

Contratos de Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde sob a Ótica do Direito do Consumidor

Werson Rêgo ¹

Questão que provoca intensos debates acadêmicos e jurisprudenciais diz respeito à incidência do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de planos de assistência à saúde, bem assim à prevalência de seu arcabouço principiológico-normativo sobre as orientações administrativo-normativas da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

Estas apressadas e perfunctórias linhas pretendem, tão somente, apresentar os argumentos daqueles que defendem a necessidade de conformação da Lei n. 9.656/98 e das resoluções normativas da ANS ao sistema de proteção e defesa do consumidor.

Se é certo que “saúde não tem preço”, não menos certo é que a medicina tem seu custos. Para além disso, as novas tecnologias agregadas à atividade médico-hospitalar e o aumento da expectativa de vida das pessoas aumentaram a demanda por tais serviços.

A Constituição da República, reconhecendo a precariedade dos serviços prestados pelo Estado, previu a possibilidade de as instituições privadas participarem, de forma complementar ou suplementar, do setor de saúde. E, neste cenário, as operadoras de planos de assistência à saúde têm desempenhado importante papel.

Nada obstante isso, não se pode deixar de considerar que a atividade desenvolvida por tais operadoras tem inequívoca natureza econômica, daí

¹ Juiz de Direito, Titular da 18ª Vara Cível da Comarca da Capital; Juiz Auxiliar na 3ª Vice-Presidência TJERJ.

porque deve se subsumir ao campo de incidência principiológico-normativa do Código de Defesa do Consumidor.

Iniciaremos, deste modo, pontuando a origem, a finalidade e a razão de ser do Código de Defesa do Consumidor, bem assim a sua natureza jurídica e o seu campo de incidência. Faremos um paralelo entre o direito constitucional à saúde e os direitos fundamentais dos consumidores. Em seguida, faremos rápidas considerações sobre os planos privados de assistência à saúde. Ao final, nossas observações conclusivas.

O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor, tem origem na Constituição da República de 1988. O artigo 5º, XXXII, consagra a defesa do consumidor como direito e garantia fundamental do indivíduo e da coletividade. A seguir, ao discorrer sobre a ordem econômica e financeira, apresenta os princípios gerais da atividade econômica e, ao lado daqueles marcadamente liberais, e como limitador destes, no inciso V, do artigo 170, eleva a defesa do consumidor à categoria de princípio moderador de toda a ordem econômica. Finalmente, para realçar ainda mais a vocação constitucional da legislação consumerista, a regra do artigo 48, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias representa verdadeiro comando ao legislador infraconstitucional, para que elabore um Código de Defesa do Consumidor, com o propósito de conferir efetividade aos princípios constitucionais antes mencionados.

Veio a lume, quase dois anos depois, a supramencionada Lei n. 8.078/90, que, atendendo a chamamento constitucional, resgatou a dimensão humana do consumidor, na medida em que passou a considerá-lo sujeito de direito, titular de direitos constitucionalmente protegidos. A tutela desse novo titular de direitos passou a ser o desafio, já que claramente um dever do Estado, desde 1988, consoante art. 5º, XXXII, da Constituição.

Desenvolveu a legislação consumerista, para esse fim, uma nova for-

ma de relacionamento com a sociedade e com os agentes do Direito: a comunicação através de princípios, de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos não determinados, de tal sorte que o intérprete tivesse a liberdade necessária para tornar tudo isso concreto, de acordo com as peculiaridades de cada situação jurídica sob exame, a fim de alcançar a melhor justiça para aquele específico caso.

Diz-se, com razão, ser o Código de Defesa do Consumidor uma sobre-estrutura jurídica, cujas normas têm característica de normas de sobre-direito, justamente em razão de sua vocação constitucional. Ao mesmo tempo, uma lei principiológica, eis que estruturada sobre valores e princípios, relacionando-se com toda a sociedade através de cláusulas gerais. Daí porque o sistema desse modo concebido se torna uno, impondo ao seu intérprete buscar novas regras hermenêuticas, capazes de fazer incidir diretamente a normatividade constitucional em todas as relações submetidas ao campo de incidência do Código de Defesa do Consumidor – dentre elas, a da área da saúde.

A ASSISTÊNCIA À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO

A assistência à saúde é livre à iniciativa privada, na dicção do artigo 199 da Constituição da República.

Trata-se, com efeito, de atividade econômica, de execução privada, e, portanto, submetida aos princípios gerais do artigo 170 e incisos, da Carta da República, que, nada obstante, se sujeitará à regulação pública. A Lei n. 9.656, de 03 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, e a Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, podem ser consideradas os marcos regulatórios do setor de saúde suplementar.

Saúde, na definição da Organização Mundial da Saúde – OMS, “é um estado completo de bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”.

O direito à saúde tem a natureza jurídica de direito fundamental, nos termos do artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos/ONU 1948.

A saúde, na Constituição da República, é um direito social fundamental (artigo 6º). É um direito de todos e um dever do Estado (artigo 196). São de relevância pública as ações e serviços de saúde, devendo sua execução ser feita diretamente pelo Poder Público ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (artigo 197). Consiste, pois, em um sistema protetivo a ser garantido pelo Estado, sem estar condicionado ao pagamento de contribuição prévia pelo cidadão, estruturando-se sobre os princípios da universalidade, equidade e integralidade.

A assistência à saúde, porém, é livre à iniciativa privada, cujas respectivas instituições poderão participar de forma complementar ao sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos, nos termos do artigo 199, *caput* e seu §1º, da Constituição da República.

O sistema tipicamente privado atua em caráter suplementar (supletivo). Abrange a prestação direta de serviços por profissionais e/ou estabelecimentos de saúde e a intermediação desses serviços, mediante a cobertura de riscos de assistência à saúde, através das operadoras de planos de assistência à saúde e/ou de seguros.

Significa, nesse sentido, a opção de se contratar um seguro ou um plano privado “para ter acesso à assistência médica, a despeito da manutenção compulsória para a seguridade social, que inclui o direito de acesso ao serviço público, através de um sistema nacional de saúde” (Célia Almeida, **O mercado privado de serviços de saúde no Brasil**, IPEA, 1998, p. 5).

A ASSISTÊNCIA À SAÚDE NA LEGISLAÇÃO FEDERAL (O MARCO REGULATÓRIO DO SETOR)

A Lei n. 9.656/98, que cuida especificadamente dos planos privados de assistência à saúde, assim os define, em seu artigo 1º, inciso I:

“I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou

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

Estão expressamente submetidas aos comandos da Lei dos Planos de Saúde as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, definidas como operadoras de planos de assistência à saúde, no inciso II, do mesmo dispositivo legal, a saber:

“II- 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”

Em seguida, é criada pela Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Agência Nacional de Saúde Suplementar, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde. Sobre este relevante acontecido, confira-se:

“A criação da ANS foi um marco importante para o mercado de saúde suplementar, à medida que o Estado sinalizava, de um lado, que essa atividade estava submetida aos princípios constitucionais da ordem econômica, da livre iniciativa e competição, por considerá-los instrumentos agregadores de eficiência a esse mercado, e, de outro, que tais atividades deveriam ser desenvolvidas de acordo com decisões e regulamentações editadas por um órgão estatal responsável por autorizar, regulamentar e fiscalizar o exercício dessas atividades, de modo a permitir que a competição se

desse de forma saudável e em benefício da sociedade como um todo” (Marilena Lazzarini, Planos de Saúde, a ótica da proteção do consumidor, RT, p. 42).

Mais tarde, a Agência Nacional de Saúde Suplementar, no limite de suas atribuições legais, adota e publica a Resolução de Diretoria Colegiada (RDC) n. 39, de 27 de outubro de 2000, que dispõe sobre a definição, a segmentação e a classificação das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde, assim entendidas as **“empresas e entidades que operam, no mercado de saúde suplementar, planos de assistência à saúde, conforme disposto na Lei nº 9.656, de 1998.”** (art. 1º, *caput*), classificadas, no art. 10, nas seguintes modalidades: I – administradora; II - cooperativa médica; III – cooperativa odontológica; IV – autogestão; V – medicina de grupo; VI – odontologia de grupo; ou VII – filantropia.

Não se controverte que as operadoras de planos de assistência à saúde, porque agentes no setor da saúde suplementar, estão submetidas aos marcos regulatórios respectivos. Entretanto, como atividade econômica desenvolvida no mercado de consumo, inafastável a subsunção ao Código de Defesa do Consumidor.

O problema que se apresenta ao intérprete, pois, é o de compatibilizar e harmonizar os múltiplos, complexos e polifacetários interesses em aparente conflito, o que só será alcançado com um profundo conhecimento dos sistemas jurídicos envolvidos, bem assim com a correta hermenêutica constitucional, na defesa do conjunto de valores materiais e imateriais que compõem e integram a personalidade do indivíduo, corolário maior do princípio que impõe a todos o respeito à dignidade da pessoa.

A ÓTICA CONSUMERISTA

É impositivo o estabelecimento de diálogo entre os marcos regulatórios do setor da saúde suplementar (que compõem o microsistema que regula o segmento) e o Código de Defesa do Consumidor (braço normativo do sistema de proteção e defesa do consumidor). Sobre a estruturação do

setor da saúde suplementar, a definição dos agentes e dos produtos regulados, os instrumentos de regulação, os tipos de processos administrativos regulatórios, por exemplo, em um diálogo de adaptação², incidem as regras do microsistema regulatório do setor da saúde suplementar. Por outro lado, no que respeita às relações jurídicas estabelecidas entre os agentes regulados e os consumidores, por expressa previsão legal, incidem, com primazia sobre as demais, as regras da legislação consumerista.

A nosso sentir, eventuais antinomias devem ser solvidas em favor do consumidor, quer pela vocação constitucional do Código de Defesa do Consumidor, quer pelo seu caráter principiológico, de proteção ao sujeito vulnerável da relação jurídica em berlinda. Senão, vejamos:

DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONSUMIDOR (PROTEÇÃO PRINCIPIOLÓGICA)

Os intérpretes do Código de Proteção e Defesa do Consumidor têm a obrigação de saber que, quando se refere a lei a direitos básicos do consumidor, com efeito, está nos propiciando a exata noção de que nos posicionamos diante de valores, de princípios e de preceitos fundamentais que, em hipótese alguma, podem ser deixados de lado, visto integrarem uma lista básica ou mínima de condições para que o consumidor conviva no mercado com dignidade.

De imediato, sobreleva referir que, se de um lado a legislação prevê direitos básicos para os consumidores, de outro, por simetria, cria deveres para alguém e, formando-se a relação jurídica de consumo entre fornecedores e consumidores, tendo a lei assegurado aos últimos direitos básicos, a conclusão lógica a que se chega é que, ao mesmo tempo, criou deveres - igualmente básicos - para os fornecedores.

Eis, aí, algo de fundamental importância dentro da sistemática de proteção e defesa do consumidor: se o fornecedor tem deveres jurídicos básicos em relação ao consumidor, decorrentes não da vontade das partes,

² Sobre diálogo das fontes, recomenda-se a leitura da obra Manual de Direito do Consumidor, Antonio Herman Vasconcelos Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 87/98.

mas de mandamento legal, a não observância de qualquer um desses deveres caracteriza ilícito absoluto, e não apenas relativo, sujeitando o infrator às responsabilidades civil, administrativa e/ou penal, conforme o caso. E mais. Não precisa o consumidor cobrar do fornecedor o cumprimento de sua obrigação legal. Ao contrário, a posição do consumidor, agora, é bastante confortável, já que, ainda que desconheça estes os seus direitos, mesmo assim, tem o fornecedor o dever de agir conforme determina a lei.

. Proteção da incolumidade física do consumidor: direito à segurança (*the right to safety*) - art. 6º, I.

Vida, saúde e segurança são bens jurídicos inalienáveis e indissociáveis do princípio universal maior da **intangibilidade da dignidade da pessoa humana**.

. Proteção da incolumidade psíquica do consumidor: práticas e cláusulas abusivas – artigo 6º, IV, parte final.

Abusivo é tudo o que afronta a principiologia e a finalidade do sistema protetivo do consumidor.

. Proteção da incolumidade econômica do consumidor: direito à proteção contratual – art. 6º, V.

Intervenção do Estado nos contratos (dirigismo judicial): a) “a **modificação** das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais” ou; b) “a sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

Finalidade: assegurar/preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e proteger a boa-fé dos contratantes.

Chegamos ao ponto central da divergência. A relação entre os agentes regulados e os consumidores é contratual. De se concluir, forçosamente, que as relações decorrentes dos contratos celebrados entre as partes devem respeitar os princípios que norteiam as relações contratualizadas, a partir da vigência da Lei nº 8.078/90, que, por sua vez, traduz em normas jurídicas as novas tendências mundiais no que se refere a questões contratuais. Especial relevo é de ser conferido à regra do artigo 4º, III, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que preconiza a necessidade de se harmonizar os interesses de fornecedores e de consumidores, tendo por norte

os princípios da equidade e *boa-fé*.

Evoluímos de um Estado Liberal para um Estado Democrático de Direito – no que se refere à posição econômica do Estado. Nesse processo evolutivo, percebe-se que no lugar da vontade dos contraentes surge um novo elemento, originalmente estranho às relações contratuais: o **interesse social**. Indubitavelmente, esse é um fator complicador, tornando o suporte fático dos contratos mais complexo que o simples exame do preenchimento de suas formalidades legais, como acontecia outrora.

Em razão disso, noções e princípios até então tradicionais, como, por exemplo, os da **autonomia das vontades** e do consensualismo; da **intangibilidade do conteúdo** dos contratos; da **força obrigatória** dos contratos; da relatividade dos contratos; entre outros, vão sendo, paulatinamente, mitigados pelo Estado ou, então, interpretados buscando-se dar ao contrato uma função social.

A moderna concepção contratual se preocupa com o conteúdo do contrato e, ao enfocá-lo, **está afastando o princípio da intangibilidade**. Preocupa-se com a alteração da situação fática ocorrida após a sua formação, abandonando-se, assim, uma análise estática dos contratos, voltando-se para uma análise dinâmica dos mesmos.

Não se vê mais os contratos como uma relação antagônica em que os contraentes estão exclusivamente preocupados com os interesses específicos de cada um deles sobre o objeto do contrato. Ao revés, a concepção moderna enfatiza o caráter de cooperação entre os contraentes, buscando-se, por intermédio dele, atingir os propósitos do contrato, quer em benefício dos contraentes, quer em benefício de terceiros.

Destarte, ao se solucionar uma controvérsia oriunda de um negócio jurídico, deve o intérprete considerar não apenas o interesse isolado de cada um dos contendores senão, também, os interesses da coletividade que pode ser afetada por situação análoga.

É certo que o dirigismo contratual não se dá em qualquer situação, mas apenas nas relações jurídicas consideradas como merecedoras de controle estatal para que seja mantido o desejado equilíbrio entre as partes contratantes.

O excesso de liberalismo, manifestado pela preeminência do **dogma do *pacta sunt servanda***, cede às exigências da ordem pública, econômica e social, que devem prevalecer sobre o individualismo, funcionando como fatores limitadores da autonomia privada individual, no interesse geral da coletividade. Bem se conhece que a fórmula do supramencionado artigo 1134, segundo a qual *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* (“as convenções legalmente constituídas têm o mesmo valor que a lei relativamente às partes que as fizeram”), **orientou a regulamentação do contrato no âmbito da autonomia das vontades. Costumava-se dizer que o justo seria o que estivesse regularmente contratado.**

Não existe qualquer dificuldade em se entender as origens de tal disposição. Emanada de um Estado liberal, ainda em fase de consolidação das conquistas revolucionárias, tinha por objetivo afirmar a posição do indivíduo perante a sociedade, em resposta às limitações antes impostas pelo direito canônico e pelo corporativismo. Entretanto, os negócios jurídicos então celebrados não tinham, nem em pensamento, as dimensões alcançadas nos dias atuais. Vê-se, sem maior esforço, que o cenário fático-jurídico de outrora é muito diferente do que se apresenta nos dias de hoje, a impor a mudança dos paradigmas hermenêuticos.

CONCLUSÃO

As operadoras de planos privados de assistência à saúde exercem relevante papel econômico-social e, porque atuam em segmento muito sensível e caro ao Estado, há preocupação do legislador em regulamentar a sua atividade, bem assim todo o setor da saúde suplementar.

O Código de Defesa do Consumidor, a seu turno, representa importante conquista de toda a sociedade, ao reconhecer no consumidor um sujeito especial de direitos constitucionalmente assegurados. A tutela dos interesses deste é impositiva, em qualquer setor da atividade econômica – inclusive no da saúde suplementar.

A legislação consumerista é principiológica e as suas regras têm na-

tureza de normas de sobredireito, incidindo sobre qualquer ramo em que presente a figura do consumidor.

Entendemos que todo o sistema jurídico tem a ganhar com o aprimoramento do marco regulatório do setor da saúde suplementar, mas, para tanto, não se pode perder de vista a especial proteção conferida pela Constituição ao consumidor. Dispensar ao mesmo tratamento diferenciado é um imperativo constitucional, marcadamente em razão dos bens jurídicos tutelados: a vida e a saúde do consumidor.

Como sistema, não dará certo se todos os *players* obrarem no sentido da exclusiva satisfação de seus respectivos interesses econômicos. Há que se buscar uma cooperação sinérgica entre os agentes regulados - inicialmente, entre si - e entre estes e os consumidores. A boa-fé deve funcionar como o elemento moral dessa relação jurídica, que encontrará na mutualidade a sua base econômica. Lealdade e transparência são atributos imprescindíveis a nortear a conduta de todos os interessados.

Aparentes conflitos devem ser resolvidos axiologicamente e, nesse sentido, os valores relacionados à tutela da vida, da saúde e do bem-estar do consumidor, porque indissociáveis do princípio universal da dignidade da pessoa humana, encontram perfeita guarida na legislação consumerista que, por sua vocação constitucional, deve prevalecer sobre as demais regras. ♦