

O CONTRATO DE PLANO PRIVADO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE À LUZ DAS NORMAS DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR¹

Diego Eidelvein do Canto²

RESUMO: O presente trabalho versa sobre a análise do contrato de plano privado de assistência à saúde à luz das normas de proteção do consumidor inseridas no ordenamento jurídico pátrio. Esse pacto possui objeto distinto dos demais bens de consumo, tendo em vista que visa garantir a cobertura financeira de riscos ligados à assistência da saúde, estando jungido ao corpo e à vida do consumidor. Assim, para exame do presente tema, parte-se da análise do mercado de saúde suplementar para, após, avaliar este negócio jurídico como um contrato inserido no mercado de consumo.

Palavras-chave: Contrato de Plano Privado de Assistência à Saúde. Lei dos Planos de Saúde. Aplicabilidade. Código de Defesa do Consumidor. Diálogo das Fontes. Direitos e deveres à luz da norma protetiva do consumidor.

INTRODUÇÃO

Os cidadãos brasileiros, em busca da efetiva prestação de serviços ligados à saúde, diante da ausência de condições do Estado em disponibilizá-los a todos, ingressam nos planos de assistência médica particular objetivando a segurança de que no momento em que necessitarem estarão amparados contratualmente pelo sistema privado. Dessa forma, diante das lacunas deixadas pela atuação do Poder Público, o contrato de assistência à saúde atua de forma complementar ao Sistema Único de Saúde, conforme dispõe o artigo 199 da Constituição Federal.

Em face do aumento de adesões de novos usuários aos planos privados ligados à saúde, bem como frente ao grande poder econômico das operadoras destes serviços, a relação jurídica entabulada entre as partes está sujeita a abusividades e ilegalidades, principalmente em decorrência da massificação dos pactos por meio dos contratos de adesão. Assim, em muitas ocasiões surge no campo contratual o conflito de interesses entre o fornecedor desta espécie de serviço e o consumidor, os quais devem ser solvidos em observância das normas protetivas do consumidor, por intermédio de um diálogo harmônico e sistemático dessas.

O tema ora tratado está em voga no meio doutrinário e jurisprudencial, provocando inúmeros debates sobre a matéria, em decorrência do crescente número de demandas propostas em face dos operadores dos planos ligados à saúde, sendo buscado o efetivo cumprimento das obrigações entabuladas no pacto firmado, ante o descumprimento, na maioria das vezes, imotivado destas.

O presente artigo tem por objetivo analisar o contrato de plano privado de assistência à saúde à luz das normas de proteção do consumidor. Assim, o referido pacto será analisado a partir de um diálogo das normas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei dos Planos de Saúde.

Na primeira parte, far-se-á um estudo do contrato de plano privado de assistência à saúde, partindo do exame da evolução histórica desse negócio jurídico. Em seguida, será verificada a definição desse pacto através das características, de seu objeto e dos sujeitos contratantes, bem como será analisada a natureza jurídica securitária desse. Abordar-se-á, também, a temática referente à fiscalização, regulamentação e normatização do setor da saúde

¹ Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Aprovação com grau máximo pela banca examinadora, composta pelos professores Dr.^a Cristina Stringari Pasqual (orientadora), Dr. Adalberto Pasqualatto, Dr.^a Liane Tabarelli Zavascki, em 22 de junho de 2012.

² Acadêmico do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: diego.e.canto@gmail.com.br

suplementar, destacando a importância da Agência Nacional de Saúde Suplementar, do Conselho de Saúde Suplementar e da Câmara de Saúde Suplementar.

Em um segundo momento, será estudado o contrato médico-assistencial em consonância com Direito Constitucional, isto é, como forma de promover a eficácia dos direitos fundamentais enxertos na Constituição Federal. Nessa oportunidade, será apreciado esse negócio jurídico, como um pacto inserido do mercado de consumo, verificando a definição do consumidor e do fornecedor. Será abordada, ainda, a teoria do diálogo das fontes como forma de apaziguar e dar fluidez ao ordenamento jurídico. Sobre esse ponto, será dada ênfase na identificação das normas que podem se comunicar no pacto objeto do estudo. Por fim, serão analisados os direitos e deveres conforme as normas protetivas do consumidor.

1 O CONTRATO DE PLANO PRIVADO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

1.1 Evolução histórica do contrato de plano de assistência à saúde

A origem histórica do mercado de saúde suplementar está estritamente ligada ao contexto político-social-econômico-cultural de um Estado. Afirma-se que seu surgimento e crescimento, no ocidente, estão ligados ao desenvolvimento do capitalismo, conjuntamente com as conquistas sociais da classe trabalhista e recrudescimento dos direitos fundamentais. Sobre o ponto, Antonio Joaquim Fernandes Neto³ ressalta que durante a Revolução Industrial a doença passou a ser identificada como causa de prejuízo ao capitalismo e objeto de atenção do poder econômico privado, tendo em vista que a enfermidade causava a queda de produtividade nas indústrias.

A origem do sistema privado de saúde pré-pago se deu por volta de 1910 nos Estados Unidos da América, sendo apontado por muitos como primeiro expoente a “Western Clinic” em Tacoma, Washington. Segundo Peter David Fox e Peter Reid Kongstvedt⁴, a referida clínica ofereceu, através de seus fornecedores, o primeiro modelo de assistência à saúde pré-pago, denominado em inglês de “Health Maintenance Organization” (HMO) ou “Prepaid Group Practice” (PGP), para proprietários de serralheiras e seus empregados, mediante o pagamento mensal do prêmio no valor cinquenta centavos de dólar por pessoa, fornecendo um amplo rol de serviços médicos. Neste período, um programa similar foi desenvolvido pelo Doutor Brigde, na mesma localidade, expandindo-se, posteriormente, a mais 20 regiões de Oregon e Washington.

Em 1939, as sociedades médicas estaduais estadunidenses criaram a chamada “Blue Shield”, que consistia na cobertura de serviços médicos, modelo este diferente da “Blue Cross”, que fornecia a cobertura de serviços hospitalares. Estes convênios de serviços ligados à saúde se difundiram durante a Segunda Guerra Mundial como uma forma dos fornecedores garantirem receitas fixas e constantes, e os consumidores terem acesso a melhores formas de assistência à saúde, com preço acessível⁵.

No Brasil, segundo Maria Stella Gregori⁶, o sistema privado de assistência à saúde tem origem nos anos 20 e 30, sendo voltado para os trabalhadores. Este modelo de prestação de saúde, de seus primórdios até os tempos atuais, teve sua atuação ligada aos serviços públicos, apresentando-se como um sistema misto, alternando-se períodos de quase ausência do Estado e maior regulação e atuação deste.

Em 1923 foi aprovada a Lei Eloy Chaves, Decreto n.º 4.682/1923, que inaugurou o modelo de financiamento destinado a viabilizar a assistência privada à saúde individual⁷. O

³ FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. **Plano de Saúde e Direito do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 24-26.

⁴ FOX, Peter David; KONGSTVEDT, Peter Reid. A History of Managed Health Care and Health Insurance in the United States. In: KONGSTVEDT, Peter Reid. **Essentials of Managed Health Care**. 5.ª ed. United States: Jones & Bartlett, 2007, p. 3-5.

⁵ Id., ib., p. 3-5.

⁶ GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.31), p. 36.

⁷ FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. **Plano de Saúde e Direito do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 29.

referido decreto determinou a criação por cada uma das empresas de estrada de ferro existentes no país de uma Caixa de Aposentadoria e Pensões (CAP) para os respectivos empregados, inaugurando o sistema privado de previdência social e assistência à saúde. Este modelo acabou se expandindo para outras categorias profissionais nos anos posteriores⁸.

No governo de Getúlio Vargas, em 1933, foram unificados as diversas caixas e institutos de aposentadoria, sendo criados os Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAP), agrupando os trabalhadores por ramos de atividade, prevalecendo à compra de serviços médico-hospitalares⁹. Esse período possui como principal característica o modelo de saúde suplementar vinculado ao trabalhador formal, consistindo em um sistema de assistência à saúde precária e com forte exclusão social.

Nos anos posteriores a 1950, diante do processo de industrialização que incidia no país, foram contratados planos de assistência médica privada pelas corporações estrangeiras a seus empregados, nos moldes fornecidos pelas suas matrizes, sobretudo no que diz respeito à indústria automobilística localizada na região do ABC paulista, objetivando a maior produtividade de seus funcionários, incentivando a disseminação para outros setores trabalhistas.

Nas décadas de 60 e 70, ocorreu o período de maior crescimento e contratação coletiva de planos de saúde¹⁰, surgindo com maior intensidade os convênios médicos entre entidades empregadoras e empresas médicas. Em 1960 foi criada a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), o qual ampliou as atribuições do sistema de previdência e assistência, regulando a forma de concessão e de compra de serviços de saúde ligado ao setor privado. Refere-se que frente ao crescente aumento de benefícios aos consumidores, os institutos privados e os fundos mantidos pelas IAP entraram em colapso, diante do estado deficitário em que se encontravam. Deste modo, o governo militar, em 1966, criou o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), estatizando os institutos privados de previdência, fortalecendo a atuação do Estado neste setor¹¹.

A institucionalização do seguro-saúde no Brasil ocorreu com a edição do Decreto-Lei n.º 73, de 1966, momento no qual foram criados o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), estruturando o Sistema Nacional de Seguros Privados¹². Ressalte-se que as cooperativas que prestavam o serviço pré-pago de assistência à saúde também ficaram subordinadas às resoluções do CNSP e à fiscalização dos órgãos competentes estipulados neste decreto-lei, nos termos dos artigos 24, §único, 129 e 135.

No ano de 1967 foi fundada a primeira cooperativa médica do país e das Américas, em Santos, São Paulo, pelo Doutor Edmundo Castilhos, denominada de União dos Médicos – Unimed. A medicina de grupo visava preencher o vazio deixado pelo Estado, atuando na esteira do crescimento do polo automobilístico industrial da região de São Paulo. Com o rápido sucesso da Unimed, esse modelo de cooperativa médica espalhou-se pelo país, estando hoje presente em 83% do território nacional, com mais de 18 milhões de clientes.

Ressalte-se que, enquanto o INPS pagava os prestadores por serviços prestados, as empresas médicas privadas forneciam o serviço mediante o pagamento de uma quantia fixa por trabalhador. Destaca-se que a Constituição Federal brasileira de 1967 previa apenas o direito à saúde ao trabalhador¹³.

A regulamentação do seguro-saúde ocorreu em 21 de maio de 1976, pela Resolução 11 do Conselho Nacional de Seguros. Inicialmente restou autorizado às empresas seguradoras apenas a sua operação na modalidade de reembolso de despesas médicas, fornecendo a intermediação financeira, não sendo possível a participação do serviço médico.

⁸ GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.31), p. 36.

⁹ Id., ib., p. 36.

¹⁰ Id., ib., p. 36.

¹¹ FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. **Plano de Saúde e Direito do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 33-43.

¹² GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.31), p. 37.

¹³ FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. **Plano de Saúde e Direito do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 41.

O período contemplado pelo início dos anos 80 foi marcado pela recessão econômica, decorrente da crise do petróleo de 1978. Este momento de compressão da economia e, conseqüente, estagnação, resultou na retração dos pagamentos dos convênios do Governo com empresas médicas, importando no fortalecimento das organizações médicas que passaram a fornecer diretamente os seus serviços aos indivíduos, mediante a comercialização de planos coletivos e individuais ou familiares.

Em face da propagação de entidades de medicina de grupo e seguradoras, estas foram obrigadas a se registrarem junto aos órgãos competentes para fiscalização do exercício profissional relacionado com a sua atividade básica no Conselho Federal de Medicina e nos respectivos Conselhos Regionais em cada estado, através da Lei n.º 6.839/1980¹⁴.

O forte crescimento econômico do mercado ocasionou a disparidade da relação entre os beneficiários dos planos e seguros-saúde em relação aos operadores desses, principalmente, em decorrência da ausência de uma legislação que regulasse e promovesse a fiscalização deste setor essencial.

Com advento da Constituição Federal de 1988 a temática referente à saúde passou a ser tratada como um direito social fundamental de interesse difuso e de relevância pública, devendo ser disponibilizado a todos por meio de atuação do Estado, através do SUS, o qual possuía a função de gerir uma política uma e integrada de saúde¹⁵, e, subsidiariamente, pela iniciativa privada, por meio dos planos privados de assistência à saúde, nos termos do artigo 196 e 199 da Carta Magna.

Na década de 90, diante da ausência de normatização específica e fiscalização da atividade privada de serviços ligados à saúde, bem como a inoperância do sistema público, deu-se margem a abusos e ilegalidades cometidas pelos operadores deste setor contra seus beneficiários¹⁶. Deste modo, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078 de 1990), consistiu na principal arma contra as práticas abusivas, principalmente com a atuação do PROCON, das entidades civis de defesa do consumidor e do Ministério Público em prol dos consumidores.

Ao longo da década de 90 os problemas só se agravaram no setor. De tal feita, houve um apelo muito grande por parte sociedade para que houvesse regulamentação e fiscalização deste mercado, sendo apresentadas inúmeras propostas ao Congresso Nacional.

Em 03 de junho de 1998 foi editada a Lei n.º 9.656, Lei dos Planos de Saúde (LPS), elaborado pela Associação Brasileira de Medicina de Grupo (ABRAMGE), conjuntamente com o Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde (CIEFAS) e com a Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e de Capitalização (FENASEG), trazendo inúmeros avanços para o mercado, que foi fortalecido quando da institucionalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar, criada pela Lei n.º 9.961, de 28 de janeiro de 2000. As sociedades seguradoras especializadas em seguro-saúde somente ficaram subordinadas às normas e à fiscalização da ANS com a edição da Lei n.º 10.185, de 12 de fevereiro de 2001, nos termos de seu artigo 1.º, §2.º.

Destarte, a unificação e regulamentação trouxeram inúmeros avanços ao setor. No entanto, o processo de melhoramento desta parcela do mercado de consumo, se encontra em constante expansão e reforma, buscando-se a todo o momento que a prestação deste serviço necessário à promoção da saúde humana atinja grau máximo de excelência, em que pese haja um longo caminho a ser seguido.

¹⁴ PASQUALOTTO, Adalberto. Conceitos fundamentais do Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima (org.); MIRAGEM, Bruno (org.). **Direito do consumidor**: fundamentos do direito do consumidor, v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, (Doutrinas Essenciais; 1), p. 41.

¹⁵ VIEIRA, Marcelo Milano Falcão; VILARINHO, Paulo Ferreira. **O campo da Saúde Suplementar no Brasil**. Revista Ciências da Administração - RCA, v.6, n. 11, p. 09-34, jan./jul. 2004. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina – Centro Socioeconômico/Departamento de Ciências da Administração. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/Artigo_O_Campo_da_saude_suplementar_no_Brasil.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2012, p. 4-5.

¹⁶ GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde**: a ótica da proteção do consumidor. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.31), p. 39.

1.2 Definição e natureza jurídica

O serviço médico-assistencial prestado pela área privada possui extrema relevância social, tendo em vista que, para a concreção do princípio da dignidade humana, previsto no artigo 1.º, III, da Constituição Federal, faz-se necessário estabelecer garantias mínimas de saúde ao indivíduo. Diante da ineficácia da prestação do serviço público ligado à saúde a todos os membros da sociedade, cresce a cada ano o número de consumidores ligados a planos privados de assistência à saúde. Destaca-se que, somente entre o período de 2003 a 2011, em torno de 15 milhões de pessoas aderiram a contratos de planos privados de assistência à saúde.

O legislador infraconstitucional definiu o plano privado de assistência à saúde no artigo 1.º, I, da Lei n.º 9.656/1998, como a:

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

Antonio Joaquim Fernandes Neto¹⁷ salienta que o contrato médico-assistencial é concebido a partir dos serviços e produtos nele contidos. Logo, nos termos do artigo e inciso precitados, além da designação sintética e genérica do serviço de assistência à saúde, qual seja a garantia de cobertura financeira de riscos de assistência à saúde, o legislador infraconstitucional elencou uma série de elementos característicos que diferenciem a atividade exclusivamente financeira¹⁸, tais como: custeio de despesas, oferecimento de rede credenciada ou referenciada, reembolso de despesas, entre outros, nos termos do §1.º, “a” a “f”, do art. 1.º da LPS.

Diante dos elementos elencados anteriormente, este contrato se caracteriza por ser um pacto de adesão, sinalagmático, oneroso, formal, aleatório e cativo de longa duração¹⁹.

De adesão, pois não há a possibilidade de discussão das cláusulas contratuais ou modificações substanciais por parte do consumidor, sendo estabelecida unilateralmente pelo fornecedor ou cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente, conforme preceitua o artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor. Sinalagmático e oneroso, uma vez que há reciprocidade de obrigações entre o beneficiário e a operadora do plano, em que se busca a segurança da cobertura de eventos futuros relacionados à saúde, mediante o pagamento de prestação pecuniária denominada de mensalidade. Formal, tendo em vista que somente se perfaz se obedecidas a sua forma especial²⁰.

Aleatório, no que tange a prestação devida, visto que somente haverá a contraprestação por parte do fornecedor/operador do plano privado caso ocorra evento futuro e incerto, qual seja, sinistro relacionado à saúde do consumidor²¹. A incerteza refere-se à sua necessidade de prestação, mas não quanto à natureza ou à qualidade do serviço prestado. Cláudia Lima Marques²² aduz que, quando necessária, a prestação deste serviço “deve ser fornecida com a devida qualidade, com a devida adequação, de forma que o contrato, que o serviço objeto do contrato unindo fornecedor e consumidor, possa atingir os fins que razoavelmente dele se

¹⁷ FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. **Plano de Saúde e Direito do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 130.

¹⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 510.

¹⁹ FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. **Plano de Saúde e Direito do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 128.

²⁰ Id., ib., p. 143.

²¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 518.

²² Id., ib., p. 518.

esperam (...).” Por esta razão, a autora gaúcha²³ afirma que a relação contratual do plano privado de assistência à saúde constitui uma obrigação de resultado, haja vista que:

(...) o que se espera do segurador ou prestador é um “fato”, um “ato” preciso, prestar serviços médicos, um reembolsar quantias, um fornecer exames, alimentação, medicamentos, um resultado independente dos “esforços” (diligentes ou não) para obtenção dos atos e fatos contratualmente esperados.

Insta destacar que o contrato de plano privado de assistência à saúde caracteriza-se por ser um contrato cativo de longa duração²⁴, pois a relação contratual se perpetua no tempo, em face do interesse do consumidor em que a relação havida entre as partes seja contínua e duradoura, para que esteja coberto de riscos futuros com assistência à saúde. Este se renova anualmente e de forma automática, devendo ser fixado com a finalidade de atender a regulação atinente a cada novo período.

Ainda, no que tange às características, Antonio Joaquim Fernandes Neto²⁵ relata que o pacto privado médico-assistencial constitui contrato atípico misto, uma vez que o legislador infraconstitucional conceituou descritivamente o plano privado de assistência à saúde, enumerando uma série de serviços que se enquadram nesta categoria, não havendo, assim, um tipo contratual de fácil visualização, mas sim pacto em que são englobados os seguros e planos de saúde, juntamente com os demais serviços médico-assistenciais.

O exame da natureza jurídica securitária do plano privado assistencial vinculado à saúde, somente será possível mediante análise de duas figuras jurídicas distintas, presentes na definição do artigo 1.º, I, da Lei n.º 9.656/98, quais sejam, o plano de saúde e o seguro-saúde, no qual o primeiro presta diretamente ou indiretamente (através de redes credenciadas) serviços especificados e o segundo o reembolso de despesas médicas²⁶. Sinala-se que com a edição da Medida Provisória n.º 2.177-44/2001 o autor Luiz Antonio Rizzato Nunes²⁷ afirma que não há mais distinção entre plano de saúde e seguro-saúde para a LPS, sendo ambos considerados como plano de assistência à saúde, diante da supressão do termo seguro-saúde da redação dos artigos 1.º e 10.º da Lei n.º 9.656/98.

O seguro-saúde corresponde ao serviço prestado por uma empresa seguradora, organizada sob a forma de sociedade anônima, no qual é assegurado o reembolso de despesas médicas e hospitalares ao segurado, até o limite previsto no contrato²⁸, mediante livre escolha deste, do médico e o do serviço hospitalar. Esta espécie de contrato de assistência à saúde é um típico contrato de seguro, de fácil visualização dos elementos constitutivos deste, quais sejam: segurador (operador de plano de assistência à saúde), segurado (contratante/consumidor), prêmio (mensalidade), indenização securitária (reembolso das despesas com assistência médico-hospitalares) e os riscos futuros cobertos (lesão ou enfermidade que acomete o segurado)²⁹.

O contrato de plano de saúde constitui-se no serviço prestado por uma cooperativa ou associação médica com a finalidade de assegurar assistência médica, hospitalar e ambulatorial pela rede própria ou credenciada, mediante o pagamento do prêmio. Os planos de saúde também possuem natureza securitária, perdurando em seu conceito os três pilares estruturantes do seguro (risco, prêmio e evento indenizável), tendo em vista que a operadora do plano assume a obrigação de ressarcir as despesas médico-hospitalares e ambulatoriais, bem como

²³ Id., ib., p. 518.

²⁴ Id., ib., p. 522.

²⁵ FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. **Plano de Saúde e Direito do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 135.

²⁶ PASQUALOTTO, Adalberto. A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde: uma interpretação construtiva. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.); LOPES, Jose Reinaldo de Lima (coord.); PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). **Saúde e responsabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 36-64. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.13), p. 43.

²⁷ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Comentários à lei de plano privado de assistência à saúde**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 13.

²⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 893.

²⁹ RODRIGUES, Bruno Lemos. **Aspectos legais dos contratos de seguro-saúde**. 1ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 22-23.

medicamentos, caso ocorra um evento futuro e previsto contratualmente (lesão ou enfermidade) mediante o pagamento de uma contraprestação pelo segurado o qual é calculado conforme taxa de sinistralidade.

Dessa forma, analisando as duas figuras jurídicas que compõe as espécies de serviços prestados no contrato de plano privado de assistência à saúde, chega-se a conclusão de que este é um típico contrato de seguro, tendo em vista que possui como finalidade assegurar a cobertura de riscos relativos à saúde³⁰, mediante o pagamento de uma contraprestação do segurado. Sobre este tema, Cláudia Lima Marques³¹ afirma que:

Note-se que a ideia dos seguros, e hoje dos planos de saúde, está intimamente ligada ao anseio humano de controle dos riscos e de socialização dos riscos atuais e futuros entre todos na sociedade. Se inicialmente os seguros, assim como ainda descritos em nosso Código Civil de 1916 (e também no CC/2002), envolviam apenas o “indenizar”, o “responder” monetariamente, é esta uma visão superada, pois os serviços de seguro evoluíram para incluir também a *performance bond*, isto é, o contrato de seguro envolvendo a “execução” de uma obrigação, um verdadeiro “prestar”, em fazer futuro muito mais complexo que a simples entrega de uma quantia monetária.

No mesmo sentido, Arnaldo Rizzardo aduz que:

Como é sabido, define-se seguro o contrato pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante o pagamento de um prêmio, a garantir-lhe interesse legítimo, contra riscos futuros, previstos no contrato. Esta ideia que está no art. 757 do Código Civil (art. 1.432 do Código revogado). Especificamente no campo da saúde, visa a garantir o pagamento de determinadas importâncias pela ocorrência de fatos previstos como riscos. Trata-se do contrato pelo qual o segurador se obriga a cobrir a indenização por riscos ligados à saúde e à hospitalização, mediante o pagamento do prêmio em determinado número de prestações. Fica a pessoa protegida dos riscos da enfermidade, pois contará com recursos para custear as despesas acarretadas pelas doenças, com a garantia da assistência médico-hospitalar. Genericamente, é a garantia de interesses pela cobertura dos riscos da doença. Através dele, o indivíduo ou segurado fica protegido dos riscos da enfermidade, pois contará com recursos para custear as despesas acarretadas pelas doenças, e tendo direito à própria assistência médico hospitalar.

A partir da análise dos contratos de planos de saúde e do seguro-saúde, pondera-se que o pacto médico-assistencial não constitui um contrato atípico misto, mas sim em um típico contrato de seguro, tendo em vista que a principal finalidade deste é assegurar a cobertura financeira dos riscos inerentes à assistência à saúde.

Portanto, os demais serviços prestados que, em tese, “desvirtuariam” esta nova modalidade de seguro, tais como fornecimento de alimentação nos hospitais e clínicas, utilização de ambulâncias para o deslocamento do paciente, entre outros, correspondem a mecanismos necessários para que o objetivo principal deste pacto seja alcançado, sendo intrínsecos a este.

Frisa-se que, nos tempos atuais, a pluralidade de serviços complementares prestados nos contratos securitários de assistência à saúde reflete a necessidade de que o beneficiário restabeleça de forma plena a sua saúde, como forma de continuidade de sua vida. Destarte, na pós-modernidade, na qual impera a crise na tipificação dos contratos, não existem mais contratos típicos puros, na maioria dos casos, mas sim, pactos plurais em que preponderam certas espécies contratuais, podendo citar o exemplo do seguro de veículo, em que são fornecidos serviços de guincho, transporte em caso de roubo/furto e carro substituto.

³⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 892.

³¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 517.

Ademais, anota-se que o seguro-saúde e os planos de saúde no nascedouro de sua institucionalização foram submetidos à regulação Conselho Nacionais de Seguros Privados (CNSP) e fiscalização da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), conforme se pode observar nos artigos 24, § único, e 135 do Decreto-Lei n.º 73/1966.

Assim, o plano privado de assistência à saúde possui natureza securitária em face dos serviços contido nesta espécie contratual, que, diante de sua importância social, restou regulado por legislação específica e submetido à fiscalização própria, fora do Sistema Nacional de Seguros Privados.

Ademais, nos termos do artigo 35-M da LPS, as operadoras de planos privados de assistência à saúde estão autorizadas a celebrar contratos de resseguro junto às empresas devidamente autorizadas a operar em tal atividade. Por essa razão, pode-se observar outra característica do contrato de seguro, tendo em vista que o resseguro constitui na operação mediante o qual o segurador, com intuito de diminuir sua responsabilidade com a aceitação de um risco considerado excessivo ou perigoso, cede a outro segurador uma parte da responsabilidade e do prêmio recebido.

De tal forma, a afirmação de que o pacto médico-assistencial é um contrato atípico misto encontra óbice, também, no fato de que este está inteiramente regulado pela Lei dos Planos de Saúde, possuindo denominação própria instituída em lei, nos termos de seu artigo 1.º, I, não podendo as partes dispor livremente para a criação de um contrato novo. Isso se deve ao fato de que a vez que a referida norma estabelece critérios específicos para a formação desta espécie contratual securitária, fixando serviços mínimos a serem estabelecidos no pacto, devendo haver prévia autorização pela ANS antes da entrada no mercado de consumo. Sobre o tema em foco, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho³² destacam que:

Quando há uma previsão legal da disciplina de determinada figura contratual, estamos diante de um contrato típico; na situação inversa, ou seja, em que o contrato não esteja disciplina/regulado pelo Direito positivo, vislumbramos um contrato atípico.

Por fim, impende destacar que o artigo 802 do Código Civil poderia gerar alguma confusão quanto à natureza securitária dos planos de assistência à saúde ao dispor que não se aplicam à seção de seguro de pessoas aos contratos em que visam a garantia de reembolso de despesas hospitalares ou de tratamento médico, nem o custeio das despesas de luto e de funeral do segurado. No entanto, a “razão de ser” dessa norma possui fácil explicação, em face da existência de regulamentação própria do setor, cuja atual legislação civil atentou aquela. Aplicam-se, assim, apenas os dispositivos gerais do contrato seguro previstos no Código Civil, naquilo que não for contrário à Lei n.º 9.656/98, havendo um verdadeiro diálogo de fontes. Nesse sentido, Adalberto Pasqualotto³³ afirma que:

O art. 802 atesta o caráter de centralidade do Código Civil, compatibilizando-se com a vigência de leis especiais. Ficam excluídos da incidência das disposições sobre seguro de pessoa os contratos que visem o reembolso de despesas de tratamento médico e hospitalar. Para estes casos há lei especial disciplinando a assistência privada à saúde, a Lei 9.656, de 03.06.1998. Também é excluído o reembolso de despesas de luto e funeral, que podem constituir objeto de planos de mútuo socorro, à margem do regramento geral dos seguros.

Em face da definição do contrato e de sua natureza jurídica, cumpre analisar quem está autorizado a fornecer os serviços e produtos ligados à assistência médico-hospitalar. Nesse sentido, o artigo 1.º, II, da Lei n.º 9.656/98 define a operadora de plano de assistência à saúde

³² GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Contratos**: teoria geral. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 180.

³³ PASQUALOTTO, Adalberto. **Contratos nominados III**: seguro, constituição de renda, jogo e aposta, fiança, transação, compromisso. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Biblioteca de Direito Civil. Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale, v.9), p. 174.

como sendo a pessoa jurídica sob a modalidade de sociedade civil ou comercial cooperativa ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato descrito no inciso I do referido artigo. Nos tempos atuais, atuam no Brasil, 1.618 operadoras de planos privados de assistência à saúde.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar classificou as operadoras em sete modalidades por meio da edição da Resolução de Diretoria Colegiada n.º 39, de outubro de 2000, prevendo: Administradora, Cooperativa Médica, Cooperativa Odontológica, Autogestão, Filantropia, Medicina de Grupo e Odontologia de Grupo. Ressalte-se que as seguradoras que atuavam no segmento de seguro-saúde somente foram compelidas a se transformarem em seguradoras especializadas com a edição da Lei n.º 10.185/2001, subordinando-se a regulamentação e fiscalização da ANS.

No que tange ao outro polo da relação contratual, o consumidor dos produtos e serviços médico-assistenciais é a pessoa física, titular ou dependente, destinatário final, adquirente de um plano privado de assistência à saúde, ou vinculado a este em face de uma relação de emprego ou agremiação (sindicato, associações).

Conclui-se que o contrato do plano médico-assistencial visa assegurar os riscos relacionados à assistência à saúde, possuindo natureza securitária. De igual forma, caracteriza-se por ser um pacto sinalagmático, oneroso, formal, aleatório, quanto à necessidade de prestação do serviço, e cativo de longa duração. No que tange a quem pode operar neste ramo securitário, o legislador infraconstitucional no artigo 1.º, II, da LPS, institui que qualquer pessoa jurídica, constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, desde que devidamente autorizada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, consoante o artigo 1.º, §§ 4.º e 5.º, da Lei n.º 9.656/98.

1.3 Regulamentação, fiscalização e normatização do setor privado de assistência à saúde

A abertura da atividade econômica de certos serviços prestados pelo Estado à iniciativa privada decorre das múltiplas funções assumidas por este, que, conseqüentemente, ocasionam o aumento dos gastos públicos e no inchaço da máquina administrativa, resultando na crise financeira e fiscal do Estado. De tal modo, ao invés da administração prestar diretamente determinados serviços à sociedade como agente financiador e executor do desenvolvimento, acaba delegando para iniciativa privada a execução de alguns serviços, no todo ou em parte, atuando mais como ente regulador e fiscalizador³⁴.

Este processo atingiu o mercado da saúde no Brasil. Com advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o dever do Estado de garantir o direito à saúde de todo, com acesso universal e igualitário, passou a permitir o ingresso do setor privado como forma de complementar o Sistema Único de Saúde, sendo-lhe livre à iniciativa privada.

Conforme apontado anteriormente, o modelo de assistência à saúde no Brasil desenvolveu-se mediante uma atuação conjunta dos serviços públicos e privados, alternando entre períodos de quase ausência estatal e outros de forte fiscalização, prevalecendo, em sua fase embrionária, uma política nacional voltada ao crescimento do parque privado. Ressalte-se que até 1998 não existia qualquer intervenção estatal específica regulatória na atividade econômica ligada à assistência à saúde, o qual somente ocorreu com advento da Lei dos Planos de Saúde em 1998³⁵.

Arnaldo Rizzardo³⁶ aponta que, no período anterior à LPS, reclamava-se uma intervenção mais direta do Poder Público no âmbito da saúde suplementar, mediante a criação de uma legislação específica condizente com a dinâmica do mercado, em que eram apontados diariamente uma série de práticas abusivas no cumprimento dos contratos médico-assistenciais.

³⁴ GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.31), p. 54-58.

³⁵ Id., ib., p. 69.

³⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 894-895.

No mesmo sentido, Adalberto Pasqualotto³⁷ aduz que “o setor dos planos e seguros saúde era o paraíso da autonomia privada, ancorado na parca previsão legal existente nos arts. 129 e 130, do Dec.-lei 73/66.”.

Deste modo, a Lei n.º 9.656/98 criou um mecanismo unificado para controle, fiscalização e regulamentação deste setor no país, constituindo-se em uma atividade governamental destinada a corrigir as falhas do mercado de consumo, instaurando condições contratuais afetas aos consumidores e empresas, e funcionamento deste setor. Saliente-se que a regulamentação e fiscalização do mercado médico-assistencial deve ser compreendida como uma forma de nortear os rumos deste, monitorando o seu comportamento e alcance, através de um agir do Estado sobre a atividade econômica, respeitando o equilíbrio dos interesses das diversas forças sociais presentes³⁸.

Reconheceu-se, assim, a especificidade deste setor econômico, criando órgãos executivos, normativos e fiscalizadores dos planos de assistência à saúde. Surge um ente dotado de autonomia decisória, financeira, administrativa e gerencial, Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), com a função de executar as políticas do Estado de orientação e planejamento desta parcela do mercado, promovidas pelo Conselho Nacional de Saúde Suplementar (CONSU), bem como fiscalização e controle do cumprimento das normas entabuladas para o setor, com intuito de encontrar o equilíbrio deste, auxiliado pela Câmara de Saúde Suplementar (CAMSS), para que o contrato que ofereçam serviços e produtos atinja a sua função social.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar foi criada pela Lei n.º 9.961, de 28 de janeiro de 2000, constituindo-se em uma autarquia sob regime de natureza especial, com personalidade jurídica de direito público, vinculada ao Ministério da Saúde, subordinada às diretrizes fixadas pelo Conselho Nacional de Saúde Suplementar (CONSU). Possui sede e foro na cidade do Rio de Janeiro – RJ, com prazo de duração indeterminado e atuação em todo território nacional. Caracteriza-se pela autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recurso humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato de seus dirigentes, nos termos do artigo 1.º, “caput” e §1.º, da lei precitada.

A ANS possui a finalidade institucional de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, bem como às relações entre prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no país, nos exatos termos do artigo 3.º da Lei n.º 9.961/2000. Constitui-se uma agência reguladora, criada para dirigir todo o sistema de planos de assistência à saúde³⁹, auxiliada pela Câmara de Saúde Suplementar, atuando em consonância às diretrizes estabelecidas pelo CONSU.

Sua direção é exercida por uma Diretoria Colegiada (DICOL), composta por cinco diretores com mandatos de três anos, prorrogáveis por mais três, não coincidentes. Cada diretor será responsável por uma das áreas de atuação da Agência definidas em seu regulamento interno, quais sejam: Diretoria de Normas e Habilitação das Operadoras, Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos, Diretoria de Fiscalização, Diretoria de Desenvolvimento Setorial e Diretoria de Gestão.

Assim sendo, através de seus de seus órgãos integrantes, compete a Agência Nacional de Saúde Suplementar: a) fiscalizar, regulamentar e monitorar o setor da saúde assistencial suplementar, disciplinando os critérios de ingresso, operação e saída do setor das operadoras, os critérios essenciais para o registro de produtos; b) elaborando o rol de procedimentos e eventos em saúde que constituirão o plano-referência; c) normatizando os conceitos de doença e lesões preexistentes; d) controlando a aferição e qualidade dos serviços oferecidos pelas operadoras de planos de assistência à saúde; e) fiscalizando as atividades das operadoras em suas operações, bem como em relação aos serviços e produtos disponibilizados; f) disciplinando sobre a

³⁷ PASQUALOTTO, Adalberto. A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde: uma interpretação construtiva. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.); LOPES, Jose Reinaldo de Lima (coord.); PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). **Saúde e responsabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 36-64. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.13), p. 47.

³⁸ GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.31), p. 62.

³⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 900.

transferência de carteiras, procedimentos para controle e adequação dos preços; g) implementando programas que visem a qualificação da saúde suplementar; h) integrando o setor privado com o Sistema Único de Saúde; i) aplicando penalidades por descumprimento da lei e de suas regulamentações, entre outras funções, nos termos do artigo 4.º da Lei n.º 9.961/00.

Por fim, quanto a esta Agência Reguladora, impera destacar que esta não integra o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), não se constituindo como um órgão de defesa do consumidor. No entanto, conforme afirma Maria Stella Gregori⁴⁰:

Insista-se, porém, que a diferença de foco entre os órgãos eminentemente consumeristas e a ANS não lhe retira sua função de instrumento, sem dúvida nenhuma, de proteção ao consumidor, na medida em que tem como missão institucional entre suas atribuições a defesa acesso para que o consumidor faça suas consultas ou reclamações sobre o setor de saúde suplementar.

Quanto ao Conselho de Saúde Suplementar (CONSU), este foi criado pela Lei n.º 9.656/98, posteriormente alterado pelo Decreto n.º 4.044/2001. Organiza-se como um órgão governamental, integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde, possui como a função de fixar políticas públicas a serem executadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar⁴¹.

Este órgão possui competência, nos termos do artigo 35-A da Lei n.º 9.656/98, para: II - estabelecer e supervisionar a execução de políticas e diretrizes gerais do setor de saúde suplementar; III - aprovar o contrato de gestão da ANS; IV - supervisionar e acompanhar as ações e o funcionamento da ANS; V - fixar diretrizes gerais para implementação no setor de saúde suplementar sobre: a) aspectos econômico-financeiros; b) normas de contabilidade, atuariais e estatísticas; c) parâmetros quanto ao capital e ao patrimônio líquido mínimos, bem assim quanto às formas de sua subscrição e realização quando se tratar de sociedade anônima; d) critérios de constituição de garantias de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, consistentes em bens, móveis ou imóveis, ou fundos especiais ou seguros garantidores; e) criação de fundo, contratação de seguro garantidor ou outros instrumentos que julgar adequados, com o objetivo de proteger o consumidor de planos privados de assistência à saúde em caso de insolvência de empresas operadoras; VI - deliberar sobre a criação de câmaras técnicas, de caráter consultivo, de forma a subsidiar suas decisões.

O CONSU é órgão colegiado integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde, sendo composto pelo Ministro da Justiça - que o preside - pelo Ministro da Saúde, pelo Ministro da Fazenda e Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão, além do Presidente da ANS, que atua como Secretário das reuniões, conforme dispõe o artigo 35-A e 35-B da Lei dos Planos de Saúde.

No que tange à Câmara de Saúde Suplementar (CAMSS), esta consiste em órgão consultivo, de caráter permanente, vinculado à Agência Nacional de Saúde Suplementar, conforme dispõe o § único do art. 5.º da Lei n.º 9.961/2000, criada pela precitada lei. É composta por diversos segmentos da sociedade que representam as relações do setor, sendo integrado pelo Diretor-Presidente da ANS, um diretor da ANS, pelo representante do Ministério da Fazenda, Ministério da Previdência e Assistência Social, Ministério da Saúde, bem como representantes de entidades e órgãos como o Conselho Nacional de Saúde, a Associação Médica Brasileira, a Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor, entre outros. A CAMSS possui um papel importante no desenvolvimento e na construção de uma agenda de prioridades da regulação e na avaliação de resultados obtidos⁴², exercendo assim, a função de discutir e opinar sobre todo o sistema da saúde suplementar.

Destarte, em se tratando de um contrato essencial à sociedade, o Estado tem o dever de intervir nesta espécie contratual, editando diretrizes a serem seguidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, através do Conselho de Saúde Suplementar, promovendo a regulamentação,

⁴⁰ Id., ib., p. 75.

⁴¹ Id., ib., p. 74.

⁴² GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.31), p. 74.

fiscalização e normatização deste setor, a fim de que esta parcela do mercado de consumo encontre o equilíbrio entre os encargos e os fundos e reservas de que disponham as operadoras e seguradoras, necessário para seu bom funcionamento, sem que sejam cometidas arbitrariedades por estas e, de contrapartida, que o consumidor receba a cobertura devida de acordo com a mensalidade cobrada.

1.4 Classificação do contrato de plano privado de assistência à saúde

Nos termos do apontado anteriormente, o plano privado de assistência à saúde constitui-se em um negócio jurídico cuja finalidade é a garantia de cobertura financeira de riscos ligados à assistência à saúde, diferenciado da atividade exclusivamente financeira. Aduz-se que, em se tratando de um contrato que visa à manutenção e recuperação da saúde e, conseqüentemente, da vida do consumidor, este pacto possui papel importante para a concretização do princípio da dignidade humana.

Tratando-se de um negócio jurídico de alta relevância social, as partes não podem dispor livremente sobre todas as cláusulas referentes neste. Dessa forma, o legislador infraconstitucional instituiu que os planos privados de assistência à saúde dependem de forma especial⁴³, fixando inclusive cláusulas e condições que obrigatoriamente devem constar no referido pacto, conforme se pode observar, exemplificativamente, nos artigos 10 e 16 da Lei n.º 9.656/1998.

Note-se que a Agência Nacional de Saúde Suplementar desempenha um papel importante no desenvolvimento deste setor, principalmente no que diz respeito à regulamentação e normatização deste, buscando que as partes contratantes tenham segurança jurídica na relação de consumo entabulada. Sobre este aspecto, destaca-se a Resolução Normativa n.º 211/2010 da referida autarquia, que dispõe sobre o Rol de Procedimento e Eventos em Saúde, o qual constitui na referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde.

Portanto, em decorrência do requisito da forma especial do pacto médico-assistencial, e sua regulamentação e normatização pelo legislador infraconstitucional na LPS e pela ANS, faz-se imperioso ponderar sobre a classificação deste pacto, de sorte a identificar os direitos e deveres inseridos no referido instrumento. O pacto vinculado à saúde suplementar pode ser classificado quanto à cobertura assistencial oferecida, ao tipo de contratação e à abrangência geográfica.

No que tange a classificação quanto à cobertura assistencial oferecida, o contrato de assistência à saúde está dividido em plano de assistência médica com ou sem odontologia e plano exclusivamente odontológico.

O primeiro diz respeito ao pacto em que estão incluídos os produtos e serviços de assistência ambulatorial (consiste nos serviços e produtos como: consultas médicas ou ambulatoriais, apoio ao diagnóstico, tratamentos, cobertura de medicamentos, entre outros, nos termos Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, estabelecidos no artigo 17 da Resolução Normativa n.º 211/2010 da Agência Nacional de Saúde Suplementar, ou estabelecido em contrato), assistência hospitalar (consiste nos atendimentos e procedimentos realizados na modalidade de internação hospitalar, em atenção às doenças listadas na Classificação Internacional de Doenças, da Organização Mundial da Saúde, bem como no artigo 18 do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, ou estabelecidos em contrato) com ou sem obstetrícia (compreende procedimentos relativos ao pré-natal, da assistência ao parto e puerpério, entre outros, nos termos do artigo 19 da RN n.º 211/2010 da ANS, ou estabelecidos em contrato).

O segundo refere-se aos serviços e produtos ligados à assistência exclusivamente odontológica. Este plano compreende a cobertura de todos os procedimentos da segmentação odontológica referidos no Anexo I da RN n.º 211/2010 da ANS, desde que não necessitem de internação hospitalar, conforme o artigo 20 do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, ou estabelecidos em contrato.

⁴³ FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. **Plano de Saúde e Direito do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 142-143.

Quanto ao tipo de contratação os planos privados de assistência à saúde, estes se subdividem em individual ou familiar; coletivo empresarial; coletivo por adesão.

A contratação individual ou familiar consiste naquela em que o consumidor, pessoa natural, adere livremente a qualquer modalidade de plano oferecido pela operadora do ramo da saúde suplementar. Ressalte-se que este pode ser firmado com ou sem grupo familiar, ou seja, com ou sem dependentes.

O plano coletivo empresarial corresponde àquele oferecido a indivíduos, vinculados a determinada pessoa jurídica, em face de uma relação empregatícia ou estatutária, sendo composto ou de empregados de uma empresa, ou de associados, ou de sindicalizados, com ou sem a inclusão de dependentes. Deste modo, no momento do ingresso na empresa, o consumidor se torna automaticamente beneficiário do plano, desde que não haja manifestação expressa em contrário⁴⁴.

No que tange ao plano coletivo por adesão, este se refere ao regime oferecido por pessoa jurídica a determinado grupo de pessoas, que mantenham vínculo profissional, classista ou setorial. Nesse modelo, os consumidores aderem por livre opção, podendo ou não incluir dependentes⁴⁵.

Refere-se que os contratos coletivos podem ser instituídos com ou sem patrocinador. O contrato com patrocinador diz respeito àquele que a pessoa jurídica contratante paga, parcial ou integralmente, a mensalidade dos beneficiários à operadora do plano, estando o grupo de consumidores “delimitados e vinculados à pessoa jurídica, podendo esta vinculação ser de natureza empregatícia, associativa ou sindical”⁴⁶. Em relação ao contrato sem patrocinador, este corresponde àquele fornecido pela pessoa jurídica, no qual o consumidor adere de forma espontânea e opcional, mediante o pagamento integral das contraprestações à operadora do plano.

O plano médico-assistencial pode ser classificado quanto a sua abrangência geográfica, isto é, quanto à área que a operadora se compromete a assegurar os riscos referentes à saúde e prestar serviços ou fornecer produtos. Esta classificação está assim dividida: municipal (compreende apenas um município de determinado estado), grupo de municípios (abarca determinado grupo de municípios em um ou mais estados), estadual (corresponde a todos os municípios de determinado estado), grupo de estados (inclui um grupo de estados, limítrofes ou não), cobertura nacional (abrange todo o território nacional).

Releva destacar, também, que os planos de saúde ou seguros-saúde podem ser classificados quanto à época de contratação, conforme aponta Maria Stella Gregori⁴⁷, dividindo-se em pactos firmados anteriormente à Lei n.º 9.656/98 e os contratos firmados posteriormente à sua vigência, ou seja, a partir de 2 de janeiro de 1999. No entanto, adverte-se que esta categorização é inócua, tendo em vista que se aplica a Lei dos Planos de Saúde aos contratos firmados anteriormente à sua vigência, não constituindo em violação ao princípio da irretroatividade das leis, uma vez que constitui um contrato de longa duração e de trato sucessivo, o qual se renova anualmente e de forma automática⁴⁸.

Diante dos serviços e produtos oferecidos pelas empresas que operam no ramo da saúde suplementar, compete ao consumidor escolher àquele que melhor atender às suas necessidades, devendo o contrato desta parcela do mercado de consumo atender às exigências mínimas previstas em lei e normatizadas e reguladas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar. Dessa forma, saliente-se que a classificação do plano privado de assistência à saúde possui relevância para analisar os direitos e obrigações a que as partes contratantes estão sujeitas.

⁴⁴ RIZZARDO, Arnaldo; PORTO, Eduardo Heitor; TURRA, Sérgio Bergonsi; TURRA, Tiago Bergonsi. **Planos de Assistência e Seguros de Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 49.

⁴⁵ Id., ib., p. 49.

⁴⁶ GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.31), p. 159.

⁴⁷ Id., ib., p. 154-158.

⁴⁸ Nesse sentido: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Quinta Câmara Cível, Apelação Cível n.º 70043555960, Relator Desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto, 31/08/2011.

2 O CONTRATO DE PLANO PRIVADO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

2.1 A relação entre a Constituição e o Direito Privado

Segundo o Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde de 1946⁴⁹, gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica e social.

Neste diapasão, a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵⁰, adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, da qual o Brasil é signatário, preconiza o direito à saúde em seu artigo XXV ao dispor que “toda pessoa tem o direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar”. Com advento da promulgação da Constituição Federal de 1988, foram inaugurados de forma plena os direitos humanos e as garantias e direitos fundamentais⁵¹ no Brasil, consagrando constitucionalmente entre eles o direito fundamental à saúde.

A temática da saúde está inserida na Constituição no título referente à Ordem Social, o qual possui como objetivo o bem-estar e a justiça social (art. 193, CF). Desta maneira, esta foi englobada na definição de seguridade social, que consiste no “conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”, nos exatos termos do artigo 194 da CF.

A saúde é um direito social, nos termos do artigo 6.º da Carta Maior brasileira, e constitui um dos elementos essenciais para o desenvolvimento do Estado, em face de sua estreita ligação ao princípio da dignidade humana. Dessa forma, a Constituição da República Federativa do Brasil, conforme dispõe o artigo 196, institui a saúde como um “direito de todos e um dever do Estado”, devendo este promover políticas públicas que visem o desenvolvimento da saúde no Brasil, bem como zelar e fornecer mecanismos que reduzam riscos de doenças e outros agravos.

Destaca-se que o direito à saúde é um direito fundamental, tendo em vista que para a existência e eficácia do princípio da dignidade humana e da garantia constitucional da inviolabilidade do direito à vida, previstos respectivamente nos art. 1.º, inc. III, e 5.º, “caput”, ambos da Carta Maior da República, são necessários cuidados e condições mínimas de saúde aos cidadãos⁵². Por esta razão, esse direito contém natureza difusa, possuindo como titulares pessoas indeterminadas, aos quais é assegurado seu acesso universal e igualitário.

O Estado brasileiro promove este direito fundamental por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), que constitui no “conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais”, conforme o artigo 4.º da Lei n.º 8.080/1990. No entanto, diante da impossibilidade de o Estado suprir a forte demanda na prestação de serviços de saúde pública com qualidade e excelência a todos, o sistema de assistência privada à saúde atua de modo a complementar à atuação deste, suprimindo omissões, deficiências e dificuldades encontradas neste setor essencial.

Em que pese constituam em uma relação da esfera privada, os planos de assistência à saúde sofrem influência direta do direito constitucional, sobretudo no que diz respeito à eficácia imediata dos direitos fundamentais elencados na Carta Maior brasileira, conforme dispõe o artigo 5º, §1º, da Constituição Federal. Sendo os direitos fundamentais fonte primária e vinculativa do direito, impera destacar que as relações jurídicas entravadas entre sujeitos

⁴⁹ No original: “The enjoyment of every human being without distinction of race, religion, political belief, economic or social condition”. (Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde de 1946. Disponível em: <http://whqlibdoc.who.int/hist/official_records/constitution.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2012.)

⁵⁰ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2012.

⁵¹ GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.31), p. 26-28.

⁵² SCHMITT, Cristiano Heineck. Cláusulas abusivas em contratos de planos e de seguros de assistência privada à saúde. In: MARQUES, Claudia Lima (org); MIRAGEM, Bruno (org.). **Direito do consumidor: contratos de consumo**, v. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, (Doutrinas Essenciais; 4), p. 292.

privados devem ser pautadas em conformidade com os preceitos e regras que emanam da Constituição⁵³.

Sinale-se que um estado constitucional constitui-se a partir de uma ordem jurídico-normativa fundamental (norma constitucional), que detém supremacia normativa vinculando os poderes públicos⁵⁴ (legislativo, executivo e judiciário), bem como as relações público-privadas e entre particulares. Neste diapasão, a Constituição Federal representa o centro do Estado Democrático de Direito, consistindo em pedra fundamental e referência à atuação dos Poderes do Estado, bem como dos particulares.

Paulo Bonavides⁵⁵ aduz que os direitos fundamentais trouxeram inúmeras inovações, dentre as quais a incidência dos direitos fundamentais em toda esfera do direito privado, bem como em todos os ramos do direito (jusprivatista e juspublicista), possibilitando a eficácia imediata e vinculativa das garantias fundamentais tanto no ordenamento jurídico, como na atuação do Estado e nas relações envolvendo entes públicos e privados ou somente entre particulares.

Sobre a constitucionalização das relações na esfera do direito privado, Ingo Wolfgang Sarlet⁵⁶ leciona que esta pode ser vista sob duas perspectivas: primeira, a influência da Constituição no direito privado, isto é, a interpretação das normas contidas no direito privado conforme os preceitos constitucionais, bem como a influência dos direitos fundamentais na elaboração de leis pelo legislador infraconstitucional e na interpretação e construção jurisprudencial; segunda, o direito privado na Constituição, o qual é definida pela introdução de institutos do direito privado na Carta Maior, podendo ser citados os exemplos da saúde suplementar, prevista no artigo 199 da Carta Maior brasileira, bem como da proteção do consumidor pelo Estado, conforme artigo 5º, XXXI, da referida Carta.

Na mesma linha, o mestre argentino Ricardo Luis Lorenzetti⁵⁷ afirma que “a Constituição é uma fonte que exerce uma influência, tanto direta, através de normas operativas, quanto indireta, modificando o “espírito informador do Direito”, e mudando os princípios gerais.”. O referido autor relata que o direito privado pós-moderno possui uma “perspectiva constitucional” em diversos graus.

Ingo Wolfgang Sarlet⁵⁸ ensina que para que ocorra a eficácia “prima facie” dos direitos fundamentais nas relações privadas, faz-se necessário entender que esta ocorre tanto na relação entre sujeitos privados (eficácia horizontal), quanto sobre os atos dos entes estatais (eficácia vertical).

A eficácia horizontal constitui na eficácia da tutela constitucional nas relações entre particulares, isto é, na incidência da norma constitucional no surgimento e desenvolvimento do vínculo contratual criado na seara privada. No que tange à eficácia vertical, esta se consubstancia na atuação do Estado para assegurar o respeito e incidência dos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos privados, que ocorre tanto com a criação de leis infraconstitucionais, a exemplo da Lei dos Planos de Saúde (Lei n.º 9.656/90), ou ainda, na fiscalização dos operadores de planos e seguro-saúde pela Agência Nacional de Saúde Suplementar e edição de portarias por esta, bem como na atuação do Poder Judiciário na solução de controvérsias na aplicação de direitos fundamentais ao conflito posto em exame.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a relação entre os direitos fundamentais e o direito privado. In: ESTEVEZ, André Fernandes (org.); JOBIM, Marcio Felix (org.). **Estudos de direito empresarial: homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 53.

⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 241.

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 241-242.

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a relação entre os direitos fundamentais e o direito privado. In: ESTEVEZ, André Fernandes (org.); JOBIM, Marcio Felix (org.). **Estudos de direito empresarial: homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 53-54.

⁵⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 252.

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a relação entre os direitos fundamentais e o direito privado. In: ESTEVEZ, André Fernandes (org.); JOBIM, Marcio Felix (org.). **Estudos de direito empresarial: homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 58-60.

Neste diapasão, Claudia Lima Marques⁵⁹, sob a ótica consumerista, refere que na sociedade pós-moderna o contrato não consiste somente em um meio de circulação de riquezas, mas também em um instrumento para a concretização e proteção dos direitos fundamentais daquele que ocupa o papel de consumidor, resultando na interpretação do pacto com intuito de proteger o sujeito de direitos especiais, em consonância com a Constituição. A precitada jurista afirma que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas é clara, diante da elevação do consumidor ao patamar de sujeito de direitos fundamentais, conjuntamente com a asseguarção da livre iniciativa de mercado e a possibilidade da “iniciativa privada em atividades antes exercidas pelo Estado, como é o caso da saúde, educação, habitação, previdência”⁶⁰.

Dessa feita, a relação contratual existente entre sujeitos privados deve ser pautada em consonância aos princípios e regras contidos na Constituição, tendo em vista que esta constitui em fonte primária do direito, norma de superior hierarquia formal e axiológica, justificando-se a sua aplicação em razão da necessidade da limitação do poder social e como forma de evitar que ocorram arbitrariedades ou ilegalidade entre os sujeitos privados que ocasionam persistentes desigualdades sociais, culturais e econômicas⁶¹, as quais resultam em verdadeiras “inconstitucionalidades do direito privado”. Por esta razão, o sistema privado de saúde suplementar deve ser jungido ao Direito Constitucional, de sorte a promover a efetividade e eficácia aos direitos fundamentais enxertos na Constituição Federal, sobretudo no que diz respeito ao direito fundamental à saúde, bem como a proteção dos direitos dos consumidores.

Nesta esteira, frisa-se que a fonte do direito não constitui um sistema fechado e de aplicação específica, havendo, sim, a comunicação dos entre princípios, valores e regras contidos no direito positivo, dos quais possuem como principal foco a proteção da dignidade humana. O referido preceito constitui-se no princípio norteador para aplicação, interpretação e concretização de todas as normas do ordenamento jurídico⁶².

2.2 A aplicação do Código de Defesa Do Consumidor ao contrato de plano médico-assistencial privado

O contrato nasce da realidade social de um povo, tendo por base as práticas da coletividade, morais e o modelo econômico da época. Seu valor consiste no instrumento que possibilita e regulamenta a transmissão de riquezas dentro da sociedade⁶³.

O pacto em sua acepção clássica era pautado na autonomia da vontade como dogma. Prevalencia uma visão antropocêntrica, individualista e patrimonialista, em que o Estado não intervía na economia e nem nas relações entre os indivíduos, observando-se sempre a vontade racional do homem e, conseqüentemente a força normativa do contrato, “pacta sunt servanda”, diante da igualdade formal entre as partes contratantes, que assegurava o equilíbrio entre estas⁶⁴.

No entanto, com advento da expansão mundial da Revolução Industrial e do conseqüente desenvolvimento do capitalismo no final do século XIX e início do século XX, houve a massificação de produção de bens e da prestação de serviços, não sendo mais suficiente, para esta sociedade industrializada, de consumo e estandarizada, a concepção tradicional do contrato, diante do predomínio dos contratos de adesão, em que há a

⁵⁹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 254-267.

⁶⁰ Id., ib., p. 256.

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a relação entre os direitos fundamentais e o direito privado. In: ESTEVEZ, André Fernandes (org.); JOBIM, Marcio Felix (org.). **Estudos de direito empresarial**: homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 76-77.

⁶² MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 254-258.

⁶³ Id., ib., p. 56.

⁶⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Contratos**: teoria geral. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 40.

uniformização das cláusulas e condições e, conseqüentemente a despersonalização das partes contratantes⁶⁵.

As mudanças de paradigmas transformaram o direito contemporâneo no decorrer o século XX, sobretudo no que tange ao campo das obrigações contratuais. Buscou-se a equidade das relações jurídicas entre partes desiguais. Inaugurou-se um período de dirigismo contratual, em que o Estado passa a intervir nas relações privadas, através de “leis que tutelam ou proíbem certos conteúdos contratuais, ou sujeitam a sua conclusão ou sua eficácia a uma autorização do poder público”⁶⁶. Dessa forma, reconhece-se a parte mais vulnerável, com intuito de recompor a igualdade jurídica⁶⁷, buscando-se que o contrato atinja sua função social.

A compreensão do contrato pautado na liberdade de pactuar e na força obrigatória deste foi substituída por uma visão social, buscando-se o equilíbrio entre as partes, inaugurando-se o chamado direito pós-moderno. Neste sentido, Adalberto Pasqualotto⁶⁸ ressalta que diante da “flagrante desigualdade das partes, estampada, v.g., nos contratos de adesão, levou o Estado a abandonar o seu papel passivo, passando a praticar um intervencionismo crescente, na busca de restaurar o equilíbrio perdido.”.

Neste contexto econômico-social, iniciou-se um período de preocupação com os direitos do consumidor e do surgimento de movimentos consumeristas, principalmente com a criação com, em 1891, da “Consumers League” nos Estados Unidos, que posteriormente tornou-se “Consumers Union” na década de 30, bem como com a criação da “Iocu – International Organization of Consumers Union”, formada inicialmente por Estados Unidos, Austrália, Bélgica, Holanda e Reino Unido, em 1960⁶⁹.

O recrudescimento deste movimento atingiu seu ápice em 15 de março de 1962, no discurso do então presidente dos Estados Unidos, John Fitzgerald Kennedy⁷⁰, em que ressaltou sobre a necessidade de proteção do maior grupo da economia, os consumidores, que não eram organizados e frequentemente não ouvidos. No referido discurso ao Congresso americano, Kennedy elencou quatro direitos básicos desta parcela vulnerável do mercado econômico, quais sejam, o direito à segurança (“the right to safety”), o direito à informação (“the right to be informed”), o direito de escolha (“the right to choose”) e o direito de ser ouvido (“the right to be heard”), segundo o qual, deveriam ser promovidos por meio de programas governamentais e pela criação uma nova legislação de proteção ao consumidor.

A elevação do consumidor como sujeito de direitos e garantias fundamentais somente ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, nos termos de seus artigos 5.º, XXXII, e 170, V, sendo determinada pelo legislador constituinte a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, conforme dispôs o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A Carta Maior brasileira incluiu a defesa do consumidor como princípio geral da atividade econômica e, conseqüentemente, do direito privado, devendo o contrato ser interpretado de forma a proteger o mais fraco na sociedade de consumo e em conformidade com a Constituição⁷¹, diante da publicização do direito privado.

⁶⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. Defesa do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima (org.); MIRAGEM, Bruno (org.). **Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor**, v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, (Doutrinas Essenciais; 1), p. 29.

⁶⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 9.

⁶⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 27.

⁶⁸ PASQUALOTTO, Adalberto. Defesa do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima (org.); MIRAGEM, Bruno (org.). **Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor**, v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, (Doutrinas Essenciais; 1), p. 29.

⁶⁹ GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.31), p. 86.

⁷⁰ KENNEDY, John Fitzgerald. **Special Message on Protecting The Consumer Interest**. Disponível em: <<http://www.jfklibrary.org/Asset-Viewer/Archives/JFKPOF-037-028.aspx>>. Acesso em: 07 abr. 2012.

⁷¹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011p. 260-261.

O legislador constituinte na Carta brasileira de 1988, em observância das preocupações jurídicas e sociais do mundo contemporâneo⁷², institui como um dever do Estado à proteção do consumidor.

Em 1990 foi aprovado e sancionado o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), entrando em vigência em 11.03.1991. Inaugura-se, então, um microsistema, de ordem pública e interesse social, nos termos de seu artigo 1.º, composto por normas cogentes, voltado para disciplinar as relações contratuais entre fornecedores e consumidores, consequente da nova teoria contratual, embasada nos novos limites da autonomia da vontade, com intuito de que o contrato atinja a sua função social.

De tal modo, em face da massificação das relações de consumo, somadas a despersonalização dos pactos, em decorrência dos contratos de adesão, a concepção do contrato de plano privado de assistência à saúde como um contrato de consumo possui extrema relevância social, como forma de equilibrar a relação jurídica entre partes desiguais, harmonizando os interesses dos participantes da relação contratual.

A abrangência do microsistema se dá a partir da definição de consumidor e fornecedor, bem como de seu objeto, o produto ou serviço.

A definição de consumidor está exposta em quatro dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, quais sejam os art. 2.º, “caput” e parágrafo único, art. 17 e art. 29. Sua aceção legal invoca, em seu alcance material, as relações de consumo contratuais e extracontratuais, uma vez que visa proteger além do adquirente do bem de consumo (produto ou serviço), as vítimas dos atos ilícitos pré-contratuais e prática comerciais abusivas, bem como o sujeito de direitos individuais ou de um determinado grupo⁷³.

Nos termos do art. 2.º, “caput”, do CDC, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final fático e econômico.

Segundo a corrente finalista pura, a definição de consumidor deve ser interpretada de forma restrita, justamente para que a tutela específica da parte vulnerável na relação de consumo, proposta pelo CDC, atinja sua finalidade, consistindo o consumidor naquele que adquire ou utiliza um produto para uso próprio ou de sua família, ou seja, não profissionalmente⁷⁴.

No que tange à definição de fornecedor, este possui condicionada à sua essência a existência do consumidor, consistindo no sujeito que oferece o produto ou serviço no mercado de consumo, nos termos do artigo 3.º do Código de Defesa do Consumidor, “in verbis”:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Ressalte-se que este conceito é bastante amplo, incorporando todas as pessoas capazes, naturais ou jurídicas, sociedades simples ou empresariais, bem como os entes sem personalidade jurídica, que desenvolvem as atividades no mercado de consumo. Insta destacar que no sistema de proteção do consumidor considera como fornecedor todos que participam da cadeia de fornecimento do produto ou do serviço, “não importando a relação direta ou indireta, contratual ou extracontratual, com o consumidor”⁷⁵.

Logo, conclui-se, traçando um paralelo com os contratos privados de assistência à saúde, em apertada síntese, que a operadora do plano de saúde possui legitimidade para figurar no polo passivo na ação indenizatória movida pelo consumidor em decorrência de erro médico

⁷² PASQUALOTTO, Adalberto. Defesa do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima (org); MIRAGEM, Bruno (org.). **Direito do consumidor**: fundamentos do direito do consumidor, v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, (Doutrinas Essenciais; 1), p. 25.

⁷³ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 69.

⁷⁴ Id., ib., p. 69.

⁷⁵ Id., ib., p. 84.

causado por médico cooperativado, tendo em vista que o fornecedor deste serviço possui responsabilidade de organização da cadeia de fornecimento de serviços, possuindo, também, o dever de escolha e de vigilância⁷⁶, conforme dispõe o artigo 7.º e 14, ambos do CDC.

Bruno Miragem⁷⁷ aduz que “a definição de fornecedor não é exaurida pelo ‘caput’ do artigo 3º, senão que deve ser interpretação em acordo com os conceitos de produto e serviço”. Em que pese a legislação brasileira não disponha expressamente sobre a necessidade de o fornecedor desenvolver a atividade profissionalmente, o referido autor sustenta que a atividade somente é habitual porque é desenvolvida de forma profissional no mercado de consumo, em face a sua natureza econômica.

O objeto da relação jurídica de consumo consiste no produto, “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”, ou serviço, “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”, conforme os parágrafos 1.º e 2.º do artigo 3.º do CDC, consistindo em um rol exemplificativo destes.

Destaca-se que somente haverá a relação de consumo com a existência cumulativa dos elementos subjetivos da relação de consumo, fornecedor e consumidor, bem como de seu elemento objetivo, produto ou serviço.

Dessa forma, passo a análise do contrato privado de assistência à saúde como um contrato inserido no mercado de consumo.

O contrato de assistência à saúde se tratando de um negócio jurídico que visa assegurar à saúde, os consumidores que ingressam neste objetivam a segurança de que no momento em que necessitarem estarão amparados contratualmente pelo sistema privado.

Sendo um serviço fornecido pelo setor privado, dois valores adversos são indispensavelmente sopesados, quais sejam, a operação econômica, no qual o equilíbrio atuarial do plano deve ser observado para que o contrato atinja o fim dele esperado, e o interesse do consumidor de que sua saúde seja preservada⁷⁸. Diante deste contexto, em muitas ocasiões surge no campo contratual o conflito de interesses entre o fornecedor desta espécie de serviço e o consumidor, os quais devem ser solvidos com a observância da vulnerabilidade deste em relação àquele, conforme prescreve o Código de Defesa do Consumidor.

Por assim dizer, há relação de consumo entre operadora do plano privado de assistência à saúde (fornecedor) e o usuário deste (destinatário final), diante do serviço oferecido, qual seja, assistência ou cobertura de um evento futuro e incerto relacionado à saúde⁷⁹ previsto contratualmente, mediante o pagamento do valor ajustado na mensalidade.

Os operadores do contrato assistencial-médico são típicos fornecedores, uma vez que prestam, de forma continuada, os serviços ou cobertura de custos assistenciais no mercado de consumo, mediante remuneração, conforme dispõe o artigo 1.º, inciso I, da Lei n.º 9.656/98. Releva ponderar que as empresas do ramo privado de saúde atuam como gestoras dos recursos recebidos, reunidos em um fundo, para que quando da ocorrência de um sinistro prestem assistência financeira ou assistencial. Do outro polo desta relação jurídica, se encontra o beneficiário e seus dependentes ou agregados que se utilizam deste serviço como destinatários finais, caracterizando-se como consumidores nos termos do artigo 2.º, “caput”, da Lei n.º 8.078/90.

Ademais, se aplica o Código de Defesa do Consumidor ao pacto médico-assistencial por expressa previsão da Lei dos Planos de Saúde, nos termos do artigo 35-G da referida lei, que assim dispõe: “aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o §1º do art. 1º desta Lei as disposições da Lei 8.078, de

⁷⁶ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 428.

⁷⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 98.

⁷⁸ PASQUALOTTO, Adalberto. A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde: uma interpretação construtiva. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.); LOPES, Jose Reinaldo de Lima (coord.); PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). **Saúde e responsabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 36-64. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.13), p. 47-48.

⁷⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 906.

1990”. Ainda, sobre o assunto foi editada a Súmula n.º 469 pelo Superior Tribunal de Justiça, “in verbis”: “aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

Importante frisar que em se tratando em um contrato de natureza securitária, aplica-se ao contrato ora em comento o Código de Defesa do Consumidor, nos termos do artigo 3.º, §2.º, da Lei n.º 8.078/90, conforme transcrito a seguir:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

(...)

§ 2º Serviço é 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. (grifei).

Por fim, ressalte-se que se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos privados de assistência à saúde firmados anteriormente à sua vigência, uma vez que o referido o microsistema constitui em norma de ordem pública, devendo ter sua aplicação imediata, bem como diante da proteção constitucional imprimida ao consumidor (art. 5.º, XXXII, e 170, ambos da Constituição Federal)⁸⁰.

2.3 O diálogo das fontes e os contratos de plano privado de assistência à saúde

Em decorrência da complexidade e amplitude de nosso ordenamento jurídico contemporâneo, por muitas vezes os operadores do direito se encontram diante de um aparente conflito entre leis. Desta maneira, em face do pluralismo de fontes legislativas na cultura pós-moderna⁸¹, os quais muitas vezes regulam as mesmas situações jurídicas, faz-se necessário a coordenação e coexistência destas normas no sistema jurídico, com intuito de que este seja coerente, eficiente e justo⁸², evitando a existência de antinomias, incompatibilidades e incongruências.

Desta feita, o insigne jurista Erik Jayme⁸³ salienta que, diante da pluralidade de leis, deve-se buscar coordenar as fontes em um sistema jurídico coerente, em um verdadeiro diálogo de fontes. Refere-se que, nas palavras de Claudia Lima Marques, Antônio Herman J. Benjamin e Leonardo Roscoe Bessa⁸⁴, o “diálogo” decorre da aplicação conjunta de duas ou mais normas ao mesmo tempo e na mesma situação jurídica posta em análise. Os precitados autores lecionam, ainda, que a aplicação da chamada “coerência derivada ou restaurada” busca além da eficiência hierárquica, a eficiência funcional do sistema normativo plural e abstruso, assegurando a subsistência no sistema jurídico das diversas fontes legislativas de forma coerente.

⁸⁰ Nesse sentido: MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 681.

⁸¹ Sobre a crise da pós-modernidade, Cláudia Lima Marques afirma que o atual cenário em que a sociedade pós-moderna se encontra, impera nas relações o consumo massificado e dinâmico, um período de mudanças sociais, políticas e legislativas, decorrentes de um fenômeno pluralista e relativista cultural. Ainda, a jurista gaúcha afirma que “a pós-modernidade é uma crise de insegurança, crise das bases científicas que podiam aqui fazer generalizações sobre a revogação ou derrogação de uma norma. A fluidez, a narração, o campo de aplicação plural, o uso de conceitos indeterminados e de cláusulas gerais, de códigos duplos (double coding) e os valores antinômicos são típicas manifestações pós-modernas.” (MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 163-180 e 613.).

⁸² BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 89-90.

⁸³ JAYME, Erik. O Direito Internacional Privado e cultura pós-moderna. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito / PPGDir./UFRGS**. Porto Alegre: UFRGS, v.1, n.1, p. 59-68, mar./2003, p.63.

⁸⁴ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 28-29.

Antes de adentrar a análise dos “diálogos” entre Código Civil e Código de Defesa do Consumidor ou do Código consumerista e leis especiais, mais precisamente com a Lei dos Planos de Saúde (Lei n.º 9.656/98), faz-se necessário tecer algumas considerações sobre o conflito de leis no direito intertemporal.

Sob o ponto de vista tradicional, os “conflitos de leis intertemporais” consistem na exclusão do ordenamento jurídico de antinomias reais e aparentes, por meio da ab-rogação ou derrogação, em face da prevalência de uma lei sobre a outra, através dos critérios de hierarquia, especialidade e anterioridade. Neste sentido, há a incidência de apenas uma norma possível para a aplicação do direito no caso⁸⁵, resultando em um verdadeiro “monólogo legal”. Sobre a necessidade de eliminação de proposições incompatíveis Noberto Bobbio⁸⁶ defende que:

Devido à tendência de cada ordenamento jurídico se constituir em sistema, a presença de antinomias em sentido próprio é um defeito que o intérprete tende a eliminar. Como antinomia significa o encontro de duas proposições incompatíveis, que não podem ser ambas verdadeiras, e, com referência a um sistema normativo, o encontro de duas normas que não podem ser aplicadas, a eliminação do inconveniente não poderá consistir em outra coisa senão na eliminação de uma das duas normas (no caso de normas contrárias, também na eliminação das duas).

Nestes termos, as incompatibilidades entre normas deveriam ser expungidas do sistema jurídico-positivista, diante da impossibilidade de coexistência destas, sob a justificativa de manter a clareza e certeza deste sistema “uno”. Ressalte-se que, nos tempos atuais, este critério somente será utilizado quando o operador do direito estiver diante de uma antinomia real, isto é, naqueles casos em que as contradições existentes são insolúveis mediante a interpretação das fontes, em decorrência da existência de uma norma que, por exemplo, impõe a renúncia de um direito, enquanto a outra proíbe a renúncia deste mesmo direito⁸⁷, no mesmo campo de aplicação.

De tal feita, Claudia Lima Marques⁸⁸, em uma crítica à prevalência da resolução de antinomias aparentes por meio de derrogação ou revogação, afirma que em caso de existência de campos convergentes (ou divergentes) das normas em razão da matéria e em razão da pessoa, a eliminação de uma delas instituirá uma lacuna indesejável no sistema. Ainda, para a jurista gaúcha o aplicador da lei deve, além de analisar os textos e as finalidades específicas das normas, verificar o campo de aplicação e a finalidade constitucional de cada diploma legal. Destarte, na pós-modernidade, não há mais espaço para a “mono-solução” de conflitos, devendo haver a substituição de superação de paradigmas pela convivência destes⁸⁹.

O ministro João Otávio Noronha⁹⁰ consagra que o aplicador das leis antes de se pensar na resolução de conflitos mediante eliminação do ordenamento, deve procurar superar estes conflitos, através da convivência e conciliação das diversas fontes e diplomas legais, estabelecendo campos de incidência das normas. Dessa forma, deve-se sempre, observando a casuística, optar pela harmonização das fontes, de sorte que este sistema seja fluido, mesmo diante de sua pluralidade, mutabilidade e complexidade.

A análise coordenada e coerente das normas jurídicas permite uma solução flexível de interpretação ou, até mesmo, uma solução mais favorável ao consumidor, podendo-se buscar no

⁸⁵ Id., ib., p. 28.

⁸⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 9. ed. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1997, p. 91.

⁸⁷ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 628-629

⁸⁸ Id., ib., p. 624-652.

⁸⁹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 91.

⁹⁰ NORONHA, João Otávio de. Crise de fontes normativas: Código Civil x Código de Defesa do Consumidor. **Justiça e Cidadania**, Rio de Janeiro: JC, n.134, p. 26-30, out. 2011, p. 26-28.

Código Civil regras que protejam o mais fraco na relação de consumo⁹¹, mesmo que haja previsão de proteção no CDC, conforme o artigo 7.º da Lei n.º 8.078/90.

Ressalte-se que para que haja o diálogo das fontes normativas, com a consequente coerência e coordenação do sistema legal, é necessário que a interpretação de diversos diplomas legais seja norteada pelas normas que emanam da Constituição, preconizados no neoconstitucionalismo, resguardando os valores mais relevantes da sociedade. Nestes termos a fonte primária para ocorrência do diálogo das fontes é a Constituição Federal, uma vez que esta representa centro do ordenamento jurídico, trançando linhas gerais a serem seguidas no âmbito privado e público.

Diante do modelo de coexistência erigido pela Constituição Federal entre o Código de Defesa do Consumidor, lei anterior, especial de hierarquia constitucional, conforme o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e artigo 5.º, XXXII, e 170, V, ambos da Constituição Federal, e o Código Civil, Lei n.º 10. 406/02, Claudia Lima Marques⁹² assegura que são três os tipos de diálogos entre estas normas do direito privado: diálogo sistemático de coerência, diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade e diálogo de coordenação e adaptação sistemática.

O primeiro modelo de comunicação consiste na aplicação simultânea das duas leis⁹³, no qual uma pode servir de base conceitual para outra, principalmente quando uma das leis é geral, central do sistema, e a outra especial, microssistema específico, não completo materialmente. O segundo versa sobre a aplicação coordenada e simultânea de duas leis, em que uma lei pode complementar a razão jurídica da outra, valendo-se, também, de seus princípios, atuando de forma subsidiária. A terceira e última, refere-se à redefinição do campo de aplicação de uma lei, mediante a análise de conceitos, no qual as proteções consumeristas sejam aplicadas ao destinatário final fático e econômico do produto ou serviço.

O CC constitui em seu âmago um código para os iguais, ligado ao conceito de equidade, porquanto trata das relações entre consumidores com consumidores e empresários com empresários, enquanto o CDC possui como cerne as relação dos diferentes, diante de uma relação entre o destinatário final e o fornecedor de um produto ou serviço no mercado de consumo⁹⁴, buscando-se não apenas a igualdade formal (perante a lei), mas também material, igualdade dentre os desiguais (tratar desigualmente os desiguais e igualmente os iguais)⁹⁵. Por esta razão, estes dois códigos da vida privada podem e devem ser interpretados de forma integrada com intuito de que a parte mais vulnerável da relação de consumo venha a ter seu direito fundamental a pleno.

Em busca de uma interpretação construtiva de nosso ordenamento jurídico, pode-se afirmar que há diálogo/comunicação coerente e coordenada entre os microssistemas do Código de Defesa do Consumidor e a Lei dos Planos de Saúde.

Em que pese anteriormente tenha sido afirmado que o CDC constitui em norma especial que tutela um direito fundamental constitucional, esta frente a uma lei especial adota o caráter de norma geral principiológica, consistindo o código consumerista em um sistema aberto, permeável e não exaustivo⁹⁶, nos ditames do artigo 7.º do CDC.

O código consumerista é lei especial quando se está o analisando sob a ótica subjetiva, ou seja, “*ratione personae*”, porquanto, tutela relação jurídica entre consumidor e fornecedor. No entanto, analisando este sob o ponto de vista de sua matéria, o referido código assume papel de lei geral frente a uma norma especial, uma vez que incide de forma vinculante, regulando

⁹¹ Id., ib., p. 29.

⁹² MARQUES, Claudia Lima. **Superação das antinomias pelo diálogo das fontes**: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. Revista da Esmese, Sergipe, n. 7, p. 15-54, 2004. Disponível em: < <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/handle/2011/22388>>. Acesso em: 20 mar. 2012, p. 44-46.

⁹³ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 93.

⁹⁴ Id., ib., p. 94.

⁹⁵ Id., ib., p. 32.

⁹⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Conflitos de leis no tempo e direito adquirido dos consumidores de planos e seguros de saúde. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.); LOPES, Jose Reinaldo de Lima (coord.); PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). **Saúde e responsabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 114-156. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.13), p. 118.

todas as relações contratuais e extracontratuais do mercado de consumo relacionadas ao consumidor⁹⁷. Ainda, prospera alegar que a Lei n.º 9.656/98 constitui em lei especial superveniente “ratione materiae” frente ao CDC, tendo em vista que dispõe sobre o setor da saúde suplementar, dispondo alguns pontos específicos do pacto de assistência à saúde sobre a defesa do consumidor.

Assim, no que tange ao regime jurídico aplicado aos contratos ligados à saúde suplementar, guisa-se destacar que o artigo 35-G da LPS estabelece que a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ocorre de maneira subsidiária. De tal modo, Claudia Lima Marques⁹⁸, em confronto com boa parte da doutrina – que defende a prevalência da Lei n.º 9.656/98 sobre o CDC, por se tratar de lei especial e mais recente –, defende a aplicação cumulativa e complementar dos dois microssistemas, tendo em vista que a Lei dos Planos de Saúde regula de forma específica a relação de consumo do contrato ligado à saúde, enquanto o Código de Defesa do Consumidor, o qual possui superioridade hierárquica constitucional, dispõe de forma geral os interesses dos consumidores nos pontos não abrangidos pela lei nova. Deste modo, a LPS apresenta em seu texto a mesma índole protetiva que o CDC, diante de sua redação posterior, prevalecendo sobre este somente quando for mais benéfica à parte mais frágil.

Destarte, não se tratando o sistema normativo em um ordenamento estanque e incomunicável, deve haver a interação das leis no direito posto como forma de dar coerência e legitimidade a este. No entanto, diante de sua complexidade e amplo campo de incidência, surge na teoria do diálogo das fontes uma forma de apaziguar e dar fluidez ao ordenamento jurídico, substituindo o paradigma de exclusão de leis conflitantes, pelo de interpretação conjunta de normas, evitando o surgimento de lacunas. Portanto, é possível afirmar claramente que sobre o contrato de plano de saúde podem incidir, basicamente, três sistemas distintos e complementares, quais sejam o Código Civil, Código de Defesa do Consumidor e a Lei dos Planos de Saúde, como forma de regular e dar proteção ao sujeito mais frágil da relação contratual.

2.4 Os deveres e direitos das partes contratantes à luz das normas protetivas do consumidor

O contrato de plano de assistência à saúde é essencial à sociedade. Assim, o Estado tem o dever de intervir diretamente neste (dirigismo contratual), para que o pacto atinja a sua função social. Essa intervenção decorre, não somente da essencialidade do contrato médico-assistencial à sociedade, mas também em face da supremacia econômica e jurídica de uma parte sobre outra, no qual há a imposição das cláusulas do negócio, sem a possibilidade de discussão destas⁹⁹.

Sobre o tema, é interessante apresentar o posicionamento minoritário de José Luiz Toro da Silva¹⁰⁰, como contraponto aos autores que defendem a prevalência do interesse social nos contratos de plano de saúde em detrimento de questões meramente econômicas, conforme o trecho a seguir transcrito:

Pudemos constatar que essa discussão sempre foi cercada de paixão, pois alguns entendem que o interesse social deve prevalecer sobre as questões econômicas, principalmente em se tratando de saúde, não podendo essa ser tratada como mera mercadoria. Estes sempre viram com reservas a participação do capital neste setor, querendo que ele se comportasse, estritamente, dentro de uma visão humanista.

⁹⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 96-97.

⁹⁸ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 652-660.

⁹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Contratos: princípios gerais. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). **Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor**, v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, (Doutrinas Essenciais; 1), p. 214-215.

¹⁰⁰ SILVA, José Luiz Toro da. **Comentários à Lei dos Planos de Saúde**. 2.ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 37.

Ora, nem bem ao mar e nem à terra, pois somente o Estado é quem tem a obrigação de prestar assistência à saúde de forma ampla, igualitária, universal e a título gratuito, não se podendo negar o traço mercantilista da atividade desempenhada pela livre iniciativa na área da saúde.

No entanto, referido posicionamento não ecoa na doutrina e nos tribunais pátrios¹⁰¹, devendo o referido pacto ser interpretado sob a perspectiva dos direitos sociais, de sorte a reestruturar este setor econômico em que há uma disparidade e dependência na relação entre consumidor e fornecedor, operacionalizando e concretizando os direitos fundamentais subjacentes a esta espécie de contrato de seguro. Nesse sentido, Claudia Lima Marques e Cristiano Heineck Schmitt¹⁰² lecionam que:

O surgimento de perspectivas voltadas para o campo do social deram margem a um processo de restauração da vontade legítima do consumidor prejudicado por eventual desequilíbrio contratual ou afetado por serviços inadequados e ineficientes comparados à sua expectativa quando da contratação, bem quanto à imagem de um negócio seguro e eficiente a consagrar o “princípio da manutenção do contrato”, sem a presença da cláusula abusiva, com fundamento na função social desempenhada pelo contrato dentro da sociedade, orientando a relação obrigacional, realizando a distribuição equitativa dos direitos e deveres das partes contratantes.

Linneu Rodrigues de Carvalho Sobrinho¹⁰³ ensina que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao pacto médico-assistencial constitui um método eficaz de interferir nos contratos que buscam o lucro em detrimento do objeto entabulado entre as partes, contribuindo para o reestabelecimento da proporcionalidade do pacto, bem como o equilíbrio entre as partes.

Outrossim, o contrato ora tratado, em face da sua dimensão social, mesmo sendo tutelado pela Lei n.º 9.656/98, é fortemente influenciado pelas cláusulas gerais da boa-fé do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor¹⁰⁴, os quais estabelecem um diálogo sistemático de coerência, de complementariedade e de coordenação com a Lei dos Planos de Saúde. Refere-se que se presume a boa-fé subjetiva dos consumidores e impõe-se a boa-fé objetiva dos fornecedores¹⁰⁵.

Nesse sentido, o beneficiário do plano de assistência à saúde tem o dever de prestar informações necessárias (boa-fé subjetiva) ao fornecedor do produto ou serviço, como por exemplo, sobre a existência de doenças preexistentes no momento da contratação para a avaliação do risco. De contraponto, a operadora do plano não pode impor cláusulas limitativas do tempo de internação, nos termos da Súmula n.º 302 do STJ, ou, ainda, excluir do procedimento cirúrgico coberto materiais essenciais à realização deste (boa-fé objetiva).

Cumprido destacar que o contrato assistencial-médico, por se tratar de um contrato típico de seguro, consiste basicamente em um acordo de transferência do risco de doença para o sistema de saúde suplementar, em que os consumidores são solidários no pagamento do produto ou serviço, ou seja, é suportado por todos, e a operadora atua como gestora dos recursos e organizadora da cadeia de consumo¹⁰⁶. Dessa forma, há um dever de mutualidade entre as

¹⁰¹ Conforme se constata nas decisões do STJ: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma, Recurso Especial n.º 668.216/SP, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, 15/03/2007; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma, Recurso Especial n.º 1.106.789/RJ, Relatora Ministra Nancy Andriighi, 18/11/2009.

¹⁰² MARQUES, Claudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck. **Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor.** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24753-24755-1-PB.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2012, p. 2.

¹⁰³ CARVALHO SOBRINHO, Linneu Rodrigues de. **Seguros e planos de saúde: comentários, orientações do Ministério da Saúde, glossário, jurisprudência, danos morais decorrentes e legislação.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 4.

¹⁰⁴ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 6.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 497-498.

¹⁰⁵ Sobre a definição da boa-fé subjetiva e objetiva, ver: MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 411.

¹⁰⁶ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 6.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 522.

partes, ou seja, a existência de segurança a ambas as partes no que se refere ao cumprimento do pactuado, em que a operadora toma a posição de garantidor, obrigando-se a cobrir as despesas médico-assistenciais na ocorrência de um sinistro, mediante o pagamento da contraprestação (mensalidade) pelo consumidor.

Ademais, Claudia Lima Marques¹⁰⁷ ressalta que o contrato de plano de saúde, além de exigir um dever mútuo, demanda a solidariedade entre as partes, a qual está ligada à ideia de confiança e cooperação, por sua vez, regidos pelo princípio da boa-fé. Portanto, observa a jurista gaúcha¹⁰⁸ que são deveres do fornecedor para com o consumidor: a) de cooperação para manutenção dos vínculos e do sistema de saúde suplementar; b) de possibilitar o acesso ao sistema; c) de contratar um plano; d) de organizar esse sistema para que o serviço e o produto colocados no mercado atinjam a finalidade que o consumidor dele espera.

Por sua vez, há basicamente dois deveres a serem observados pelo consumidor, quais sejam: o primeiro diz respeito ao dever de prestar as informações corretas, isto é, existência ou não de doença(s) preexistente(s); o segundo refere-se ao pagamento da mensalidade na forma ajustada no pacto¹⁰⁹. Estas obrigações são impostas em observância ao princípio da boa-fé, bem como aos deveres de mutualidade, de solidariedade e cooperação entre as partes contratantes.

Conforme visto anteriormente, a Carta Maior brasileira de 1988 incluiu a defesa do consumidor como princípio geral da atividade econômica e, conseqüentemente, do direito privado, devendo o contrato ser interpretado de forma a proteger o mais fraco na relação de consumo.

Outrossim, o legislador infraconstitucional, ao redigir o art. 6.º do CDC, deu um importante passo para a concretização da defesa e da proteção dos direitos dos consumidores, previsto no art. 5.º, XXXII, da CF, ao estabelecer direitos básicos destes. Refere-se que esses direitos foram edificados a partir daqueles elencados por Kennedy¹¹⁰ (direito à segurança, direito à informação, direito de escolha e direito de ser ouvido), conforme anteriormente apontado.

O primeiro direito básico do consumidor consiste na proteção à vida, saúde e segurança da parte mais frágil na relação de consumo, nos termos do art. 6.º, I, do CDC. O direito à vida é compreendido como direito essencial da personalidade, direito fundamental previsto no art. 5.º, “caput”, da CF. Sobre outro aspecto, este é entendido como a proteção individual da vida do consumidor considerado em relação contratual específica, consistente em assegurar a integridade física e moral¹¹¹.

A proteção da saúde e o direito à segurança estão vinculados à proteção do direito à vida, tanto no aspecto coletivo (direito fundamental), quanto no individual (relação específica de consumo). Nesse sentido, a proteção destes consiste na segurança ao consumidor de que os produtos e serviços colocados no mercado de consumo atendam as condições necessárias à preservação da integridade física e psíquica, bem como na exigência de qualidade-adequação e qualidade-segurança dos produtos e serviços prestados pelo fornecedor, conforme seu uso esperado¹¹², conforme entendimento exarado na teoria da qualidade¹¹³.

Releva ponderar que a inobservância da proteção à vida, à saúde e à segurança por parte do fornecedor resultará na responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, em decorrência de vícios de qualidade por insegurança, nos termos dos art. 12 a 17 do CDC; ou ainda na responsabilidade por vício do produto ou serviço (vícios de qualidade por inadequação),

¹⁰⁷ Id., ib., p. 520-521.

¹⁰⁸ Id., ib., p. 520-521.

¹⁰⁹ MIRAGEM, Bruno. O contrato de seguro e os direitos do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). **Direito do consumidor: contratos de consumo**, v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, (Doutrinas Essenciais; 4), p. 583.

¹¹⁰ KENNEDY, John Fitzgerald. **Special Message on Protecting The Consumer Interest**. Disponível em: <<http://www.jfklibrary.org/Asset-Viewer/Archives/JFKPOF-037-028.aspx>>. Acesso em: 07 abr. 2012.

¹¹¹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 125.

¹¹² BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 55-56.

¹¹³ Ressalte-se que esta teoria foi introduzida no direito brasileiro por Antônio Herman Benjamin, conforme se observa na obra: MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 175.

conforme dispõe o art. 18 e seguintes do CDC¹¹⁴. Sobre esse ponto, no que tange ao mercado de consumo ligado à saúde suplementar, cita-se como exemplo a responsabilidade civil solidária da operadora de plano assistencial-médico (responsabilidade objetiva) com o médico cooperativado (responsabilidade subjetiva) em face da ocorrência de um erro médico, diante do dever daquele de fiscalizar os produtos e serviços fornecidos no mercado de consumo¹¹⁵.

O inciso II do art. 6.º do CDC prevê o direito de escolha e de igualdade na contratação¹¹⁶. Este direito básico do consumidor está ligado, principalmente a fase pré-contratual, em que o consumidor tem o direito de receber informações claras e precisas sobre o pacto, inclusive no que tange à propaganda, para que possa exercer o direito racional de escolha, em face de sua vulnerabilidade técnico-jurídica sobre as cláusulas contratuais. Desse modo, no plano privado de assistência à saúde, o consumidor tem o direito de receber as informações sobre as condições gerais do contrato, preço e formas de pagamento da mensalidade, os planos oferecidos (o que está coberto em cada um destes), área de abrangência, para que possa escolher, observando a sua autonomia racional, àquele que melhor supra suas necessidades.

O consumidor tem o direito básico à informação, nos termos do inciso III do art. 6.º do CDC. Ressalte-se que esse direito provém da existência de um déficit informacional do consumidor, vulnerável e leigo, decorrente do fato do fornecedor deter o conhecimento específico sobre a produção de produtos e fornecimento de serviços, gerando uma desigualdade informacional entre as partes¹¹⁷. Para esse seja concretizado, não basta que o fornecedor simplesmente transmita as informações ao consumidor, sendo necessário que essas sejam prestadas de forma adequada e eficiente.

O dever de informar não ocorre apenas no momento pré-contratual – publicidade, práticas comerciais e oferta (conforme os art. 30, 31, 34, 35, 40 e 52 do CDC) –, mas também após ter sido firmado o pacto através do instrumento contratual (nos termos dos art. 46, 48, 52 e 54 do CDC), bem como durante a execução do pacto (vide art. 51, I, IV, XIII) e cobrança da dívida (art. 44, parágrafo único, do CDC)¹¹⁸. Portanto, exemplificadamente, no plano privado de assistência à saúde a operadora tem o dever de, além de fornecedor cópia do contrato, regulamento ou condições gerais dos produtos e serviços, disponibilizar material explicativo, em linguagem simples e precisa, todas as características do contrato, e direitos e obrigações das partes contratantes, conforme o parágrafo único do art. 16 da Lei n.º 9.656/98, devendo informar o conjunto de estabelecimentos credenciados junto à operadora que podem oferecer os cuidados relacionados à saúde do consumidor, bem como sobre eventual descredenciamento desses¹¹⁹.

No inciso IV do art. 6.º do CDC há a previsão da vedação do abuso de direito, impondo, desta forma, a transparência e boa-fé nas práticas comerciais, na publicidade e no contrato¹²⁰. Neste sentido, é defesa a publicidade enganosa (art. 37, CDC), métodos comerciais coercitivos ou desleais como práticas (art. 39, CDC) e cláusulas abusivas (art. 51, CDC) impostas no fornecimento do produto ou serviço. Destarte, no campo da saúde suplementar, é vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade de coberturas de internações hospitalares, nos termos do disposto no artigo 12, II, *a*, da Lei n.º 9.656/98, bem como a suspensão ou rescisão unilateral do contrato durante a ocorrência de internação hospitalar (vide art. 13, II, LPS).

Já o inciso V do art. 6.º do CDC estabelece a proteção contratual, prevendo a modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, ou sua revisão em decorrência de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas, de sorte

¹¹⁴ Id., ib., p. 175.

¹¹⁵ Nesse sentido: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Quinta Câmara Cível, Apelação Cível n.º 70030481931, Relator Desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto, 29/07/2009.

¹¹⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 58.

¹¹⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 127-128.

¹¹⁸ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 178-179.

¹¹⁹ Nesse sentido, é a decisão da Ministra Nancy Andrighi: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma, Recurso Especial n.º 1.144.840/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 20/03/2012.

¹²⁰ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 59.

a reestabelecer o equilíbrio do pacto. No âmbito do contrato relacionado à saúde suplementar, a possibilidade de revisão das cláusulas que preveem o aumento da mensalidade em razão do beneficiário completar 60 ou 70 anos. Nessa hipótese, a cláusula de reajuste da faixa etária é considerada abusiva, nos termos do art. 51, IV, CDC, principalmente em face da vedação de discriminação do idoso nos planos de saúde na cobrança de valores diferenciados em razão da idade, em consonância ao disposto no artigo 15, §3.º, do Estatuto do Idoso¹²¹.

O consumidor tem o direito à efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais e coletivos, conforme disposto no inciso VI do art. 6.º do CDC.

A prevenção de danos consiste, conforme aponta Bruno Miragem¹²², na “eliminação ou redução dos riscos de danos causados aos consumidores, em razão da realidade do mercado de consumo”. Destaca-se, deste modo, a importância da atuação da ANS no sentido de fiscalizar, regulamentar e normatizar o mercado da saúde suplementar, principalmente, no que tange à elaboração de critérios essenciais para o registro de produtos; elaboração o rol de procedimentos e eventos em saúde que constituirão o plano-referência; normatização dos conceitos de doença e lesões preexistentes; controle e a aferição e da qualidade dos serviços oferecidos pelas operadoras de planos de assistência à saúde; fiscalização as atividades das operadoras em suas operações, bem como em relação aos serviços e produtos disponibilizados, com a finalidade de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde.

Por sua vez, quanto ao direito à reparação de danos, este constitui na efetiva reparação, consagrado no princípio da reparação integral dos danos, tanto dos patrimoniais, como dos extrapatrimoniais, individuais, coletivos ou difusos. Refere-se a possibilidade de cumulação das indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato, conforme a Súmula n.º 37 do STJ. Para tanto, Sergio Cavalieri Filho¹²³ acentua que o CDC transferiu os riscos do consumo ao fornecedor, estabelecendo a responsabilidade civil objetiva nos casos de acidente de consumo, previstos nos art. 12 e 14, ambos do código consumerista.

Por conseguinte, aplica-se ao fornecedor do serviço de plano privado de assistência à saúde que protelar ou descumprir o pactuado, a responsabilidade civil pelo vício do serviço, o qual constitui na responsabilização do fornecedor em face de uma violação do dever de adequação¹²⁴, isto é, o serviço colocado no mercado não atinge a finalidade que consumidor dele espera.

A operadora do plano ou seguro de saúde incorre em grave violação do direito social à saúde ao descumprir a obrigação inerente ao contrato ligado à saúde, não se podendo afirmar que o inadimplemento do pacto pela seguradora constitui em mero dissabor contratual, uma vez que a vida é o bem maior a ser tutelado, presumindo-se a existência de dano extrapatrimonial ao segurado que se vê desamparado¹²⁵.

O consumidor possui o direito ao acesso à justiça e aos órgãos administrativos, bem como a facilitação da defesa de seus direitos em juízo, mediante utilização do instituto jurídico da inversão do ônus da prova, como forma de prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, conforme os incisos VII e VIII do art. 6.º do CDC.

Importante destacar, por fim, que os direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor, não excluem outros previstos em leis ordinárias, tratados ou convenções internacionais, regulamentos expedidos por autoridades administrativas, bem como de princípios gerais e costumes, conforme dispõe o art. 7.º do CDC. Esta previsão de abertura do microsistema do código consumerista, permeável e não exaustivo, se dá pelo fato da prioridade

¹²¹ Sobre o ponto são as decisões do TJRS: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Sexta Câmara Cível, Apelação Cível n.º 70048640197, Relator Desembargador Ney Wiedemann Neto, 11/05/2012; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Quinta Câmara Cível, Agravo de Instrumento n.º 70048854293, Relator Desembargador Romeu Marques Ribeiro Filho, 15/05/2012.

¹²² MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 137.

¹²³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 459.

¹²⁴ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 358.

¹²⁵ Sobre o tema, ver: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Quinta Câmara Cível, Apelação Cível n.º 70044435089, Relator Desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto, 30/09/2011.

da defesa e proteção do consumidor, garantido constitucionalmente no art. 5.º, XXXII, da CF, independentemente de que esta se encontre no código consumerista, lei geral ou especial¹²⁶.

Portanto, afirma-se que sobre o contrato de plano de saúde incidem, basicamente, três sistemas distintos e complementares, quais sejam o Código Civil, Código de Defesa do Consumidor e a Lei dos Planos de Saúde, como forma de assegurar os direitos e de dar proteção ao sujeito mais frágil da relação contratual, o consumidor. Diante da vulnerabilidade do consumidor, bem como do desequilíbrio estrutural do mercado, o professor Adalberto Pasqualotto¹²⁷ afirma que se exige uma interpretação sistemática das regras jurídicas protetoras das relações de consumo. Nesse sentido, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de forma mais favorável ao consumidor, conforme o artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor.

Percebe-se, assim, que o Código de Defesa do Consumidor não tem o escopo de tutelar os direitos dos consumidores exaustivamente, como se fosse um sistema fechado de normas. Pelo contrário, a promoção dos direitos do consumidor deve ser dada por intermédio de um diálogo harmônico e sistemático das normas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro, visando sempre a defesa dos direitos fundamentais e dos valores contidos na Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por objetivo analisar o contrato de plano privado de assistência à saúde à luz das normas protetivas do consumidor.

No primeiro capítulo foi analisado o mercado de saúde suplementar, partindo-se de sua evolução histórica, definição, natureza jurídica e classificação, ponderando-se, após, sobre a regulamentação, fiscalização e normatização deste setor.

Observou-se, assim, que a origem histórica do mercado está estritamente ligada ao contexto político-social-econômico de um Estado, constatando-se que seu surgimento e crescimento estão atrelados ao desenvolvimento do capitalismo, conjuntamente com as conquistas da classe trabalhista e recrudescimento dos direitos fundamentais.

Verificou-se que o mercado da saúde suplementar desenvolveu-se até a década de 90 sem qualquer normatização e fiscalização específicas, o que resultou na crescente disparidade das relações entabuladas entre operadores e consumidores.

Referiu-se que com advento da Constituição Federal de 1988 a temática referente à saúde passou a ser tratada como um direito social fundamental de interesse difuso e de relevância pública, devendo ser disponibilizado a todos por meio de atuação do Estado e, subsidiariamente, pela iniciativa privada, por meio dos planos privados de assistência à saúde.

A edição da Lei n. 9.656/98, conhecida Lei dos Planos de Saúde, trouxe inúmeros avanços ao mercado, tendo em vista que foi criado um mecanismo unificado para, controle, fiscalização e regulamentação do setor no país, estabelecendo características gerais do pacto e regras de funcionamento do mercado.

O legislador infraconstitucional definiu o contrato médico assistencial como aquele que visa garantir a cobertura financeira de serviços ligados à assistência à saúde (médico hospitalar e odontológico) que diferenciem da atividade exclusivamente financeira como custeio de despesas, oferecimento de rede credenciada.

Assim, diante dos elementos elencados anteriormente, este negócio jurídico se caracteriza por ser um pacto de adesão, sinalagmático, oneroso, formal, aleatório e cativo e de longa duração (trato sucessivo), de natureza securitária, em que pese parte da doutrina classifique-o como um contrato atípico misto.

¹²⁶ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 220-221.

¹²⁷ PASQUALOTTO, Adalberto. A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde: uma interpretação construtiva. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.); LOPES, Jose Reinaldo de Lima (coord.); PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). **Saúde e responsabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 36-64. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.13), p. 53.

Ainda no que tange ao contrato de plano privado de assistência à saúde, ponderou-se sobre a classificação do pacto como forma de identificar os direitos e deveres inseridos no referido instrumento, estando dividida quanto à cobertura assistencial oferecida, ao tipo de contratação e à abrangência geográfica.

Destacou-se a importância da Agência Nacional de Saúde Suplementar, do Conselho de Saúde Suplementar e da Câmara de Saúde Suplementar, entidade consultiva permanente vinculada à ANS, os quais consistem em órgãos de maior expressão na atuação no setor, contribuindo para o desenvolvimento deste mercado.

Na segunda parte estudou-se o pacto médico assistencial em consonância com o Direito Constitucional, ponderando-se sobre a constitucionalização do direito privado, bem como este contrato inserido no mercado de consumo, analisando-se a teoria do diálogo das fontes e as normas de proteção do consumidor, cotejando os sistemas incidentes ao negócio jurídico, como o CC, CDC e LPS.

Verificou-se, assim, que em que pese o pacto em estudo constitua em uma relação da esfera privada, este sofre influência direta do direito constitucional, sobretudo dos direitos fundamentais devendo as relações jurídicas entravadas entre sujeitos privados serem pautadas em conformidade com os preceitos e regras que emanam da Constituição.

Nesta esteira, frisou-se que a fonte do direito não constitui um sistema fechado e de aplicação específica, havendo, sim, a comunicação dos entre princípios, valores e regras contidos no direito positivo, dos quais possuem como principal foco a proteção da dignidade humana, princípio norteador para aplicação.

No que tange à incidência do Código de Defesa do Consumidor ao contrato objeto do estudo, salientou-se que a lei consumerista atua de forma complementar e simultânea à LPS. Assim, Código de Defesa do Consumidor assume o caráter de norma geral e principiológica frente à Lei dos Planos de Saúde, em face da necessidade de proteção da parte mais vulnerável desta relação entre desiguais.

Ainda, foi visto que, diante da complexidade e amplo campo de incidência do sistema normativa, surge na teoria do diálogo das fontes uma forma de apaziguar e dar fluidez ao ordenamento jurídico, substituindo o paradigma tradicional de exclusão de leis conflitantes, pelo de interpretação conjunta de normas, evitando a utilização de “mono-solução” e criação de lacunas.

Destacou-se que os direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor, não excluem outros previstos em leis ordinárias, regulamentos expedidos por autoridades administrativas, diante da prioridade da defesa e proteção do consumidor, garantido constitucionalmente no art. 5.º, XXXII, da CF, independentemente de que esta se encontre no código consumerista, lei geral ou especial.

Percebe-se, assim, que o Código de Defesa do Consumidor não tem o escopo de tutelar os direitos dos consumidores exhaustivamente, como se fosse um sistema fechado de normas. Pelo contrário, a promoção dos direitos do consumidor deve ser dada por intermédio de um diálogo harmônico e sistemático das normas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro, visando sempre a defesa dos direitos fundamentais e dos valores contidos na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 9ª ed. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. **Lei dos Planos e Seguros de Saúde: comentada artigo por artigo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Caderno de Informação da Saúde Suplementar: beneficiários, operadoras e planos**. mar. 2012. Rio de Janeiro: ANS, 2012. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Caderno_informacao_saude_suplementar/2011_mes12_caderno_informacao.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma, Recurso Especial n.º 668.216/SP, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, 15/03/2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma, Recurso Especial n.º 1.106.789/RJ, Relatora Ministra Nancy Andriahi, 18/11/2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma, Recurso Especial n.º 1.144.840/SP, Relatora Ministra Nancy Andriahi, 20/03/2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO SOBRINHO, Linneu Rodrigues de. **Seguros e planos de saúde: comentários, orientações do Ministério da Saúde, glossário, jurisprudência, danos morais decorrentes e legislação**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. **Plano de Saúde e Direito do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FOX, Peter David; KONGSTVEDT, Peter Reid. A History of Managed Health Care and Health Insurance in the United States. In: KONGSTVEDT, Peter Reid. **Essentials of Managed Health Care**. 5ª ed. United States: Jones & Bartlett, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Contratos: teoria geral**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.31).

JAYME, Erik. **O Direito Internacional Privado e cultura pós-moderna**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito / PPGDir./UFRGS. Porto Alegre: UFRGS, v.1, n.1, p. 59-68, mar./2003.

KENNEDY, John Fitzgerald. **Special Message on Protecting The Consumer Interest**. Disponível em: <<http://www.jfklibrary.org/Asset-Viewer/Archives/JFKPOF-037-028.aspx>>. Acesso em: 07 abr. 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratos no Código do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). **Direito do consumidor: contratos de consumo**, v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, (Doutrinas Essenciais; 4).

LOPES, José Reinaldo de Lima. Consumidores de seguros e planos de saúde (ou, doente também tem direitos). In: MARQUES, Claudia Lima (coord.); LOPES, José Reinaldo de Lima (coord.); PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). **Saúde e responsabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 23-35. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.13).

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. Conflitos de leis no tempo e direito adquirido dos consumidores de planos e seguros de saúde. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.); LOPES, Jose Reinaldo de Lima (coord.); PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). **Saúde e responsabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 114-156. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.13).

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de defesa do consumidor e o Código civil de 2002**. Revista da Esmese, Sergipe, n. 7, p. 15-54, 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/handle/2011/22388>>. Acesso em: 20 mar. 2012.

_____; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____; SCHIMITT, Cristiano Heineck. **Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24753-24755-1-PB.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2012.

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

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. O contrato de seguro e os direitos do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). **Direito do consumidor: contratos de consumo**, v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, (Doutrinas Essenciais; 4)

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2.^a ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NORONHA, João Otávio de. **Crise de fontes normativas: Código Civil x Código de Defesa do Consumidor**. Justiça e Cidadania, Rio de Janeiro: JC, n.134, p. 26-30, out. 2011.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Comentários à Lei de Plano Privado de Assistência à Saúde**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **O Código de Defesa do Consumidor e os planos de saúde: o que importa saber**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.12, n.48, p. 85-88, out.-dez./2003.

PASQUALOTTO, Adalberto. A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde: uma interpretação construtiva. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.); LOPES, Jose Reinaldo de Lima (coord.); PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). **Saúde e responsabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 36-64. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.13).

_____. Conceitos fundamentais do Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima (org.); MIRAGEM, Bruno (org.). **Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor**, v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, (Doutrinas Essenciais; 1).

_____. **Contratos nominados III: seguro, constituição de renda, jogo e aposta, fiança, transação, compromisso**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Biblioteca de Direito Civil. Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale, v.9).

_____. Defesa do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima (org.); MIRAGEM, Bruno (org.). **Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor**, v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, (Doutrinas Essenciais; 1).

_____. **O Estado regulador e a proteção dos consumidores**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, RJ, v. 2/3, n. 2/3, p. 7-28, 2001-2002. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25384>>. Acesso em: 29 out. 2011.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Cláusulas relativas à cobertura de doenças, tratamentos de urgência e emergência e carências. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.); LOPES, Jose Reinaldo de Lima (coord.); PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). **Saúde e responsabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 73-99. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.13).

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Quinta Câmara Cível, Apelação Cível n.º 7004699975, Relatora Desembargadora Isabel Dias Almeida, 28/03/2012.

_____. _____. Quinta Câmara Cível, Apelação Cível n.º 70043555960, Relator Desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto, 31/08/2011.

_____. _____. Quinta Câmara Cível, Apelação Cível n.º 70044435089, Relator Desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto, 30/09/2011.

_____. _____. Quinta Câmara Cível, Apelação Cível n.º 70046510160, Relator Desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto, 28/03/2012.

_____. _____. Quinta Câmara Cível, Agravo de Instrumento n.º 70048854293, Relator Desembargador Romeu Marques Ribeiro Filho, 15/05/2012.

_____. _____. Sexta Câmara Cível, Apelação Cível n.º 70048640197, Relator Desembargador Ney Wiedemann Neto, 11/05/2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____; PORTO, Eduardo Heitor; TURRA, Sérgio Bergonsi; TURRA, Tiago Bergonsi. **Planos de Assistência e Seguros de Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

RODRIGUES, Bruno Lemos. **Aspectos legais dos contratos de seguro-saúde**. 1ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

SAMPAIO, Léa Maria Dantas. **Análise e Classificação das Operadoras de Saúde Suplementar**. Tese (Doutorado em Engenharia de Produção) – COPPE – UFRJ, 2008. Disponível em: < http://teses2.ufrj.br/Teses/COPPE_D/LeaMariaDantasSampaio.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a relação entre os direitos fundamentais e o direito privado. In: ESTEVEZ, André Fernandes (org.); JOBIM, Marcio Felix (org.). **Estudos de direito empresarial: homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 49-77.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil**. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/iws_mff_direito_a_saude_%20final%2027%2011%2010.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2012.

SARRUBO, Mariângela. A saúde na Constituição Federal e o contexto para recepção da Lei 9.656/98. In: MARQUES, Claudia Lima (org.); MIRAGEM, Bruno (org.). **Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor**, v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, (Doutrinas Essenciais; 1).

SILVA, José Luiz Toro da. **Comentários à Lei dos Planos de Saúde**. 2ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

SCHMITT, Cristiano Heineck. Cláusulas abusivas em contratos de planos e de seguros de assistência privada à saúde. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). **Direito do consumidor: contratos de consumo**, v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, (Doutrinas Essenciais; 4).

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Contratos: princípios gerais. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). **Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor**, v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, (Doutrinas Essenciais; 1).

VIEIRA, Marcelo Milano Falcão; VILARINHO, Paulo Ferreira. **O campo da Saúde Suplementar no Brasil**. Revista Ciências da Administração - RCA, v.6, n. 11, p. 09-34, jan./jul. 2004. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina – Centro Socioeconômico/Departamento de Ciências da Administração. Disponível em: < http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/Artigo_O_Campo_da_saude_suplementar_no_Brasil.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2012.