência do sistema como um todo.*”

sem uma maior regulação por parte do Estado¹⁸. Com o advento do Decreto-Lei 73, de 21 de novembro de 1966, foram estruturados os denominados seguros-saúde, os quais se baseavam na lógica securitária. Apesar de submetidos à fiscalização dos órgãos securitários do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e da Superintendência dos Seguros Privados (SUSEP), diante da ausência de regulamentação específica, prevalecia – sob os ditames da autonomia privada – a liberdade dos fornecedores de referidos produtos e serviços, na definição do conteúdo dos contratos.

Diante, contudo, do aumento da demanda por tais serviços e do impacto social crescente do setor – influenciado por muitas das alterações sociais e econômicas mencionadas no capítulo primeiro – associados à delicada ponderação entre a proteção à saúde e o equilíbrio econômico financeiro do contrato, a relação entre tomadores e prestadores de serviços de saúde se tornou mais conflituosa, provocando a promulgação da Lei 6.839, de 30 de outubro de 1980, que instituiu a obrigatoriedade do registro das empresas de prestação de serviços médico-hospitalares e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, por elas responsáveis, nos Conselhos Regionais de Medicina. Culminou, posteriormente, com a edição da Resolução 1.401, de 11 de novembro de 1993, do Conselho Federal de Medicina (CFM), que obrigava os operadores de referido mercado a garantirem o atendimento a todas as enfermidades relacionadas ao Código Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde, impedindo-os de impor restrições quantitativas ou de qualquer natureza, sob pena de cancelamento de seus registros no Conselho Regional de Medicina (CRM) de sua jurisdição, juntamente com seus diretores técnicos¹⁹.

¹⁸ Para maiores detalhes sobre o referido panorama histórico do setor na realidade brasileira, ver GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: A ótica da proteção do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 29/31.

¹⁹ Com detalhes sobre referido contexto histórico e respectiva evolução normativa ver PASQUALOTTO, Adalberto. *A Regulamentação dos planos e seguros de assistência*

Em virtude de referido cenário, ainda no início da década de 1990, começou a ser debatida no congresso nacional brasileiro a elaboração de um novo marco regulatório, capaz de melhor organizar e sistematizar o setor, culminando com o advento da Lei 9.656, de 3 de junho de 1998, a qual instituiu na realidade jurídica brasileira a “Lei dos planos e seguros privados de assistência à saúde”, conhecida simplesmente por “lei dos planos de saúde”. E, finalmente, no ano 2.000, por força da Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2.000, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), responsável por regular, normatizar, controlar e fiscalizar as atividades que garantam a assistência suplementar à saúde (art.1º, *caput*), aproximando as modalidades de plano e seguro de saúde e afastando a prestação de serviços privados de assistência médico-hospitalar das características típicas do sistema e dos contratos de seguro.

Estabelecido um breve panorama do setor, é possível afirmar, no que tange ao objeto deste estudo, que as relações que envolvem os denominados “operadores privados de plano de saúde”²⁰ e os “tomadores” ou “segurados” de serviços de saúde seguem uma lógica parecida àquela descrita no capítulo anterior, em relação à maior relevância de valores sociais e interesses coletivos, com a consequente relativização do caráter obrigatório das cláusulas contratuais, mas com particularidades importantes que devem ser consideradas pelo intérprete por ocasião da análise das relações que envolvem referida realidade contratual.

O objeto de referidos contratos encontra-se devidamente descrito no art. 1º da Lei 9.656 e consiste na “prestação

à saúde: Uma interpretação construtiva, in “Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde” (Coord. Cláudia Lima Marques, José Reinaldo de Lima Lopes e Roberto A. C. Pfeiffer). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 39-41.

²⁰ Compreendidas aqui na definição legal do art. 1º, II da Lei 9.656, de 3 de junho de 1998, segundo a qual “Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo;”.

continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós-estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando à assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.”

Sem o escopo de ingressar nas particularidades da legislação atualmente vigente, é possível afirmar que o mencionado diploma legal de 1998 promoveu significativa quebra do modelo anteriormente adotado na realidade jurídica brasileira no tocante aos contratos privados celebrados nesse ambiente – sendo que o número de vínculos de beneficiários da saúde suplementar, no segundo trimestre de 2016, contabilizou 48,5 milhões de planos de assistência médica²¹ – não obstante os resultados alcançados sejam bastante questionáveis não apenas em termos de eficiência econômica, mas, principalmente, em termos sociais²².

Referido cenário se mostra ainda mais atual, quando se constata que o próprio Estado reconhece a ineficiência do sistema de saúde, procurando transferir aos agentes econômicos privados – atualmente por meio da aprovação dos chamados planos de saúde populares – as atribuições que lhe são próprias²³,

²¹ Conforme consta da p. 5 do Caderno de Informação da Saúde Suplementar – set.16, disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Caderno_informacao_saude_suplementar/Caderno_setembro_2016.pdf.

²² Como já prenunciava SARRUBBO, Mariângela. *A Saúde na Constituição Federal e o contexto para recepção da lei 9.656/98*, in “Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde” (Coord. Cláudia Lima Marques, José Reinaldo de Lima Lopes e Roberto A. C. Pfeiffer). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 19-21. E consoante constatam, mais recentemente, SZTAJN, Rachel e BAROSSI FILHO, Milton. *Saúde: bem público ou direito individual*. Revista de Direito Empresarial, Vol.4, n. 21, Dezembro de 2016, p. 196.

²³ SZTAJN, Rachel e BAROSSI FILHO, Milton. *Saúde: bem público ou direito individual*. Revista de Direito Empresarial, Vol.4, n. 21, dezembro de 2016, p.195.

sem atacar as verdadeiras causas dos problemas que afetam o setor.

Não obstante a CF preveja o caráter “suplementar” dos planos de saúde privados, procura-se – sob o nobre argumento da inclusão social daqueles indivíduos que se encontram à margem dos planos privados de saúde – ocultar a ineficiência estatal em promover as funções que lhe são próprias na área, conferindo a falsa ideia de ampliação do mercado privado de planos de saúde, por meio do oferecimento de serviços com abrangência bastante limitada à população. As consequências serão a provável negativa de cobertura na prestação de serviços que não se enquadrem no escopo limitado de referidos planos populares, com o conseqüente acréscimo da demanda de serviços perante o SUS e o aumento na judicialização dos conflitos envolvendo operadoras de planos de saúde e consumidores. Resultado disso, será a perda de bem estar e a frustração dos legítimos interesses dos agentes econômicos envolvidos e da população que necessita de referidos serviços.

Estabelecido um breve panorama acerca das principais características e de alguns dos obstáculos enfrentados pelos sujeitos que gravitam em referido ambiente, passa-se, a seguir, a tratar de alguns fatores específicos, relacionados propriamente a aspectos subjetivos e objetivos de tais contratos, capazes de tornar referida relação ainda mais intrincada.

3. AS PARTICULARIDADES SUBJETIVAS E OBJETIVAS RELACIONADAS AOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE PRIVADOS NA REALIDADE BRASILEIRA

Consoante estabelecido nos incisos do artigo 1º da Lei 9.656, os planos de saúde privados podem ser desenvolvidos e negociados por pessoas jurídicas constituídas sob a modalidade de sociedades empresárias, cooperativas ou entidades de autogestão e filantropia. Embora regulado por uma legislação própria,

trata-se, em regra, como já salientado, de contrato sujeito às regras do código de defesa do consumidor²⁴.

No tocante aos aspectos subjetivos que envolvem referidos contratos, de um lado, os agentes econômicos que oferecem os serviços e produtos relacionados à assistência à saúde enquadram-se, em regra, no disposto no art. 3º do diploma consumerista, na condição de fornecedores, embora com algumas importantes ressalvas, conforme se destaca a seguir.

Tem prevalecido nos tribunais brasileiros, com destaque para o Superior Tribunal de Justiça (STJ)²⁵, o entendimento de que quando *“o contrato é fundado na prestação de serviços médicos e hospitalares próprios e/ou credenciados, no qual a operadora de plano de saúde mantém hospitais e emprega médicos ou indica um rol de conveniados, não há como afastar sua responsabilidade solidária pela má prestação do serviço.”*, impondo-se estabelecer distinção em relação àqueles contratos fundados *“na livre escolha pelo beneficiário/segurado de médicos e hospitais com reembolso das despesas no limite da apólice, conforme ocorre, em regra, nos chamados seguros-saúde”*. Em tais hipóteses, prevalece o entendimento de que *“não se poderá falar em responsabilidade da seguradora pela má prestação do serviço, na medida em que a eleição dos médicos ou hospitais aqui é feita pelo próprio paciente ou por pessoa de sua confiança, sem indicação de profissionais credenciados ou diretamente vinculados à referida seguradora. A responsabilidade será direta do médico e/ou hospital, se for o caso.”*

Ainda sobre o polo ofertante dos serviços de assistência à saúde, registra-se a mudança de entendimento do STJ no que se refere ao tratamento conferido aos planos de saúde oferecidos

²⁴ Por disposição expressa do art. 35-G, da Lei 9.656/98 e consoante previsto na Súmula 469 do STJ *“Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.”*

²⁵ Conforme destacado no julgamento do Recurso Especial nº 866.371/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, DJe 20/08/2012.

por entidades de autogestão²⁶, diante das *“peculiaridades das entidades de autogestão que as diferenciavam das outras operadoras de planos de saúde e que reclamavam tratamento diferenciado àquela espécie”*. Reconheceu-se que esses *“planos têm peculiaridades, seja na sua constituição, administração, obtenção de receitas e forma de associarem-se, completamente diferentes dos contratos firmados com empresas que exploram essa atividade no mercado e visam o lucro.”*, concluindo que *“as regras do Código Consumerista, mesmo em situações que não sejam regulamentadas pela legislação especial, não se aplicam às relações envolvendo entidades de planos de saúde constituídas sob a modalidade de autogestão.”*

O entendimento atual prevalente no âmbito do STJ

²⁶ Conforme destacado no julgamento do REsp nº 1.121.067/PR, em junho de 2011, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, 3ª T., j. em 21/06/2011, DJe 03/02/2012 e reforçado, mais recentemente, pela 2ª Seção do STJ, no julgamento do REsp nº 1.285.483 – PB, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJ 22.6.16, cuja ementa foi a seguinte: *“RECURSO ESPECIAL. ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE. PLANOS DE SAÚDE DE AUTOGESTÃO. FORMA PECULIAR DE CONSTITUIÇÃO E ADMINISTRAÇÃO. PRODUTO NÃO OFERECIDO AO MERCADO DE CONSUMO. INEXISTÊNCIA DE FINALIDADE LUCRATIVA. RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO CONFIGURADA. NÃO INCIDÊNCIA DO CDC. 1. A operadora de planos privados de assistência à saúde, na modalidade de autogestão, é pessoa jurídica de direito privado sem finalidades lucrativas que, vinculada ou não à entidade pública ou privada, opera plano de assistência à saúde com exclusividade para um público determinado de beneficiários. 2. A constituição dos planos sob a modalidade de autogestão diferencia, sensivelmente, essas pessoas jurídicas quanto à administração, forma de associação, obtenção e repartição de receitas, diverso dos contratos firmados com empresas que exploram essa atividade no mercado e visam ao lucro. 3. Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de plano de saúde administrado por entidade de autogestão, por inexistência de relação de consumo. 4. Recurso especial não provido.”* Destaca-se que anteriormente, prevalecia o entendimento contrário constante do REsp 519.310/SP, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJ 24/05/2004, cuja ementa era a seguinte: *“Para o fim de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, o reconhecimento de uma pessoa física ou jurídica ou de um ente despersonalizado como fornecedor de serviços atende aos critérios puramente objetivos, sendo irrelevantes a sua natureza jurídica, a espécie dos serviços que prestam e até mesmo o fato de se tratar de uma sociedade civil, sem fins lucrativos, de caráter beneficente e filantrópico, bastando que desempenhem determinada atividade no mercado de consumo mediante remuneração.”*

parece mais adequado a atender as particularidades próprias das entidades de autogestão, as quais se caracterizam por agentes econômicos com perfil completamente distinto dos demais operadores de plano de saúde, especialmente porque não visam o lucro e oferecem planos de saúde a rol restrito de associados²⁷. Sob tal perspectiva, importante ressaltar que referidas entidades – oriundas, em regra, de órgãos de classe e de outros setores da sociedade civil organizada – desempenham, frequentemente, papel exemplar na gestão dos recursos que lhe são confiados e no atendimento dos interesses de seus associados, emergindo como importante alternativa à crescente mercantilização do setor. Conforme dados oficiais recentes de setembro de 2016²⁸, as entidades de autogestão atendem a pouco mais de 10% do total de beneficiários dos planos de assistência médica do referido mercado.

Nesse sentido, mostra-se perfeitamente justificável e adequado o tratamento diferenciado conferido pelos tribunais pátrios a tais entidades de autogestão, as quais deveriam – cumpridos requisitos de viabilidade econômico-financeira e de garantia de bons serviços aos seus associados – receber estímulos do próprio agente regulador para ampliar, de forma segura, a sua atuação.

De outro lado, os tomadores dos referidos serviços de saúde, enquadram-se – também em regra – na condição de

²⁷ No mesmo sentido, já destacava a doutrina especializada no assunto, conforme salienta LOPES, José Reinaldo de Lima. *Consumidores de seguros e planos de saúde (ou, doente também tem direitos)*, in “Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde” (Coord. Cláudia Lima Marques, José Reinaldo de Lima Lopes e Roberto A. C. Pfeiffer). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 30 “(...) Sempre que houver uma exploração dos planos e dos seguros de saúde de forma lucrativa, por uma entidade que distribui lucros ou dividendos ou formas de lucro, receita, dividendos e remuneração aos prestadores de serviços e não consumidores, pode-se dizer que se está diante de uma forma capitalista de prestação de serviços, sujeita, pois, ao regime de mercado. E o mercado capitalista é o lugar onde se encontra o direito do consumidor.”

²⁸ Conforme Caderno de Informação da Saúde Suplementar – set.16, p.23 (ver referências nota 20).

consumidores, como destinatários finais, consoante estabelecido pelo art. 2º do mesmo diploma legal.

Registra-se, contudo, divergências no tocante à aplicação do código de defesa do consumidor naquelas situações em que figura como contratante uma pessoa jurídica de natureza empresarial, que contrata os referidos serviços por intermédio de planos coletivos empresariais em favor de seus sócios, colaboradores e respectivos dependentes. Tem prevalecido o entendimento de que não se aplicam as normas protetivas do código de defesa do consumidor em tais contratos, ainda que os beneficiários dos produtos e serviços de saúde sejam as pessoas físicas dos empregados e colaboradores da sociedade empresária contratante e seus respectivos dependentes²⁹, excetuados aqueles contratos destinados a atender apenas o núcleo familiar restrito dos sócios, hipótese em que se aplica o CDC³⁰.

²⁹ Conforme destacado no AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.357.183 - SP (2012/0257047-2) REL. MIN. MARIA ISABEL GALLOTTI, J. em 2.2.17. Ementa: PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO. (...) CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE DE REEMBOLSO DE DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES. PLANO COLETIVO. CONTRATO FIRMADO ENTRE O EMPREGADOR E A SEGURADORA. RELAÇÃO COMERCIAL. NÃO APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA. AFRONTA AO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VERIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VIA INADEQUADA. 1. (...). 2. Nos termos do entendimento consolidado por este Superior Tribunal de Justiça, em que pese a possibilidade de mitigação da teoria finalista em situações excepcionais, a lide envolvendo o plano de seguro de saúde de reembolso de despesas médico-hospitalares destinado à fruição dos empregados do empregador contratante não se encaixa no estabelecido pelos artigos 2º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor, visto que, dentro do pacote de retribuição e de benefícios que é ofertado, a relação da contratante com a seguradora recorrida é comercial. 3. Não configura ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional o fato do acórdão ter sido proferido em sentido contrário ao desejado pelo recorrente

³⁰ Consoante se extrai do AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.541.849 - DF (2015/0161921-1) REL. MIN. RAUL ARAÚJO, J. em 15.10.15. Ementa: AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. CONTRATO COLETIVO QUE BENEFICIA APENAS FAMÍLIA DO SÓCIO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE. BENEFICIÁRIOS ACOMETIDOS DE DOENÇAS GRAVES. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO. IMPOSSIBILIDADE. QUEBRA DA BOA-FÉ OBJETIVA, OFENSA

Nesse sentido, imperioso destacar, ainda, que planos coletivos empresariais não gozam das mesmas prerrogativas atribuídas a contratantes individuais e/ou familiares, como, por exemplo, no tocante às regras que autorizam a rescisão contratual³¹, sob o argumento de que nos planos de saúde coletivos empresariais *“a empresa ou o órgão público tem condições de apurar, na fase pré-contratual, qual é a massa de usuários que será coberta, pois dispõe de dados dos empregados ou servidores, como a idade e a condição médica do grupo. Diante disso, considerando-se a atuária mais precisa, pode ser oferecida uma mensalidade inferior àquela praticada aos planos individuais.”*. Registra-se, de acordo com dados oficiais recentes³², que os planos coletivos empresariais atendem 66,3% do total de beneficiários dos planos de assistência médica, enquanto os planos individual ou familiar concentram apenas 19,6% dos beneficiários.

No tocante aos aspectos objetivos relacionados a

À FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. O STJ excepcionalmente admite a incidência do CDC nos contratos celebrados entre pessoas jurídicas, quando evidente que uma delas, embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, apresenta-se em situação de vulnerabilidade em relação à outra. 2. No caso dos autos, embora se trate de contrato firmado por pessoa jurídica, o contrato coletivo de plano de saúde possui como beneficiários apenas três pessoas, familiares do sócio, estando demonstrada sua hipossuficiência, que justifica seu enquadramento na figura de consumidor.

³¹ AgInt nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.566.903 – SP, RELATOR: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO, 3T, J. em 16.5.2017. Ementa: AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PLANO DE SAÚDE COLETIVO EMPRESARIAL. RESILIÇÃO UNILATERAL PELA OPERADORA. CABIMENTO. DISTINÇÃO COM OS PLANOS INDIVIDUAIS E FAMILIARES. JULGADOS ESPECÍFICOS DESTA CORTE. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. PRAZO DE 60 DIAS. INOVAÇÃO RECURSAL. 1. Possibilidade de rescisão unilateral imotivada de contrato de plano de saúde coletivo empresarial após o primeiro ano de vigência. 2. Inaplicabilidade aos planos coletivos empresariais da vedação à rescisão unilateral prevista no art. 13, p. u., inciso II, da Lei 9.656/1998. 3. Julgados específicos de ambas as Turmas de Direito Privado desta Corte Superior. 4. Inovação recursal no que tange à polêmica acerca do cumprimento do prazo de 60 dias da notificação prévia. 5. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

³² Conforme Caderno de Informação da Saúde Suplementar – set.16, p.16 (ver nota 20).

referidos contratos, não obstante se esteja diante, em regra, de contratos de adesão, sujeitos, portanto, à aplicação dos dispositivos legais específicos dos artigos 54 do CDC³³ e 423 e 424 do CC³⁴ – a depender de tratar-se ou não de relação de consumo – mostra-se pertinente uma análise mais aprofundada acerca das particularidades que envolvem a elaboração do clausulado de referidos contratos e, conseqüentemente, os reflexos de tais peculiaridades na interpretação dos respectivos instrumentos contratuais.

É inequívoca, outrossim, a interferência estatal nas contratações de planos de saúde privados na realidade brasileira, como reflexo do disposto nos artigos 196 e seguintes da CF e dos ditamente da Lei 9.656. Sendo certo que referida intervenção se opera por intermédio da ANS, cujas principais atribuições encontram-se previstas na Lei 9.961, com o fim precípua de *“promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País”* (art. 3º).

Dentre referidas atribuições desempenhadas pela entidade reguladora do setor, destacam-se (art. 4º), a propositura de

³³ 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. § 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato. § 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior. § 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor. § 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

³⁴ Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente. Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar (CONSU), para a regulação do setor de saúde suplementar; o estabelecimento das características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras; a elaboração do rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei 9.656 e suas excepcionalidades; a fixação de critérios para os procedimentos de credenciamento e descredenciamento de prestadores de serviço às operadoras; o estabelecimento de parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde para os serviços próprios e de terceiros oferecidos pelas operadoras; o estabelecimento de normas relativas à adoção e utilização, pelas operadoras de planos de assistência à saúde, de mecanismos de regulação do uso dos serviços de saúde; a normatização dos conceitos de doença e lesão preexistentes; o estabelecimento de critérios, responsabilidades, obrigações e normas de procedimento para garantia dos direitos assegurados nos artigos 30 e 31 da Lei 9.656; o estabelecimento de normas, rotinas e procedimentos para concessão, manutenção e cancelamento de registro dos produtos das operadoras de planos privados de assistência à saúde; a autorização de reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde; a autorização do registro dos planos privados de assistência à saúde; a fiscalização das atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento; a fiscalização da atuação das operadoras e prestadores de serviços de saúde com relação à abrangência das coberturas de patologias e procedimentos; a aplicação das penalidades pelo descumprimento da Lei 9.656 e de sua regulamentação; a articulação com os órgãos de defesa do consumidor visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde, observado o disposto no CDC; a fixação das normas para constituição, organização, funcionamento e fiscalização das operadoras de

produtos de que tratam o inciso I e o § 1º da Lei 9.656, entre outras.

O descumprimento das determinações emanadas da ANS, por parte dos agentes econômicos que operam em referido mercado, caracterizado pela recusa, omissão, falsidade ou retardamento injustificado de informações ou documentos solicitados constitui infração punível com multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), podendo ser aumentada em até vinte vezes, se necessário, para garantir a sua eficácia em razão da situação econômica da operadora ou prestadora de serviços. (Art. 4º, §1º Lei 9.961).

Conforme se constata, é bastante marcante a presença da autarquia federal reguladora nas várias etapas que abrangem desde a constituição e a aprovação da operação dos agentes econômicos que atuam no setor; passando pela definição do conteúdo geral dos contratos a serem celebrados junto aos consumidores e aos tomadores de serviços em geral, incluindo-se a fiscalização de tais relações durante a sua execução; até a condução dos procedimentos de liquidação das atividades de tais agentes econômicos, com a definição da transferência das carteiras de clientes atendidos e demais ativos empresariais a outros operadores que se mantenham em atuação no mercado.

Nesse sentido, diante das funções nucleares e estratégicas desempenhadas por referido órgão regulador, faz-se imperioso destacar a necessidade do contínuo aprimoramento dos mecanismos de controle e de fiscalização, internos e externos, em relação à atuação do próprio regulador, com o objetivo de evitar a captura deste por parte dos agentes econômicos privados (regulados), sob pena de contágio e desvirtuamento de todo o sistema, como infelizmente tem se mostrado comum em vários setores da realidade brasileira.

É inequívoca a interferência estatal nos momentos “pré” e “pós” contratual, caracterizado pelo marcante dirigismo contratual exercido pela entidade reguladora do setor, consoante se

extraí, por exemplo, do teor da Instrução Normativa (IN) nº 23, de 1º de dezembro de 2009, emanada da “Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos” da ANS, o que demonstra importante relativização da autonomia privada dos sujeitos envolvidos em tais relações contratuais.

Ao examinar o teor da referida IN nº 23/09, verifica-se que a mesma estabelece, entre outras determinações, normas sobre os procedimentos para concessão, manutenção e cancelamento dos registros de determinados produtos junto à ANS, sendo que em seu artigo 16, ressalta expressamente que *“A operadora deverá obrigatoriamente entregar ao contratante cópia do Contrato/Regulamento contendo os temas de acordo com as orientações do Manual de Elaboração dos Contratos de Planos de Saúde, Anexo I desta Instrução Normativa.”*³⁵

Em análise ao mencionado “Anexo I”, denominado “Manual de elaboração dos contratos de plano de saúde”, constata-se o alto grau de intervenção da ANS, tanto com relação aos procedimentos obrigatórios a serem observados por ocasião da celebração de referidos contratos, quanto no tocante à definição das regras que devem necessariamente constar do clausulado contratual. A título de exemplo, referido anexo dispõe acerca do objeto de referidos contratos, definindo as coberturas e procedimentos abrangidos nos termos da lei 9.656 e de outras normas da própria ANS; delimita as hipóteses de exclusão de cobertura, o tempo de duração, os períodos de carência, os procedimentos e advertências sobre o tratamento de doenças preexistentes, as inúmeras hipóteses em que se garante tratamento em caráter de urgência e emergência, regras de formação do preço, das mensalidades e respectivos reajustes, de acordo com a regras emanadas da própria autoridade reguladora e as faixas etárias pré-estabelecidas, especificando, inclusive, as hipóteses e mecanismos

³⁵ Com redação dada pela IN/DIPRO nº 45, de 03/10/2014. A íntegra de referida IN nº 23/09 encontra-se disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MjgxMw>

de extinção contratual, entre outras determinações.

A propósito, importante salientar, ainda, que na hipótese de inobservância do disposto em referido regramento, a operadora do plano de saúde estará sujeita a altas penalidades, conforme previsto, entre outras, na Resolução Normativa (RN) n° 124, de 30 de março de 2006, cujo artigo 66 estabelece que *“Deixar de prever cláusulas obrigatórias no instrumento contratual firmado com o beneficiário ou pessoa jurídica contratante ou estabelecer disposições ou alterações contratuais que violem a legislação em vigor”* submete o infrator a sanção de advertência e multa de R\$ 30.000,00, sem prejuízo da aplicação de penalidades ainda maiores na hipótese de reincidência.

Como se vê, o alto grau de intervenção exercido pela agência reguladora no momento que precede a contratação – em especial no tocante à prévia definição do conteúdo dos modelos contratuais comercializados pelos agentes econômicos ofertantes de referidos serviços – não pode ser desconsiderado *a posteriori*, por parte dos tribunais, por ocasião da interpretação das cláusulas neles contidas, sob o fundamento de se tratarem de contratos de adesão e de natureza consumerista.

Em tal contexto, considerando que a intervenção estatal é fortemente exercida pelos órgãos competentes em momento anterior à contratação, faz-se necessário atentar para a indispensável observância dos elementos de caráter técnico e jurídico afetos à referida relação, de forma a atender ao interesse público e preservar o equilíbrio econômico-financeiro de tais contratos, na medida em que referidos fatores foram levados em consideração pelos operadores, por ocasião da idealização dos serviços e do seu oferecimento aos consumidores em geral.

Tal preocupação se intensifica diante da crescente judicialização dos conflitos que envolvem as partes³⁶ e da

³⁶ De acordo com a ANS, somente no 1º Trimestre/2017 quatorze planos de saúde tiveram comercialização suspensa. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/contratacao-e-troca-de-plano/planos-de-saude-com-comercializacao-suspensa/operadoras-com-planos-suspensos>.

constatação de que o alargamento exagerado do objeto de referidos contratos – com a imposição de novos e inesperados encargos a serem suportados pelos operadores de planos de saúde privados – é capaz de comprometer o adequado funcionamento do sistema, excluindo agentes econômicos do mercado³⁷. Saliênta-se que no primeiro semestre de 2016, *“permaneceu a tendência à redução do número de operadoras em atividade”* no mercado brasileiro. *“Após alcançar 2.004 operadoras médico-hospitalares em atividade em 2000, fechou-se o primeiro semestre de 2016 com o total equivalente a 959 operadoras, das quais 800 contavam com beneficiários. O mesmo comportamento se observa entre as operadoras de planos odontológicos.”*³⁸

Embora a redução constante de operadoras de plano de saúde no mercado brasileiro possa ser atribuída a variados fatores (crise econômica, má administração, reorganizações empresariais e mercadológicas, entre outras), o fato é que a diminuição da quantidade de agentes econômicos aptos a operarem de forma saudável em referido setor pode acarretar a frustração do objetivo maior de tais contratos, concernentes à satisfação dos legítimos interesses relacionados aos serviços de assistência complementar à saúde da população.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se, por intermédio do presente estudo, provocar reflexões acerca dos rumos adotados pelo Estado brasileiro no tocante ao tratamento conferido aos serviços de assistência

³⁷ Por ano, 14 operadoras de plano de saúde são fechadas no Brasil. 13/09/2015, por Natália Cancian. Folha de São Paulo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/09/1681055-por-ano-14-operadoras-de-plano-de-saude-sao-fechadas-no-brasil.shtml>. No primeiro semestre de 2016, referido retrospecto se acentuou com 20 cancelamentos de operadoras médico-hospitalares, conforme p. 23 do Caderno de Informação da Saúde Suplementar – set.16 (ver nota 20).

³⁸ Conforme Caderno de Informação da Saúde Suplementar – set.16, p.23. (ver nota 20).

complementar à saúde, advertindo-se para os riscos decorrentes da excessiva e desordenada intervenção estatal e seus perigosos reflexos para o bem-estar da população em geral.

É inequívoca – em realidades jurídico-econômicas e sociais como a brasileira, nas quais o Estado não se mostra apto a proporcionar de forma direta o acesso, minimamente satisfatório, aos direitos sociais – a necessidade de conferir aos particulares a possibilidade de participarem ativamente, e também de forma complementar, da concretização de políticas públicas em referidos ambientes, promovendo a adequada regulação de tal atuação no âmbito das relações privadas, por intermédio de mecanismos mais ou menos rígidos de intervenção estatal, sem perder de vista a tutela do interesse público, que deve se mostrar presente tanto na atuação e fixação de diretrizes por parte do agente regulador, quanto na atuação *a posteriori* por parte dos órgãos julgadores.

Nesse sentido, dentre outras medidas a serem adotadas pelo Estado brasileiro no direcionamento dos rumos do setor, faz-se imperioso que o agente regulador valorize as bem sucedidas iniciativas emanadas da sociedade civil organizada – com destaque para as entidades de autogestão – criando estímulos concretos para que tais agentes econômicos se consolidem e até mesmo ampliem sua atuação no mercado de planos de saúde, desde que cumpridos requisitos de viabilidade econômico-financeira e de garantia de bons serviços aos seus associados.

Embora seja perfeitamente admissível – e até mesmo desejável – a interferência estatal, por meio de seus órgãos reguladores, deve ter como escopo central o equilíbrio da relação entre as operadoras de planos de saúde e os tomadores de tais serviços, atuando de forma idônea e atenta ao interesse público. Tal intervenção deve se efetivar, de modo a não restringir exageradamente a autonomia dos sujeitos envolvidos e, conseqüentemente, os legítimos interesses buscados por referidos agentes econômicos, sob pena de provocar um indesejado desestímulo

para aqueles que operam em referido setor, com a consequente perda de bem estar geral e a frustração dos interesses econômicos e sociais que se busca tutelar.

O funcionamento do sistema depende de uma relação mais harmoniosa entre os diversos entes estatais envolvidos, nomeadamente entre o Poder Executivo – por intermédio da ANS – e o Poder Judiciário, especialmente em âmbito estadual, que permita viabilizar a adoção de políticas públicas coordenadas capazes de conferir um grau mais elevado de estabilidade e segurança jurídica ao referido mercado de serviços complementares de saúde, com o propósito de garantir o atendimento ao interesse público e o equilíbrio entre os titulares dos diversos e legítimos interesses que nele gravitam.



REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA E JURISPRUDENCIAL

- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil Introdução*. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil II – Parte Geral: Negócio Jurídico*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2014.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: A ótica da proteção do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Contratos*. São Paulo: Saraiva,

2011.

- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Consumidores de seguros e planos de saúde (ou, doente também tem direitos)*, in “Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde” (Coord. Cláudia Lima Marques, José Reinaldo de Lima Lopes e Roberto A. C. Pfeiffer). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.23-35.
- NERY JUNIOR , Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Instituições de Direito Civil – Volume III: Contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- 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” (Coord. Cláudia Lima Marques, José Reinaldo de Lima Lopes e Roberto A. C. Pfeiffer). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.36-64.
- SARRUBBO, Mariângela. *A Saúde na Constituição Federal e o contexto para recepção da lei 9.656/98*, in “Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde” (Coord. Cláudia Lima Marques, José Reinaldo de Lima Lopes e Roberto A. C. Pfeiffer). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 13-22.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- SZTAJN, Rachel e BAROSSO FILHO, Milton. *Saúde: bem público ou direito individual*. Revista de Direito Empresarial, Vol.4, n. 21, dezembro de 2016, p. 193-206.
- http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Caderno_informacao_saude_suplementar/Caderno_setembro_2016.pdf
- <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MjgxMw>

[http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/contratacao-e-troca-de-plano/planos-de-saude-com-comercializacao-suspensa/operadoras-com-planos-suspensos.](http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/contratacao-e-troca-de-plano/planos-de-saude-com-comercializacao-suspensa/operadoras-com-planos-suspensos)

<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/29092003estatisticasecxhtml.shtm>

[http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/09/1681055-por-ano-14-operadoras-de-plano-de-saude-sao-fechadas-no-brasil.shtml.](http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/09/1681055-por-ano-14-operadoras-de-plano-de-saude-sao-fechadas-no-brasil.shtml)