

Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor

Cláudia Lima Marques * e Cristiano Heineck Schmitt **

ÍNDICE

Parte I: campo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor e Direito à Saúde. Parte II: a nova legislação em conflito com a anterior. Parte III: a nova legislação e o combate às cláusulas abusivas. Bibliografia.

Parte I – Campo de aplicação do CDC e Direito à Saúde (por Cristiano Heineck Schmitt)

Campo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor

Comentar sobre âmbito de incidência do Código de Defesa do Consumidor é tarefa infundável, pois infinitas são as relações contratuais realizadas pelos indivíduos, sendo que destas, a grande maioria apresenta-se como relações de consumo, o que torna impossível a elaboração de um catálogo prévio de situações. Contudo, chamam sempre a atenção do legislador e do intérprete, por mais genérica e ampla que seja a norma, determinadas relações praticadas com frequência na sociedade, constatando-se nestas um intenso contraste entre os participantes, consumidores e fornecedores, registrando-se um beneficiamento destes, de maior poder econômico, em prejuízo daqueles, essencialmente vulneráveis a determinadas práticas comerciais desleais e iníquas.

A massificação das relações contratuais trouxe mudanças na concepção de contrato, trazendo à lume diferentes formas de interpretação e de concepção do instrumento. Hodiernamente, fala-se em *relações contratuais de fato*¹ e *contrato social*,

¹ A busca da eficácia econômica e social do contrato faz surgir o que em doutrina se convencionou chamar de *relações contratuais de fato*. O significado dessas relações pode ser visualizado a partir do exemplo dado por ROPPO: “...uma declaração de vontade, por qualquer razão viciada, e, por isso, inválida (nula ou anulável); e todavia, se a relação econômica subjacente e as respectivas transferências de riqueza foram efetivamente realizadas, são disciplinadas pelo direito, como se a declaração fosse válida e regularmente produtora dos seus efeitos. Também aqui, portanto, o elemento decisivo para o tratamento jurídico da relação, não é a presença de uma declaração de vontade contratual (válida), mas, antes, o cumprimento efetivo de uma operação econômica. Não é por acaso que se fala, a este respeito, de **relações contratuais de facto** (grifo do autor). ROPPO, Enzo, “O contrato”. Tradução portuguesa de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p.303. É sinônimo de relações contratuais fáticas a *conduta social típica* (*sozialtypisches Verhalten*), expressão utilizada por LARENZ para indicar o fechamento de um contrato com aceitação de determinadas cláusulas gerais. O autor cita como exemplo, o embarque em

elementos que nos levam à busca do efetivo cumprimento da operação econômica que é o contrato e não mais na satisfação de formalidades pré-existentes desde o período romano, que pouco contribuíam para a eficácia econômica e social do contrato.

A produção e a comercialização em grande escala, através de mecanismos de distribuição, provocaram a padronização dos contratos, instrumento responsável pela disposição de produtos e serviços no mercado, “...com a prévia estipulação, pelo disponente, das cláusulas e das condições correspondentes, em que se inserem regras protetivas dos grandes complexos empresariais que extrapolam os limites impostos pela comutatividade exigida nas relações contratuais”.² Foi somente com a constatação do desequilíbrio contratual ocasionado pela necessidade do consumidor na aquisição de determinados produtos, aliada à liberdade de fixação do conteúdo do negócio pelo comerciante-fornecedor, que se pôde alcançar um regime de proteção do consumidor.

A dominação do mercado produtor e o sistema de distribuição por empresas de grande porte reduz consideravelmente a participação volitiva dos adquirentes ou utentes de bens de consumo e de serviços. Essa situação aliada à agressiva publicidade, veiculada especialmente pela mídia eletrônica, acrescentando e despertando novos desejos consumistas à sociedade, dá azo à “civilização da ansiedade”, onde o ser humano é impulsionado por necessidades virtuais, imaginárias e não somente pelas reais.³

A sociedade de consumo, devemos frisar, é formada pela grande massa de consumidores, tendo suas necessidades supridas pelos fornecedores de produtos e de bens. Desse agrupamento somente não participam o ermitão ou silvícola que vivem isoladamente do contexto da sociedade.⁴

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,⁵ 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.⁶

um ônibus de transporte coletivo e a utilização de serviços oferecidos por máquinas automáticas (ver MARQUES, “*Contratos...*”, op. cit., p.61). Conforme denota REZZÓNICO, nos casos de relações contratuais de fato, parece ser mais ajustado à realidade dizer-se que a esses casos atribui-se convencionalmente o valor da declaração contratual, abstraindo-se as atitudes psíquicas dos seus autores (op. cit., p.04).

² Assim BITTAR, Carlos Alberto. “*Direitos do consumidor*”. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p.59.

³ Assim BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). “*Os contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas*”. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 115 e 116.

⁴ Conforme aponta RIPERT, há uma imperiosa necessidade do indivíduo em contratar, “*A não ser que não viaje, que não faça seguro, que não gaste água, gás ou eletricidade, que não use transporte comum, que não trabalhe ao serviço de outrem...*” (“*A regra...*”, op. cit., p.105).

⁵ Assim RIEG, “*Le contrôle...*”, op. cit., p.947, comentando o §6º da lei alemã sobre condições gerais dos contratos, cuja alínea 3 possui redação idêntica ao §2º, do artigo 51, do CDC. NERY JÚNIOR fala em “princípio da conservação” do contrato, de mesma índole do mencionado princípio da manutenção (“*Comentários...*”, op. cit., p.522), seguido por DALL’AGNOL (“*Cláusulas...*”, op. cit., p.140). Não se deve confundir, contudo, conservação com desnaturalização do pacto, pois esta implica que o juiz se pronuncie contra a vontade das partes claramente expressada, subvertendo a economia do contrato, modificando seus efeitos e violando o espírito da lei (assim REZZÓNICO, op. cit., p.583).

⁶ O Novo Código Civil Brasileiro (Lei nº10.406/02), que somente entrará em vigor em janeiro de 2003, traz referência expressa à função social do contrato, no seu artigo 421: “*A liberdade de contratar*

A partir da revisão do instrumento contendo cláusulas abusivas, sancionando estas com a sanção de nulidade, será possível, ao mesmo tempo, alcançar-se a conservação do contrato. É de BETTI a assertiva: “...os negócios da vida privada elevam-se à dignidade de negócios jurídicos e tornam-se **instrumentos**, que o próprio direito põe à disposição dos particulares, para servirem de base aos seus interesses na vida de relação, por conseguinte, para dar vida e permitir o **desenvolvimento** das **relações** entre eles...” (grifos do autor).⁷

A figura jurídica do *consumidor* é descrita a partir de uma visão **maximalista**, compreendendo todos aqueles que se utilizam faticamente de um bem ou serviço posto no mercado, como destinatário final fático da linha de produção, interpretando-se assim o artigo 2º do CDC da forma mais ampla possível, abrangendo um maior número de relações. O agentes do mercado podem assumir, em momentos diferentes, papéis de consumidores quanto de fornecedores.⁸ De acordo com a doutrina maximalista, são consumidores a fábrica de celulose que adquire automóveis para transporte de visitantes, o advogado que compra uma máquina de escrever para o escritório, uma repartição pública que adquire canetas, ou a dona de casa que compra produtos para uso da família.⁹ Entre os defensores desta corrente, estão BONATO e DAL PAI MORAES. Para esses autores, é possível a aplicação do CDC a favor de empresas, analisando-se, contudo, se o bem ou serviço adquirido participará da composição final do produto ou serviço, ou se servirá para a satisfação de uma necessidade não produtiva, aplicando-se, nesse último caso, o CDC.¹⁰

será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. De orientação cognata, o artigo 187 do mesmo Código: “*Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*”. NORONHA alude expressamente à função social do contrato, dedicando um capítulo inteiro de sua referida obra sobre o assunto. Esse autor expressa o seguinte: “*O Projeto de Código Civil ainda não é lei, mas a função social do contrato não vai ser certamente instituída por ele; se chegar a ser convertido em lei, ninguém certamente sustentará que os contratos anteriores à data da sua entrada em vigor não tinham função social. Nem a função social do contrato é descoberta do Projeto, nem é privativa dos contratos; todo direito tem uma função social, que dispensa referência expressa*” (op. cit., p.82 e 83). O autor menciona igualmente o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, para indicar que toda norma visa “fins sociais” e atende às “exigências do bem comum” (idem, p.84). MARQUES observa a realização da justiça contratual, fruto da da função social do contrato, a partir do equilíbrio das prestações, na proteção da confiança e da boa-fé de ambas as partes (“*Contratos...*”, op. cit., p.104). Para esta ilustre jurista, o Direito desenvolve uma “teoria contratual com função social” quando deixa de lado o ideal positivista e dedutivo da ciência, reconhecendo a influência do social (costume, moralidade, harmonia, tradição), passando a assumir posições ideológicas, voltando-se para a solução de problemas através da utilização de conceitos e princípios mais abertos, criando figuras jurídicas, como os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais (idem, p.105).

⁷ Op cit., Tomo I, p.92.

⁸ Assim MARQUES, “*Contratos...*”, op.; cit., p.143. No âmbito dos tribunais, como exemplo de adesão à corrente maximalista, cita-se o acórdão proferido nos autos do Recurso Especial nº263229/SP, da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, relator Ministro José Delgado, julgado em 14.11.00, publicado no Diário da Justiça de 09.04.2001, p.00332, cuja ementa transcrevemos: “*ADMINISTRATIVO. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE FORNECIMENTO DE ÁGUA. RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICAÇÃO DOS ARTS. 2º E 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. Há relação de consumo no fornecimento de água por entidade concessionária desse serviço público e a empresa que comercializa com pescados. 2. A empresa utiliza o produto como consumidora final. 3. Conceituação de relação de consumo assentada pelo art. 2º, do Código de Defesa do Consumidor. 4. Tarifas cobradas a mais. Devolução em dobro. Aplicação do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. 5. Recurso provido*”.

⁹ MARQUES, “*Contratos*”, op. cit., p.141.

¹⁰ BONATO, Cláudio e DAL PAI MORAES, Vlério, “*Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos e contratos atuais*”. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do

Por sua vez, a corrente **finalista** (visão *stricto sensu*), busca aplicação do CDC a partir de uma interpretação teleológica, pela qual o destinatário, pessoa física ou jurídica, além de fático, é econômico, devendo utilizar o bem ou serviço para uso próprio ou da família, não podendo adquirir produtos para revenda ou para uso profissional.¹¹

Na caracterização de *consumidor*, ALTERINI refere conceito objetivos e conceitos subjetivos.¹² Aduz que, do ponto de vista objetivo, há um elemento positivo, que é a realização do ato de intermediação por um profissional ou comerciante, e um elemento negativo que é o fato de o consumidor não poder estar atuando profissionalmente. Na definição subjetiva, salienta a importância de um elemento também positivo, segundo o qual para o indivíduo ser considerado consumidor, deve destinar a aquisição de um produto ou serviço para uso pessoal ou familiar, sendo a qualidade profissional do intermediário irrelevante.

As pessoas jurídicas, com as nuances impostas pelas duas correntes acima referidas, inserem-se também no conceito de consumidor, ao menos no Brasil, em atendimento ao mandamento descrito no artigo 2º do CDC, o qual não impõe discriminação, tampouco faz distinção quanto ao uso do CDC por parte de pessoas coletivas. “A ressalva que se faz é para as situações nas quais a pessoa jurídica adquire bens ou serviços para revenda, intermediação ou repasse direto de custos ao consumidor, casos em que é classificada como insumidora, transferindo por completo o valor de todos os fatores de produção como matérias-primas, horas-extras, entre outros, ao consumidor. Importa para a utilização da legislação de proteção do consumidor que a empresa use um produto como consumidora final, sem fim lucrativo”.¹³

O artigo 29 do CDC prescreve a ampliação da proteção do Código a todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas comerciais constantes do Capítulo V do Título I. Assim, por exemplo, além de pessoas jurídicas, profissionais liberais e comerciantes poderiam fazer uso de preceitos do CDC, conquanto não estejam atuando profissionalmente, com repasse de custos ao consumidor, ou em nítida atividade de revenda, caso em que a situação passa a ser regida pelo Código Comercial.

Advogado, 1999, p.79.

¹¹ “Contratos...”, op. cit., p.150 e 152.

¹² ALTERINI, Atílio Aníbal. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº15, julho setembro de 1995, p.5.

¹³ Assim, SCHMITT, Cristiano Heineck. “Empresa também é consumidor”. Artigo publicado no *Jornal Gazeta Mercantil – RS*, Porto Alegre, edição de 20 de fevereiro de 2002. Um dos julgados que deram origem ao artigo foi o do Recurso Especial nº263229, do Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa transcreve-se: “ADMINISTRATIVO. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE FORNECIMENTO DE ÁGUA. RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICAÇÃO DOS ARTS. 2º E 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. Há relação de consumo no fornecimento de água por entidade concessionária desse serviço público a empresa que comercializa com pescados. 2. A empresa utiliza o produto como consumidora final. 3. Conceituação de relação de consumo assentada pelo art. 2º, do Código de Defesa do Consumidor. 4. Tarifas cobradas a mais. Devolução em dobro. Aplicação do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. 5. Recurso provido” (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº263229/SP, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, julgado em 14.11.00, publicado no Diário da Justiça de 09.04.01, p.00332).

No Brasil, temos ainda como consumidores equiparados todos aqueles atingidos na sua incolumidade física, psíquica e patrimonial por acidentes decorrentes da produção ou do fornecimento de serviços. PASQUALOTTO aponta também a distinção entre consumidor jurídico, que é quem efetivamente participa do negócio de consumo, e consumidor material, que a princípio não estaria incluído na proteção jurídica do consumidor. Contudo, assevera o autor, as legislações específicas sobre o tema, têm-se inclinado à proteção daqueles, que não sendo partes no contrato de consumo, utilizam-se dos bens e serviços objeto do negócio, ou que, mesmo sem utilizá-los, venham a sofrer danos decorrentes de um produto colocado no mercado. Esses consumidores meramente materiais são denominados de *bystanders*.¹⁴

Por exemplo, uma criança que seja filha de um adquirente de produto defeituoso, que vem a adoecer após a sua ingestão, é consumidor por equiparação, beneficiando-se da aplicação das normas protetivas do CDC. O parágrafo único do artigo 2º do diploma consumerista respalda a assertiva ao equiparar a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo na relações de consumo. Em vista de seu caráter genérico, de interpretação, o artigo supra citado é aplicável a todos capítulos e seções do Código.¹⁵

Na mesma esteira do artigo 2º, o artigo 17 complementa a sua redação, prevendo a proteção de todas as vítimas de um evento decorrente de fato do produto ou serviço (artigos 12 a 16 do Código), através dos dispositivos mais benéficos do CDC, dispondo: “*Para efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento*”.

Direito à Saúde

A saúde como direito fundamental, direito social e dever do Estado

O tema encontra larga difusão no meio jurídico, pois todas as esferas da Federação apresentam legislação sobre saúde. O direito à saúde, enquanto direito social¹⁶, deve ser prestado pelo Estado a todo indivíduo. Nesse sentido, José Afonso da Silva ensina que o direito a saúde “...há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais”.¹⁷

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira carta política no Brasil a reconhecer e assegurar expressamente o direito à saúde, que pode ser visto tanto como um direito fundamental do homem, ou um direito social. Vários são os dispositivos constitucionais que tratam do direito à saúde, podendo-se mencionar, por exemplo, os seguintes artigos da Constituição Federal de 1988: 6º, 23, inciso II, 24, inciso XII, 196, 197, 198 e 199.¹⁸

¹⁴ PASQUALOTTO, Adalberto. “Defesa do Consumidor”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº6, p.42.

¹⁵ Assim MARQUES, “*Contratos...*”, op. cit., p.156.

¹⁶ Artigo 6º da Constituição Federal.

¹⁷ DA SILVA, José Afonso. “*Curso de direito constitucional positivo*”. 15ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998. p.311.

¹⁸ Art. 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma

Como direito fundamental, o direito à saúde está inserido no conceito de “dignidade humana”, princípio basilar da República, previsto no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal, pois não há se falar em dignidade se não houver condições mínimas de garantia da saúde do indivíduo. Da mesma forma, a proteção do direito à saúde é manifestada no *caput* do artigo 5º da Constituição, que preconiza a inviolabilidade do direito à vida, o mais fundamental dos direitos. Inconciliável, igualmente, proteger a vida, sem agir da mesma forma com a saúde.

Como direito social, o direito à saúde é o segundo a ser mencionado no *caput* do artigo 6º da Constituição Federal. Nesta dimensão, como aponta Tessler¹⁹, a saúde está presente na definição do valor atribuído ao salário-mínimo, que, segundo o legislador constituinte, deve ser capaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e às de sua família, com “...moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social,...”. Novamente vê-se a associação do direito à saúde como uma dos elementos vitais essenciais do indivíduo e de sua família.

Ainda como direito social, aponta Tessler²⁰, o direito à saúde é assegurado também no artigo 7º da Constituição Federal, através do inciso XXII, que prevê, como direito do trabalhador, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, do inciso XXIII, que estipula um adicional de remuneração para aqueles que exercerem atividades penosas, insalubres ou perigosas e do inciso XXXIII, que, em razão da proteção à saúde, proíbe o trabalhos de menores em período noturno, atividades perigosas e insalubres, por se entender, sem exceções, que estes sofreriam sérios prejuízos se expostos a situações de risco.

O artigo 196, por sua vez, dispõe: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Enaltece-se assim, que a saúde deve ser prestada a todos que dela necessitem (princípio da universalidade), em igualdade de acesso.²¹ A leitura do dispositivo apresenta a saúde como um direito, que, como vimos acima, é tanto um direito fundamental como um direito social, referindo também que a saúde é também um dever do Estado. Observa-se uma multiplicidade de diretivas constitucionais voltadas ao direito à saúde, dispostas nos artigos 196 a 200 da Constituição.²² Pode-se encontrar desde a imposição de promoção, pelo poderes públicos, de políticas sócio-econômicas que visem a redução do risco de doenças e outros agravos, com acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (artigo 196), como a remissão da regulamentação, fiscalização e controle dos serviços de saúde ao legislador ordinário (artigo 197), a criação e fixação de diretrizes do Sistema único de Saúde (artigo 198), a participação da iniciativa privada, em caráter complementar, na assistência à saúde (artigo 199) e o

desta Constituição”. Art. 23, inciso II: “*cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência*”. Art. 24, inciso XII: “*previdência social, proteção e defesa da saúde*”. Art. 197: “*São de relevância social as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado*”. Art. 198, *caput*: “*As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:*”. Art. 199, *caput*: “*A assistência à saúde é livre à iniciativa privada*”.

¹⁹ TESSLER, Marga Inge Barth. “O direito à saúde: a saúde como direito e como dever na Constituição Federal de 1988”. *Revista do Tribunal Federal da 4ª Região*, Porot Alegre, nº40, p.80-81, 2001.

²⁰ Op. cit., p.81.

²¹ DA SILVA, op. cit., p.796.

²² Assim Tessler, op. cit., p.79.

estabelecimento de atribuições do Sistema único de Saúde em caráter exemplificativo (artigo 200). Tessler observa que na redação do artigo 193 da carta política é identificável o fator de proteção à saúde, pois, se a ordem social tem como base o trabalho e como objetivo o bem-estar, este último somente é obtido com a ausência de agravos à mente e ao corpo.²³

O fato de serem considerados de relevância pública, pelo artigo 196, torna os serviços de saúde suscetíveis à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público.²⁴

Salienta-se que para a jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal, a saúde como dever do Estado, ligado à promoção de políticas públicas de redução de riscos de doenças, com regulamentação de atividades e criação de serviços de saúde é uma norma constitucional de eficácia limitada, não configurando assim direito subjetivo judicializável, até porque norma de forte cunho programático. Esta perspectiva pode ser notada no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº737-8 e 1232/DF.²⁵

Nota-se larga menção ao tema no âmbito da Constituição Federal. Na legislação infraconstitucional, a situação não é diferente, existindo inúmeras leis tratando do direito à saúde, que, face ao problema da ausência de uma organização sistemática, tem sua aplicação prejudicada. Algumas leis federais sobre proteção saúde podem ser citadas: Lei nº1.283/50 (sobre inspeção industrial e sanitária dos produtos de origem animal (alterada pela Lei nº7.889/89)), Lei nº4.785/65 (sobre fiscalização do comércio e uso de produtos fitossanitários), Lei nº5.991/73 (sobre controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos (regulamentada pelo Decreto nº74.170/74)), Lei nº6.150/74 (sobre obrigatoriedade da iodação do sal (alterada pela Lei nº9.005/95)), Lei nº6.360/76 (submete ao sistema de vigilância sanitária os medicamentos, insumos farmacêuticos, drogas, cosméticos, produtos de higiene, saneantes e outros (regulamentada pelo Decreto nº79.094/77)), Lei nº8.080/90 (sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes), Lei nº8.078/90 (Código de Defesa e Proteção do Consumidor), Lei nº8.142/90 (sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde – SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde), Lei nº8.926/94 (que torna obrigatória a inclusão, nas bulas de medicamentos, de advertências e recomendações sobre seu uso por pessoas de mais de 65 anos), Lei nº9.029/95 (que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho), Lei nº9.313/96 (sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores de HIV e doentes de AIDS), Lei nº9.656/98 (sobre planos e seguros privados de saúde), Lei nº9.677/98 (que altera dispositivos do Código Penal, principalmente os atinentes a delitos considerados hediondos cometidos contra a saúde pública), Lei nº9.728/00 (que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, criando a Agência Nacional de Vigilância Sanitária) e Lei nº9.961/00 (que cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS).

²³ Op. cit., p.82.

²⁴ Assim Tessler, op. cit., p.79.

²⁵ Assim Tessler, op. cit., p.79. Há alguns, como SCHWARTZ, que entendem de forma distinta, defendendo a auto-aplicabilidade do artigo 196, sendo ele norma de eficácia imediata, pela ligação com os artigos 5º e 1º da Constituição Federal, que tratam como fundamentais os direitos à vida e a dignidade da pessoa humana, direitos sem proteção caso não assegurado o direito à saúde. SACHWARTZ, GERMANO. “Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica”. Porto Alegre: Livraria da advogado, 2001. p.57

Os Tribunais no Brasil ressentem-se de organização legislativa acessível sobre o tema. Nesse sentido, cita-se o artigo 337 do Código de Processo Civil²⁶, que impõe a necessidade de prova dos direitos estadual, municipal, entre outros, significando que a parte deve comprovar a existência de tais direitos, não tendo o magistrado, por obrigação, procurá-los para poder julgar a causa. Disso extrai-se a consequência da impossibilidade do exercício de muitos direitos relativos à saúde, mas estabelecidos em legislação estadual e municipal, uma vez que árdua a tarefa de se obter esses textos legislativos, indicando-os para o magistrado.

Em casos análogos sobre a busca pelo direito à saúde decididos no âmbito do egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a exemplo do ocorre nos demais Estados, verifica-se o ressentimento em razão da falta de uma coletânea legislativa sobre o tema. Pode-se observar, em diversos casos, esparsas referências normativas, justamente porque é muito grande a quantidade de leis, de modo que inviabiliza-se uma pesquisa individual para cada diploma legal. Situações como as decididas poderiam ter tido melhor deslinde caso contassem os ilustres julgadores com uma sistemática legislativa mínima sobre saúde. Assim, por exemplo, as seguintes decisões cujas ementas transcreve-se:

“Apelação cível. Medicamento não fornecido pela secretaria de saúde. Ausência de prova da situação de carência econômica do autor e da possibilidade de uso de similares fornecidos pelo estado. 1. Se o Estado não fornece gratuitamente o medicamento de que necessita o autor, mas dispõe de similares, cabia àquele provar que estes remédios não são adequados aos seu tratamento. 2. Apelação provida, prejudicados o outro apelo e o reexame necessário” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível e Reexame Necessário nº70000966606 da Primeira Câmara Cível, julgada em 07 de junho de 2000);

“Constitucional. Direito à vida. Realização de exame de ressonância magnética. Falta de prova idônea quanto ao risco de vida. impossibilidade. 1. A realização de exame gratuito pelo Estado, exige que aquele seja excepcional e indispensável à vida do paciente. 2. AGRAVO PROVIDO” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento nº70000967273 da Quarta Câmara Cível, julgado em 14 de junho de 2000);

“Constitucional. administrativo. Processual civil. medicamentos carência de ação. interesse de agir ausência. A ação foi ajuizada sem que antes fosse reformulado o pedido na via administrativa, após a readequação da receita médica nos termos da informação prestada pela Secretaria Municipal da Saúde. Não houve negativa da administração, pelo contrário, foi informado à requerente que o medicamento encontrava-se disponível,

²⁶ Dispõe o artigo 337 do Código de Processo Civil: “A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz”.

porém em dosagem inferior ao receitado, necessitando para o seu fornecimento de readequação da prescrição médica. Após tal readequação, não houve reiteração do pedido administrativo. Apelação provida. Processo extinto sem julgamento de mérito. Prejudicado o reexame necessário” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível e Reexame Necessário nº70001820547 da Terceira Câmara Cível, julgado em 21 de dezembro de 2000).

“Constitucional. direito à vida. realização de exame de cintologia óssea com gálio. falta de prova idônea quanto ao risco de vida. impossibilidade. 1. Não há se falar em falta de interesse de agir, pois é desnecessário, para acudir à via jurisdicional, esgotar ou pleitear na instância administrativa. Preliminar rejeitada. 2.A realização de exame gratuito pelo Estado, exige que aquele seja excepcional e indispensável à vida do paciente. 3. APELAÇÃO PROVIDA” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível e Reexame Necessário nº700017685 da Quarta Câmara Cível, julgada em 26 de dezembro de 2000).

“Direito público não especificado – fornecimento de aparelho necessário a paciente portador de insuficiência respiratória crônica e sem recursos para sua aquisição – questão da comodidade que não deve prevalecer diante da escassez de recursos públicos para custear áreas importantes no âmbito da saúde pública – impossibilidade de o Poder Judiciário redirecionar verbas da administração – apelante que dispõe de respirador que o mantém há vários anos – opção por aparelho avançado e de custo elevado que não se justifica – apelo improvido” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº70001851674 da Terceira Câmara Cível, julgada em 05 de abril de 2001);

Atuação dos entes federados na proteção à saúde

As três esferas da Federação, União, Estados (incluindo-se o Distrito Federal e Municípios possuem competência legislativa no que tange ao direito à saúde.

No artigo 21 da Constituição Federal, que descreve a competência privativa da União, pode-se notar referências à atuação do ente no âmbito da saúde, por exemplo, nos incisos IX, XVIII, XX, XXIII, XXIV e XXV. O IX, ao mencionar elaboração e execução de planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social está prevendo a iniciativa em prol da saúde individual e coletiva.²⁷ O inciso XVIII coteja a proteção da saúde dispondo sobre o

²⁷ Assim Tessler, op. cit, p.81.

planejamento e promoção da defesa permanente contra calamidades públicas, especialmente secas e inundações, situações que trazem consigo inúmeras doenças e epidemias.²⁸ No inciso XX, observa-se a instituição de diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, transporte urbanos e, no âmbito da saúde, saneamento básico. Os incisos XXIII, XXIV e XXV, que tratam da competência da União na organização, execução e fiscalização de atividades nucleares, na inspeção do trabalho e na garimpagem, estão também voltadas para fatores que muito comprometem a saúde humana.²⁹

No âmbito da competência comum dos entes federados, o artigo 23, em seu inciso II, prevê a iniciativa de cuidados para com a saúde e assistência pública, sendo portanto, dever da União, Estados, Distrito Federal e Municípios zelarem pela saúde da população. No inciso IX do referido artigo prescreve-se a promoção de programas de saneamento básico, fator intimamente ligado à saúde, como já referido. Tessler aduz que o inciso X também significa proteção do vetor saúde, pois somente com condições básicas de garantia de saúde pode-se tentar combater a pobreza.³⁰

Ainda, quanto à competência concorrente, o inciso VI do artigo 24 da Constituição³¹ outorga aos entes federados a prerrogativa de poderem legislar sobre controle de poluição ambiental, o que, em última ratio, tem significativa relação com o direito à saúde.

O conceito de saúde, como bem observa Dallari, é vagamente definido na Constituição Federal.³² É nas constituições estaduais, adverte a referida autora, que se encontrarão limites mais bem definidos e precisos sobre o instituto, ainda que cada uma delas tenha copiado formalmente alguns dispositivos da Carta Magna.

Assim, por exemplo, quanto aos princípios fundamentais relacionados ao conceito de direito à saúde, a Constituição do Estado de Santa Catarina (art.153, inc. II), dispôs sobre a necessidade de “informação sobre o risco de doença ou morte, a Constituição Estadual do Espírito Santo traçou a prerrogativa da “opção quanto o tamanho da prole” (inciso III do artigo 160), a Constituição do Estado de São Paulo previu a “obtenção de informações e esclarecimentos... (sobre) ... as atividades desenvolvidas pelo sistema (sanitário)” (alínea 3, do §único do artigo 219), a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, no §2º do seu artigo 263, estabeleceu a associação do “indivíduo, a família e as instituições e empresas que produzam riscos ou danos à saúde do indivíduo ou da coletividade” ao dever do estado e do município de garantir o direito à saúde, a Constituição do Estado do Amazonas, em seu artigo 182, declarou a saúde como direito de todos, caracterizando-a como “resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, saneamento básico, trabalho, transporte, lazer, acesso e posse da terra e acesso aos serviços e informações de interesse para a saúde”.³³

Uma boa análise jurídica reflete, mesmo que indiretamente, melhora na qualidade dos serviços, e, assim, traz benefícios à população, reforçando a universalidade e a amplitude social do tema. A questão da municipalização da saúde, por exemplo, requer maior conhecimento das autoridades municipais acerca do tema:

²⁸ Assim Tessler, op. cit., p.81.

²⁹ Assim Tessler, op. cit, p.81.

³⁰ Op. cit., p.82.

³¹ Referido por Tessler, op. cit., p.82.

³² DALLARI, Sueli Gandolfi. “*Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde*”. São Paulo: Hucitec, 1995. p.47.

³³ Vide Dallari, op. Cit, p.49 a 51 e seguintes.

competência, tipos de serviços prestados, princípios que informam, etc. Ressalta-se que, em relação à municipalização da saúde, nem todos os Municípios encontram-se no mesmo nível de desenvolvimento, de sorte que são comuns as dúvidas das autoridades municipais em torno do problema, principalmente em razão da falta de uma coletânea contendo legislação mínima sobre o tema do direito à saúde.

Direito à saúde e Código de Defesa do Consumidor

A vulnerabilidade do consumidor, traduzida pela exposição deste indivíduo social a iniquidades praticadas no mercado de consumo, nos abusos evidenciados por práticas abusivas, cláusulas abusivas, disparidades entre oferta de produtos e serviços prestados, além de uma série de artifícios utilizados para obtenção de lucro ilegal e excessivo sobre o elo mais fraco da cadeia de consumo, ensejou a criação de diplomas legais orientados a sua proteção.

Esta fragilidade pode ser vista, ao menos, sob três enfoques, todos eles direcionados à manutenção da igualdade entre consumidor e fornecedor nas relações de consumo. Num primeiro momento, a vulnerabilidade do consumidor deve ser observada a partir da publicidade. Modernas técnicas de marketing, aliadas a uma maciça publicidade e mecanismos de convencimento e de manipulação psíquica utilizados pelos agentes econômicos, criam necessidades antes inexistentes, bem como representações ideais de situações de vida que induzem o consumidor a aceitá-las. O indivíduo tem sua manifestação de vontade fragilizada, já não mais determinando suas prioridades e necessidades e isso ocorre normalmente de forma por ele despercebida.³⁴ Num segundo momento, a vulnerabilidade do consumidor possui natureza técnico-profissional. Somente os fornecedores possuem o conhecimento técnico e profissional específico de sua atividade, ao contrário do consumidor, que normalmente vê-se privado desse conhecimento.³⁵ O terceiro enfoque que justifica a proteção do consumidor na busca pela sua igualdade frente ao fornecedor é sua vulnerabilidade jurídica. Somam-se às técnicas de contratação de massa, representadas pelos contratos de adesão, pelas condições gerais dos negócios e pelos demais instrumentos contratuais utilizados normalmente pelos fornecedores, empresas com setores jurídicos próprios, preparados para conflitos judiciais e extrajudiciais. Os contratos de adesão e similares notabilizam-se por serem técnicos, complexos, às vezes, pouco esclarecedores e transparentes, elaborados algumas vezes com o intuito de dificultar a manifestação de vontade livre e consciente do consumidor. Em verdade, o consumidor é um litigante eventual, ao passo que o fornecedor, principalmente se representado por empresa de certa magnitude, é um litigante habitual, acostumado a disputas judiciais com outros consumidores.³⁶ Secundariamente a estes três enfoques que indicam a superioridade do fornecedor perante o consumidor, pode-se acrescentar também a vulnerabilidade política ou legislativa³⁷, a biológica ou psíquica³⁸, a ambiental³⁹, e a econômica e social.⁴⁰ Todo

³⁴ Assim BONATO e MORAES, op. cit., p.43.

³⁵ BONATO e MORAES argumentam: “*De fato, cada área do conhecimento já possui naturalmente suas peculiaridades, somente sendo oportunizado ao estudioso específico de determinada matéria o domínio integral das causas, conceitos e conseqüências dos fenômenos passíveis de ocorrência nesta mesma área. Transferindo tal singela constatação para o mundo moderno, no qual o número de inventos, descobertas, pesquisas e novas necessidades surgem com rapidez espantosa, temos a noção exata da vultuosidade dos avanços experimentados pela cultura humana*” (op. cit., p.44).

³⁶ Assim BARBOSA MOREIRA, op. cit., p.192.

³⁷ A vulnerabilidade política ou legislativa decorre da inexistência de associações ou órgãos de defesa do consumidor capazes de influenciar, de forma decisiva, na edição de instrumentos protetivos da classe,

esse aparato jurídico do fornecedor dispensa comparações entre a sua posição fática e a do consumidor⁴¹, reconhecidamente mais frágil.

Contudo, o tema do direito à saúde pode encontrar solução jurídica diversa, dependendo do agente passivo contra o qual é dirigida a pretensão do indivíduo, o qual poderá ser considerado consumidor enquanto aquele, fornecedor, ensejando a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, dependendo da relação jurídica desenvolvida.

Código de Defesa do Consumidor e Saúde Privada

Não pesam dúvidas que a saúde, analisada sob o enfoque de relação entre privados, onde o consumidor opta por adquirir outros meios para tratá-la, sem precisar depender do setor público, é uma típica relação de consumo, na qual incidirão normalmente as disposições legais do Código de Defesa do Consumidor.

A partir da entrada em vigor do diploma consumerista a contar de março de 1991, a situação tornou-se clara, sendo a partir de então amplamente utilizado este texto legal por juízes e tribunais.

Os casos mais comuns enfrentados com o auxílio do Código são aqueles envolvendo erros médicos, infecções hospitalares e problemas diversos com planos e seguros de saúde, que, neste caso, além do CDC, sofrem principalmente a incidência das normas da Lei nº9.656/98.

Em se tratando de relação de fornecedor de serviços pessoa jurídica, sobrevém no caso, a responsabilidade civil objetiva, o que afasta por si a necessidade de prova de culpa ou dolo do agente causador do dano, bastando a demonstração do prejuízo ocorrido, assim como o nexo causal, bem evidenciado na hipótese. O artigo caput do 14 do Código de Defesa do Consumidor é claro ao traçar a responsabilidade objetiva do fornecedor por danos ocasionados nos consumidores: “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

bem como na contenção da criação de mecanismos jurídicos prejudiciais às relações de consumo. Assim DAL PAI MORAES, na excelente obra sobre o tema “*Código de Defesa do Consumidor – O princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*” (Porto Alegre, Síntese, 1999, p.133).

³⁸ Relacionada às técnicas agressivas de *marketing*, esta vulnerabilidade significa a agressão visual, do paladar, auditiva, química, tátil e outra a que o ser humano é constantemente exposto, causando verdadeira revolução no seu interior fisiológico e psíquico, que, muitas vezes, leva a tomada incorreta de decisões, buscando elementos sem relação com aquilo que realmente precisa. Assim DAL PAI MORAES, “*Código de...*”, op. cit. p.145.

³⁹ O resultado das agressões ambientais, decorrente da produção, do transporte de bens, da utilização de produtos lesivos ao meio ambiente e da comercialização de produtos nocivos à saúde, sem o controle necessário, atingem diretamente o homem, que é naturalmente o consumidor, colocando-o em posição fragilizada na sociedade de consumo. Assim DAL PAI MORAES, “*Código de...*”, op. cit. p.163.

⁴⁰ Conforme preconiza DAL PAI MORAES, esta vulnerabilidade “*decorre diretamente da disparidade de forças existentes entre os consumidores e os agentes econômicos, relevado que eles possuem maiores condições de impor a sua vontade àqueles, por intermédio da utilização dos mecanismos técnicos mais avançados que o poderio monetário pode conseguir*”. O autor enfatiza que esta forma de vulnerabilidade ficou mais evidente com a economia liberal do século XIX, quando a livre concorrência para o estabelecimento dos oligopólios e monopólios, que extremamente fortalecidos, gerou imensa fragilidade do consumidor na relação de consumo (“*Código de ...*”, op. cit., p.155)..

⁴¹ Assim BONATO e MORAES, op. cit., p.44 e 45.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem cristalizado a responsabilização de hospitais e clínicas por falhas e danos cometidos por médicos e funcionários, bem como quanto à responsabilidade objetiva incidente na hipótese:

“Responsabilidade civil. Hospital. Responsabilidade objetiva por defeito do serviço. Quantificação do dano moral. a responsabilidade do nosocômio e objetiva, frente ao CDC, art-14, pelo defeito do serviço, bastando a demonstração da existência da falha e do nexo de causalidade entre o fato e esse defeito. Critérios de quantificação de indenização que devem atender a determinados balizamentos, como os do padrão social e cultural do ofendido, extensão da lesão do seu direito, grau de intensidade do sofrimento enfrentado, condições pessoais do devedor, grau de suportabilidade do encargo pelo último, sem descuidar do caráter reparatório, sempre com a preponderância do bom senso e da razoabilidade e exequibilidade do encargo, além de adequar-se ao valor arbitrado em outras indenizações análogas, quando existirem, evitando-se decisões dispare e incompreensíveis pelas partes” (Apelação Cível nº 70000946574, Nona Câmara Cível, TJRS, relator: Des. Rejane Maria Dias de Castro Bins, julgado em 10/05/2000).

“Direito civil. Ação indenizatória. Hospital. Falecimento de paciente. Atendimento por plantonista. Empresa preponente como ré. culpa dos prepostos. obrigação de indenizar. Danos morais. Quantificação. controle pela instância especial. possibilidade. Valor. Caso concreto. Inocorrência de abuso ou exagero. Recurso desacolhido. I - Nos termos do enunciado nº 341 da súmula/STF, "é presumida a culpa do patrão ou do comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto". II - Comprovada a culpa dos prepostos da ré, presente a obrigação desta de indenizar. III - O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, recomendando-se que, na fixação da indenização a esse título, o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico da parte autora e, ainda, ao porte econômico da ré, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. IV - No caso, diante de suas circunstâncias, o valor fixado a título de danos morais mostrou-se razoável (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº25981/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, publicado no Diário da Justiça de 27.11.2000).

“Ação reparatória. Contrato de seguro saúde individual. Negativa de autorização da seguradora para internação e cirurgia em hospital credenciado. Recusa em liberar senha ao segurado. Descumprimento de contrato que enseja reparação por danos morais já que não restaram provados os danos materiais. O estado clínico do segurado, com fortíssimas dores que o afligiam, o levaram a experimentar um dano moral pela quebra da sua paz interior a ensejar uma compensação pecuniária arbitrada dentro do critério da razoabilidade” (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível nº2000.001.10479, 18ª Câmara Cível, Rel. Des. Jorge Luiz Habib, julgado em 17.10.2000) (grifei).

“Contratada a realização de cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado, sendo obrigado a indenizar pelo não cumprimento da mesma obrigação, tanto pelo dano material quanto moral, decorrente de deformidade estática, salvo prova de força maior ou caso fortuito” (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial, 3ª Turma, Rel. Min. Dias Trindade, julgado em 21.06.91, publicado na RSTJ 33/555) (grifei).

“O profissional que se propõe a realizar cirurgia, visando melhorar a aparência física do paciente, assume o compromisso de que, no mínimo, não lhe resultarão danos estéticos, cabendo ao cirurgião a avaliação dos riscos. Responderá por tais danos, salvo culpa do paciente ou a intervenção de fator imprevisível, o que lhe cabe provar” (Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental, 3ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, julgado em 28.11.94, publicada na RT 18/270) (grifei).

“Erro médico. Responsabilidade civil. Responde o médico pela deficiência com que resultou o paciente, ao evidenciar-se que não obrou com o cuidado que deveria, ao deixar de administrar medicamento cuja indicação não poderia desconhecer como indispensável. Embargos rejeitados” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul Embargos Infringentes nº598438307, 4º Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Desa. Maria Berenice Dias, julgado em 13.08.99).

Quanto à possibilidade de inversão do ônus da prova, ainda que caso de culpa do profissional liberal, perfeitamente cabível a sua exigência, como demonstram os julgados a seguir:

“Erro médico. Reparação. Prestadora de Serviço de plano de saúde. Responsabilidade. Inversão no

ônus da prova. Derivando a Pretensão indenizatória de erro médico, revela-se ausente a legitimidade passiva ad causam da seguradora, se, nos termos do contrato poderia a seguradora optar pelo atendimento por profissional de sua livre escolha, desimportando o fato de ter a opção recaído em médico por aquela credenciado. Impondo-se ao lesado a prova da culpa atribuída ao profissional liberal, alegadamente caracterizadora de erro médico (CDC, art. 14, par-4), em atendimento realizado nas dependências de clínica de pronto socorro, o litisconsórcio passivo formado esta a afastar a responsabilidade objetiva desta, mostrando-se defesa a exigência de que prove a inexistência de defeito no serviço prestado por terceiro. agravo improvido” (5fls) (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento nº 70001314640, Primeira Câmara Cível, Relator: Des. Honório Gonçalves da Silva Neto, julgado em 18/10/2000).

“Indenização - tratamento medico - relação de consumo - inversão do ônus da prova - não cabe ao paciente demonstrar ausência de qualidade do atendimento. ao hospital e ao medico cabe a demonstração de que os procedimentos adotados foram corretos, e que o resultado, mesmo assim, não pode ser evitado” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 595157199, Sexta Câmara Cível, Relator: Des. Ivan Leomar Bruxel, julgado em 24/09/1996).

“Civil e processual - cirurgia estética ou plástica - obrigação de resultado (responsabilidade contratual ou objetiva) - indenização - inversão do ônus da prova. I - Contratada a realização da cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado (Responsabilidade contratual ou objetiva), devendo indenizar pelo não cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou de alguma irregularidade. II - Cabível a inversão do ônus da prova. III - Recurso conhecido e provido” (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº81101/PR, 3ª Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, julgado em 13.04.99, publicado na Revista do Superior Tribunal de Justiça, vol.119, p.00290).

Mister frisar que o preceito supra mencionado, acerca da inversão do ônus da prova em caso de culpa de profissionais liberais, não faz distinção quanto à responsabilidade em discussão, isto é, se ela é objetiva (artigo 14, caput, do CDC), dispensando a prova de culpa, ou se ela é subjetiva (artigo 14, §4º, do CDC). E onde o legislador não faz distinção, não cabe ao intérprete fazê-lo.

Além dos casos envolvendo responsabilidade civil por danos decorrentes da prestação de serviços médicos, imprescindíveis foram os avanços obtidos na

jurisprudência, em especial a do Superior Tribunal de Justiça, através da análise dos casos envolvendo consumidores e planos de saúde, especialmente quanto à fixação da aplicação de preceitos oriundos do Código de Defesa do Consumidor às relações desenvolvidas entre estes agentes econômicos, como podemos ver a seguir:

“Seguro-saúde. doença preexistente. aids. omissa a seguradora tocante à sua obrigação de efetuar o prévio exame de admissão do segurado, cabe-lhe responder pela integralidade das despesas médico-hospitalares havidas com a internação do paciente, sendo inoperante a cláusula restritiva inserta no contrato de seguro-saúde. recurso conhecido em parte e parcialmente provido” (Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº34219/SP (1999/0092625-0), Rel.Min.Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgado em 15/05/2001)

“Seguro saúde. Exclusão de proteção. falta de prévio exame. A empresa que explora plano de seguro-saúde e recebe contribuições de associado sem submetê-lo a exame, não pode escusar-se ao pagamento da sua contraprestação, alegando omissão nas informações do segurado - O fato de ter sido aprovada a cláusula abusiva pelo órgão estatal instituído para fiscalizar a atividade da seguradora não impede a apreciação judicial de sua invalidade. Recurso não conhecido (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº229078/sp (1999/0080174-1), Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em 09/11/1999).

“Ação civil pública. Entidades de saúde. aumento das prestações. legitimidade ativa. 1. o instituto brasileiro de defesa do consumidor – IDEC tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa dos consumidores de planos de saúde. 2. antes mesmo do Código de Defesa do Consumidor, o país sempre buscou instrumentos de defesa coletiva dos direitos, ganhando força seja com a Lei nº 7.347/87 seja alcançando dimensão especial com a disciplina constitucional de 1988. Sedimentados os conceitos centrais, não há razão que afaste o presente feito do caminho da ação civil pública. O instituto autor é entidade regularmente constituída e tem legitimidade ativa para ajuizar a ação civil pública de responsabilidade por danos patrimoniais causados ao consumidor. 3. Recurso especial conhecido e provido. (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 72994/SP (1995/0043215-3), Rel. Min. Nilson Alves, julgado em 19/04/2001).

“Doença preexistente. AIDS. Omissa a seguradora tocante à sua obrigação de efetuar o prévio

exame de admissão do segurado, cabe-lhe responder pela integralidade das despesas médico-hospitalares havidas com a internação do paciente, sendo inoperante a cláusula restritiva inserta no contrato de seguro-saúde. Recurso conhecido em parte e parcialmente provido. (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº23421/SP (1999/0092625-0), Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 15/05/2001)

“Civil. 'Seguro de assistência médico-hospitalar – plano de assistência integral (cobertura total)', assim nominado no contrato. As expressões 'assistência integral' e 'cobertura total' são expressões que têm significado unívoco na compreensão comum, e não podem ser referidas num contrato de seguro, esvaziadas do seu conteúdo próprio, sem que isso afronte o princípio da boa-fé nos negócios. Recurso especial não conhecido (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº264562/ES (2000/0062736-4), Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 12/06/2001).

“Direito civil. Contrato de seguro-saúde. Transplante. Cobertura do tratamento. Cláusula dúbia e mal redigida. Interpretação favorável ao consumidor. art. 54, § 4º, CDC. Recurso especial. Súmula/STJ, enunciado 5. precedentes. recurso não-conhecido. I – Cuidando-se de interpretação de contrato de assistência médico-hospitalar, sobre a cobertura ou não de determinado tratamento, tem-se o reexame de cláusula contratual como procedimento defeso no âmbito desta Corte, a teor de seu verbete sumular nº cinco. II - Acolhida a premissa de que a cláusula excludente seria dúbia e de duvidosa clareza, sua interpretação deve favorecer o segurado, nos termos do art. 54, § 4º do Código de Defesa do Consumidor. Com efeito, nos contratos de adesão, as cláusulas limitativas ao direito do consumidor contratante deverão ser redigidas com clareza e destaque, para que não fujam de sua percepção leiga” (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 311509/SP (2001/0031812-6), Rel. Min Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em 03/05/2001).

“Seguro saúde. Cobertura. Cirrose provocada por vírus "C". Exclusão. Precedentes. 1. Adquirida a doença muito tempo após a assinatura do contrato, desconhecida do autor, que, em outras oportunidades, obteve tratamento com reembolso, diante de situação semelhante, não há fundamento para a recusa da cobertura, ainda mais sendo de possível contaminação em decorrência de tratamento hospitalar, ocorrendo a internação diante de manifestação aguda, inesperada. 2.

Recurso especial conhecido e provido” (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº255065/RS (2000/0036418-5), Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 05/04/20001).

“Plano de Saúde. Centro Trasmontano. Internação. Hospital não conveniado. - O reembolso das despesas efetuadas pela internação em hospital não conveniado, pelo valor equivalente ao que seria cobrado por outro da rede, pode ser admitido em casos especiais (inexistência de estabelecimento credenciado no local, recusa do hospital conveniado de receber o paciente, urgência da internação etc.), os quais não foram reconhecidos nas instâncias ordinárias. - A operadora de serviços de assistência à saúde que presta serviços remunerados à população tem sua atividade regida pelo Código de Defesa do Consumidor, pouco importando o nome ou a natureza jurídica que adota. Recurso não conhecido (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial, nº 267530/SP (2000/0071810-6), Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em 14/12/2000).

“Civil. Responsabilidade Civil. Prestação de Serviços Médicos. Quem se compromete a prestar assistência médica por meio de profissionais que indica, é responsável pelos serviços que estes prestam. Recurso especial não conhecido. (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº138059/MG (1997/0044326-4), Rel. Ari Pargendler, Julgado em 13/03/2001).

“Plano de Saúde. Limitação de dias de internação. Inadmissibilidade. O fato de se tratar de uma associação não modifica a conclusão de abusividade. Recurso não conhecido” (Superior Tribunal De Justiça, Recurso Especial nº254467/SP (2000/0033594-0), Rel. Min.Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgado em 19/10/2000).

“Plano de Saúde. Internação. UTI. É abusiva a cláusula que limita o tempo de internação em UTI. Recurso conhecido e provido. (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial Nº 249423/SP (2000/0017789-0), Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgado em 19/10/2000).

“Direito Econômico. Conversão, para URV, de mensalidades de plano de Saúde. As distorções apuradas quanto a aumentos abusivos de preços deviam, sim, ser coibidas pelo Ministério da Fazenda nos termos do artigo 36, § 1º, da Lei nº 8.880, de 1994; sem prejuízo,

todavia, da atividade do Judiciário, mediante provocação dos interessados, que é eliminável sempre que se tratar de aplicação da lei. Recurso especial não conhecido” (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial N°123066/SP (1997/0017287-2), Rel. Min. Ari Pargendler, Julgado em 15/09/2000).

“Plano de Saúde. Cláusula limitativa de cobertura. Nulidade declarada pelas instâncias ordinárias. Omissão. Inexistência. - Tendo o v. acórdão declarado leonina a cláusula que limita a internação do paciente, implicitamente afastou a incidência no caso dos arts. 1.432,1.434,1.436 e 1.460 do Código Civil. Recurso especial não conhecido. “Internação hospitalar - plano de saúde - contrato de adesão - permanência do beneficiário por período superior ao permitido - alegação com base em cláusula dúbia - interpretação que deve ser feita contra a parte que a ditou e a favor da que simplesmente aderiu - recurso provido. As cláusulas contratuais, mormente as leoninas e as de interpretação dúbia, devem ser aplicadas em detrimento da parte mais forte” (TJSP - 9ª Câm. Civil; Ap. Cível nº 237.178-2-SP; Rel. Des. Accioli Freire; j.12.05.1994; v.u.). JTJ 161-113. Neste sentido, veja-se exemplar decisão do Min. Carlos Alberto Menezes Direito, in Resp. 158.728-RJ, 16.03.1999, cuja ementa ensina: " Plano de saúde. Limite temporal da internação. Cláusula abusiva. 2. O consumidor não é senhor do prazo de sua recuperação, que, como é curial, depende de muitos fatores, que nem mesmo os médicos são capazes de controlar. Se a enfermidade está coberta pelo seguro, não é possível, sob pena de grave abuso, impor ao segurado que se retire da unidade de tratamento intensivo, com o risco severo de morte, porque está fora do limite temporal estabelecido em uma determinada cláusula. Não pode a estipulação contratual ofender o princípio da razoabilidade, e se o faz, comete abusividade vedada pelo art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Anote-se que a regra protetiva, expressamente, refere-se a uma desvantagem exagerada do consumidor e, ainda, a obrigações incompatíveis com a boa-fé e a equidade" (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº237441/SP).

Código de Defesa do Consumidor e Saúde Pública

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor, como comentado, enseja o desenvolvimento de uma relação de consumo, cujos partícipes devem assumir características próprias, diferentes das de outras relações jurídico-sociais. Assim, além

da qualificação específica de consumidor e fornecedor, a relação de consumo requer a liberdade de escolha e a consensualidade na contratação.

Mister, portanto, a distinção entre serviços públicos próprios e impróprios. Serviço público próprio, ou *uti universi*, prestados pelo Estado como agente político, são aqueles prestados pelo poder público a toda coletividade, sem possibilidade de distinção dos destinatários, executados diretamente pela Administração Pública, envolvendo, em alguns momentos, atos de império e medidas compulsórias, não podendo ser delegados. Destacam-se o serviço de segurança pública e, o que nos interessa essencialmente, os serviços de saúde pública, os quais são remuneráveis por tributos, não sendo mensuráveis quanto à sua utilização.

Conforme salientam BONATO e DAL PAI MORAES⁴², no mesmo sentido de MARQUES⁴³, os serviços públicos *uti universi*, que, por sua natureza, não são fornecidos em razão de um vínculo contratual, mas por dever cívico, não sofrem a incidência do Código de Defesa do Consumidor. Cabe destacar também que o Estado, nestes casos, não atua com a profissionalidade exigida de um fornecedor, descrita no artigo 3º do CDC, mas sim com o seu *jus imperii*, pois está buscando a satisfação do bem comum e não a de necessidades de lucro, vantagem econômica, inerente ao desenvolvimento empresarial.⁴⁴

O usuário do serviço público próprio não será, portanto, denominado consumidor, mas sim contribuinte⁴⁵, o que afasta as regras do Código consumerista, cedendo espaço para preceitos e normas de direito público apenas.

Por sua vez, os serviços públicos impróprios, denominados também de *uti singuli*, são aqueles que não possuem a mesma essencialidade dos serviços *uti universi*, podendo serem prestados pelo Estado ou por delegação, visando a critérios de conveniência dos cidadãos, sendo remunerados através de tarifa (preço público) ou taxa. Dentro desta classe, somente sofreram a incidência das regras protetivas do consumidor os casos de serviços remunerados por tarifas (preços públicos), como é o caso do serviço de telefonia, no qual, a falta de pagamento pelo indivíduo importa na sustação do fornecimento, o que não se verifica com os serviços remunerados por taxas, cuja prestação não pode ser interrompida face à sua essencialidade, mesmo o usuário não queira mais recebê-lo, situação que contraria o espírito norteador do CDC.

Ainda, tratando-se de serviços *uti singuli*, no caso das concessionárias e permissionárias de serviço público, tendo-se em vista o disposto no artigos 7º e 9º da Lei nº 8.987/95 (Lei de Concessão e Permissão da Prestação de Serviços Públicos), que garantem a liberdade de escolha ao usuário a possibilidade de cobrança unicamente através de tarifa, neste caso abre um campo para incidência do CDC.⁴⁶

Assim como os serviços públicos próprios, alguns dos serviços públicos *uti singuli* que são remunerados por taxas envolvem utilização compulsória, situação que ocorre muitas vezes com os serviços de esgoto colocados à disposição pelo poder

⁴² Op. Cit., p.101.

⁴³ “Contratos...”, op. cit., p.211.

⁴⁴ BONATTO e DAL PAI MORAES, op. cit., p.111.

⁴⁵ No conceito de contribuinte, afirmam BONATTO e DAL PAI MORAES, está inserido “...um conteúdo de coletividade, de busca do bem comum, de integração a uma estrutura organizacional geral, ao passo que a noção de consumidor, como participante do ato de consumir produto ou serviço, emerge com prevalência a idéia de satisfação individualizada de uma necessidade objetiva ou subjetiva de pessoa, seja física ou jurídica” (op. cit., p.109.).

⁴⁶ Assim BONATTO e DAL PAI MORAES. Como bem observam os autores, os serviços públicos concedidos, permitidos ou licenciados não autorizam seus executores a cobrarem impostos ou taxas (op. cit., p.110).

público.⁴⁷ A imposição do uso do serviço, com a conseqüente cobrança afasta por si a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, pois, não retira apenas a liberdade de escolha do indivíduo, elemento essencial para a constituição das relações privadas, mas também porque tal conduta seria vedada pelo ordenamento consumerista, como prevêm, por exemplo os incisos I e IV do artigo 39 do CDC, ao considerarem como prática abusiva a imposição de aquisição de produtos ou serviços.

Pelo que foi exposto, isentos, portanto, da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, os serviços de saúde pública. Casos de responsabilidade civil, por falhas e danos decorrentes da execução do serviço, devem ser tratados à luz do artigo 37, par. 6º, da Constituição Federal, e não aplicáveis os preceitos legais do CDC. Faz-se uma ressalva exclusivamente ao artigo 22 caput e par. único, que impõem a continuidade do serviço público tido como essencial. Corrobora nossa posição, o julgado abaixo, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

“Hospitalares pagas a hospital conveniado – internamento em ‘condições especiais’, com afronta às normas da resolução nº 283/91/inamps. 1 – As instituições privadas que participam do sistema público de saúde, mediante contratos de direito público ou convênio, são prestadoras de serviços públicos e por sua atuação responde o Estado, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição de 1988, e 22 e parágrafo único da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor). 2 – Os contratos e convênios pelos quais tais instituições se vinculam ao sistema público de saúde são de natureza administrativa, sujeitos, portanto, à modificação de suas regras, quando assim o exigir o interesse público. Vigente a Resolução nº 283/91 do INAMPS, que vedou a cobrança aos pacientes de quaisquer complementos pelos serviços médicos e hospitalares, era vedado ao hospital induzir o paciente a firmar “termo de opção” por acomodações especiais”. 3 - Apelo provido (Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Apelação Cível nº254113/RS, 4ª Turma, Rel. Juiz Ramos de Oliveira, julgado em 05.12.2000).

Atuação do Ministério Público sobre os serviços de saúde privada e saúde pública

O Ministério Público no Brasil, “...órgão essencial à função jurisdicional do Estado, incumbido-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”,⁴⁸ exerce fundamental atuação de fiscalização e controle dos serviços de saúde, sejam eles públicos ou privados, auxiliando órgãos do Poder Público, como as Secretarias Estaduais, Municipais e Ministério da Saúde, além da Agência Nacional de Saúde Suplementar, seja no âmbito administrativo, ou em juízo.

No âmbito dos contratos envolvendo consumidores de planos privados de saúde, por exemplo, apesar dos vetos ao §3º, do artigo 51 e ao §5º do artigo 54, do

⁴⁷ Assim BONATTO e DAL PAI MORAES, op. cit., p.108.

⁴⁸ Artigo 127, *caput*, da Constituição Federal. Uma análise mais detalhada sobre a estrutura e a organização do Ministério Público no Brasil é encontrada na Lei nº 8.625/93.

CDC, não teve o Ministério Público inviabilizada a sua atuação em termos de controle abstrato de cláusulas abusivas. O que se perdeu com o veto ao par.3º do artigo 51 foi a decisão de caráter geral a ser emitida pelo Ministério Público quando do controle administrativo preventivo e abstrato das cláusulas contratuais gerais. Por sua vez, o veto ao par.5º do artigo 54 descartou a remessa obrigatória pelo fornecedor ao Ministério Público de cópia de formulário-padrão a fim de realização de controle preventivo das cláusulas gerais em contratos de adesão.

Pode-se argumentar que o veto ao §3º, do artigo 51, do CDC não teve efeito prático, pois continuam em vigor as disposições sobre o inquérito civil, instrumento cuja promoção é função institucional e exclusiva do Ministério Público, por força do artigo 129, inciso III da Constituição Federal brasileira e do artigo 8º, §1º, da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública),⁴⁹ e a prerrogativa da decisão geral subtraída com o veto, ficará a cargo do Poder Judiciário, por força do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. O procedimento do inquérito civil, que serve de preparação para eventual ação civil pública, servindo para a coleta de elementos probatórios que justifiquem o ingresso da demanda, está regulado no artigo da Lei 7.347/85 supra mencionado e tem aplicação garantida nas relações de consumo, tendo-se em vista o mandamento do artigo 90, do CDC.⁵⁰ Através do procedimento do inquérito civil pode-se dar ciência ao contratante-fornecedor, por meio de notificação, de que o contrato dele com o consumidor contém alguma cláusula abusiva. Caso esse fornecedor insista no uso dessa cláusula demonstrará, explicitamente, sua má-fé, sujeitando-se a sanções não só administrativas, mas também civis.⁵¹ O procedimento inquisitorial viabiliza o Ministério Público a “...arregimentar documentos, informações, ouvir os interessados, a fim de formar sua opinião sobre a existência ou não de cláusula abusiva em determinado contrato de consumo. É nessa oportunidade que os interessados podem chegar à composição extrajudicial, sempre no interesse social de preservar-se a ordem pública de proteção ao consumidor”.⁵² Permite o mesmo tanto um controle administrativo tanto abstrato quanto concreto de cláusulas abusivas.

Será considerado abstrato quando chegar ao conhecimento do Ministério Público a existência de cláusula potencialmente abusiva em formulário-padrão da administração pública ou de qualquer fornecedor particular, irrelevante tenha havido ou não contrato de adesão com base no referido formulário.

Embora não haja a obrigação da remessa de cópia de formulário-padrão de contrato de adesão ao Ministério Público por parte do fornecedor, tanto a Constituição Federal quanto a legislação ordinária garantem ao órgão ministerial a

⁴⁹ Assim NERY JÚNIOR, “Comentários...”, op. cit., p.455. No mesmo sentido, TOPAN: “...apesar do citado veto, entendemos que a legislação vigente possui conteúdo normativo de molde a conferir ao Ministério Público a atribuição do controle abstrato e preventivo das cláusulas contratuais, em caráter geral...”. TOPAN, Luiz Renato, “Do controle prévio e abstrato dos contratos de adesão pelo Ministério Público”, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº06, p.162, abril/junho de 1993.

⁵⁰ Segundo MAZZILLI, o inquérito civil, instrumento criado pela Lei da Ação Civil Pública (Lei nº7.347/85), é uma “...investigação administrativa a cargo do Ministério Público, destinada a colher elementos de convicção para eventual propositura de ação civil pública”. O autor acrescenta que o procedimento inquisitorial não comporta o contraditório, motivo pelo qual nele não são aplicadas sanções nem decididos interesses. Além disso, aponta que, por estar jungido somente à coleta de elementos embasadores de uma eventual ação, o inquérito civil deixa de ser pressuposto para que o Ministério Público compareça a juízo, sendo dispensável a partir do momento em que o Promotor de Justiça esteja de posse de elementos suficientes que dêem embasamento para a sua demanda. MAZZILLI, Hugo Nigro. “A defesa dos interesses difusos em juízo”. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998. p.125.

⁵¹ Assim TOPAN, op. cit., p.163.

⁵² NERY JÚNIOR, “Comentários...”, p.455.

prerrogativa de proceder a investigações envolvendo cláusulas abusivas em contratos com consumidores. Se ao termo do inquérito civil surgir a possibilidade de composição dos interessados, o Ministério Público homologará o acordo, podendo estabelecer cominação para o caso de descumprimento da avença, valendo o documento como título executivo extrajudicial (artigo 5º, §6º, da Lei da Ação Civil Pública, aplicável ao CDC por força de seu artigo 90).

Não havendo o acordo, somente restará o ajuizamento, pelo Ministério Público, de ação civil pública requerendo o controle judicial das cláusulas abusivas.⁵³ O que legitima a atuação do Ministério Público para o controle da inserção de cláusulas abusivas em contratos de consumo, incluindo-se os contratos padronizados afetos à área da saúde privada, é o fato de estar envolvido um interesse social, de toda a sociedade, não importando a classificação que se queira dar à natureza do direito atingido, isto é, seja ele difuso, coletivo ou individual homogêneo, conforme consta nos incisos I, II, e III do parágrafo único do artigo 81 do CDC.⁵⁴

⁵³ Assim NERY JÚNIOR, “Comentários...”, p.523. MAZZILLI adverte que, sob o enfoque doutrinário, a melhor técnica exige que se trate por *ação civil pública* aquela intentada pelo Ministério Público na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Caso essa mesma ação venha ser proposta por qualquer outro co-legitimado, o mais correto seria chamá-la de *ação coletiva* (op. cit., p.13).

⁵⁴ Assim acórdão do Superior Tribunal de Justiça que se posicionou pela legitimidade do Ministério Público em ação por ele proposta requerendo nulidade de cláusula contratual em vista do **interesse social** esculpido em consumidores adquirentes de casa própria: “*Processo Civil. Cumulação de demandas. Nulidade de cláusula de instrumento de compra-e-venda de imóveis. Juros, Indenização dos consumidores que já aderiram aos referidos contratos. Obrigação de não-fazer da construtora. Proibição de fazer constar nos contratos futuros. Direitos coletivos, individuais homogêneos e difusos. Ministério Público. Legitimidade. Doutrina. Jurisprudência. Recurso provido. I – O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação coletiva de proteção ao consumidor, em cumulação de demandas, visando: a) a nulidade de cláusula contratual (juros mensais); b) indenização pelos consumidores que já firmaram os contratos em que constava tal cláusula; c) a obrigação de não mais inseri-la nos contratos futuros, quando presente como de **interesse social** relevante a aquisição, por grupo de adquirentes, da casa própria que ostentam a condição das chamadas classes média e média baixa. II – Como já assinalado anteriormente (Resp. 34.155-MG), na sociedade contemporânea, marcadamente de massa, e sob os influxos de uma nova atmosfera cultural, o processo civil, vinculado estreitamente aos princípios constitucionais e dando-lhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na defesa da cidadania. III – Direitos (ou interesses) difusos e coletivos se caracterizam como direitos transindividuais, de natureza indivisível. Os primeiros dizem respeito a pessoas indeterminadas que se encontram ligadas por circunstâncias de fato; os segundos, a uma grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária através de uma única relação jurídica. IV – Direitos individuais homogêneos são aqueles que têm a mesma origem no tocante aos fatos geradores de tais direitos, origem idêntica essa que recomenda a defesa de todos a uma só tempo. V – Embargos acolhidos”. Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, Embargos de Divergência no Recurso Especial nº141491/SC, Relator Ministro Waldemar Zveiter, julgado em 17.11.1999, publicado no Diário da Justiça de 01.08.2000, p. 182. Contudo, a título de contextualização, parece-nos que o problema das cláusulas abusivas e a defesa coletiva do consumidor encaixa-se melhor na classificação de interesse individual homogêneo, caso verificada a ocorrência do dano para um grupo determinável de consumidores, conforme já reconheceu o Superior Tribunal de Justiça, através de sua Quarta Turma, no Recurso Especial nº168859/RJ (conhecido e provido), Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em 06.05.1999, publicado no Diário da Justiça de 23.08.1999. Segundo MAZZILLI, interesses individuais homogêneos pertencem a um grupo determinável de indivíduos, são divisíveis, e o que liga seus titulares é uma situação comum de fato. Como exemplo dessa categoria de interesses coletivos *lato sensu* o autor cita a compra de veículos com o mesmo defeito de série por determinado grupo de consumidores. A extensão do dano, no caso dos interesses individuais homogêneos, ao contrário do que ocorre com os difusos e coletivos *stricto sensu*, é divisível e individualmente variável (op. cit., p.06). Ao invés de visualizarmos veículos com defeito em série podemos imaginar um grupo determinados de consumidores que celebraram um contrato de adesão com determinado fornecedor, contendo cláusulas abusivas. Entretanto, como argumenta MORAES, caso a pretensão deduzida em*

O Ministério Público não está, no caso, legitimado para a defesa de interesses individuais não homogêneos, isto é, particularizado, divisível, pertencente a um único consumidor. Ainda, a defesa coletiva do consumidor pressupõe interesses transindividuais ou metaindividuais “...concernentes a um número expressivo de pessoas, importando salientar que uma quantificação mínima não deve ser efetuada, para sua constatação, mas sim a aferição de uma coletividade que envolva a comunidade, grupos, categorias ou indivíduos com comunhão de interesses e titularidade diversa de direitos subjetivos”.⁵⁵ Assim, não se poderá cogitar da defesa coletiva e da presença do Ministério Público em casos que o direito subjetivo de um indivíduo não seja compartilhável com outros da mesma categoria por razões particularizadas.⁵⁶ A legitimação para a defesa dos interesses cogitados no parágrafo

juízo, envolvendo controle de cláusulas abusivas de forma prévia e abstrata (contrato em tese), reclame a declaração de nulidade com a condenação à exclusão ou ajuste das disposições contratuais, isto é, com cominação de obrigação de fazer e não-fazer, estabelecendo-se a impossibilidade de reinserção das cláusulas abusivas em contrato futuro, sem cogitar da indenização por danos causados a eventuais lesados, o caso é de defesa de interesse difusos, pois beneficiará a todo o universo indeterminável de indivíduos consumidores, evitando inúmeras demandas individuais. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. “O Ministério Público e o controle prévio e abstrato dos contratos de massa”. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, edição especial, volume II, p.490 e 491, março de 1998. Sendo difuso o interesse protegido, a base legal para a legitimação do Ministério Público agir em sua defesa em juízo reside no artigo 129, inciso III, da Constituição Federal e no artigo 81, §único, inciso I do CDC. Se o caso for de interesse individual homogêneo, o fundamento legal encontra-se no artigo 129, incisos III e IX, da Constituição Federal e no artigo 81, §único, inciso III, do CDC. Em ambos os casos, aplicáveis os artigos 90 e 117, do CDC e 21 da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.344/85). Sobre a legitimação do Ministério Público para a proteção de interesses individuais homogêneos, GRINOVER aduz que apesar de alguma divergência, fundamentada na hipótese concreta de pequeno número de interessados, estritamente definido, a linha preponderante, que vem se estabelecendo inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal, tem afirmado a sua legitimação, considerando o interesse social envolvido e o aspecto do bem protegido (“*Comentários...*”, p.772 e 773). Há também a posição contrária à legitimação do Ministério Público calcada na tese de que a Constituição Federal, em seu artigo 129, inciso III, só contemplava os interesses difusos e coletivos. Nesse sentido: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 1ª Câmara, Apelação Cível nº59300266-0, Relator Desembargador Arakén de Assis, julgado em 16.03.93 (referido por GRINOVER, “*Comentários...*”, op. cit., p.773). Outra argumentação contrária à legitimação do Ministério Público é que os interesses individuais homogêneos envolveriam apenas direitos disponíveis. Primeiro, embora não expresso no artigo 129 da Constituição Federal a categoria de direitos individuais homogêneos, o mesmo artigo, em seu inciso IX, faz remissão a outros direitos coletivos *lato sensu* que sejam previstos em lei, como o fez o CDC, em seu artigo 81, §único, inciso III. Em segundo lugar, destaca GRINOVER, não fosse a relevância social da defesa dos direitos individuais homogêneos, reconhecida inclusive internacionalmente, o legislador não teria editado o artigo 81 do CDC da forma como se encontra (idem, p.771 e 772). **A favor da legitimação do Ministério Público para a defesa de interesses individuais homogêneos:** Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, Recurso Extraordinário nº1663231-3/SP, relator Ministro Maurício Corrêa, julgado em 26.02.97; Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº177.965-PR, autorizando a interposição de ação coletiva pelo Ministério Público para proteção de interesses individuais homogêneos de consumidores em razão de reajuste abusivo de mensalidades em plano de saúde (*in* Revista do Superior Tribunal de Justiça, vol.123, ano 11, novembro de 1999, p.317).

⁵⁵ LISBOA, op. cit., p.59.

⁵⁶ Exemplo disso são os contratos pactuados unicamente ao abrigo do Código Civil ou do Código Comercial, diplomas característicos de proteção de direitos individuais, cujas relações ocorrem com base na igualdade dos contratantes. Pode ser até mesmo o caso de uma relação de consumo, pactuada através de negociações entre as partes, onde o lesado seja somente um único consumidor determinado, cuja situação se distinga das dos demais consumidores e não configure um direito indisponível. Nesse sentido, trecho da ementa de acórdão do Superior Tribunal de Justiça: “1. A *parla de particularizados interesses dos mutuários, vicejadas cláusulas diferenciadas de reajustes, conforme a sua renda familiar, não se revela a legitimidade ativa ad causam do Ministério Público estadual para promover ação civil pública, vindicando direitos não contemplados nas suas funções estabelecidas em lei.* 2. *Recurso improvido*” (Primeira Turma, Recurso Especial nº32182/RO, Relator Ministro Milton Luiz

único do artigo 81 do CDC é concorrente e disjuntiva, pois vários são os legitimados, sendo que a ação de um não exclui a de outros.⁵⁷

A defesa coletiva afigura hipótese de legitimação extraordinária, em que o legitimado ativo substitui processualmente o conjunto de lesados, daí podendo-se falar também em substituição processual, pois, conforme dispõe o artigo 91 do CDC, os legitimados do artigo 82, e o que nos interessa, o Ministério Público, poderá propor a ação coletiva em nome próprio e no interesse das vítimas, o que identifica o referido instituto processual.⁵⁸

A vantagem do uso da ação coletiva reside na decisão produzida, a qual pode vedar, por exemplo, a utilização de determinadas cláusulas consideradas abusivas em um contrato de massa com todos os consumidores, situação que não ocorre em termos de tutela individual, que só beneficia o autor da demanda.

São encontráveis vários julgados respaldando a legitimidade do Ministério Público para a defesa da sociedade frente a abusos e ilegalidades cometidas nos serviços de saúde. Citam-se alguns exemplos bastante elucidativos analisados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande, representando a linha seguida por outras cortes no Brasil:

*“Ação civil pública. Legitimidade do **Ministério Público**. Relação de consumo. O **Ministério Público** tem legitimidade para propor ação visando a proteção do consumidor. Aplicação das disposições do Código de Defesa do Consumidor. Previdência Privada. Plano de Saúde. Convênios de assistência médico-hospitalar. Limitação de internação. Inadmissibilidade. A cláusula contratual que fixa limites de prazo para internação do paciente e leonina, devendo ser considerada como não escrita. A enfermidade que requer longa internação do beneficiário e risco do negócio. Inteligência dos arts. 6º, v, 39, v, 47 e 51, IV, § 1º, I e III da lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor. Rejeitada a preliminar. Apelo desprovido”* (Apelação Cível nº 70000837559, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. João Pedro Pires Freire, julgado em 25/04/01) (grifei).

*“Ação Civil Pública. Apelação. Tramandaí. Perturbação do sossego **público**. A poluição sonora causada por estabelecimentos comerciais (bares), gera prejuízo aos moradores das proximidades, devendo a municipalidade fiscalizar. Obrigação imposta ao município. Omissão conivente da administração. Direito do povo ao lazer e ao descanso. legitimidade ativa do **Ministério Público** para propor ação civil pública, pois o*

Pereira, julgado em 09.11.1994, publicado no Diário da Justiça de 05.12.1994, p.33525, recurso improvido por unanimidade).

⁵⁷ Assim MAZZILLI, “A defesa...”, op. cit., p.209.

⁵⁸ Assim MAZZILLI, “A defesa...”, op. cit., p.08 e 09 e BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. “A defesa do consumidor em juízo”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº05, p. 195, janeiro/março de 1993.

*direito ao descanso, perturbado pelo desconforto pelo som excessivo pode ser enquadrado na categoria dos direitos difusos, porque transindividuais e de natureza indivisível. Incidência da lei federal n. 6938/81 (política nacional do meio ambiente), do decreto n. 23.430/74 (Código Estadual de **Saúde**), lei municipal n. 418/80 (Código de Obras) e lei municipal n. 421/80 (Código de Posturas). Intempestividade da Apelação interposta pelo Município. Não conhecido o recurso. Sentença confirmada em reexame” (Apelação Cível nº 599325214, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Vasco della Giustina, julgado em 25/08/99).*

*“Agravo de instrumento. Constitucional, administrativo e processual civil. **Saúde pública**. Fornecimento de medicamentos excepcionais (nimotop) portadores de hemoparesia direita, decorrente de acidente vascular cerebral isquêmico. Ação civil pública c/c tutela antecipada. Deferimento na origem. Não-provimento. É consabido que a **saúde pública** é obrigação do Estado em abstrato, desimportando qual a esfera de poder que, efetivamente, a cumpre, pois a sociedade que contribui e tudo paga, indistintamente, ao ente **público** que lhe exige tributos cada vez mais crescentes, em todas e quaisquer esferas de poder estatal, sem que a cada qual seja especificada a destinação desses recursos. Portanto, o alegado dano do agravante não tem comparação com o dano que pode representar a falta de atendimento ao pedido do medicamento nimotop, a agravada. Ação civil pública. Legitimação do **Ministério Público** para defesa de interesses individuais indisponíveis. O **Ministério Público** é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses individuais indisponíveis. Texto e inteligência do artigo 127 da carta magna, que não excepciona os não homogêneos, legitimando o **Ministério Público** para defesa dos interesses individuais indisponíveis, homogêneos ou não. Agravo não provido” (Agravo de Instrumento nº 598581817, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Wellington Pacheco Barros, julgado em 30/06/99).*

*“Ação civil pública. Poluição sonora noturna. Ensaios de escola de samba. Honorários profissionais. 1. tanto a CF (art.225, e par-3), quanto a CE (artigos 250-1), garantem a todos direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial a sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder **público** e a coletividade o dever de defendê-lo e*

*preservá-lo as presentes e futuras gerações, bem assim impondo aos poluidores sanções penais e administrativas e obrigação de reparar os danos. 2. dentre as formas de degradação ambiental, que prejudicam a **saúde**, a segurança e o bem-estar das pessoas, encontra-se a poluição sonora (lei federal 6938/81, art.3, II, III, letra "a", e IV), máxime quando ela ocorre a noite, impedindo ou perturbando o direito natural ao repouso e ao sossego, inerente a condição humana. Uma noite mal-dormida gera desconforto físico e psíquico, afetando o necessário equilíbrio emocional no relacionamento familiar e social, e o desempenho profissional. A sensibilidade auditiva jamais cessa, mesmo durante o sono. Por isso, o ruído multiplica enganos, diminui o rendimento do trabalho, oblitera as faculdades mentais, causa fadiga, distúrbios mentais e neurológicos. 3. a competência comum da União, Estados, DF e Municípios para legislar em respeito do combate a poluição em qualquer de suas formas (CF, art.23, VI), não permite que o Município legisle de modo a conflitar com normas estaduais ou federais (lei federal 6938/81, art.6, par-1 e par-2). 4. se há norma estadual estabelecendo, como padrão máximo tolerável de poluição sonora em 30 decibéis para o horário noturno, como tal considerado o que vai das 22hs de um dia ate as 05hs do seguinte, e em 60 decibéis para o horário diurno, não pode norma municipal regradar de modo diverso. 5. não são devidos honorários profissionais ao **Ministério Público** na ação civil publica. 6. provimento parcial” (Apelação Cível nº 597096817, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Irineu Mariani, julgado em 28/04/99).*

*“Mandado de segurança. Inquérito civil. Legitimidade de atuação do **Ministério Público** estadual. Prevenção de acidente do trabalho. Sendo a justiça estadual competente para processar e julgar ações de acidente do trabalho, verificado, o será para as ações que visarem a prevenir a sua ocorrência, em sede de futura ação civil pública, com o que se afirma a atribuição do **Ministério Público** estadual para o seu preparo, com instauração do inquérito civil para verificação da nocividade do ambiente e condições do trabalho, bem assim a sua legitimidade para a propositura da ação. Artigo 127 e 129, III da CF; 1, IV, e 5 da lei 7347/85; 129, caput e inc. III da lei 8213/91. Segurança denegada” (Mandado de Segurança nº 597017714, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Juracy Vilela de Souza, julgado em 02/04/97).*

Parte II - Análise da relação da legislação de Defesa do Consumidor e da legislação especial sobre planos privados de assistência à saúde (por Cláudia Lima Marques)

O campo de aplicação do CDC e a legislação especial sobre planos privados de assistência à saúde

Para bem analisar a relação entre o Código de Defesa do Consumidor-CDC e a legislação especial sobre planos privados de assistência à saúde, e identificar se existem conflito de normas, sugerindo formas de resolução dos mesmas, gostaria de destacar dois pontos: em primeiro, a origem constitucional do CDC, a superior hierarquia da proteção do consumidor como direito e mandamento constitucional (Art. 5,XXXII CF/88), e como limite constitucional à livre iniciativa dos operadores de planos privados de assistência à saúde (Art. 170, V CF/88). Sem querer entrar na discussão sobre o direito constitucional à saúde, há que se considerar hoje que estes "planos" operados por fornecedores, com intuito de lucro e com livre iniciativa permitida pela CF/88 (Art. 199 CF/88), são relações de consumo e os usuários são pessoas físicas, destinatários finais dos serviços, consumidores, pelo Art. 2º do CDC, de serviços remunerados prestados por fornecedores organizados em cadeia de fornecimento de serviços (Art. 3º e Art. 3º, §2º do CDC), são terceiros vítimas, terceiros expostos e representantes ou terceiros intervenientes, considerados todos consumidores equiparados (Art. 17, 29 e Art. 2º, parágrafo único do CDC). Em segundo lugar, pois, há que se destacar o fato de, no ordenamento jurídico brasileiro hoje, constituírem todos os contratos de Planos Privados de Assistência à Saúde, objeto da Lei 9.656/98 relações de consumo, reguladas também pelo Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90.

Mencione-se, porém, inicialmente com o Prof. e Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que “dúvida não pode haver quanto à aplicação do Código do Consumidor sobre os serviços prestados pelas empresas de medicina de grupo, de prestação especializada em seguro-saúde (sic). A forma jurídica que pode revestir esta categoria de serviço ao consumidor, portanto, não desqualifica a incidência do Código do Consumidor. O reconhecimento da aplicação do Código do Consumidor implica subordinar os contratos, aos direitos básicos do consumidor, previstos no art. 6º do Código...”.⁵⁹ Aplicado o CDC e a lei especial, apreenda-se a lição do Ministro Ruy Rosado para os contratos de incorporação que serve para os contratos de planos, ainda mais tendo em visto o objeto "fundamental" daquele contrato envolvendo saúde: “O contrato de incorporação, no que tem de específico é regido pela lei que lhe é própria (Lei 4591/64), mas sobre ele também incide o Código de Defesa do Consumidor, que introduziu no sistema civil princípios gerais que realçam a justiça contratual, a equivalência das prestações e o princípio da boa-fé objetiva.”⁶⁰

A Origem Constitucional do CDC -A superior hierarquia da proteção do consumidor como direito e mandamento constitucional, princípio da ordem econômica e limite à livre iniciativa dos operadores

A Constituição de 1988 é a origem da codificação tutelar dos consumidores no Brasil. Na lista de direitos fundamentais, destaca-se o definido pelo

⁵⁹ DIREITO, Carlos Alberto Menezes, O Consumidor e os planos de saúde, in Revista Forense, vol. 328, out/dez.1994, p.312 - 316.

⁶⁰ REsp. 238.011-RJ,Voto, p. 4, j. 29.02.2000, Min. Ruy Rosado de Aguiar .

inciso XXXII do art. 5º: “O Estado promoverá na forma da lei a defesa do consumidor.” O artigo 5º estabelece, pois, como direito fundamental do cidadão brasileiro, a defesa dos seus direitos como consumidor. O artigo 170 estabelece que a ordem constitucional econômica do nosso mercado será baseada na livre iniciativa (caput), mas limitada pelos direitos do consumidor (inciso V). E por fim, o artigo 48 das Disposições Transitórias da Constituição Federal de 1988 determina elaborar lei tutelar exatamente em forma de Código: um todo construído, conjunto de normas sistematizado por uma idéia básica, a da proteção deste sujeito especial.

A procura de concretização do Princípio da Igualdade no CDC: o consumidor como "novo" sujeito de direitos subjetivos de origem constitucional e seu tratamento nas relações contratuais em geral

Inicialmente, mister, pois, frisar que o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, tem clara origem constitucional (Art. 170, Art. 5 e Art. 48 ADCT todos da Constituição Federal de 1988-CF/88), subjetivamente é direito fundamental do cidadão e princípio macro-ordenador da ordem econômica do país. É igualmente lei geral principiológica⁶¹ em matéria de relacionamentos contratuais e de acidentes de consumo. Lei geral principiológica, porque não trata especificamente de nenhum contrato firmado entre consumidor e fornecedor em especial, nem de atos ilícitos específicos, mas estabelece novos parâmetros e paradigmas para todos estes contratos e fatos juridicamente relevantes, que denomina, então, de relações de consumo (Art. 4 do CDC). Esta lei consumerista regula, assim, todo o fornecimento de serviços no mercado brasileiro e as relações jurídicas daí resultantes, inclusive os de natureza "securitária" (§2º do Art. 3º do CDC).

Se serviço, segundo o Art.3º, §2º do CDC, é toda e "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", são objeto desta nossa análise todas as relações juridicamente relevantes envolvendo serviços prestados por um fornecedor a um consumidor no mercado brasileiro (Art. 2º e 3º do CDC). Relação jurídica⁶² é toda a relação da vida juridicamente relevante, isto é, disciplinada pelo Direito.

No caso em exame, mister determinar justamente se esta relação jurídica de planos privados de assistência à saúde, ex-relação securitária pelo Dec. 73/66, deveria ou não ser disciplinada pelo Direito do consumidor e por suas eficazes e tutelares normas dos vulneráveis nas relações pré-, pós-, contratuais e extracontratuais *ex delicto*, que envolvam serviços remunerados ao consumidor ou somente pela Lei 9.656/98 e sua nova legislação sobre planos privados de assistência à saúde.

⁶¹Esta feliz expressão é de Nelson NERY Júnior, em sua conferência magna no XIV Curso Brasilcon de Direito do Consumidor, outubro de 1998, Porto Alegre. Veja também, no mesmo sentido, o novo comentário de RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio, *Comentários ao CDC*, Saraiva, São Paulo, 2000, p. 72 e seg.

⁶² Segundo Domingues de Andrade, em um sentido amplo, "relação jurídica é toda a situação ou relação da vida real (social) juridicamente relevante (produtiva de conseqüências jurídicas), isto é, disciplinada pelo Direito" e, em um sentido estrito, apenas "a relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjetivo e a correspondente imposição a outra pessoa de um dever ou de uma sujeição.", assim ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. 1, Reimpressão do original de 1944, Almedina, Coimbra, 1997, p. 2.

O sujeito de direitos novo identificado na Constituição Federal de 1988 e o mandamento constitucional de sua proteção

O novo do CDC é ter identificado um sujeito de direitos, o consumidor,⁶³ e ter construído um sistema de normas e princípios orgânicos para protegê-lo e efetivar seus direitos.⁶⁴ Sobre este sujeito novo de direitos, que é o consumidor poderíamos inicialmente frisar que como sujeito de direitos apareceu não faz muito tempo. Surgiu nos anos 60-70, identificado então entre os contratantes, como cliente, como comprador, como aquele que é o transportado, o mutuário, enfim, aquele cliente securitário, o beneficiário de planos de saúde, o contratante ou o terceiro-vítima.

Do seu aparecimento nos Estados Unidos levou certo tempo para "surgir" legislativamente no Brasil, apesar de ter conquistado facilmente a Europa e todos os países capitalistas da época.⁶⁵ Dai a importância da Constituição de 1988 ter reconhecido este novo sujeito de direitos. O artigo 5º estabelece como direito fundamental do cidadão brasileiro, a defesa dos seus direitos como consumidor. O artigo 170 estabelece a ordem constitucional econômica, com direitos subjetivos do consumidor (inciso V). Hoje, ter direitos constitucionais assegurados é ter liberdades e garantias especiais.⁶⁶

A Constituição de 1988 é, pois, a origem da codificação tutelar dos consumidores no Brasil. Esta lei protetiva é uma micro-lei, lei privilegiadora, microsistema⁶⁷ que acaba por abalar ou pelo menos modificar o sistema geral a que pertenciam o "novo" sujeito, o Direito Privado. É lei especial *ratione personae*. Trata-se da necessária concretização do Princípio da Igualdade, de tratamento desigual aos desiguais, da procura de uma igualdade material e momentânea para um sujeito com direitos diferentes, sujeito vulnerável, o mais fraco.⁶⁸ Note-se que a lei especial dos consumidores e os direitos a ele assegurados são aqui instrumentos de Igualdade.⁶⁹ No caso brasileiro, trata-se da realização de um direito fundamental (positivo) de proteção do Estado⁷⁰ para este sujeito de direitos novos, o consumidor (Art. 5, XXXII da CF/88).

⁶³ Assim ensina a Conclusão IV extraída da Ata da Trigésima sétima reunião do Centro de Estudos Jurídicos Ronaldo Cunha Campos e publicada em 23.10.97: "*Responsabilidade civil - Médico - Prestador de Serviços- CDC- A CF, no inciso V do Art. 170, diz da defesa do consumidor. Define o CDC, em seu Art. 2, ... é a definição de consumidor que estabelecerá a dimensão da comunidade ou grupo a ser tutelado e, por esta via, os limites da aplicabilidade do direito especial. Conceituar o consumidor, em resumo, é analisar o sujeito da relação jurídica tuteladas pelo Direito do Consumidor...*" (Fonte: www.ta.mg.gov.br/consulta/ResultJuris.asp?Acordao=14018)

⁶⁴ Veja sobre o tema, menção de AZEVEDO, Antônio Junqueira de, *O Direito pós-moderno e a codificação*, in Revista Direito do Consumidor, vol. 33 (2000), p. 124.

⁶⁵ Sobre a evolução no direito comparado e a tramitação do projeto no Brasil, veja a introdução de Ada Pellegrini GRINOVER e Antônio Herman BENJAMIN, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto*, Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 6.ed., 1999, p. 1 a 13.

⁶⁶ Na expressão de Alexy, estes direitos asseguram/garantem/estimulam a efetivação da Dignidade do Homem, sua Liberdade e Igualdade ("...was die Verwirklichung von Menschenwürde, Freiheit und Gleichheit fordert"), ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt, 1996, p.15.

⁶⁷ Segundo Filomeno, o CDC é um microsistema jurídico de caráter inter- e multidisciplinar, FILOMENO, José Geraldo Brito, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 6.ed., 1999, p. 19.

⁶⁸ Veja ALEXY, p. 357 e seg., sobre o direito de igualdade e o mandamento de tratamento desigual dos desiguais, p. 371 e seg.

⁶⁹ Veja ALEXY, p. 410 e seg., sobre o direito à uma ação positiva (e protetiva) do Estado.

⁷⁰ Sobre o tema do direito à alguma coisa (*Rechte auf etwas*), no caso uma ação positiva (*Rechte auf positive Handlungen*), veja Alexy, p. 179 e seg.

Segundo Erik Jayme,⁷¹ os direitos humanos seriam as novas "normas fundamentais"⁷² e estes direitos constitucionalmente assegurados à pessoas físicas influenciariam o novo direito civil, a ponto do Direito assumir um novo papel social, como limite, como protetor do indivíduo e como inibidor de abusos.⁷³ A teoria elaborada por Erik Jayme é coincidente com a de muitos autores do primeiro mundo⁷⁴ O mestre de Heidelberg ensina: o instrumento reequilibrador (re-personalizante, diria eu) do atual Direito Contratual são os direitos humanos.⁷⁵ Iremos reconstruir a abalada ciência do Direito Privado através da valorização dos direitos do homem, da Igualdade que está nessa idéia.⁷⁶

A proteção do consumidor como limite à livre iniciativa das operadoras no mercado de consumo

Realmente identificar no outro um sujeito de direitos fundamentais, de direitos humanos básicos é uma idéia de igualdade. Reconhecer que o outro é totalmente pessoa, tem os mesmos direitos do que eu, logo, os meus direitos não podem sobressair, abafar, diminuir, impedir o exercício e a efetividade dos direitos do outro, é a base do igual. Mas o atual discurso dos direitos não é ilimitado, justamente pelo grande poder que concentra em um agente econômico "escolhido". Como pregam os doutrinadores da Law and Economics, assegurar direitos a um agente é limitar o exercício dos direitos e das escolhas possíveis do outro...tem custos e externalidades.⁷⁷ Aqui o direito brasileiro assegurou direitos humanos (Direitos fundamentais) de proteção a um, o consumidor. Efetivar estes direitos do consumidor é realizar o direito à igualdade material (e tópica), reconstruída justamente por ações positivas (Rechte auf positive Handlugen)⁷⁸ do Estado, em pró do indivíduo identificado como pertencendo a determinado grupo privilegiado constitucionalmente.⁷⁹

Repita-se, a importância desta escolha, pois, para o mestre de Heidelberg, Erik Jayme, a solução das antinomias de leis e princípios e da complexidade das

⁷¹JAYME, Erik, *Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne - Cours général de droit international privé* 1995, in: Recueil des Cours de l' Académie de Droit International de la Haye, 1995,II, p. 37.

⁷²Assim LORENZETTI, Ricardo Luis, *Fundamentos do Direito Privado*, Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 249 e seg.

⁷³ Neste sentido, veja belíssima passagem sobre a força normativa do Direito Constitucional Brasileiro, no voto do eminente autor e Juiz Almeida Melo, in RJTAMG 69, p. 369, em caso de empréstimo bancário envolvido pessoa física e Banco, em que esta foi equiparada a consumidor ex vi Art. 29 do CDC por sua vulnerabilidade, APC 246.629-5, j.11.11.97, em benefício de Emanuel C. M., Rel. Juiz Almeida Melo.

⁷⁴ Veja ARNAUD, André-Jean, *O Juiz e o auxiliar judiciário na aurora do pós-modernismo*, in Revista AJURIS vol. 53 (1991), p. 223 e seg. . Em seu recente livro, ARNAUD, André-Jean, *O direito entre modernidade e globalização*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1999, p. 201 e 202. Veja nos Estados Unidos, partindo de idéias economicistas a análise de MINDA, Garry, *Postmodern Legal Movements-Law and Jurisprudence at Century's end*, New York University Press, New York, 1995 e, na Alemanha, KAUFMANN, Arthur, *Grundprobleme der Rechtstphilosophie*, München, Beck, 1994, p. 224 e seg.

⁷⁵ Veja JAYME, Curso, p. 247 e seg.

⁷⁶ Sobre as dificuldades para efetivar e concretizar os direitos econômicos, sociais e culturais, veja CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas, *Os direitos econômicos, sociais e culturais no incício da década de noventa*, in revista Jurídica Mimeira, vol. 104, nov/dez. 1993, p. 24 e seg.

⁷⁷ Assim ensinam MERCURO, Nicholas e MEDEMA, Steven, *Economic and the Law- from Posner to post-modernism*, Princeton University Press, Princeton, 1997, p. 115 a 117.

⁷⁸ Veja sobre estes direitos subjetivos, ALEXY, p. 179.

⁷⁹ Veja SARLET, Ingo W., *A eficácia dos direitos fundamentais*, Livraria dos Advogados, Porto Alegre, 1998, p. 48.

relações atuais estará justamente em uma interpretação do sistema "guiada" e "hierarquizada" pelos direitos humanos.⁸⁰ Os direitos humanos recebidos nas Constituições são direitos fundamentais e serão esses direitos fundamentais (normas constitucionais pétreas e básicas) que permitirão a interpretação do direito do novo milênio, a qual terá justamente (e necessariamente) base constitucional, de onde flui a hierarquia das normas e a ordem pública.⁸¹

Em resumo, o direito do consumidor é direito não só de origem constitucional, mas sim direito fundamental, direito humano de nova geração, positivado no Art. 5º XXXII da CF/88. Trata-se de um direito positivo de atuação do Estado na sua proteção. É privilégio, projeção do espírito humano, para todos os cidadãos, brasileiros e estrangeiros aqui residentes. Para as pessoas físicas não é apenas princípio da ordem econômica ou direito econômico e social,⁸² é direito fundamental.

Parece-me, pois, que o intérprete deve considerar este mandamento constitucional e sua dupla hierarquia: para as pessoas físicas, o direito do consumidor é direito fundamental, sendo que o cidadão pode exigir proteção do Estado para os seus novos direitos subjetivos tutelares.⁸³ Trata-se de um privilégio, uma garantia, uma liberdade de origem constitucional, um direito fundamental básico. Para todos os demais agentes econômicos, especialmente para as pessoas jurídicas, o direito do consumidor é apenas um sistema limitador da livre iniciativa do caput do Art. 170 da CF/88, sistema orientador da ordem econômica constitucional brasileira.

Efetivamente, além de direito fundamental (das pessoas físicas, Art. 5, XXXII CF/88) e de mandamento constitucional para o Estado (Art. 48 da ADCT, CF/88 e Art. 5, XXXII CF/88), a proteção ao consumidor é também princípio constitucional da ordem econômica, da ordem constitucional do mercado brasileiro, princípio limitador da livre iniciativa, como dispõe expressamente o Art. 170 da CF/88. Em outras palavras, a livre iniciativa dos operadores de planos privados de assistência à saúde (art. 170 caput c/c Art. 199 da CF/88) encontra seu limite constitucional no mandamento de proteção do consumidor (Art. 170, inciso V c/c Art. 196 da CF/88).

Neste sentido, não há base constitucional para a afirmação de inconstitucionalidade material dos Artigos contratuais da Lei 9.656/98 das ADINs 1930-9 e 2136-2, ambas de iniciativa da Confederação Nacional do Comércio. É mandamento constitucional que o Estado controle a atividade privada nas relações de consumo, como as existentes nos contratos de seguro-saúde e de planos privados de assistência à saúde (art. 170,V c/c Art. 197 e seg. da CF/88). É mandamento constitucional que o Estado e que imponha parâmetros de proteção do consumidor, inclusive esclareça os limites do abuso e quais cláusulas violam os direitos (fundamentais) dos consumidores e são abusivas (art. 170,V e Art. 48 ADCT da CF/88 c/c Art. 4,III e 51 do CDC c/c Art. 10 e seg. da Lei 9.656/98192 e seg.). Não há direito adquirido ou ato jurídico perfeito frente à Constituição!

⁸⁰ Veja JAYME, Curso, p. 247 e seg.

⁸¹ Assim também conclui LORENZETTI, Ricardo, *El juez y las sentencias difíciles- Colision de Derechos, principios y valores*, in La Ley, 25.02.1998, p. 1 e seg.

⁸² Veja CAMARGO, p.24 e seg.

⁸³ Veja, neste sentido, decisão de líder da 5ª Câmara Cível do TAMG concedendo a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica com base no Art. 28 do CDC, justamente em benefício de consumidores pessoas físicas lesadas por um fornecedor. (5ª Câmara Cível, Ap. Civ. 114.409-4, rel. Juiz Aloysio Nogueira, j. 12.03.92, publicado in Revista Jurídica Mineira, vol. 102, julho/agosto de 1993, p.108-120). Em belíssimo e erudito voto vencedor, este *leading case* supera (do italiano, *superamento*) os dogmas comercialistas para proteger os mais vulneráveis, pessoas físicas, face à sucessão de empresas e a fraude à execução.

Da mesma forma, uma vez mandamento constitucional de proteção do Estado, a atuação limitadora, fiscalizadora e reguladora do Estado neste mercado é materialmente constitucional e imperativa. A chamada "medicina organizada"⁸⁴ é atividade visando lucro, é relação envolvendo consumidores que remuneraram estes serviços, direta ou indiretamente, é relação de consumo de prestação de serviços complexa e continuada no tempo. A atuação em matéria de saúde com fim de lucro impõe, segundo o Art. 197 da CF/88, "regulamentação, fiscalização e controle" tanto da denominada por Lorenzetti "empresa médica",⁸⁵ como dos contratos e relações privadas daí oriundas, que apresentam alto interesse público.⁸⁶ O Estado iniciou a realização de seu dever de proteção ao criar a ANS, com competências de regulação clássicas e competências de proteção direta dos direitos dos consumidores.

Note-se que não há direito adquirido administrativo a ser controlado por um mesmo e antigo órgão, como se fosse um juiz natural. Nem poderia haver tal direito, muito menos frente à nova ordem constitucional, ainda mais se sabendo que há hoje a figura da "captura" possível destes órgãos, onde os controlados aos poucos acabam por dominar (capture) o órgão controlador. Alegar direito constitucional de ser controlado sempre por órgãos conhecidos, como a SUSEP, é uma incongruência ao sistema constitucional brasileiro, que considera como elemento principal (único direito fundamental, que faz parte das cláusulas pétreas) o direito do consumidor de ser protegido eficazmente pelo Estado (Art. 5º, XXXII da CF/88), sendo o direito das operadoras mera norma de ordem constitucional econômica, e mesmo assim sua livre iniciativa é limitada pelos direitos dos consumidores. É do mandamento constitucional que o Estado retira seu poder de polícia. Poder de polícia "consiste na necessidade de harmonização dos interesses da ordem econômica e social com os interesses individuais, já que este poder constitui uma limitação à liberdade do indivíduo, imposta pelo Estado em benefício da convivência social."⁸⁷

Três conclusões importantes podem começar a ser retiradas destas observações iniciais:

a) Que face aos mandamentos constitucionais de proteção do consumidor, a atuação do Estado brasileiro na proteção do consumidor encontra fundamento constitucional (para seu poder fiscalizador) desde 05.10.1988;

b) Que não há direito adquirido ou ato jurídico perfeito frente ao controle administrativo a favor do consumidor, único sujeito de direitos envolvido nestas relações privadas que possui direito fundamental à Proteção do Estado (Art. 5,XXXII CF/88), que o controle, fiscalização e regulamentação dos serviços de assistência à saúde também é mandamento constitucional, logo, este controle será exercido sempre (e

⁸⁴ A expressão é norte-americana, mencionada por LOPES, José Reinaldo de Lima, in *Saúde e Responsabilidade- Seguros e Planos de Saúde de assistência privada à saúde*, MARQUES, Cláudia Lima, LOPES, José Reinaldo de Lima e PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Ed.), Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 26.

⁸⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis, *La empresa médica*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1998, p.

⁸⁶ Assim ensina LOPES, op. cit., p. 35: "...sobretudo, evidencia-se a necessidade de regulamento público e coletivo da matéria. De fatos, se os contratos individualmente considerados são bilaterais, a operação, de modo global, técnica e economicamente, é uma de solidariedade, mutualista e, digamos com os clássicos, distributiva. O controle da gestão do fundo comum não é factível para os consumidores considerados individualmente. É necessários, portanto, ampliar a transparência das gestoras e prestadoras de serviços e planos de saúde."

⁸⁷ Assim definiu poder de polícia, a obra de BRITO, Edvaldo, *Reflexos Jurídicos da Atuação do Estado no Domínio Econômico*, Ed. Saraiva, 1982, p. 107-108.

diariamente) pelo órgão no momento competente, tanto a SUSEP, quanto a CNPS, o CONSU, a Câmara de Saúde Suplementar, o MS ou, como no momento, pela ANS, criada em janeiro de 2000, pela Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000;

c) Que a liberdade de iniciativa, também no setor da assistência e seguros de saúde, estava limitada pelo mandamento constitucional de proteção do consumidor desde 1988 (Art. 5,XXXII c/c Art. 170,V CF/88), eis porque me parece que o controle das atividades das empresas médicas, de medicina organizada e finalidade de lucro nas suas relações com os consumidores não é a entrada em vigor do CDC, em março de 1991, ou da Lei 9.656/98, em 1999; parece-me que o marco do controle deve ser a data de promulgação da Constituição Federal de 1988.

Se aceita estas conclusões, a partir de 05.10.1988, face a este mandamento de proteção do Estado dos interesses dos consumidores, os contratos de seguro-saúde ou de planos de saúde (antigos) poderiam ser controlados pelos órgãos competentes (ANS, MP, PROCON etc.), no que se refere à matéria de proteção do consumidor. Isto sem que haja retroatividade da lei 9.656/98 ou do CDC, porque o controle terá como base apenas o mandamento constitucional e as regras de abuso de direito do Código Civil (Art. 160 CCB.). Respeitado este limite da retroatividade das leis e a competência de outros órgãos, como a SUSEP, haveria base constitucional para o controle pela ANS dos 40 milhões de contratos antigos, no que se refere apenas à proteção do consumidor contra abusos (Drittwirkung,⁸⁸ a dar nova interpretação constitucional às cláusulas gerais do CCB., como o Art. 159 e 160).⁸⁹ Isto poderia revigorar a posição da Agência como importante protetora dos direitos do consumidor no mercado de saúde-organizada. Efetivamente, todos estes contratos, dos novos 4 milhões de contratos registrados na ANS, dos antigos 40 milhões (dados das operadoras) ou 20 milhões (dados da ANS), todos são relações de fornecimento de serviços e produtos remunerados envolvendo consumidores!

Direito constitucional à proteção do Estado enquanto consumidor e as leis especiais: antinomias e necessária cumulatividade das leis ("Diálogo das Fontes")

Estamos a destacar a hierarquia dos direitos ora em conflito, no caso, direitos humanos, direitos fundamentais do consumidor à proteção do Estado e privilégio limitado de livre iniciativa na área de prestação de serviços remunerados de saúde, de privilégio limitado pelo princípio da defesa do consumidor, justamente para frisar que esta hierarquia constitucional está a exigir maior cuidado do aplicador da lei, sejam os órgãos competentes, judiciais, órgãos reguladores ou fiscalizadores. Esta hierarquia constitucional da proteção dos direitos do consumidor, mesmo em relações privadas e contratos de massa, está a exigir capacidade e especialização do aplicador da lei para dar efeito útil a este mandamento constitucional, realizando um verdadeiro diálogo de fontes.⁹⁰ Em outras palavras, aplicar as leis infraconstitucionais reguladoras de um mercado ou tipo contratual especial é realizar o mandamento constitucional de proteção dos consumidores, logo, exige aplicação dos princípios e normas do CDC.

⁸⁸ Veja sobre o tema da Drittwirkung, ZITSCHER, Harriet C., Introdução ao Direito Civil Alemão e Inglês, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1999, p. 175 e seg.

⁸⁹ Assim concluem PFEIFFER, in MARQUES/LOPES,PFEIFFER, p. 99, PASQUALOTTO, in MARQUES/LOPES,PFEIFFER ,p.64 e MARQUES, in MARQUES/LOPES,PFEIFFER, p. 130 e seg.

⁹⁰ Expressão criada por Erik Jayme, veja JAYME, Recueil des Cours, p. 247 e seg.

Aplicar estas leis hoje não pode mais ser um exercício programático, deve ser um exercício efetivo de concretização destes direitos no mundo dos fatos, uma vez que estas leis envolvem direitos e garantias constitucionais dos mais fracos na sociedade e devem realizar sua finalidade legislativa de proteção efetiva dos envolvidos. Há uma eficácia direta das normas constitucionais aos contratos entre privados (*Drittwirkung*), que deve ser conhecida pelo aplicador da lei. A eficácia direta das normas constitucionais geralmente é feita através da aplicação de cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito, como *boa-fé*, *bons costumes*, *abuso de direito* etc., que passam a receber na sua concreção valores constitucionais, especialmente se direitos fundamentais dos cidadãos. O difícil é definir esta abusividade, pois a Constituição apenas impõe o mandamento de proteção do consumidor como limitador da livre iniciativa, cláusulas expressamente defesas ou proibidas em lei.⁹¹

A análise proposta por Erik Jayme traz duas contribuições importantes: 1) explica a concentração hoje existente no sujeito de direito consumidor, como o mais vulnerável no mercado de consumo. É aquele sujeito identificado na Constituição, a merecer especial proteção do Direito e do Estado, principalmente no que se refere ao exercício de seus direitos e em caso de conflito eventual de interesse com outros agentes (fornecedores etc.); 2) destaca a hierarquia dos direitos ora em conflito, no caso, direitos humanos, direitos fundamentais do consumidor, a exigir maior cuidado do aplicador da lei, e outros direitos meramente econômicos, de lucro ou prejuízo em um mercado em franco crescimento, onde atua por vontade própria e com profissionalismo.

Em outras palavras, aplicar a lei infraconstitucional sobre os direitos do consumidor, o CDC, não pode mais ser um exercício programático, exige-se hoje do intérprete e aplicador da lei a capacidade para dar efeito útil para este mandamento constitucional. Aplicar o direito do consumidor deve ser, pois, um exercício efetivo de concretização destes direitos subjetivos no mundo dos fatos, uma vez que esta lei envolve direitos e garantias constitucionais dos mais fracos na sociedade, um exercício que permita realizar sua finalidade legislativa de proteção efetiva deste sujeito e de Justiça no caso concreto, sem deturpar ou destruir a *ratio legis* do sistema, claramente de origem constitucional.

A origem constitucional do CDC hierarquiza esta lei, considerada por muitos autores como lei complementar.⁹² Neste sentido, manifestou-se a favor de uma hierarquia superior do CDC, em caso de seguro de previdência privada, a Terceira Câmara do TAMG, como se lê do voto:

"Não podia o douto magistrado julgar improcedente o pedido, dando ao parágrafo 3º do art. 21 da Lei n. 6.435/77 exegese literal e contrária à norma que lhe é posterior e mais importante, por se tratar de lei complementar, que é o Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/90, de 11 de setembro de 1990."⁹³

Dai, correto o CDC, que em seu artigo primeiro esclarece que este "código", este sistema de normas construído e organizado a partir da identificação do

⁹¹ Assim, ZITSCHER, op. cit., p. 175 e seg.

⁹² Assim BONATTO e MORAES, op. cit., p. 65 a 70, citando a obra de Tupinambá Castro do Nascimento.

⁹³ Voto, in RJTAMG 56-57, p. 260-261, APC 183.104-1, em benefício de Thaíse M. dos S. R. M., j. 21.12.94, Rel. Juiz Ximenes Carneiro.

sujeito beneficiado, "estabelece normas de proteção do consumidor, de ordem pública e interesse social".

Relembre-se que o CDC brasileiro não é um Código de "consumo", como a consolidação legal francesa denominada Code de la Consommation, nem é uma lei geral sobre contratos de adesão comerciais e civis, concentrada no método do uso das cláusulas contratuais gerais, como lei alemã de 1976, AGBGesetz.⁹⁴ O CDC brasileiro concentra-se justamente no sujeito de direitos, visa proteger este sujeito, sistematiza suas normas a partir desta idéia básica de proteção de apenas um sujeito "diferente" da sociedade de consumo: o consumidor.

É Código (todo construído sistemático) de Proteção (idéia básica instrumental e organizadora do sistema de normas oriundas de várias disciplinas necessárias ao reequilíbrio e efetivação desta defesa e tutela especial) do Consumidor.

Eis porque identificar este sujeito protegido, sujeito de direitos especiais, agente escolhido para receber um microsistema tutelar legal é a pedra de toque do CDC. Os direitos básicos positivados são "do consumidor", assim definido pelo CDC e de ninguém mais. Repita-se que o sistema privilegiador do CDC visa proteger só ao "consumidor", aquele que ele mesmo define de forma estrita (Art. 2º, do CDC) ou aqueles que ele equipara a consumidor (Art. 2º, § único, Art. 17 e Art. 29 do CDC), sempre com base em sua norma objetivo⁹⁵ do Art. 4º, inciso I do CDC: a proteção do vulnerável. Seu objetivo é o tratamento desigual dos desiguais para alcançar a igualdade material no caso concreto, inclusive nos contratos massificados e de adesão oferecidos pelas empresas médicas, de medicina pré-paga, hoje operadoras de planos privados de saúde no mercado brasileiro.

Mister, por fim, examinar os eventuais conflitos existentes entre a legislação especial, posterior à entrada em vigor do CDC, como a lei específica para planos de assistência à saúde, e Lei 8.078 de 1990, visualizada como lei "geral" de tutela dos consumidores em todos os contratos e relações de consumo. Já destacamos anteriormente⁹⁶ a tendência tópica e de especialização do direito atual que propicia a multiplicação de leis especiais posteriores ao CDC, nos ramos ou contratos mais problemáticos do mercado. Frisem-se, portanto, que a lei especial nova não revoga tacitamente a lei geral anterior, uma vez o campo de aplicação da lei geral é naturalmente mais amplo e não coincidente com o da lei especial nova. Revogá-la significaria inaplicar a lei geral em outras matérias importantes.⁹⁷

A lei especial nova, porém, pode afastar, em caso de antinomia verdadeira, a aplicação da lei geral anterior. Note-se que a antinomia é um conflito limitado e tópico e que ambas as leis aplicam-se ao caso concreto, prevalecendo a especial posterior no que regula e o regime geral (não incompatível) da lei geral ou especial anterior, se hierarquicamente iguais.⁹⁸

Como tivemos a oportunidade de escrever, "...uma lei especial nova não tem o condão de afastar a incidência do CDC sobre estes determinados contratos de consumo. A lei especial nova regula a relação de consumo especial no que positiva e o

⁹⁴ Sobre Direito Comparado, veja NERY, Nelson Jr., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 6.ed., 1999, p. 429 e seg.

⁹⁵ Veja sobre normas-objetivo em geral, GRAU, Eros Roberto, " *Interpretando o Código de Defesa do Consumidor: algumas notas*", in *Direito do Consumidor* 5, p. 183 e seg.

⁹⁶ [Veja detalhes da compatibilização desta lei sobre contratos de seguro](#) com o CDC, em nossa obra, *Contratos*, p. 187 e seg.

⁹⁷ Assim nos manifestamos in MARQUES/LOPES/PFEIFFER, p. 127.

⁹⁸ Sobre os critérios para utilizar nos conflitos de leis e antinomias, veja nossa obra, *Contratos*, p. 218 e seg.

CDC continua a regulá-la de forma genérica e em todos os pontos que a lei especial nova não dispuser expressamente (art. 2º, LICCBr.).

Repita-se, pois, que no mais das vezes a lei especial posterior integra-se no espírito da lei geral anterior, ainda mais no caso em estudo, de o CDC atuar como "lei geral de proteção dos consumidores", uma vez que representa a ordem pública e constitucional nacional. A lei especial nova geralmente traz normas a par das já existentes (art. 2º, da LICCBr.), normas diferentes, novas, mais específicas do que as anteriores, mas compatíveis e conciliáveis com estas. Como o CDC não regula contratos específicos, mas sim elabora normas de conduta gerais e estabelece princípios, raros serão os casos de incompatibilidade.⁹⁹

Se, porém, os casos de incompatibilidade são poucos, nestes há clara prevalência da lei especial nova pelos critérios da especialidade e cronologia. Somente o critério hierárquico pode "proteger" o "geral" anterior incompatível. Assim, o CDC como lei geral de proteção dos consumidores poderia ser afastado para a aplicação de uma lei nova especial para aquele contrato ou relação contratual, como no caso da lei sobre seguro-saúde, se houver incompatibilidade de preceitos.

O exame da incompatibilidade deve ser, portanto, o ponto central da análise. Sendo assim quanto mais específica for a norma do CDC e mais específica for a norma "contrária" da lei nova, maior a probabilidade de incompatibilidade e de ser afastada a aplicação do CDC para aplicar-se a lei nova. No caso da mencionada lei de seguro-saúde, Lei 9.656, de 3 de junho de 1998, é interessante observar que não há nenhuma incompatibilidade expressa entre elas, ao contrário frisa a nova lei um espírito comum e o interesse na proteção do consumidor. A própria Lei 9.656/98 expressamente menciona a aplicabilidade do CDC (art. 3º da referida lei especial) e a necessidade de que a aplicação conjunta do CDC e da lei especial "não implique prejuízo ao consumidor" (§ 2º, do art. 35 da Lei 9.656/98).

Inegável, porém, que a lei nova ao expressamente autorizar algumas cláusulas, às quais jurisprudência brasileira, ao aplicar, ao interpretar e ao concretizar as normas do CDC, considerava como cláusulas abusivas, com base na cláusula geral do art. 51, IV do CDC, acaba ameaçando o nível anterior de proteção do consumidor. Assim, se a lei nova autoriza o aumento das mensalidades por faixa etária, se informado, proibindo-o somente após 60 anos, e a jurisprudência considerava tal aumento abusivo, retrocede o direito pátrio, pois há prevalência da lei especial. São estes, porém, casos cinzas, onde nem todas as decisões mantinham esta linha de interpretação e aplicação do CDC.

Se o exemplo não é perfeito, o problema principal continua a ser outro, isto é, o da legalização ou positivação do abuso. Justamente criticando as primeiras versões do que é hoje a Lei 9656/98, observei ceticamente: "É possível revogar um princípio legal, intrínseco ao um sistema jurídico, como o da boa-fé nas relações privadas, através de simples norma ordinária ? Podem normas legais, elaboradas sob o interesse de determinados grupos econômicos e agentes no mercado, realmente autorizar a atuação conforme a má-fé objetiva, na esperança de prejudicar o co-contratante que, por exemplo, esquecerá de inscrever seu filho exatamente um mês antes do nascimento ou simplesmente não poderá fazê-lo por acaso da natureza ? Basta estipular por lei um caso de abuso do direito e este potencial abusivo desaparece, tornando-se jurídica a atuação objetivamente abusiva ? Será possível submeter o Judiciário e os aplicadores da lei a dar aplicação e eficácia a estas novas normas legais, mesmo se contrárias aos princípios de nosso sistema, aos próprios princípios

⁹⁹Assim, no caso da ampla lei nova sobre locação (Lei 8.245/91) e o CDC, o eventual conflito foi identificado em apenas uma norma de cada lei, veja nossa obra, Contratos, p.247.

constitucionais da atividade econômica (art. 170 CF/88) e aos direitos básicos do cidadão (Art. 5XXXII CF/88)?".¹⁰⁰

Neste momento a dúvida continua. É possível, válido e eficaz autorizar em lei, Portarias e Medidas Provisórias práticas abusivas e cláusulas abusivas segundo o CDC ? Efetivamente passariam, então, estas a poder integrar o regime legal do contratos, mesmo que de consumo, pois regulados por leis especiais ? Ficaria o Judiciário atrelado e estaria seu trabalho de definir o abuso renovando, pois já decidia pacificamente em sentido contrário ? Como frisamos anteriormente, neste caso em exame, o critério hierárquico deve ser observado, assim como a origem constitucional do CDC e da ordem econômica que ele positiva (Art. 170 CF). Também o critério hierárquico entre as próprias leis, pois Portarias e mesmo - de certa forma- Medidas Provisórias devem ser consideradas legislação de hierarquia inferior ou provisória, não podendo revogar leis de ordem pública, como o CDC (perenemente). Se a antinomia é verdadeira, valem as observações anteriores para a decisão, necessariamente, casuística do aplicador da lei".¹⁰¹

Como se observa , os casos de antinomia entre a Lei 9.656/98 e o CDC são poucos, mas quanto a estes não há unanimidade da doutrina. Particularmente defendo a hierarquia superior do CDC frente a Lei 9.656/98.

Como tive a oportunidade de afirmar "O aplicador da lei, portanto, face ao aparecimento de uma contradição entre normas do CDC e ... leis posteriores, gerais ou especiais, verificará inicialmente se é possível compatibilizar as duas normas pretensamente em contradição. Se a contradição entre os textos legais, suas normas e suas finalidades é tal que não permite a aplicação conjunta, integradora das normas, uma norma, por exemplo, permite, enquanto a outra expressamente proíbe determinado tipo de cláusula contratual, uma impõe a renúncia de um direito e a outra proíbe a renúncia do mesmo direito, estamos frente a uma antinomia real, não solucionável através de simples interpretação das normas. ...Em caso de antinomias reais, três são os critérios destacados pela doutrina e utilizados pela jurisprudência para solucioná-las: o cronológico, o hierárquico, o da especialidade. Note-se que os doutrinadores esforçam-se por deduzir tais critérios das normas positivas sobre a solução de conflitos no tempo, no caso a LICC de 1942, ainda em vigor, mas em verdade a origem de tais critérios é jurisprudencial e doutrinária, anterior às próprias codificações e sua idéia de sistema exaustivo e perfeito. O critério cronológico é o mais simples para ser determinado;.... Se o critério cronológico é o de mais fácil determinação, é um critério de pouca utilização independente. Ele só resolverá a contradição entre a lei nova e a lei anterior se houver coincidência de grau hierárquico entre elas e ambas forem leis especiais ou leis gerais.... Já o critério hierárquico tem sua origem na idéia de hierarquia entre as leis presentes no mesmo sistema, fixando-se hoje, especialmente, no caráter constitucional, complementar ou derivado de uma das normas em contradição. Segundo este critério a norma hierarquicamente superior deve prevalecer sobre a outra, mesmo sendo esta última posterior, pois também o legislador ordinário deve seguir a hierarquia do sistema legal, quando da sua atividade legislativa, elaborando normas novas da mesma hierarquia se deseja renovar totalmente o espírito do ordenamento....O antigo art. 4.º, da Lei de Introdução de 1916, assim dispunha "... a disposição especial não revoga a geral, nem a geral revoga a especial, senão quando a ela ou a seu assunto se referir, alterando-a explícita ou implicitamente". Hoje preferimos afirmar que as normas de campo de

¹⁰⁰ Assim, nossa obra, Contratos, p. 247 e 248.

¹⁰¹ Assim nos manifestamos in MARQUES/LOPES/PFEIFFER, p. 127 a 130.

aplicação diferente continuam em vigor “lado-a-lado”, desde que compatíveis. Se ambas as leis permanecem no sistema haveria prevalência da lei especial.

A situação, porém, complica-se quando há conflito entre os critérios de solução das antinomias, isto é, a lei especial nova é hierarquicamente inferior à lei geral antiga. Neste caso como deverá o aplicador da lei solucionar o conflito? Para Bobbio, se o aplicador da lei tem de escolher entre priorizar o critério cronológico ou o critério hierárquico, deverá considerar como claramente prevalente o critério hierárquico. Se, porém, a decisão é entre o critério cronológico e o da especialização, a resposta já não é tão simples. A jurisprudência costuma presumir que prevalecerá o critério da especialização...Em caso de conflito entre as soluções propostas pelo critério hierárquico e o da especialização, prevalece o critério hierárquico sobre o da especialização, mas também certas relativizações são necessárias. A jurisprudência tende a conceder prevalência às normas especiais, sempre que não em conflito com a Constituição, e sempre que o regime particular realmente se justifique, não constituindo mero privilégio de um grupo político, econômico ou socialmente forte¹⁰².

A Lei 9656/98 é posterior e especial em relação ao CDC, mas de hierarquia constitucional inferior, apesar de poder ser considerada norma de ordem pública de direção.

A maioria dos doutrinadores, como Pasqualotto,¹⁰³ defendem a interpretação construtiva da Lei 9.656/98 de acordo com o CDC. Assim se a hierarquia superior em caso de antinomia de normas não excluirá a aplicação da lei nova e especial, pelo menos a "determinará", isto é, os princípios de proteção do consumidor determinarão a aplicação e a interpretação da lei nova ao caso concreto.¹⁰⁴ A prática jurisprudencial, como veremos na parte II deste parecer tem sido surpreendente, preferindo a aplicação do CDC solo, talvez porque os contratos novos ainda não foram submetidos ao Judiciário, talvez porque o número de abusividade nestes contratos está diminuído ou talvez porque a lei especial ainda não é tão conhecida. Não há discussão na doutrina e na jurisprudência da aplicação do CDC a estes contratos. A lei 9.656/98 parece ter causado maior reação em Direito Administrativo do que em Direito Civil. Parece-me que a conclusão é una: aplicam-se cumulativamente e complementarmente o CDC e a Lei 9.656/98. Para a maioria da doutrina, a lei 9.656/98 tem prevalência como lei especial e mais nova, devendo o CDC servir como lei geral principiológica a guiar a interpretação da lei especial na defesa dos interesses do consumidor, em especial na interpretação de todas as cláusulas na maneira mais favorável ao consumidor (Art. 47 do CDC). Particularmente defendo, em visão minoritária, a superioridade hierárquica do CDC.

Todos os contratos de Planos Privados de Assistência à Saúde são relações de consumo, regulados pelo CDC

Dois aspectos devem ser destacados aqui: apesar do campo de aplicação subjetivo da lei de criação da ANS e do CDC ser o mesmo, há concentração no fornecedor de serviços, na operadora de planos privados de assistência à saúde, por parte da lei da ANS e concentração no consumidor e seus direitos, por parte do CDC. Já entre o CDC e a Lei 9.656/98 há total identidade subjetiva, pois esta lei cuida dos direitos do usuário (consumidor) e da operadora (controlando-a), o CDC cuida dos

¹⁰² Assim me manifestei, in *Contratos*, p. 233-236 e 240-241.

¹⁰³ PASQUALOTTO, in *MARQUES/LOPES/PFEIFFER*, p. 51.

¹⁰⁴ Assim também LOPES, in *MARQUES/LOPES/PFEIFFER*, p. 27

direitos dos consumidores nos contratos de serviços remunerados em geral (Art. 3º, §2º do CDC).

No campo de aplicação material a coincidência é ainda maior: a lei da ANS cuida do registro e controle dos contratos das operadoras com os usuários, todos considerados pelo CDC como consumidores *stricto sensu* (Art.2º do CDC) ou consumidores equiparados (art. 2º, § único, Art. 17 e Art. 29 do CDC). Todos os contratos regulados pela ANS são, portanto, também contratos de consumo, envolvendo consumidores *stricto sensu* (destinatários finais, contratantes ou não, pagantes ou não) e equiparados (empresas, universidades, sindicatos, empresários, terceiros beneficiários e dependentes) Da mesma forma, a lei 9.656/98, quando trata dos planos e os regula, também está tratando de um contrato de consumo, que recai também no campo de aplicação do CDC.

Os vários consumidores envolvidos nos contratos individuais, coletivos e familiares de planos privados de assistência à saúde e nos históricos seguros-de-saúde

Como se observa, a figura dos operadores ou fornecedores não une os campos de aplicação das leis aqui em análise, o que as une é a figura do consumidor-usuário ou beneficiário de um plano privado de assistência à saúde, remunerado por ele diretamente, por seu empregador ou pelo contratante principal dos planos coletivos e/ou familiares ou individuais. Como não há contrato de plano de assistência privada à saúde não remunerado (Art.3º, § 2º do CDC), todos são remunerados por algum agente do mercado, os beneficiários, destinatários finais, os contratantes e as pessoas jurídicas, que se expõem ou intervêm nestas relações de consumo como representantes ou em benefício de seus empregados, associados ou sindicalizados, acabam todos por ser considerados consumidores, segundo o CDC. Vejamos.

Identificar este sujeito protegido, sujeito de direitos especiais, agente escolhido para receber um microsistema tutelar legal é a pedra de toque do CDC. Os direitos básicos positivados são "do consumidor", assim definido pelo CDC e de ninguém mais. Em matéria de planos privados de assistência à saúde todos os destinatários finais do serviço médico são consumidores. Segundo o art. 2º do CDC consumidor nos contratos de serviço na sociedade atual é tanto o contratante, como o terceiro. A definição básica do caput do art. 2º do CDC conecta na característica da destinação final do serviço, não na relação contratual, eventualmente direta, de consumo. Isto permite a primeira pluralidade da definição de consumidor do CDC: o destinatário final do serviço pode ser um terceiro no contrato, um beneficiário qualquer, um utilizador gratuito, um participante fortuito, um menor de idade, um incapaz absolutamente e mesmo assim é consumidor, desde que seja o destinatário final (fático e econômico) do serviço.

Quando o destinatário final é contratante, mister destacar também que pode haver uma multiplicidade de vínculos contratuais de serviços e o consumidor estar ligado apenas a um deles, sendo terceiro nos outros, mas se destinatário final destes serviços, consumidor será. Também podem existir, nesta pluralidade de vínculos de serviços, alguns que não sejam de consumo, mas se a expectativa legítima, o interesse, a pretensão, aquilo que movimenta o contratante é o consumo, bastará que um destes

vínculos conexos seja de consumo, que o contrato serviço que é destinatário final será considerado de consumo e o sujeito consumidor por conexão.¹⁰⁵

Há pluralidade e fragmentação do sujeito.¹⁰⁶ O sujeito que paga não é o sujeito que se beneficia. Alguém enriquece ou, na linguagem do CDC, é remunerado pelo serviço, mas a lei não exige que alguém empobreça a pagar diretamente este serviço (pobre, no sentido, que suporta a onerosidade do serviço). A remuneração pode ser indireta e por terceiro...o trabalhador, o empregador.¹⁰⁷ O serviço de consumo é que deve ser "remunerado", não se exige que o consumidor o tenha remunerado diretamente. Mesmo serviços gratuitos são regulados pelo CDC (Art. 39 regula as amostras grátis), pois remunerados indiretamente no negócio principal, na fidelidade daí oriunda e no marketing usado, enfim no preço final do serviço ou produto colocado no mercado por aquele fornecedor. Assim, se a sogra de um empregado de fábrica é a destinatária final de um serviço médico organizado por uma operadora de saúde é esta sogra consumidora, mesmo se sequer o empregado "pagou" algo à organizadora da cadeia (a operadora do plano de saúde), mas esta teve seu serviço remunerado pela empresa (consumidora indireta), que por sua vez não cobrou do empregado, nem da sogra. O serviço de consumo é que é remunerado, não se exige a remuneração pelo consumidor direto (destinatário final), mas sim por alguém, consumidor indireto ou por seu representante, consumidor-equiparado.

Cabe, pois, analisar em mais detalhes os dois grupos de definições de consumidor do CDC, a definição de consumidor *stricto sensu* e, após, as definições plurais de consumidores equiparados. O CDC define consumidor *stricto sensu* no Art. 2º como "toda aquela pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatária final." Tive a oportunidade de afirmar que esta definição é bastante objetiva, mas que sua interpretação pode e deve ser finalística.¹⁰⁸

Como declarada "finalista"¹⁰⁹ considero que a definição de consumidor do Art. 2º do CDC é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Esta tutela só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no Art. 4º, inciso I. Parece-me que destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica

¹⁰⁵ O exemplo mais interessante foi o das linhas telefônicas, onde antigamente o consumidor, para ter este serviço, acabava acionista da empresa. hoje, o consumidor é muitas vezes levado a ser "cooperativado" ou sócio de uma empresa só para consumidor ou ter lazer.

¹⁰⁶ A própria utilização da expressão "sujeito" (ator) no lugar da antiga denominação indivíduo (*quid*) já indicia esta pluralidade. Sobre fragmentação do sujeito, veja, citando Stuart Hall, DOLL, Johannes, *Avaliação na pós-modernidade*, in Paiva, Maria da Graça Gomes e Brugalli, Marlene (Org.), *Avaliação- Novas Tendências -novos Paradigmas*, Ed. Mercado Aberto, Porto Alegre, 2000, p. 33: "Na modernidade, o indivíduo - a tradução latina desta palavra significa "o que não pode ser dividido" - é conceituado como um ser inteiro e integrado que possui uma identidade própria, um núcleo existencial. Em uma perspectiva pós-moderna, este núcleo existencial não existe, o "indivíduo" pode ser dividido, fragmentado até o ponto em que um lado deste pode ser considerado morto, enquanto o outro continua vivo..."

¹⁰⁷ Interessante observar que as leis da Argentina, Uruguai e Paraguai todas preferem a expressão "onerosidade do serviço", dando a entender que deve haver um *minus*, pois na origem da palavra está o ônus ou "peso", uma efetiva transferência de riqueza entre parceiros identificados, enquanto a lei brasileira é a única que conecta no "plus", no fato do fornecedor não fazer este serviço em ação benemérita, mas sim negocial, em lucrar ele (plus) direta ou indiretamente com este serviço, isto é, no fato de haver enriquecimento de um, mesmo sem empobrecimento do outro na prestação efetiva deste serviço principal ou acessório, simples ou complexo, que foi colocado no mercado de consumo brasileiro e usado por consumidores.

¹⁰⁸ Veja nosso livro, *Contratos*, p. 141.

¹⁰⁹ Assim nosso livro, *Contratos*, p. 149.

não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência, é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso não haveria a exigida “destinação final” do produto ou do serviço.

Esta interpretação restringe a figura do consumidor *stricto sensu* àquele que adquire (utiliza) um produto ou serviço para uso próprio e de sua família, consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável, ficando assim assegurado um nível mais alto de proteção para estes, pois a jurisprudência será construída em casos, onde o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo. O destinatário final é o *Endverbraucher*, o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico) e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor-final, ele está transformando o bem, utilizando o bem para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor, utilizando-o como bem de capital, como insumo da sua produção, como fonte de rendimentos.¹¹⁰

Parte da doutrina concorda com estas ponderações,¹¹¹ pois esta interpretação considera que consumidores *stricto sensu* são aqueles mais fracos, os leigos, os não-empresários, ou como afirma o pioneiro do consumerismo no Brasil, Konder Comparato são aqueles "que não dispõem de controle sobre os bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes."¹¹²

Estes consumidores *stricto sensu* já são muitos, são contratantes e terceiros beneficiários dos contratos de serviços, fragmentados e plurais, pelo que nos parece ser correta um interpretação do Art. 2º do CDC pós-moderna, mas finalista, isto é, interpretação segundo o princípio do Art. 4º, I do CDC, apesar de plural.

Quanto às definições de consumidor equiparado, são elas por excelência plurais e uma das mais interessantes tentativas do CDC de adaptar-se à complexidade material das relações de fornecimento de serviços e produtos no mercado e à crescente pluralidade de sujeitos dos tempos pós-modernos. São consumidores equiparados *ex vi* o parágrafo único do art. 2º do CDC a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo na relação de serviço, *ex vi* o Art. 17 do CDC, todas as vítimas dos fatos do serviço, por exemplo, os passantes na rua quando avião cai por defeito do serviço e *ex vi* o Art. 29 do CDC, todas as pessoas determináveis ou não expostas às práticas comerciais de oferta, de contratos de adesão, de publicidade, de cobrança de dívidas, de bancos de dados, sempre que vulneráveis *in concreto*.

Segundo leciona um dos pais do Código de Defesa do Consumidor, Antônio Herman Benjamin, em matéria de "equiparação" à consumidor o requisito da "destinação final" do produto ou serviço é irrelevante.¹¹³ Efetivamente, na técnica do CDC de "equiparação" de pessoas "intervenientes em relações de consumo" (§ único do Art. 2º), pessoas "vítimas" de fato do produto ou serviço (Art. 17) e pessoas "expostas às práticas nele previstas" (Art. 29) à consumidor, o essencial não é o requisito da

¹¹⁰ Veja nosso livro, *Contratos*, p. 146.

¹¹¹ Veja FILOMENO, José Geraldo Brito, in *Código de Defesa do Consumidor- comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 5.Ed., Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1998, p. 27 e seg.

¹¹² COMPARATO, Fábio Konder, *A proteção ao consumidor : Importante Capítulo do Direito Econômico*, in RDM, 15/16, 1974 *apud* FILOMENO, op. cit., p. 27.

¹¹³ BENJAMIN, Antonio Herman, *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, Coord. Juarez Oliveira, Ed. Saraiva, São Paulo, 1991, p. 81.

"destinação final" do produto ou serviço. Ao contrário, a lei tutelar equipara pessoas que não são necessariamente destinatários finais fáticos e econômico do serviço ou produto incluindo-as excepcionalmente, por sua característica de fraqueza ou vulnerabilidade, como "consumidor equiparado".¹¹⁴

Em resumo, os contratos de planos e seguro-saúde são contratos cativos de longa duração a envolver por muitos anos um fornecedor e um consumidor, com uma finalidade em comum, assegurar para o consumidor o tratamento e ajudá-lo a suportar os riscos futuros envolvendo a saúde deste, de sua família, dependentes ou beneficiários.¹¹⁵ Aqui todos os beneficiários diretos (empregado, sua família, dependentes e outros beneficiários) e indiretos, se contratantes dos contratos coletivos e familiares (empregador-contratante de contrato coletivo, terceiro-representante-contratante de contrato familiar ou individual, sindicatos, universidades e outros representantes de grupos de clientes organizados) são considerados consumidores pelo CDC

A alegada natureza obrigatória de seguro nos planos privados de assistência à saúde

Mister, quanto ao campo de aplicação material da Lei 9.656/98 e do CDC, tecer algumas observações finais. O CDC aplica-se a todos os contratos envolvendo o fornecimento de serviços remunerados, dentre os quais se inclui tanto os seguros de saúde, como os demais serviços de medicina organizada, hoje denominados planos privados de assistência à saúde. Neste sentido, para aplicação do CDC e conclusões até agora retiradas deste parecer pouco importa a natureza dos contratos assinados pelos consumidores a proteger, sejam seguros *stricto sensu*, sejam "planos de saúde", anteriores ou posteriores à Lei 9.656/98.

Concluindo, o CDC tem campo de aplicação material amplo e genérico, estabelece os princípios para todos os contratos de consumo. Já a Lei 9.656/98 aplica-se apenas aos contratos que define como sendo de planos privados de assistência à saúde (Art. 1º da Lei 9.656/98). Ocorre que a natureza destes contratos está sub *judice*, em duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

Na ADIN 1931-7 e na ADIN2136-2, a Confederação Nacional de Saúde embasa a inconstitucionalidade na "natureza de seguro" dos contratos de planos privados de assistência à saúde. Seguros fazem parte do "Sistema Financeiro Nacional" do Art. 192 da CF/88 e, portanto, a lei que regulasse este "sistema financeiro" deveria ser lei complementar. A Lei 9.656/98 não seria lei complementar, o que levaria a uma inconstitucionalidade formal desta lei.

Sem querer discutir a correção ideológica da decisão, parece-me importante destacar que o Estado brasileiro, em cumprimento ao mandamento constitucional de proteção dos consumidores e do mercado leal, considerou importante retirar estes contratos, que afetam direitos fundamentais do cidadão, e tocam tão perto de sua dignidade, vida e incolumidade física, contratos que misturam o sistema de reembolso (mais típico do seguro) e hoje até de descontos organizados, com o de credenciamento ou redes de prestação de serviços de saúde, e resolveu a todos denominar "planos privados de assistência à saúde". A lei 9.656/98 e a legislação criada para os planos permite, porém, que continuem os serviços de seguro-saúde *stricto sensu*,

¹¹⁴ Assim concorda Antonio Janyr DALL'AGNOL, Antonio Janyr, *Direito do consumidor e serviços bancários e financeiros - Aplicação do CDC nas atividades bancárias*, in Revista Direito do Consumidor, vol. 27 (1998), p. 13.

¹¹⁵ Sobre contratos cativos de longa duração, veja nosso livro, *Contratos*, p. 68 e seg.

para aquelas pessoas jurídicas que quisessem somente efetuar reembolsos de despesas. Pelo que se sabe nenhuma das atuais seguradoras optou por esta possibilidade, mas até setembro do corrente ano têm estas seguradoras atuais que manifestar sua vontade de trabalhar somente com "seguros" de reembolso, senão, serão enquadradas como "operadoras de planos".

Observa-se, pois, uma vontade pública (ordem pública de direção) e - com origem constitucional - de retirar este tema das seguradoras ou do sistema financeiro nacional e incluí-lo como tema autônomo da ordem social (Título VIII da CF/88). Esta decisão encontra embasamento na própria Constituição, que trata da saúde e da saúde suplementar na seção II (Art. 196 e seg.) do Título VIII da CF/88, enquanto o sistema financeiro e os seguros são tratados em capítulo diverso (Capítulo IV do Título VII da CF/88). Uma vez permitida a livre iniciativa na "ordem social" de saúde (expresso no Art. 199 da CF/88), o tema se torna de "ordem econômica", segundo o Art. 170, devendo seguir os princípios limitadores dos incisos IV (livre concorrência) e V (defesa do consumidor) do Art. 170 da CF/88, mas não se torna necessariamente "de ordem financeira" ou "seguro". Logo, não vislumbro qualquer inconstitucionalidade nesta decisão de ordem pública de direção, ao contrário, é plenamente constitucional, não havendo porque alegar-se a aplicação de um decreto-lei anterior à CF/88 para alegar alguma natureza obrigatoriamente securitária aos contratos de planos privados de assistência à saúde.

Críticas pode haver quanto à ideologia da troca, não quanto a sua constitucionalidade. Efetivamente, o sistema securitário possui princípios mais solidários e mais assentados em nossa dogmática e a lei de planos privados de assistência à saúde, o CONSU e a atual Agência controladora são novas, possuindo pouca tradição na proteção dos interesses dos consumidores e no controle eficaz dos fornecedores ou operadoras. Particularmente, influenciada pelo Dec. 73/66 e pelas primeiras versões da lei, considerava ambas as espécies contratuais como seguros *sui generis*.¹¹⁶ Outros doutrinadores consideravam ser contrato *sui generis*, nem seguro, nem serviço simples de assistência à saúde.¹¹⁷ No direito comparado esta última caracterização é prevalente.¹¹⁸ Efetivamente há características semelhantes, mas também há diferenças, cada vez mais destacadas (agravos, cadeias de descontos, etc.).

De qualquer maneira, nada impede que se substitua a definição legal de 1966, ao contrario, face aos novos princípios constitucionais, tudo estimula uma evolução positiva para o consumidor. Lamente-se que a troca de "seguro" para "plano" às vezes é feita em detrimento dos interesses do consumidor. Muitas das decisões do CONSU quebraram esta solidariedade típica dos seguros, em que os cálculos atuariais são feitos com base em estatísticas, as quais -obviamente- não mudam pela doença de um indivíduo em particular. Assim, exigir mais deste indivíduo (por exemplo, através

¹¹⁶ Assim me manifestei in in MARQUES/LOPES/PFEIFFER, p. 123 e seg. Também o classifica, por influencia do antigo Dec. 73/66, ALVIM, Pedro, *O Contrato de Seguro*, 3. ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, p. 86.

¹¹⁷ Assim LOPES, in MARQUES/LOPES/PFEIFFER

¹¹⁸ Assim, considerando "*pago adelantado de la futura contraprestación médico-asistencial,...conjunto abstracto de servicios*"...pagos pelos usuários (parte como "*cuota de inversión*", parte como "*pago por contraprestación*"), GHERSI, Carlos Alberto, WEINGARTEN, Celia e IPPOLITO, Silvia I, *Contrato de Medicina Prepaga*, 2.ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 39 e 40. Assim também LORENZETTI, *Empresa médica*, p. 126, destacando que há "grandes similitudes" entre una empresa de medicina prepaga y un seguro de salud, e na p. 128 destacando a possibilidade de aplicação analógica das regras de seguros ao plano de saúde, mas afirmando, à p. 129, que tal contrato "*si bien puede tener elementos de un seguro, es atípico..*"...*No obstante las similitudes el prepago no es, en nuestro Derecho [argentino], un contrato de seguro típico.*" (p. 129)

de agravos) é uma afronta aos princípios de solidariedade, divisão e socialização dos custos, pois o efeito atuarial da sua doença específica já foi contado e cobrado de todos os outros consumidores! Neste caso, há ganho em dobro do fornecedor e um prejuízo enorme do consumidor individual. Sobre este tema, retornaremos ainda no desenvolver do parecer, mas são críticas dogmáticas e alguns novos efeitos perversos da lei frente ao consumidor individual, e, se inconstitucionalidade há, seria das Resoluções do CONSU¹¹⁹ em afronta aos direitos constitucionalmente garantidos do consumidor e não ao Art. 192 da CF/88!

Importante, pois, concluir que materialmente e subjetivamente todos os contratos de Planos Privados de Assistência à Saúde são relações de consumo e são regulados pelo CDC e pela Lei 9656/98 ao mesmo tempo.

Os conflitos gerados pela Lei 9.656/98: o art. 35-H (MP 1976-30)

Os contratos de planos e seguro-saúde são contratos cativos de longa duração a envolver por muitos anos um fornecedor e um consumidor, com uma finalidade em comum, assegurar para o consumidor o tratamento e ajudá-lo a suportar os riscos futuros envolvendo a saúde deste, de sua família, dependentes ou beneficiários.¹²⁰ Neste tipo contratual é normal que, com o passar dos anos, modifique-se a lei especial aplicável ou edite-se lei especial ao lado da lei geral já existente. É o que ocorre no caso em estudo, com o CDC como lei geral *ratione materiae* e a Lei 9.656/98, como lei especial *ratione materiae*.

Face a reiterada jurisprudência brasileira, indiscutível, pois, hoje que aos contratos de seguro e planos de saúde assinados antes da entrada em vigor da nova lei (e suas modificações) aplica-se SOMENTE o CDC e a legislação anterior especial aos seguros. A lei 9.656/98 por várias vezes estabelece normas para regular os contratos anteriores à sua vigência (ex.: Art. 35-E), tema que está sendo discutido em ADIn especial e que já me manifestei pela constitucionalidade da norma, de cunho mais administrativo do que civil.¹²¹ A pergunta nr. 4 concentra-se na inteligência do Art. 35-H.

A aplicação conjunta-complementar e não subsidiária do CDC e da Lei 9.656/98 aos contratos novos: Crítica ao Art. 35-H da Lei 9.656/98

O Art. 35-H da lei 9.656/98, no texto determinado pela MP 1976-30, de 29 de agosto de 2000, não está dogmaticamente correto, pois determina que norma de hierarquia superior e constitucional, que é a Lei 8.078/90 ou CDC (Art. 48 ADCT/CF88), tenha apenas aplicação subsidiária à normas de hierarquia infra-constitucional, que é a Lei 9.656/98. Parece indicar que há antinomia entre a lei especial nova e a lei geral-principiológica anterior, o que dificulta a interpretação da lei e prejudica os interesses dos consumidores que deseja justamente proteger.

O Art. 35-H atualmente dispõe: "Art. 35-H. 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 nr. 8.078, de 1990"

¹¹⁹ Assim, considerando haver abuso no uso poder regulamentar, ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da, Breves considerações a respeito do poder regulamentar do CONSU, in MARQUES/LOPES/PFEIFFER, p. 158.

¹²⁰ Sobre contratos cativos de longa duração, veja nosso livro, Contratos, p. 68 e seg.

¹²¹ MARQUES, Cláudia, in Saúde e Responsabilidade, p. 121 e seg.

Aplicação cumulativa e complementar das duas leis

Há, em verdade, aplicação cumulativa de ambas as leis aos contratos novos e aplicação isolada do CDC aos contratos anteriores. Há aplicação cumulativa aos contratos novos do CDC, pelo menos de forma unânime "no que couber", uma vez que a Lei 9.656/98 trata com mais detalhes os contratos de planos privados de assistência à saúde do que o CDC, que é norma principiológica e anterior à lei especial. A aplicação cumulativa e complementar destas duas leis pode ser verificada também no plano processual, pois há legitimidade de ações ocasionada pelo CDC e legitimidade administrativa criada pela lei especial, tudo ao mesmo tempo, sem exclusão de um pela criação do outro (cumulatividade e complementaridade).¹²²

Há aplicação cumulativa, como um alguns exemplos podem esclarecer. Imagine-se que, em um contrato novo, um consumidor de planos de assistência à saúde seja lesado por erro médico (esquecimento da gaze cirúrgica em seu corpo) ou por negativa de atendimento (má interpretação da carência), em hospital e com médico credenciado e/ou conveniado pela operadora. A lei nova nada determina sobre o tema da responsabilidade da operadora pelo fato do serviço (erro médico), mas a Lei 8.078/90 determina a solidariedade de toda a cadeia de fornecedores, diretos e indiretos (Art. 14 e §4º sobre o privilégio de responsabilidade com culpa do médico), determina a possibilidade de inversão do ônus da prova etc.¹²³ O CDC será utilizado, assim como a Lei 9.656/98 no que respeita a caracterização da operadora, por ex. UNIMED como fornecedora indireta de serviços (c/c Art. 20 do CDC).

A lei nova determina a internação (Art. 10,11,12 da Lei 9.656/98), mas nada determina sobre o tipo de responsabilidade da operadora pelo vício ou falha do serviço (negativa de internação), mas a Lei 8.078/90 determina a solidariedade de toda a cadeia de fornecedores, diretos e indiretos pela inadequação do serviço contratado, independente de culpa (Art. 20 do CDC), determina a possibilidade de inversão do ônus da prova (Art. 6, VIII), um foro especial para o consumidor (Art. 100 do CDC) e outros direitos. Neste caso o CDC será utilizado, assim como a Lei 9.656/98. Há cumulação de leis, complementaridade de leis, "diálogo das fontes" e não "subsidiariedade". Subsidiariedade significa ordem de aplicação, aplica-se inicialmente uma lei e só após se aplicará a outra. Aqui há complementação, de ambas regulando ao mesmo tempo o mesmo caso, em diálogo, pois não são antinômicas as leis, ao contrário, ambas seguem os princípios similares.

¹²² Neste sentido, recente decisão do STJ no Resp. 177.965-PR não deixa dúvidas, apesar de referir-se a contrato antigo, mas afirma a ementa: "Ação Civil Pública- Ação coletiva- Ministério Público - Legitimidade- Interesses individuais homogêneos - Plano de Saúde - Reajuste da mensalidade - unimed. O Ministério Público tem legitimidade para promover ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos quando existente interesse social compatível com a finalidade da instituição. reajuste de prestações de plano de saúde (Unimed). Art. 82, I, da Lei nr. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Precedentes. Recurso conhecido e provido.", in RSTJ, ano 11, vol. 123, nov. 1999, p. 317.

¹²³ Neste sentido o Resp. 122.505, j. 04.06.1998, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, que em se tratando de cirurgia dentista, com responsabilidade segundo o Art. 14 §4º do CDC, regida pelo sistema geral do CCB., mesmo assim inverteu o ônus da prova a favor do consumidor, pois todo o sistema do CDC se aplica ao mesmo tempo que o CCB (in RSTJ ano. 11, nr. 115, mar. 1999, p. 271 e seg.). Veja também neste sentido, inversão de ônus da prova em dano estético, à unânimidade, mesmo para aqueles Ministros que consideraram obrigação de meio, REsp. 81.101-PR, j. 13.04.1999, Min. Waldemar Zewer, in RSTJ ano. 11, nr. 119, julho 1999, p. 290 e seg.

Subsidiariedade significa também um limite da aplicação da lei subsidiária, o CDC, que se aplicaria somente naquilo que a primeira lei for lacunar ou tema que não regular, o que não é correto. Por exemplo, em contrato individual, está expressamente regulado no parágrafo único do Art. 13 da Lei 9.656/98, que é vedada "II- a suspensão ou rescisão unilateral do contrato, salvo o caso de fraude ou não pagamento da mensalidade por um período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência." Imagine-se um caso de contrato individual, contendo cláusula de rescisão unilateral do contrato, registrado na ANS, em que a operadora faz valer seu "direito" contratual de rescisão unilateral, pois houve faticamente "não pagamento da mensalidade por um período superior a sessenta dias consecutivos" e "o consumidor" foi "comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência". Mesmo assim, pode este consumidor entrar com ação alegando a nulidade da cláusula face ao Art. 54, § 2ª do CDC ("Art. 54, §2º - Nos contratos de adesão, admite-se cláusula resolutória, desde que alternativa, cabendo a escolha ao consumidor,..."). A cláusula é nula de forma absoluta, pois é unilateral, não porque autorizou a rescisão unilateral por falta grave (nova possibilidade regulada pela Lei 9.656/98).

Note-se que não há antinomia entre as normas, a lei especial veda a rescisão unilateral, sem avisar e sem passar o prazo de 60 dias, o CDC, lei especial sobre contratos de adesão com consumidores, veda a cláusula em todos os contratos de adesão, se forem redigidas de forma unilateral, deve ser alternativa permitindo ao consumidor continuar, permitindo retirar-se, ele também, do contrato.

Como estas cláusulas devem ser redigidas de forma bilateral, se incluídas em contratos de adesão, e os planos registrados na ANS, assim o são, segundo o Art. 54 do CDC, fica difícil a defesa da operadora. Dizer que cumpriu com a exigência da ANS também não bastará, como mostraram os casos de consórcios, em que apesar das cláusulas estarem redigidas conforme Portarias foram consideradas abusivas, ou hoje os contratos securitários, todos controlados e registrados na SUSEP e nem por isso isentos de abusividades. Esta possibilidade de discussão judicial (com forte possibilidades de êxito) de uma cláusula especialmente regulada pela Lei 9.656/98 bem demonstra que não há aplicação "subsidiária" ou a posterior do CDC, mas aplicação concomitante, concorrente simples, cumulativa, complementar dos dois diplomas e nos mesmos casos concretos.

O que se pode concluir é que pelo CDC, além da bilateralidade da cláusula, "a escolha" devia caber somente "ao consumidor" (Art. 54, §2º do CDC) e que a lei especial deste tipo de contrato de adesão, permitiu aos fornecedores que eles também rescindam os contratos por falta de pagamento ou fraude, cumpridas algumas exigências de boa-fé e dando possibilidade ao consumidor de sanar o problema (impondo uma conduta cooperativa ou Boa-fé objetiva da operadora) e com isto manter o vínculo contratual.

Trata-se de um privilégio que foi regulado pela Lei 9.656/98 somente para estes fornecedores. Se, porém, a cláusula foi mal redigida e ofendeu os ditames do CDC, é nula e o fornecedor não encontrará abrigo em nenhum privilégio da Lei 9.656/98. Assim, por exemplo, é uma cláusula duvidosa a cláusula constante de um contrato atualmente registrado na ANS, que dispõe: "Este contrato poderá ser rescindido bilateralmente ambas as partes de comum acordo, a qualquer tempo, desde que se cumpra o prazo mínimo de 30 dias, antes do ato rescisório." É duvidosa e pode ser anulada pelos dependentes do consumidor ou pelo MP, por exemplo, pois a escolha pelo CDC deveria ser do consumidor sozinho (não comum acordo, que pressupõe anuência

da AMEP em "perder" o consumidor) e/ou somente em caso de inadimplemento, por mais de 60 dias, pela Lei 9656/98.

Imagine-se um exemplo semelhante, que um contrato registrado na ANS e controlado por esta agência, que esta agência considere que preenche todos os requisitos da Lei 9.656/98, mas que um consumidor ou o Ministério Público de um dos Estados da Federação considere incluir uma cláusula abusiva, segundo o princípio de boa-fé do CDC. Assim, baseado na aplicação cumulativa do Art. 51,IV do CDC, discutirá judicialmente a abusividade ou não da cláusula. Como pode o consumidor ou MP discutir algo que já foi regulado pela Lei 9656/98 ? Pode, pois, o CDC também se aplica cumulativamente e não "subsidiariamente" ao referido contrato.

Em resumo, a aplicação da Lei 9.656/98 a um contrato é um privilégio para os fornecedores de "planos", mas não é um verdadeiro limite à aplicação do CDC a este contrato. A hierarquia constitucional do CDC demonstra sua importância neste exemplo, pois não há como afastar a aplicação cumulativa e principiológica do CDC (e o recurso ao Judiciário pelo sistema de Defesa do Consumidor).

Antinomia de normas: prevalência das normas da Lei 9.656/98 e prevalência dos princípios do CDC

Muitas outras atividades têm leis especiais, como a securitária, por exemplo, o leasing etc. Suas normas especiais contratuais se aplicam, mas também se aplica, em diálogo, complementariamente, o CDC. Mister frisar que no caso da Lei 9.656/98 a situação é mais complexa, pois ela tem forte conotação administrativa. Suas regras de direito civil e de direito do consumidor são, na maioria, meramente impositivas de condutas às operadores (por exemplo, a renovação automática do Art. 14, as exigências contratuais do Art. 10 e as exigências contratuais mínimas do Art. 12 da lei, a entrega de cópia do contrato no Art. 16,§1º, as exigências para substituições de estabelecimento credenciado do Art. 17).

Nas regras de direito civil destacam-se algumas. Há o Art. 11, que é proibitório da cláusula de exclusão de cobertura de doenças preexistentes, há o parágrafo único do Art.13, vedando a recontagem de carências, a suspensão ou rescisão unilateral em alguns casos, assim também o Art. 15 vedando o aumento de faixas não previsto e a variação para consumidores com mais de sessenta em algumas condições, há o Art. 16 impondo um dever de informar às operadoras. Fora destes temas contratuais, a lei tem cunho administrativo, autorizando um novo controle às operadoras, que será exercido pela ANS e outros órgãos nomeados na lei.

O reduzido número de normas de direito civil reduz as antinomias com o CDC. Frise-se agora que são antinomias e não revogações ou ab-rogações. A lei é especial, mas o CDC também é lei especial de proteção do consumidor, um dos sujeitos protegidos pela Lei 9.656/98. A lei 9.656/98 é posterior, mas não é antinômica com o CDC e só poderia afastá-lo naquilo que fosse antinômica e não no que regulou "a par das já existentes". Os princípios de ambas as leis são coincidentes e não antinômicos, mas determinados justamente pelo CDC, por sua origem constitucional. Raro será o conflito de princípios. Neste sentido, os privilégios concedidos às operadoras pela lei 9.656/98 geralmente não são antinômicos ao CDC. Há aplicação cumulativa de leis, cada uma com suas normas, mas ao mesmo tempo, de forma que pode haver violação do CDC e não violação da Lei 9.656/98, pode haver violação da lei 9.656/98 e não haver violação do CDC, por exemplo, em tema de registros ou de tipo societário da operadora.

Mister examinar mais alguns eventuais conflitos existentes entre a legislação especial, posterior à entrada em vigor do CDC, como a lei específica para seguros e planos de saúde¹²⁴, e Lei 8.078 de 1990, visualizada como lei "geral" de tutela dos consumidores em todos os contratos e relações de consumo. Já destacamos anteriormente que a lei especial nova não revoga tacitamente a lei geral anterior. Assim, por exemplo, se a ANS estiver controlando uma cláusula de um contrato a registra e esta cláusula estiver subdividida ou mesmo repetida várias vezes, com textos contraditórios, deve o controle estatal seguir o disposto no Art. 47 do CDC, como princípio.¹²⁵ A interpretação das cláusulas destes contratos é sempre a favor do consumidor (Art. 47 do CDC), prevalecendo a versão mais favorável aos seus interesse e não ao das operadoras que redigiu deste modo falho (com finalidade de lucro ou imperícia) este contrato de adesão. Avisada a operadora que a cláusula será interpretada a favor do consumidor, sem dúvida irá mudar de conduta, pois não atingiu seu intento ao redigir mal a cláusula, qual seja de poder prevalecer-se da cláusula que no momento do sinistro lhe fosse mais conveniente. Aqui a norma pode ser a da Lei 9.656/98, mas o princípio é do CDC, como a jurisprudência tem assentado.¹²⁶

Como ensina Pasqualotto, o "Código de Defesa do Consumidor é fonte de interpretação da Lei nº 9656, conforme previsão expressa do seu art. 3º. Imperioso, portanto, que se verifiquem os principais dispositivos daquele estatuto a serem observados na disciplina dos planos e seguros de assistência à saúde. Um dos dispositivos fundamentais, sem sobra de dúvida, é o art. 47, do CDC. O art. 47 enuncia regra imperativa destinada ao juiz, determinando que as cláusulas contratuais sejam interpretadas de modo mais favorável ao consumidor, que é a parte vulnerável nas relações de mercado... Com efeito, o mercado coloca em posições de desigualdade os fornecedores e os consumidores. Aqueles detêm os meios de produção, distribuição, comercialização e financiamento dos bens e dos serviços aptos à satisfação das necessidades destes. Os primeiros impõem as condições dos contratos, e os segundos sujeitam-se àquele domínio, anuindo inclusive a imposições abusivas, porque desprovidos de poder de barganha... O desequilíbrio estrutural do mercado exige uma

¹²⁴ [Veja detalhes da compatibilização desta lei sobre contratos de seguro](#) com o CDC, em nossa obra, *Contratos*, p. 187 e seg.

¹²⁵ Assim também ensina PASQUALOTTO, p. 51 e seg. Citando a p. 53, as seguintes decisões: TJSP, 1ª Câmara de Direito Privado, Ap. Cível nº 282.269-1/9-SP (...). Em sentido diametralmente oposto, a ACv nº 596.115.519, da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: "(...) PLANO DE SAÚDE. INVALIDADE DE CLÁUSULA, POR INCOMPREENSÍVEL, QUE SE FASTA. (...) A interpretação deve ser, sempre, a mais favorável ao consumidor. Art. 47, do CDC. Assim, se a cláusula restritiva, eventualmente, ostenta-se pouco precisa, eventual prejuízo, na interpretação, deve ser debitado ao predisponente, contrato de adesão que é o que instrumenta negócio de seguro-saúde. (...)". Em sentido análogo a esta última decisão, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro improveu apelação de seguradora, mantendo a sentença que a condenou a pagar cirurgia plástica restauradora e corretiva de outras, consignando na ementa: "(...) Código de Defesa do Consumidor e direito adquirido. Limitação dos riscos. Contrato de adesão e interpretação benéfica à parte mais fraca. Recurso não provido" (ACv nº 500/96)

¹²⁶ Esta tem sido a aplicação jurisprudencial no caso, veja por exemplo a decisão de SP: "Plano de saúde-Cláusula contratual que prevê o prazo de carência de quinze meses para os casos de internação clínica de urgência- Caso em que a internação se deu pela necessidade de urgente intervenção cirúrgica - Interpretação mais favorável ao consumidor que aderiu ao contrato - ausência do devido destaque das cláusulas limitativas do direito do consumidor - Reembolso determinado" JEPC, Rec. 4124, j. 01.10.98, in Revista dos Juizados Especiais, ano 4, vol. 11, jan/mar.1999, p. 64. E decisões do RS: "Seguro saúde. Ressarcimento, em face da negativa de cobertura. Tratando-se de contrato de adesão e coletivo, as cláusulas limitadoras devem ser interpretadas de modo favorável ao consumidor." JEPC, Proc. 100911032, Ap.71000036764, Turma Recursal, Porto Alegre, Rel. Mylene Maria Michel, 03.11.99, in Revista dos Juizados Especiais, nr. 26/27, agosto/dezembro 1999, p. 86

interpretação sistemática das regras jurídicas protetoras das relações de consumo. Uma das premissas do raciocínio é o art. 47, do CDC. Note-se, a propósito, que no seu texto não há qualquer referência a dúvida, que, na análise estruturalista, perde a condição de pré-requisito de aplicação do princípio favor debilis. Não fosse assim, poderíamos chegar ao absurdo de que, quanto mais manifestamente leonina fosse uma cláusula contratual, menos impugnável se tornaria.¹²⁷ A interpretação favorável é devida ao consumidor como modo de compensação da sua desigualdade negocial... Porquanto cumpra a função de compensar o desequilíbrio estrutural do mercado, o art. 47, do CDC, concretiza, no âmbito das relações de consumo, um dos objetivos fundamentais da República, enunciado no art. 3º, inc. I, da Constituição..."¹²⁸.

O STJ já aceitou esta posição, pois em caso que o Tribunal de Justiça/RJ considerou cláusula de limitação de dias de internação correta, "frente às disposições do Código de Defesa do Consumidor, pois a mesma não se entremostra iníqua e abusiva, seus termos são claros e lhe permitem a exata compreensão"¹²⁹, o Superior Tribunal de Justiça, ao contrário, considerou a mesma cláusula "clara" como abusiva e contrária ao CDC, isto em contrato antigo de "plano", com a seguinte e expressiva ementa:

"Plano de Saúde- limite temporal da internação
- Cláusula abusiva.

1. É abusiva a cláusula que limita no tempo a internação do segurado, o qual prorroga sua presença em unidade de tratamento intensivo ou é novamente internado em decorrência do mesmo fato médico, fruto de complicações da doença, coberto pelo plano de saúde. 2. O consumidor não é senhor do prazo de sua recuperação, que, como é curial, depende de muitos fatores, que nem mesmo os médicos são capazes de controlar. Se a enfermidade está coberta pelo seguro, não é possível, sob pena de grave abuso, impor ao segurado que se retire da unidade de tratamento intensivo, com risco severo de morte, porque está fora do limite temporal estabelecido em uma determinada cláusula. Não pode a estipulação contratual ofender o princípio da razoabilidade e se o faz,

¹²⁷ Curiosa é a decisão seguinte, transcrita por José Luiz Toro da Silva ("Comentários à Lei dos Planos de Saúde", Porto Alegre, Síntese, 1998, p. 40), que parece confirmar o raciocínio oblíquo de cuja existência duvidou-se acima: "SEGURO – Plano de saúde – Paciente com AIDS. Apólice que prevê, expressamente, a não-cobertura dessa doença. Impossibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, no caso, em face de inexistir dúvida quanto à interpretação da cláusula. (...) TJSP, 1ª Câmara de Direito Privado, Ap. Cível nº 282.269-1/9-SP (...)". Em sentido diametralmente oposto, a ACv nº 596.115.519, da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: "(...) PLANO DE SAÚDE. INVALIDADE DE CLÁUSULA, POR INCOMPREENSÍVEL, QUE SE FASTA. (...) A interpretação deve ser, sempre, a mais favorável ao consumidor. Art. 47, do CDC. Assim, se a cláusula restritiva, eventualmente, ostenta-se pouco precisa, eventual prejuízo, na interpretação, deve ser debitado ao predisponente, contrato de adesão que é o que instrumenta negócio de seguro-saúde. (...)". Em sentido análogo a esta última decisão, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro improveu apelação de seguradora, mantendo a sentença que a condenou a pagar cirurgia plástica restauradora e corretiva de outras, consignando na ementa: "(...) Código de Defesa do Consumidor e direito adquirido. Limitação dos riscos. Contrato de adesão e interpretação benéfica à parte mais fraca. Recurso não provido" (ACv nº 500/96, transcrita por Osiris Borges de Medeiros, in "Seguro Saúde", Rio de Janeiro, Destaque, p. 186).

¹²⁸ PASQUALOTTO, op. cit., p. 51 a 54.

¹²⁹ Reprodução da ementa do TJ/RJ, in RSTJ, a. 11, vol. 121, set. 1999, p. 291.

comete abusividade vedada pelo Art. 51,IV do Código de Defesa do Consumidor. Anote-se que a regra protetiva, expressamente, refere-se a uma desvantagem exagerada do consumidor e, ainda, a obrigações incompatíveis com a boa-fé e a equidade."¹³⁰

A aplicação somente do CDC aos contratos anteriores à vigência da Lei 9.656/98

De grande relevância prática é a complementaridade existente entre a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e a Lei nº 9.656/98. Com a vigência da Lei nº 9.656/98, não houve a revogação tácita ou expressa de aplicabilidade do Código do Consumidor às relações jurídico-sociais de consumo de planos ou seguros de saúde, logo, tratam-se de leis que se completam e complementam e somente em caso de antinomia, a lei hierarquicamente superior deve prevalecer, no caso, o CDC. Ademais, aos contratos anteriores à Lei nº 9.656/98, também contratos de consumo, aplicam-se somente os preceitos do CDC para evitar a retroatividade mínima afastada pela jurisprudência brasileira.

Segundo a jurisprudência atual e reiterada do Superior Tribunal de Justiça, a lei nova, mesmo o Código de Defesa do Consumidor, não se aplica aos contratos assinados antes da entrada em vigor desta lei.¹³¹ Apesar das opiniões contrárias, estabeleceu o Supremo Tribunal Federal uma forte linha de proibição da retroatividade mínima de qualquer lei, mesmo as de ordem pública, face ao mandamento constitucional de manutenção dos direitos adquiridos com base em contrato anterior à vigência da lei nova e da visão deste contrato como ato jurídico perfeito e intocável pelo legislador.

Os contratos anteriores não são, em princípio, afetados pela nova lei e continuam a ser regidos pelo CDC, mas é claro que a interpretação atual do CDC não pode deixar de considerar os avanços positivados pela nova lei. Neste sentido, a aplicação do CDC aos contratos anteriores recebe agora uma nova luz com a definição de abuso e cláusulas abusivas trazidas pela nova lei. Os direitos adquiridos dos consumidores com base nos planos e seguros anteriores, geralmente mais completos do que os segmentados planos agora oferecidos, assim como a impossibilidade de preços diferenciados e agravos aos consumidores anteriores devem ser destacados e, especialmente, eficazmente protegidos sob a égide do CDC. Há urgente necessidade de "segurança e estabilidade" nas relações jurídicas de planos e seguros de saúde entre fornecedores e consumidores neste país.¹³²

A aplicação retroativa a estes contratos da nova Lei 9.656/98, somente poderá se dar se por força do próprio CDC, em um verdadeiro diálogo de fontes, como especificou Erik Jayme.¹³³ Efetivamente, o CDC trabalha com cláusulas gerais, como a da conduta segundo a boa-fé do combate ao abuso e ao desequilíbrio contratual, logo é possível ao juiz considerar que a nova lei consolidou o que é (e já era) abusivo segundo

¹³⁰ Resp. 158.728-RJ, j. 16.03.1999, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, in RSTJ, a. 11, vol. 121, set. 1999 p. 289 e seg.

¹³¹ Veja por todos, o Recurso Especial 126.407-RJ, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 28.04.98, cuja ementa é: "Plano de Saúde. Responsabilidade civil. Cláusula de carência. Código de Defesa do Consumidor, Súmula n. 07 da Corte. 1. Como afirmado na jurisprudência da Corte, o Código de Defesa do Consumidor não se aplica aos contratos anteriores à sua vigência."

¹³² Sobre "segurança e estabilidade da vida social" através do direito intertemporal, veja Tenório, Oscar, Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, Borsoi, Rio de Janeiro, 1955, p. 207.

¹³³ Assim JAYME, Recueil des Cours, p. 36 e seg.

o CDC e ofensivo, pois as suas normas, então em vigor. O espírito do intérprete deve aqui ser guiado pelo do artigo 7º do CDC, que como uma interface aberta do sistema tutelar dos consumidores (*lex specialis rationae personae*), estabelece que a legislação tutelar incorpora todos os direitos assegurados aos consumidores em legislação ordinária, tratados etc. A *ratio legis* é, pois, de incorporar os "direitos" assegurados nas leis especiais e não os deveres, o ônus, ou o retroceder da interpretação judicial já alcançada apenas com a lista de direitos asseguradas pelo CDC.¹³⁴

Se a lei nova quisesse revogar algum direito do consumidor assegurado pelo CDC teria que fazê-lo expressamente ou elaborando normas expressamente em conflito com as do CDC, o que incoorre, ao contrário, reafirma a aplicação conjunta de ambas as leis. Para os contratos anteriores, pois, vige apenas o CDC, mas sob a luz do que agora foi positivado como legalmente abusivo (limitações, cláusulas de exclusão muito amplas, como a de doenças preexistentes, aumentos desmesurados e não-informados face a idade etc.), assegurando assim novo brilho aos direitos dos consumidores já assegurados de forma genérica no CDC e, portanto, já incorporados ao contrato anterior. É como se o aplicador do CDC estivesse fazendo uma interpretação teleológica (logo, atual) do fim do texto então existente, mas esta interpretação, como todas as outras, deve ser pró-consumidor (art. 47 do CDC), incorporando apenas o que vier a favorecer-lo e não o que vier a reduzir, limitar ou violar seus direitos assegurados pelo CDC e pela jurisprudência anteriormente estabelecida.

É o denominado, por Erik Jayme, de diálogo das fontes,¹³⁵ antes destacado e cada vez mais comum no direito atual onde a revogação expressa é cada vez mais rara e a derrogação impossível pelos diferentes campos de aplicação, cada vez mais difusos e modificáveis segundo os papéis exercidos na sociedade. Em verdade é apenas uma luz nova para preencher a norma antes existente e evitar o conflito, com a opção constitucional pelo valor mais alto em conflito nesta antinomia. Nunca é demais lembrar que o CDC tem origem constitucional e que, em caso de antinomia, a opção deve valorar hierarquicamente o CDC, pois é direito fundamental do brasileiro à proteção de seus direitos como consumidor.

Como já tivemos a oportunidade de afirmar: " Em 22 de março de 1999, o Ministério da Justiça, através de Portaria SDE nr. 3, de 19 de março, explicitou mais uma vez o elenco - aberto - de cláusulas abusivas por violação da boa-fé (art. 51,IV do CDC), como autoriza o art. 56 do Decreto nr. 2.181/97 e considerou duas cláusulas dos planos e seguros anteriores à lei como abusivas.¹³⁶

A Portaria nr. 3 ao regular/interpretar os contratos anteriores usando as definições de abuso concretizadas na nova lei, estabeleceu o princípio que, na concretização das cláusula geral de boa-fé imposta pelo art. 51,IV do CDC, o aplicador da lei e julgador pode e deve utilizar-se das noções de abuso de direito agora positivadas na nova lei de seguro-saúde. Em outras palavras, trazendo nova luz à aplicação do CDC,

¹³⁴ Sobre o patamar de proteção já alcançado com a aplicação do CDC, veja relatórios do levantamento da jurisprudência em São Paulo e no Rio Grande do Sul, também publicados in Revista Direito do Consumidor, vol. 28 e 29.

¹³⁵ Jayme, Recueil des Cours, p. 247 e seg. Veja sobre o pluralismo de fontes no direito atual, Friedman, Lawrence, *The Republic of Choice - Law, Authority and Culture*, Cambridge/Massachusetts, Harvard University Press, 1994.p. 11.

¹³⁶ É discutível se, por Portaria, é possível "complementar" a lista do art. 51 do CDC, como afirma a própria Portaria nr. 3/99. De qualquer maneira, o Decreto regulamentador pode ser interpretado conforme a Constituição, concedendo competência ao Ministério da Justiça para - administrativamente- concretizar o que é violador da boa-fé (art. 51,IV do CDC) e, assim, facilitar a atividade do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, por ele comandado (art. 5 do CDC).

a nova lei é usada indiretamente para facilitar a aplicação e concreção das normas já existentes do CDC.

Os avanços conseguidos com a nova lei são, assim, de um lado a positivação do que a jurisprudência pátria em sua maioria já considerava abusivo e de outro, revertem em nova luz para facilitar a jurisprudência futura, que com base nas aplicáveis normas do CDC, interpretadas conforme a nova visão da lei, generalizam os avanços da nova lei, mesmo aos contratos anteriores, se nestes estiverem as cláusulas agora expressamente consideradas abusivas.

Segundo a Portaria SDE nr. 3/99 são abusivas as cláusulas que "1.Determinem aumentos de prestações nos contratos de planos e seguros de saúde, firmados anteriormente à Lei 9.656/98, por mudanças de faixas etárias sem previsão expressa e definida;" e as que "2. Imponham, em contratos de planos de saúde firmados anteriormente à Lei 9.656/98, limites ou restrições a procedimentos médicos (consultas, exames médicos, laboratoriais e internações hospitalares, UTI e similares) contrariando prescrição médica."¹³⁷

A ANS, hoje, não faz parte do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, determinado pelo Decreto 2.181, de 20 de março de 1997, em seu Art. 2º, incluindo todos os "órgãos federais, estaduais e municipais e as entidades civis de defesa do consumidor" e coordenado pelo DPDC/MJ, conforme seu Art.3º. Logo, não se submete à Portaria SDE nr. 3/99, mas pode considerá-la como qualquer outra norma indicativo-política. Com a criação de uma Agência de Defesa do Consumidor e da Concorrência é bem possível que a colaboração e os convênios entre as agências permitam uma maior atividade da ANS em favor do consumidor, o que fortemente sugerimos.

Sugestão de modificação do Art. 35-H nas próximas MPs

Como o Art. 35-H da lei 9.656/98, no texto determinado pela MP 1976-30, de 29 de agosto de 2000, não está dogmaticamente correto, pois determina que o CDC tenha apenas aplicação subsidiária à normas da Lei 9.656/98, e dificulta a interpretação da lei, sugerimos a sua modificação de forma a evitar o prejuízo aos interesses dos consumidores. Sua ratio deveria ser a de aplicação cumulativa de ambas as leis, no que couber, uma vez que a lei 9.656/98 trata com mais detalhes os contratos de planos privados de assistência à saúde do que o CDC, que é norma principiológica e anterior à lei especial.

Assim, ao analisar a inteligência do Art.35-H, mister sugerir sua modificação. O Art. 35-H atualmente dispõe: "Art. 35-H. 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 nr. 8.078, de 1990" Parece-me que o Art. 35-H poderia ter seu texto modificado da seguinte forma: "Art. 35-H. Aplicam-se 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 nr. 8.078, de 1990, não devendo haver qualquer prejuízo aos direitos fundamentais dos consumidores em virtude da aplicação da Lei 9.656/98 aos seus contratos."

Trata-se de um bis in idem, pois a aplicação cumulativa do CDC já existe e o limite constitucional de proteção aos direitos fundamentais também, mas o texto é esclarecedor da hierarquia das normas envolvidas e pode evitar muitas discussões

¹³⁷ DOU de 22 de março de 1999.

judiciais, prevenindo danos aos consumidores, o que também pode ser um argumento a sua manutenção. Ideal teria sido que a Lei 9.656/98 não tivesse expressamente mencionado a subsidiariedade do CDC, pois se agora esta norma do Art. 35-H desaparecer, poderão as operadoras considerar-se, pelo menos inicialmente, desobrigadas até de cumprir subsidiariamente com o CDC. Isto seria muito negativo ao mercado brasileiro e à proteção do consumidor, pelo que sugiro a manutenção do Art. 35-H com este texto novo ou pelo menos com a supressão da expressão subsidiariamente. Note-se que as antigas menções da aplicabilidade do CDC (art. 3º da referida lei especial) e de que a aplicação conjunta do CDC e da lei especial "não implique prejuízo ao consumidor" (§ 2º do art. 35 da Lei 9.656/98), no texto novo da MP-30 já foram retiradas.

Parte III – A nova legislação e o combate às cláusulas abusivas

Três valores são cada vez mais raros e , por isso, valiosos no mundo atual: segurança, previsibilidade e proteção contra riscos futuros. Estes três valores são oferecidos no mercado justamente através dos planos e seguros privados de saúde. Estes chamados contratos de planos e seguro de assistência à saúde possibilitam a transferência legal de riscos futuros envolvendo a saúde do consumidor e de seus dependentes a serem suportados por empresas de assistência médica, cooperativas ou seguradoras, prometendo a seu turno segurança e previsibilidade, face ao pagamento constante e reiterado das mensalidades ou prêmios.¹³⁸ A relação entre paciente e médico sempre foi caracterizada como uma relação de confiança.¹³⁹ No mundo de hoje, parte desta confiança (fides) vai ser transferida para o organizador destes planos e seguros,¹⁴⁰ confiança que o consumidor deposita na adequação e qualidade dos serviços médicos intermediados ou conveniados, na previsibilidade da cobertura leal dos eventos futuros relacionados com saúde. É um contrato para o futuro e assegurado do presente, é um contrato de consumo típico do final do século (um fazer de segurança e confiança), oneroso e sinalagmático, de um mercado em franca expansão, onde a boa-fé deve ser a tônica das condutas.

A grande contribuição do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) ao regime das relações contratuais no Brasil foi ter positivado normas específicas impondo o respeito à boa-fé na formação e na execução dos contratos de consumo, confirmando o princípio da boa-fé como um princípio geral do direito brasileiro¹⁴¹, como linha teleológica para a interpretação das normas de defesa do consumidor (art. 4,III do CDC),¹⁴² como cláusula geral para a definição do que é abuso contratual (art. 51, IV do CDC), como instrumento legal para a realização da harmonia e equidade das relações entre consumidores e fornecedores no mercado brasileiro (art. 4 I

¹³⁸ Veja detalhes em nosso artigo de doutrina, Abusividade nos contratos de seguro-saúde e de assistência médica no Brasil, in: Revista AJURIS, vol. 64 (1995), p. 34 e seg.

¹³⁹ Assim Bourgoignie, Thierry, *En guise de conclusion - Les relations patients-medecins de demain*, in: Actes des VIIIes Journées du droit de la consommation des 6 a 7 de décembre 1993, INC HEBDO/866, p. 82.

¹⁴⁰ Assim também Ghersi, Carlos Alberto, *Contrato de Medicina prepaga*, Ed. Astrea, Buenos Aires, p. 201.

¹⁴¹ Veja afirmativo, Couto e Silva, Clóvis, *O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português*, in: O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva-Obras completas, Organizadora Vera Jacob de Fradera, Ed. Livraria dos Advogados, Porto Alegre, p. 48.

¹⁴² Assim Eros Roberto Grau, *Interpretando o Código de Defesa do Consumidor: Algumas Notas*, in: Direito do Consumidor, vol. 5 (1993), p.185.

e III do CDC) e como novo paradigma objetivo limitador da livre iniciativa e da autonomia da vontade (art. 4,III do CDC combinado com art. 5, XXXII e Art. 170,caput e inciso V da Constituição Federal).¹⁴³ Os contratos de planos de saúde, medicina pré-paga agora em análise, caracterizam-se como contratos cativos de longa duração¹⁴⁴, categoria que procuramos examinar em nosso livro sobre contratos,¹⁴⁵ procurando demonstrar a estreita, cativa e contínua vinculação entre o fornecedor (organizador) dos serviços, no caso as cooperativas, e os consumidores representados pela UFRGS, assim como as especialidades desta relação contratual complexa envolvendo serviços de saúde considerados essenciais, por oferecer segurança e garantia contra riscos futuros, e antigamente prestados pelo Estado.

O CDC não contém uma definição legal do que considera abusivo, preferindo ora indicar a abusividades em casos expressos (Art. 53 do CDC sobre a abusividade da cláusula de perda total das prestações pagas); ora deixar sua determinação no caso concreto à jurisprudência, fixando apenas uma cláusula geral (Art. 51, inciso IV do CDC sobre a cláusula geral de boa-fé), ora listando exemplos de cláusulas abusivas e de condutas comerciais abusivas (listas dos Art. 51 e 39 do CDC). A abusividade pode ser vista ou definida de forma subjetiva ou objetiva. Estes dois caminhos são possíveis e ainda hoje muito úteis.¹⁴⁶ Uma aproximação objetiva conecta a abusividade com paradigmas modernos, como o da boa-fé objetiva ou com a antiga figura da lesão, como se seu elemento principal diferenciador fosse o resultado objetivo originado pela conduta (maliciosa ou não) do agente. Relevante seria então o prejuízo grave sofrido objetivamente pelos consumidores, o desequilíbrio geral resultante de uma cláusula imposta (mesmo que sua imposição não se origina-se da vontade subjetiva do fornecedor), a falta de razoabilidade ou de comutatividade do exigido pela previsão contratual. A tendência hoje é privilegiar as aproximações objetivas, que protegem a segurança das relações na sociedade, a confiança depositada nas declarações e nas atuações lícitas no mercado de consumo.¹⁴⁷ Limita-se assim o poder básico da autonomia da vontade. As normas do CDC são imperativas e de ordem pública (Art. 1 do CDC), estabelecendo novos limites a autonomia da vontade.

As duas visões da abusividade ainda são úteis e como destaca Hélène Bricks¹⁴⁸ as cláusulas abusivas apresentam justamente como características comuns, o seu fim e o seu efeito. O fim comum das cláusulas abusivas seria a melhoria da situação contratual daquele que redige o contrato ou detêm posição contratual preponderante, o fornecedor, transferindo assim ao consumidor riscos que normalmente deveria suportar, segundo o direito supletivo. O efeito comum das cláusulas abusivas é o desequilíbrio do contrato em razão de sua inclusão e da falta de reciprocidade e unilateralidade dos direitos assegurados através da cláusula ao fornecedor.

Por fim, cabe mencionar que a abusividade cláusulas pode estar no desequilíbrio geral da engenharia contratual e não em seu texto, se visto de forma isolada. A interpretação destas cláusulas é sempre a favor do consumidor (Art. 47 do CDC) e a sua declaração como abusivas dependerá, portanto, da sua inserção no texto contratual, naquela relação contratual específica, naquele tipo de contrato de consumo.

¹⁴³ Assim nos manifestamos em nosso livro, *Contratos*, p. 83 e seg.

¹⁴⁴ Preferimos esta denominação à denominação usada na Argentina, qual seja de contratos pós-modernos, veja Ghersi, *La Posmodernidad Jurídica- Una discusión abierta*, Ed. Gowa, Buenos Aires, 1995, p. 45ss.

¹⁴⁵ Veja o nosso *Contratos*, 1999, p.68ss.

¹⁴⁶ Veja detalhes em Bourgoinie, Thierry, *Le contrôle des clauses abusives dans l'intérêt du consommateur- Belgique*, in: *Revue internationale de droit comparé*, n. 3, 1982, p. 519ss.

¹⁴⁷ Veja nosso estudo em direito comprado, in: *Contratos*, ob. cit., p. 295.

¹⁴⁸ Bricks, Hélène, *Les clauses abusives*, LGDJ, Paris, 1982, p. 8

Neste sentido vale repetir o disposto no Art. 3 da Diretiva.93/13 da Comunidade Européia: „as cláusulas contratuais que não se tenham negociado individualmente considerar-se-ão abusivas se, frente as exigências da boa-fé, causam em detrimento do consumidor um desequilíbrio importante entre os direitos e obrigações das partes que derivam do contrato.¹⁴⁹

Segundo Antônio Janyr Dall’Agnoll Jr. a nulidade das cláusulas abusivas prevista no sistema do CDC (Art. 51 caput) é uma nulidade absoluta. O magistrado gaúcho apoia-se no sistema tradicional brasileiro de nulidades, onde as nulidades cominadas, previstas expressamente em lei ou através de proibições legais diretas, se nada em contrário especificam, nulidades absolutas são.¹⁵⁰ Neste sentido, as proibições da Lei 9.656/98 (o Art. 11, proibindo a cláusula de exclusão de cobertura de doenças preexistentes, o parágrafo único do Art.13, vedando a recontagem de carências, a suspensão ou rescisão unilateral em alguns casos, e o Art. 15 vedando o aumento de faixas não previsto e a variação para consumidores com mais de sessenta em algumas condições) também levariam a nulidade absoluta das cláusulas contratuais, nulidade esta que pode ser declarada *ex officio* e, no caso do controle prévio administrativo, impediria o registro e daria azo à imposição de multas, se utilizadas, mesmo após a proibição específica.

O Art. 39 do CDC veda algumas práticas comerciais como abusivas e o caput do Art. 51 do CDC dispõe que são „nulas de pleno direito“ as cláusulas abusivas previstas em contratos envolvendo o fornecimento de produtos e serviços no mercado para consumidores, sejam contratos de adesão ou contratos discutidos individualmente.¹⁵¹

Observações sobre a nova lei

A Lei 9.656/98, por sua vez, proíbe algumas cláusulas e práticas abusivas, justamente porque não informadas, não suficientemente destacadas ou esclarecidas, porque unilaterais ou porque desequilibradoras do equilíbrio contratual. O Art. 11 da lei proíbe a cláusula de exclusão de cobertura de doenças preexistentes, após 24 meses, já o parágrafo único do Art.13 da Lei veda a recontagem de carências, a suspensão ou rescisão unilateral em alguns casos; assim também o Art. 15 veda o aumento de faixas não previsto e a variação para consumidores com mais de sessenta em algumas condições. Aqui, como são cláusulas defesas em lei, há nulidade absoluta (Lei 9.656/98 c/c Art. 145. V do Código Civil Brasileiro ou c/c Art. 51,IV do CDC). Mencione-se ainda o Art. 16 da lei que impõe um dever de informar às operadoras.

¹⁴⁹ Publicada no JOCE L 95/31 de 21.4.93.

¹⁵⁰ Dall’Agnoll, Antônio Janyr Jr, Cláusulas Abusivas: A opção brasileira, in: Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul, Claudia Lima Marques (Coord.), Ed. Livraria dos Advogados, Porto Alegre, 1994, p. 38. Veja, defendendo a opinião que as nulidades do CDC nulidades com características especiais seriam, por tratar-se de um microsistema autônomo, Nery, Nelson Jr., in: Código de Defesa do Consumidor- Comentários dos Autores do Anteprojeto de Lei, Forense, 1991, p. 298.

¹⁵¹ Veja Aguiar, Ruy Rosado de Jr., Cláusulas Abusivas no Código do consumidor, in: Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul, Claudia Lima Marques (Coord.), Ed. Livraria dos Advogados, Porto Alegre, 1994, p. 20. O autor defende, porém, uma certa diferenciação na lista exemplificativa do Art. 51, concluindo que o regime é quase semelhante ao alemão, de cláusulas nulas e cláusulas onde a valoração é positiva (lista preta e cinza).

Doenças preexistentes e abuso

Quanto às cláusulas desequilibradoras, destaca-se a norma do Art. 11, que indiretamente permite a exclusão de doenças preexistentes nos primeiros 24 meses, impondo apenas à operadora o ônus de provar que o consumidor (e demonstrar) que o consumidor ou o "beneficiário" tinha "conhecimento prévio" da existência da doença. O parágrafo único veda a suspensão da assistência do "consumidor ou beneficiário" até a realização da referida prova. Destaque-se como negativo para o direito do consumidor, que um risco profissional das seguradoras (que não realizavam testes e exames nos consumidores antes de incluí-los em suas listas e receber mensalmente suas contribuições mensais e pagamentos), como determinava a jurisprudência, foi transferido para o consumidor, que agora deve arcar com uma carência genérica de 2 anos, sendo que o contrato tem prazo de um ano apenas. Assim ensina o Resp. 229078-SP:

"Seguro-Saúde. Exclusão de proteção. Falta de prévio exame. - A empresa que explora plano de seguro-saúde e recebe contribuições de associado sem submetê-lo a exame, não pode escusar-se ao pagamento da sua contraprestação, alegando omissão nas informações do segurado. - O fato de ter sido aprovada a cláusula abusiva pelo órgão estatal instituído para fiscalizar a atividade da seguradora não impede a apreciação judicial de sua invalidade."¹⁵²

Da mesma forma pelas resoluções do CONSU pode o consumidor para evitar a nova carência, declarar sua doença e pagar um agravo, caso ainda raro no país. Note-se também que a redação do Art. 11 é tal que veda a cláusula, autorizando-a... Note-se também que o Art. 11 menciona um "consumidor" e um "beneficiário", o que pode ser importante nos contratos coletivos e familiares. Que beneficiário é este que não é consumidor pelo CDC? Aqui há erro terminológico, o beneficiário, que é destinatário final do serviço médico é consumidor, ex vi art. 2 do CDC. Imagina-se que os redatores da MP enganaram-se terminologicamente, mas não de intenção, que pode ser a de beneficiar ainda mais as operadoras e prejudicar os consumidores. Basta interpretar literalmente a norma: se o "beneficiário", o doente sabia de sua doença, mas o empregador, o sindicato, o pai de família ("consumidor") que assinou o contrato coletivo ou familiar e pagou o custo por quase dois anos...não sabia da doença "preexistente", bem esta desonerada a operadora de cobrir esta "doença preexistente". Só pode ser esta intenção do Art. 11 da MP-30 ao subdividir, a contrario do CDC, entre beneficiário e "consumidor". Aplicando-se o CDC todos são consumidores, os contratantes e os beneficiários, como afirmamos na parte I deste parecer.

Um exemplo prático pode esclarecer quão negativa é a norma do Art. 11 para os consumidores. Na jurisprudência antiga as carências tinham que ser razoáveis, proporcionais à intervenção e não maiores do que o tempo de duração do contrato.¹⁵³ Agora a norma do Art. 11 cria uma carência duas vezes maior do que a duração primeira do contrato e para toda e qualquer doença. Assim, se a "doença preexistente" é

¹⁵² Resp. 229078-SP, j. 09.11.99, Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 07.02.2000.

¹⁵³ Assim, conclui "que é necessário um temporeo adequado para evitar excessos", DIREITO, Carlos Alberto Menezes, O Consumidor e os planos de saúde, in Revista Forense, vol. 328, out/dez.1994, p. 316.

um leve catarata nos olhos, e o consumidor não informa ao sindicato que sofre deste "mal", bem o beneficiário do "plano" imagina-se coberto e marca a cirurgia de correção, cirurgia não muito custosa, no final do primeiro ano, pode a operadora alegar preexistência e provar.

Importante destacar que a aplicação do CDC às cláusulas de exclusão de doenças preexistentes não só tornou algumas delas ineficazes, por abusivas e nulas, mas determinou a inversão ex vi lege do ônus de provar que a aquela doença era preexistente¹⁵⁴ e que o consumidor dela sabia. Como as empresas de praxe não exigem exames médicos detalhados para a inclusão dos consumidores, prevalece a presunção de boa-fé do consumidor.¹⁵⁵ Se não realizaram os exames e aceitaram o consumidor em suas condições, aceitaram implicitamente cobrir suas doenças, caso não haja previsão contratual sobre as condições especiais de aceitação do consumidor. Assim é a tendência da jurisprudência do STJ, como bem demonstra o REsp. 198.015/GO.¹⁵⁶

Na nova lei também tornam-se litigiosas as doenças preexistentes,¹⁵⁷ também excluídas a sua cobertura por previsão contratual por 24 meses. O art. 11 da Lei não é positivo para o consumidor brasileiro, pois legitima cláusula de exclusão considerada pacificamente como abusiva pela jurisprudência brasileira.¹⁵⁸ Isto porque o art. 11 não veda a exclusão de doenças preexistentes, mas sim a autoriza legalmente. Em verdade o art. 11 autoriza que todos os contratos, inclusive o plano-referência, possuam cláusula de exclusão de doenças preexistentes, sem que a seguradora tenha que fazer o exame prévio antes exigido pela jurisprudência.

A jurisprudência considerou abusiva esta cláusula de exclusão justamente por sua generalidade, porque fora os acidentes toda e qualquer doença pode-se dizer e provar medicamente ser preexistente, por congênita, genética ou em estágio inicial por muito tempo. É abusiva também, pela desproporção entre direitos e deveres que pode causar. O atual art. 11 da lei entra em choque com a jurisprudência, que se baseia na idéia que se a operadora aceita a informação do consumidor e o aceita em seu plano sem o submeter a exames prévios, deve arcar com as suas doenças, mesmo que já potenciais naquela época. Isto porque é risco profissional das empresas contratar com pessoas potencialmente doentes e em risco de saúde. Suportar riscos de saúde e de desenvolvimento de doenças futuras é a finalidade do plano. Parece-me não ser suficiente

¹⁵⁴ Exemplo é a decisão do JE/SP: "Contrato de Assistência médica- inoocorrência de nulidade por falta de requerimento específico de perícia médica - impertinente a negativa de cobertura, ante a alegação de doença preexistente - fatos imporvados pela prestadora de serviços, que tinha este ônus - sentença de procedência mantida- Recursos improvido" Rec. 5465, j. 27.06.99, Re. James Siano, in RJE, ano 4, vol. 13, jul/set 1999, p. 45. E, a p. 46, o Relator arremata: "Reconhecidamente se trata de relação de consumo, cujo ônus de demonstrar a preexistência se impunha à recorrente, nos moldes do Art. 6 do CDC, o que não ocorreu durante a instrução"

¹⁵⁵ Veja o regime desta cláusula bastante comum, no nosso artigo na Revista AJURIS 64, p. 64ss.

¹⁵⁶ "A jurisprudência vem se inclinando no sentido de impor a prestadora de serviços o ônus de submeter os interessados, no momento da contratação, à avaliação médica, sob pena de arcar com os riscos do negócio por eventual omissão (Resp. 198.015/GO, STJ)." in Rec. 5465, j. 27.06.99, Re. James Siano, in RJE, ano 4, vol. 13, jul/set 1999, p. 47.

¹⁵⁷ Veja protesto do Deputado José Pinotti na audiência pública de 18/04/96, CFT N.0244/96, p. 23: "[O Plano exclue] também as doenças preexistentes. Pode-se provar muito facilmente que uma mulher com câncer de mama, que assinou um seguro-saúde há dois anos, já tinha o câncer há cinco anos, porque é verdade. O câncer de mama leva dez anos antes de aparecer como um tumor de dois centímetros. Portanto, esse plano é um absurdo..."

¹⁵⁸ Veja leading case do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior e decisões exemplares dos Tribunais de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e São Paulo, veja por todas do TJRS Ap.Civ. 589041169, Ap.Civ. 594087447, Ap.Civ. 592018170, e do TJSP Ap. Civ. 270238-1, Rec. 2.377, Rec. 1.341, Rec. 1.100 e Rec. 2.531.

A inversão do ônus da prova neste caso se reintroduz a lei a idéia de má-fé subjetiva do consumidor ou do beneficiário. Esta subjetividade é um retrocesso, pois o código de defesa do consumidor não exige a má-fé subjetiva do consumidor; não exige a prova que ele sabia da sua doença. Ao contrário, o CDC e a jurisprudência brasileira presumem a boa-fé do consumidor e a obrigação da operadora de cobrir estas doenças (Art. 24 e 25 do CDC e art. 51, IV e § 1 do CDC).

Logo, se Art. 11 começa teoricamente „vedando“, está em verdade legitimando uma prática e uma cláusula considerada abusiva pela jurisprudência brasileira e transferindo um risco profissional que o código de defesa do consumidor proibia transferir para o consumidor.

Conduta na oferta, publicidade, informações prévias, representação comercial e redação contratual a determinar a abusividade

As informações prestadas pelos funcionários e vendedores,¹⁵⁹ pela publicidade, pelos prospectos¹⁶⁰ e manuais entregues¹⁶¹ e pelo próprio nome do plano de saúde criam expectativas (agora) consideradas legítimas (Art. 20, 30, 31, 34, 46, 47, 48, 54 do CDC), que uma vez descumpridas caracterizam um inadimplemento contratual (Art. 20 e 84 do CDC).¹⁶² Por exemplo, se a qualidade apregoada, o exame prometido, o credenciamento de determinado médico ou hospital, a inclusão de transporte, o atendimento de emergência ou a internação pactuada não foi cumprida há falha no serviço.¹⁶³

¹⁵⁹Veja a este respeito decisão exemplar do Juiz Roberto de Abreu e Silva, 10ª Vara Cível, Rio de Janeiro, que incluiu o tratamento a portadores do vírus da AIDS, mesmo havendo cláusula excluindo o tratamento de „epidemias“, tendo em vista as informações prestadas pelos vendedores e promotores de vendas, assim como pela publicidade veiculada, que modificaram o conteúdo contratual, in: Direito do Consumidor, vol. 16, p. 202ss.

¹⁶⁰ Assim decisão de São Paulo sobre um prospecto que afirmava haver "cobertura 100%": "Contrato-Plano de Saúde - Tratamento de meningite viral - Reembolso de despesas hospitalares- Cláusula de exclusão - Conflito com propaganda de cobertura plena sem ressalva - Interpretação contra a parte que redigiu com ambigüidade - Contratante, ademais, induzido a crer em proteção integral - Ação de reembolso procedente", Rec. 5.647, Rel. Joel Geishofer, j. 9.08.99, in RJE- ano 4, vol. 13, jul/ser. 1999, p. 50-51.

¹⁶¹ Exemplo da força vinculatória da publicidade e prospectos entregues pode ser observado no Acórdão da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Ap.Civ. 592022826, j. 15/04/92: „PLANO DE SAÚDE. Não pode a seguradora negar-se à modificação da cobertura médico-hospitalar ainda que para diminuí-la, bem como as prestações mensais devidas pelo segurado, desta prevista a faculdade no manual por ela fornecido. Devolução das diferenças em dobro (Código do Consumidor, Art. 42 Parágrafo único e devidamente corrigidas desde a data da alteração pretendida.“E esclarece o Des. Ivo Gabriel da Cunha, p. 04: „O autor viu-se na contingência de pagar o exigido ou perder o seguro avençado“...“Ora, depois do Código do Consumidor, esse tipo de posição não é mais sustentável: o que está na publicidade obriga o contratante.“

¹⁶² Veja decisões sobre o inadimplemento da empresa OMINT no tratamento de paciente de AIDS, in: RT 7 21/113 e RT 719/123. No acórdão de 26.6.95 da 10.ª Câmara do TJSP (ap. 248.120-2/4) esclarece o Relator: ...a testemunha ouvida, às fls., esclareceu que a representante da apelante foi cientificada de fato de ser o apelado soropositivo HIV+ e que, mesmo assim, informou não haver restrição à sua admissão, exceção feita à carência, tendo sido a representante quem fez a anotação na proposta...Assim, na forma do Art. 47 (do CDC), as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor. Dessa maneira, ao aceitar a apelante a proposta de admissão do apelado ao plano, pactuou-se que o apelado, por ser portador do HIV+ deveria respeitar a carência contida no manual. Esta a única ressalva ao atendimento ao apelado.“(RT 721,p. 114).

¹⁶³ Assim também ensina DIREITO, Carlos Alberto Menezes, O Consumidor e os planos de saúde, in Revista Forense, vol. 328, out/dez.1994, p.314.

A execução é falha, pois é aquém do informado, do prometido ou veiculado na publicidade, como em caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em 5 de agosto de 1992, onde cláusula contratual autorizava de maneira genérica a possibilidade „de ocorrer limitações na coberturas contratuais“. Tendo a empresa internamente limitado estas cobertura quanto aos honorários médicos a 50 Unidades de Serviço, a 3ª Câmara do Tribunal de Justiça/RS considerou que houve falha na informação pré-contratual e, portanto, tal limitação não era aplicável ao consumidor afirmando: „A obrigação de bem explicar o plano de saúde é da empresa ofertante do plano, cabendo-lhe a obrigação inafastável de bem informar seus clientes efetivos ou potenciais de todos os termos do contrato.“ Tal cláusula era também claramente abusiva, pois permitia a mudança unilateral do conteúdo do contrato por parte do fornecedor (Art. 51,XII do CDC); a solução do Tribunal foi, porém, mais efetiva do que a simples declaração de nulidade uma vez que, de forma analógica, utilizou o espírito do Art. 46 do CDC,¹⁶⁴ que desobriga o consumidor frente às obrigações contratuais assumidas, sem que ao consumidor tenha sido dada a adequada oportunidade de tomar conhecimento do conteúdo verdadeiro do contrato.¹⁶⁵

Note-se que os contratos, tanto no sistema do CDC, quanto no sistema da Lei 9.656/98 são informação, devem ser claros e de fácil compreensão (Art. 54, §3 e §4º do CDC), havendo dever de destaque das cláusulas limitadoras de direitos do consumidor e dever genérico de redação clara destes contratos ou "produtos" (Art. 16, caput da lei), "em linguagem simples e precisa," descrevendo "todas as sua características, direitos e obrigações" (§1º do Art. 16 da lei nova).

"Art. 16. Dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos definidos no inciso I e no § 1º do art. 1º desta Lei devem constar dispositivos que indiquem com clareza: I – as condições de admissão;II – o início da vigência; III – os períodos de carência para consultas, internações, procedimentos e exames; IV – as faixas etárias e os percentuais a que alude o caput do art. 15;V – as condições de perda da qualidade de beneficiário;VI – os eventos cobertos e excluídos; VII – o regime, ou tipo de contratação...:VIII – a franquia, os limites financeiros ou o percentual de co-participação do consumidor e/ou beneficiário,... IX – os bônus, os descontos ou os agravamentos da contraprestação pecuniária; X – a área geográfica de abrangência; XI – os critérios de reajuste e revisão das contraprestações pecuniárias; XII – número de registro na ANS."

Note-se que o § 1.º do Art. 16 da lei, mais do que um dever de "oportunizar o conhecimento prévio" do Art. 46 do CDC, impõe um dever de resultado de entrega do contrato, o que é um avanço: "A todo consumidor titular de plano individual ou familiar será obrigatoriamente entregue, quando de sua inscrição, cópia do contrato, do regulamento ou das condições gerais do plano ou seguro privado de assistência à saúde, além de material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa,

¹⁶⁴ Assim também a conclusão de DIREITO, in Revista Forense, vol. 328, out/dez.1994, p.314.

¹⁶⁵ Veja utilização semelhante do Art. 46 e Art. 47 do CDC para retirar do vínculo obrigacional cláusula não informada convenientemente antes da assinatura do contrato, na decisão do 1º Tribunal de Alçada de São Paulo, Rel. Juiz Lobo Júnior, de 26.7.94, in: Revista Direito do Consumidor, vol 14, p. 172s.

todas as sua características, direitos e obrigações." Note-se também que o § 2.º do Art. 16 submete a "validade dos documentos a que alude o *caput*" "à aposição da rubrica do consumidor ao lado de cada um dos dispositivos indicados nos incisos I a XI deste artigo.", bem demonstrando a importância do direito do consumidor a ser informado e do dever de informar das operadoras. A eficácia desta norma, porém, é duvidosa, como demonstra a experiência italiana, onde as várias rubricas exigidas (e realizadas automaticamente por estes consumidores de "primeiro mundo") nunca conseguiram proteger efetivamente seus direitos, transformando-se em uma exigência mais formal do que material de proteção.¹⁶⁶

O CDC inova dispondo em seu Art. 20 que há vício do serviço quando o serviço não é adequado aos fins que „razoavelmente deles se esperam“, quando há disparidade entre as informações prestadas, que despertaram a confiança do consumidor, que o levaram a contratar, quando há diminuição na qualidade e prestabilidade do serviço tornando-os impróprios ou lhes diminuindo o valor. Trata-se de uma novidade em relação ao Código Civil Brasileiro que só conhece o vício da coisa e vício oculto. A nova noção de vício do serviço no CDC foi criada para facilitar a execução de obrigações de fazer (veja Art. 84 do CDC), tentando materializar, coisificar uma falha do fazer contratual, da prestação principal ou dos deveres anexos, que acabe por frustrar as expectativas legítimas dos consumidores. Se há falha ou má prestação (o responsável pela organização, por exemplo, não reembolsa todas as despesas realizadas, não autoriza um exame que deveria ser autorizado, não informa corretamente o consumidor, não coopera com este na realização do fim do contrato ou viola seus direitos personalíssimos, causa prejuízo desnecessário ao seu patrimônio etc.), isto é, a execução está incompleta ou imprópria, há inadimplemento parcial, há vício na prestação. Em caso de vício do serviço, o consumidor poderá exigir ou a reexecução do serviço, ou a restituição imediata da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço (Art. 20 do CDC).

Esta norma será dificultada pela lei 9.656/98, pois ,por exemplo, é difícil saber qual é a redação atual da norma do Art. 12,II,c da lei, que impõe a "b) cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico-assistente" O detalhamento da norma tem um efeito perverso, se o contrato detalha os "serviços de apoio" será que no consumidor foi despertada a confiança que os serviços hospitalares (medicamentos, anestésicos etc.) estavam cobertos? Há vício de informação ou informação demasiada e daí exclusão de responsabilidade da operadora? Aqui há que se decidir pelo princípio: não é de se crer que a lei nova impondo expressamente uma cobertura tenha como *ratio* exonerar desta cobertura, o CDC tem como *ratio* o dever de informar que foi imposto ao fornecedor, aqui operadora, logo, qualquer falha neste dever é ônus da operadora, que deveria ter redigido de forma mais clara, apesar das "dificuldades" impostas pela lei nova a esta redação e das inúmeras possibilidades de burla que este novo detalhamento oferece.

Quanto aos deveres anexos oriundos do princípio de boa-fé positivado no CDC (Art. 4, III e 51, IV do CDC) é necessário frisar que estes não se restringem aos *deveres de informação*, mas incluem mais dois importantes deveres: o *de cuidado* e o *de cooperação*.

O dever de cuidado refere-se aos cuidados redobrados que os parceiros contratuais devem ter durante a execução ou os atos preparatórios à execução contratual para não causar dano ao parceiro contratual, por exemplo, divulgando seus segredos profissionais revelados na fase de tratativas, ou divulgando informações sobre as posses

¹⁶⁶ Veja sobre a experiência italiana meu livro, Contratos, p.

e a condição financeira de seu parceiro, em um contrato submetido ao regime de sigilo bancário ou informações falsas sobre a situação financeira do consumidor, conseguidas através de um banco de dados montado pelo fornecedor.¹⁶⁷ Estes cuidados referem-se ao patrimônio do parceiro contratual e a sua honra e ao seu crédito e imagem na sociedade, bens extra-patrimoniais protegidos atualmente pelo direito, cuja violação faz nascer o dever de indenizar (Art. 6, inciso VI do CDC).¹⁶⁸

Nos contratos envolvendo saúde o dever de cuidado pode voltar-se, por exemplo, à não-divulgação de dados sobre a saúde do consumidor (pessoa portadora do vírus HIV, por exemplo). O dever de cuidado refere-se também a um dever de segurança intrínseco à prestação conforme a boa-fé de um contrato de consumo, assim deve o fornecedor cuidar quando da utilização de um meios técnico (por exemplo, instrumentos, exames, laboratórios, medicamentos, plasma etc.), que estes meios sejam próprios e de qualidade para realizar o objeto do contrato, para executar a sua obrigação de fazer da forma adequada. A imposição deste dever de cuidado no contrato tem por fim preservar a integridade pessoal (moral ou física) e a integridade do patrimônio do parceiro contratual.¹⁶⁹

Neste sentido, é abusiva a cláusula contratual autorizando dano moral.¹⁷⁰ Assim, é abusiva a cláusula autorizando enviar o nome do consumidor e/ou seus garantes aos cadastros de consumidores, SPC, SERASA, CADIN etc., enquanto estiver sendo discutido em juízo o valor da dívida e/ou a inadimplência ou o fornecimento com vícios ou há ação consignatória. Esta é a jurisprudência do STJ reiterada, de proteção do consumidor e de seus garantes, consumidores equiparados (Art. 2§ único e Art. 29 do CDC). Veja por todos REsp. 172.854-SC: "*SPC-Serasa-Proibição do registro -Medida cautelar - Ação consignatória - Leasing. Pendente ação consignatória, onde se discute a caracterização da inadimplência, não pode ser permitida a inscrição do nome da devedora e seus garantes nos serviços privados de proteção ao crédito.*" (Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 04.08.1998, , in RSTJ n. 114 (fev.1999), p. 304 e seg).

As operadoras de planos de saúde que recentemente ameaçaram enviar os nomes dos consumidores inadimplentes para o SPC justamente para forçar o adimplemento, devem, porém, ter em conta os danos morais possivelmente oriundos desta conduta. Há dever de cuidado das administradoras frente aos seus consumidores. Note-se que as normas dos Art. 15, parágrafo único e o § único do Art. 13 da nova lei representam ao mesmo tempo a preocupação com o cumprimento dos deveres de cuidado e cooperação. O dever de cooperação é também um importante dever anexo em matéria de contratos envolvendo planos e seguros de saúde, uma vez que estes contratos tendem a se prostrar no tempo, sendo a execução contratual não contínua a depender da necessidade do consumidor, isto é, da existência ou não de problemas de saúde ou exames regulares a realizar. O dever de cooperação concentra-se na execução e impõe um novo patamar de boa-fé e respeito quando a prestação contratual do consumidor é necessária. O dever de informar está no Art. 12, § 2 "declaração em separado do consumidor, de que tem conhecimento da existência e disponibilidade do plano referência, e de que este lhe foi oferecido." Espera-se que não seja esta declaração mera formalidade.

¹⁶⁷Os autores portugueses denominam este dever de dever de proteção, veja Menezes de Cordeiro, António Manuel da Rocha e, Da Boa-Fé no Direito Civil, Almedina, Coimbra, 1984, p. 610.

¹⁶⁸Bom exemplo neste sentido é o Art. 42 do CDC, onde o dever de cuidado com o parceiro contratual vem positivado, exigindo na cobrança de dívidas redobrado cuidado, lealdade e respeito com o consumidor. A violação deste dever de cuidado é punida com a devolução em dobro do indébito. (Art. 42, parágrafo único do CDC).

¹⁶⁹Veja detalhes sobre o dever de cuidado, em nosso Contratos, ob. cit.,p. 87s.

¹⁷⁰Assim também ensinam GHERSI/WEINGARTE/IPPOLITO, p. 134 e seg.

Ambos os contraentes devem cooperar para que o co-contraente possa adimplir, possa realizar a sua prestação contratual, neste sentido há retrocesso no momento em que a lei e sua regulamentação permite indiretamente cláusulas barreiras: cláusulas que impeçam os doentes de se inscreverem, os idosos de continuarem nos planos pela multiplicação das faixas e aumentos de até 500% do preço básico e mais de 200% da última faixa. Positivo é, de outro lado, o novo controle a ser exercido pela ANS quanto ao reajustes de preços.¹⁷¹ Assim, se o consumidor deve adimplir, deve pagar as mensalidades ou o valor do plano, deve a empresa possibilitar e não impedir ou dificultar este pagamento, deve estabelecer horários e locais compatíveis e não exigir, por exemplo, que uma pessoa doente venha adimplir pessoalmente etc. ou qualquer exigência sem fundamento, cujo intento é beneficiar-se da eventual inadimplência do consumidor em consequência das exigências contrárias à boa-fé.

Da mesma forma quando a operadora de assistência médica está obrigada a adimplir não deve, por exemplo, exigir uma série de documentos ou exames não efetivamente necessários, somente para impedir ou desmotivar o consumidor a exigir aquele tipo de prestação contratada e integrante do objeto do contrato envolvendo saúde.¹⁷² Agindo desta forma estará a empresa violando seu dever anexo de cooperação, dever de boa-fé, está adimplindo mal, inadequadamente e o consumidor pode exigir suas expectativas legítimas, face ao vício do serviço (Art. 20 e 35 do CDC).¹⁷³ As exigências quanto à comunicação da internação também devem seguir este novo patamar de boa-fé e cooperação nos contratos de consumo.¹⁷⁴

O sistema da lei nova, especialmente as resoluções hoje existentes e a prática dos contratos já registrados na ANS, retrocede neste tema, ao autorizar que as operadoras exijam "requisições" e mesmo submetam o consumidor à juntas médicas, enfim que não colaborem com o seu consumidor, que dificultem ao máximo a fruição deste de seus direitos já adquiridos pelas contribuições anteriores, em afronta ao novo patamar de boa-fé exigido pelo CDC. É de se sugerir que a ANS reveja sua política neste tema, pois é altamente desgastante para os consumidores e conflitivo estas práticas incentivadas por um pensamento apenas economicista, de que para usar "o produto" o consumidor "deve" se submeter ao que a operadora determinar. A ratio deve ser a da boa-fé: é expectativa legítima do consumidor, é direito do consumidor usar o "serviço" para o qual pagou durante anos e contratou, é este o dever contratual principal da operadora e suas exigências devem ser razoáveis, proporcionais, não ofensivas à

¹⁷¹ Sobre o tema da possibilidade de controle administrativo dos reajustes veja a jurisprudência do STJ, Resp. 199762/PE.

¹⁷² Neste sentido a decisão do TJSP, interpretando como coberto pelo contrato novo tipo de exame de medicina nuclear, face às recusas da seguradora de autorizar tal exame, pretendendo vender plano mais dispendioso, veja in: RT 716/170, com a seguinte ementa: „Apoiar recusa de exame de ressonância magnética solicitado por médico que faz parte do corpo clínico do convênio de assistência médica-hospitalar, a que pertence o conveniado, na omissão do contrato, é, no mínimo, utilizar de sofisma para coagir o associado a renunciar ao plano antigo e aderir aos novos e mais dispendiosos programas de assistência médica, refletindo conduta conflituante com padrões éticos exigíveis na espécie.“

¹⁷³ Veja neste sentido o parecer de Galeno Lacerda sobre contratos que permitem a utilização de médicos no exterior e de outro lado tentam limitar este tipo de serviço submetendo-os às regras brasileiras, in: RT 717/117s.

¹⁷⁴ Nesse sentido decisão do TJRS, de 22.10.91, Ap.C. 59105981, 6.C, Rel. Des. A. Liborio Barros: „Assistência Médica.Plano de Saúde. Ressarcimento de Despesas. Descabe, por parte da entidade de assistência médica, a alegação de que o atendimento deu-se em unidade hospitalar não credenciada e que o beneficiário deixou de comunicar. Impõe-se, pelas circunstâncias fáticas e pela interpretação do contrato, o ressarcimento das despesas efetuadas. Incluindo-se, ai , despesa com tomografia computadorizada.“

dignidade do consumidor, ao equilíbrio de direito e deveres do contrato, devem seguir a conduta paradigmática de lealdade e boa-fé, enfim, não abusivas.¹⁷⁵

Crítica a nova lei

Tratamento do tema da proteção integral à saúde e a fragmentação dos planos

O segundo tema a destacar-se é a complexidade e fragmentação do sistema atual. Note-se que no regime antigo não eram comuns as fragmentações de planos presentes na lei nova. Ao contrário, os planos eram completos, excluindo no máximo odontologia ou obstetrícia, mas geralmente incluindo cobertura completa ambulatorial e hospitalar, pois esta era a expectativa legítima e confiança dos consumidores e suas famílias.¹⁷⁶ Hoje existem 5 diferentes planos. A Lei 9.656/98 não conseguiu realmente impôr prestações mínimas para todos os planos, como as conhecidos no Direito Comparado, mas só planos mínimos. A cumulação de planos é custosa para o consumidor, motivo porque tão poucos consumidores optaram pelo novo sistema. A fragmentação frustra as expectativas (legítimas pelo CDC) dos consumidores, pois, por exemplo, tendo um plano hospitalar não pode tratar o problema de alguns tipos de câncer, muitos com tratamento ambulatorial. Esta fragmentação é tão perigosa que foi necessário, por lei, acabar com a comercialização dos planos antigos e proibir a inclusão de novos beneficiários nos antigos planos (Art. 35, §5 e §6 Lei 9.656/98).

Também o sistema antigo conhecia a solidariedade do plano ou seguro, onde por cálculos de probabilidades, os sãos e jovens dividem e ajudam os doentes e não, como no sistema novo, de preços até 500% mais caros para os mais velhos¹⁷⁷ e de "agravos" criados pelo CONSU, que são discriminações e preços maiores para as pessoas doentes. Logo, no sistema da nova lei os doentes terão de sustentar a si

¹⁷⁵ Sobre o tema veja nossa análise de 125 casos do TJ/RS de 1991 até 1998, in MARUQUES/LOPES/PFEIFFER, p. 163 e seg.

¹⁷⁶ Veja, por exemplo, a UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL, que mantém desde 23 de outubro de 1991 com a UNIMED/Porto Alegre-Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. um "CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS", Plano "C", Cod."B", Contrato nº 1070, segundo o qual as pessoas inscritas pela UFRGS, na qualidade de beneficiárias e beneficiários dependentes aceitas pela UNIMED/Porto Alegre terão direito de usufruir de serviços de consultas ambulatoriais (Cl. 1ª), fisioterápicas e psiquiátricas (Cl.2ª), exames e testes complementares (Cl.3ª), atendimento de urgência (Cl. 5ª), de internação hospitalar (Cl. 9ª), inclusive parto e casos psiquiátricos agudos (Cl. 9ª, II, a, b). Registre-se que mantém as partes também, segundo a Cl. 31, "Plano de Extensão Assistencial (PEA) do sistema UNIMED", que beneficia os familiares dos beneficiários falecidos. Durante o período de vigência do contrato algumas modificações contratuais foram realizadas, especialmente para aumento de preço e dos serviços. Sobre o tema veja meu parecer, Manutenção De Contrato Coletivo Anterior Face A Nova Lei Sobre Planos Privados De Assistência À Saúde , publicado in Revista Direito do Consumidor, vol. 31 (1999), p. 129-169.

¹⁷⁷No caso, o modelo de "Plano Ambulatorial/Hospitalar-contrato coletivo por adesão- contrato de Assistência à Saúde- hospitalização, Pronto-atendimento, Consultas Médicas e exames solicitados/prestados por médico associado" enviado -impresso- pela UNIMED à UFRGS, especifica em sua proposta cl. 45,III,IV,V e VI ,que se o beneficiário ou parte de sua família tem mais de 40 anos, o aumento da mensalidade por troca de faixa será de 120%; com mais de 50 anos, o aumento será de 277%; com mais de 60, seria de 435% e com mais de 70, será de 500%.

próprios no sistema privado ou sair para o sistema de saúde pública, forçado pelo uso de novas e velhas cláusulas barreiras, como a de discriminação por faixas etárias, por doença preexistente, por preço diferenciado e cláusulas resolutorias unilaterais. Isto quebra as expectativas de manutenção do vínculo e a solidariedade típicas do sistema.¹⁷⁸ Veja sobre o tema decisão do TJRS, in AI 596116392, Rel. Des. Paulo Roberto Hanke, 6.CCiv., j. 27.08.96: "Plano de Saúde- Tutela antecipada. Pretensão da prestadora do serviço de rescindir contrato firmado com prazo de vigência determinado e vencido em pleno tratamento. Pleito do associado de manter-se vinculado. Prevalência da guarida à vida humana, em detrimento de possível direito patrimonial da agravante. Interpretação do inciso II, do § 1º do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor. Agravo Improvido."¹⁷⁹

A alteração legal que maior esperanças trouxe ao consumidor foi a inclusão no art.10 da Lei de um Plano Padrão, chamado de Plano-Referência. Este deve ser oferecido necessariamente a todos os consumidores (Art. 10, § 2º) e estabelecerá regras mínimas sobre a qualidade e as prestações de serviços de saúde asseguradas ao consumidor na cobertura de qualquer doença, fora as excepcionadas nos inciso I a XII do referido artigo, com regulação pela ANS.

Tal alteração tem se mostrado ineficaz para a proteção do consumidor por três motivos: o Plano-Referência é caro, o Plano-Referência é opcional, significa que quem não o "escolhe" deve ficar "feliz" com o que recebeu, perdendo argumentos para recorrer ao Judiciário, com base no Código de Defesa do Consumidor, contra outras exclusões ou falhas de seu plano, uma vez que "optou" ou não pode contratar um plano melhor;¹⁸⁰ e, por último mencione-se que o próprio plano não é realmente mínimo, pois as próprias exclusões dos incisos serão objeto de regulamentação pela ANS e as regulamentações existentes até o momento têm diminuído os direitos dos consumidores.¹⁸¹

Mencione-se igualmente o perigo das segmentações do Art. 12 da Lei, que segundo consta não estão sendo interpretadas como "mínimas", mas sim como "opcionais", assim como desvios estão sendo criados no mercado para fugir a esta norma, como os cartões de descontos e outros "não-planos". Grande parte das discussões jurisprudenciais tinha como objeto a interpretação da abrangência dos contratos, as operadoras afirmando que o seu contrato não cobria determinado tipo de „atendimento“, „internações“ e o consumidor considerando que fez um seguro ou plano „mínimo“ e que, pela „lógica“ ou o direito, tais atendimentos básicos deveriam estar cobertos. Na situação antiga o consumidor tinha mais vantagens individuais, pois pelo menos a jurisprudência podia considerar abusiva esta segmentação e determinar livremente o conteúdo do contrato com base nos deveres de boa-fé na execução dos contratos impostos pelos Código de Defesa do Consumidor.

O Art. 12 legaliza esta prática de segmentação da prestação das operadoras, logo deve ser acompanhado de uma segura atuação da ANS fiscalizando se as prestações mínimas estão ou não sendo cumpridas e estão asseguradas nos contratos.

¹⁷⁸ Sobre o direito de renovação do consumidor em contratos de longa duração e a abusividade das cláusulas de denúncia ou rescisão, veja nosso artigo obra, "A abusividade nos contratos de seguro saúde e de assistência médica no Brasil", in Revista AJURIS, vol. 64, julho 1995, p. 34 a 77.

¹⁷⁹ Quanto ao conflito de valores nestes casos, veja belo acórdão do TJRS, in AI 596116392, Rel. Des. Paulo Roberto Hanke, 6.Cciv., j. 27.08.96"

¹⁸⁰ De nada adianta o § 1, inciso I do Art. 12 exigir mais uma assinatura do consumidor, esta assinatura é uma faca de dois gumes, que sempre cortará no lado do mais vulnerável, de forma que o consumidor não mais poderá reclamar das exclusões de seu plano, pois plano melhor lhe foi oferecido e ele recusou.

¹⁸¹ Assim ROCHA, in MARQUES/LOPES/PFEIFFER, p.

Neste caso, a atuação da ANS parece-me ser ex vi lege somente para beneficiar o consumidor (§5º do Art. 19 da lei).¹⁸² A situação atual é coletivamente mais segura, no mérito, porém, piorou-se a situação do consumidor, de forma que o consumidor terá de firmar vários planos ou seguros para poder ter uma proteção razoavelmente mínima de saúde, o que é extremamente lamentável. O inciso II do § 1 do Art. 12 assegura a cobertura de todas as doenças do Classificação de Doenças da OMS, o que é positivo, mas o caput do § 1 art. 12 assegura as empresas o direito de oferecer planos menores do que o Plano-referência e segmentados, ficando a dúvida que efetividade terá esta norma se o próprio plano-referência conhece tantas exclusões.

Positivos são no Art. 12, a inclusão e cobertura obrigatória do filho recém-nascido, as regras sobre consultas e coberturas odontológicas, as carências limitadas a menos de um ano (prazo dos contratos), o inciso que repete jurisprudência sobre obrigação de cobertura para tratamento com médicos não conveniados em casos de urgência e emergência, a inscrição do filho adotivo e o § 2º, que considera obrigatório o atendimento de emergência e de urgência, muitos incisos aqui mencionados são uma positivação da jurisprudência oriunda do CDC.

Cláusulas de exclusão genérica de doenças e coberturas

A jurisprudência brasileira estava considerando abusivas as cláusulas de exclusão de responsabilidade que utilizem expressões incertas, não técnicas e não razoáveis, como as cláusulas que excluem da cobertura do seguro os tratamentos de doenças „congênitas, crônicas, genéticas“ etc.¹⁸³ Estas cláusulas visam retirar do âmbito do contrato, a partir de decisão do corpo médico organizado pelo fornecedor, as doenças provavelmente mais custosas ou de longo tratamento. Estas cláusulas, em verdade, impedem a realização do objeto do próprio contrato, desequilibram sobremaneira os direitos do consumidor assegurados por esta relação contratual, que pode a todo o momento ser „mutilada“ pela inclusão da doença do consumidor ou seus dependentes dentre esta categoria por mais que genérica das doenças „congênitas, genéticas, crônicas etc.“¹⁸⁴ Tais cláusulas ao desequilibrar a relação contratual atentam contra o patamar mínimo de boa-fé nas relações contratuais de consumo e devem ser declaradas abusivas pela jurisprudência com base no Art. 51 inciso IV do CDC.¹⁸⁵ Tais declarações têm acontecido, mas pela pequena monta dos litígios, geralmente, em sede de Juizado

¹⁸² Assim interpreto o texto do §5º do Art. 19 da lei :“*Art. 19. § 5º - Independentemente do cumprimento, por parte da operadora, das formalidades do registro provisório, ou da conformidade dos textos das condições gerais ou dos instrumentos contratuais, ficam garantidos, a todos os usuários de produtos a que alude o caput, contratados a partir de 2 de janeiro de 1999, todos os benefícios de acesso e cobertura previstos nesta Lei e em seus regulamentos, para cada segmentação definida no art. 12.*”

¹⁸³ Veja série de decisões dos Tribunais do rio Grande do Sul citadas em nosso Contratos, ob.cit.,p. 333 nota 757. Bom exemplo desta linha de argumentação encontra-se na decisão do JECp de 3.5.93, Proc. 011927803000, 8.JECP/RS: „Mas, quantos dias, meses ou anos seriam necessários para a caracterização de tal „doença crônica“ ? Em razão disso, várias decisões judiciais e, inclusive, agora, por norma inclusive de entidade que disciplina a formação das administradoras de Planos de Saúde, impõe-se que não sejam adotados critérios de exclusão de benefícios com base em conceitos tão vagos como o de „doença crônica“ através do que se constitui uma cláusula tipicamente leonina a favor do administrador do plano, em detrimento da maioria dos contribuintes que, de boa-fé, aderem aos mesmos e, na hora de necessidade, não obtêm a cobertura prometida.“

¹⁸⁴ Assim também ensina DIREITO, Carlos Alberto Menezes, O Consumidor e os planos de saúde, in Revista Forense, vol. 328, out/dez.1994, p. 315.

¹⁸⁵ Veja as possíveis repercussões constitucionais destas exclusões, que atingem também a AIDS, no nosso Contratos, ob. cit. p. 329ss.

Especial de Pequenas Causas, o que prejudica a sua força pedagógica e de exemplo para as demais decisões.¹⁸⁶ As empresas seguradoras e congêneres tentam de sua parte impedir que tais causas sejam levadas aos Tribunais, propondo acordos, pois lucram com a passividade da maioria dos consumidores, que se submetem a estas cláusulas as imaginando legais e não abusivas frente ao CDC.

As limitações ou exclusões genéricas de doenças foram consideradas abusivas, assim por exemplo a exclusão da AIDS, significa na prática a limitação da cobertura para todas as doenças que poderiam ser abstratamente consideradas - manifestações¹⁸⁷, estas sim cobertas pelo plano, como em caso concreto, "problemas gastrintestinais, pancreatite, problemas cerebrais, até mesmo a simples febre", mas a jurisprudência aplicando o Art. 47 interpretou a cláusula da forma mais favorável ao consumidor¹⁸⁸ e, havendo desequilíbrio contratual e vantagem exagerada, por fim, considerou nulas as cláusulas.¹⁸⁹ A nova lei parece ter sido positiva para o consumidor neste tema. Na pesquisa jurisprudencial que realizamos de 1991 a 1998: "Da análise dos casos levados ao Judiciário, que chegaram ao segundo grau de jurisdição, percebe-se que o problema mais recorrente é o de exclusão de cobertura. Sobre este tema foram julgados 32 casos, representando 31,37% do total. Em segundo lugar, verifica-se que também o problema do limite de internação tem sido trazido com bastante frequência ao nosso E. Tribunal. Foram 23 casos, ou seja, 22,55% dos julgados nos últimos 7 anos. No âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, foram localizados, ainda, 14 casos acerca de aumento da mensalidade; 10 casos referentes ao prazo de carência e 6 a exclusão de doenças pré-existentes no mesmo período."¹⁹⁰ Nestes casos individuais, 54% das decisões foram favoráveis aos pleitos dos consumidores e 46% contrárias.

¹⁸⁶ Neste sentido a decisão do JECR/RS: „Seguro-Saúde. Das seguradoras - Obrigação de reembolsar valores pagos pelo segurado ao hospital - Exames e honorários médicos. Segurado que é internado em hospital, realiza exames e submete-se a anestesia geral, para que possa o médico constatar localizadamente o quadro clínico da doença, tem direito a receber ressarcimento pelas despesas efetuadas. As disposições impressas em regulamento geral, anexos, boletins de subscrição nos chamados Planos de Saúde, devem ser interpretadas de forma mais favorável ao aderente, principalmente se ambíguas e contraditórias as situações previstas. Dentro da moderna ótica de serem vistos estes contratos unilateralmente preparados e conhecidos como de adesão.“ (Proc. 01191701158, Rec. 114, Rel. Dr. Silvestre Jasson Ayres Torees, 1. Cam. Rec. do Juizado Especial de Pequenas Causas, j. 6.6.91).

¹⁸⁷ A mesma lógica jurisprudencial interpretou que os microtraumas (por exemplo, na audição), estavam cobertos pelo seguro de vida em grupo apesar deste excluir genericamente doenças ligadas ao trabalho e só cobrir acidentes, veja neste sentido REsp. 196.302-SP, j. 18.02.1999, Min. Ruy rosado de Aguiar, in RSTJ, a.11, vol. 117, maio 1999, p. 458 e seg.

¹⁸⁸ Assim acórdão do TJ/SP: "Plano de saúde - Contrato - Nulidade de cláusula - Admissibilidade - Diagnóstico de portador de HIV positivo - Insuficiência para liberação da demanda da obrigação de reembolso de despesas - Paciente acometido de sintomas não excluídos das cláusulas de cobertura - Caracterização de desequilíbrio contratual - incidência das normas do CDC, pertinentes às cláusulas abusivas- Recurso não provido." mantida pelo Resp. 160.307-SP, j. 16.03.1999, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, in RSTJ, ano 11, vol. 119, julho 1999, p. 340.

¹⁸⁹ Resp. 160.307-SP, j. 16.03.1999, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, in RSTJ, ano 11, vol. 119, julho 1999, p. 339: "Plano de saúde - cobertura- exclusão em aberto da aids- fundamento inatcado. 1. Estando o acórdão recorrido amparado na interpretação da sentença sobre a peculiaridade do caso concreto, ou seja, a manifestação da doença não ser decorrente da aids, ou, ainda, haver rompimento do equilíbrio contratual sobre a exclusão, em aberto, da aids, diante da possibilidade de alcançar doenças cobertas, até mesmo, pelo plano, fica flácido o especial que não desafia estes aspectos particulares, que resultaran na aplicação do art. 47 do Código de Defesa do Consumidor. Recurso especial não conhecido."

¹⁹⁰ MARQUES/LOPES/PFEIFFER, p. 185.

Cláusulas limitadoras da qualidade-quantidade da prestação principal

Dois outros tipos de cláusulas devem aqui ser destacadas. Quanto às cláusulas limitadoras das prestações contratuais, em especial as que referem-se a utilização das Unidades de Tratamento Intensivo por determinados números de dias ou horas.¹⁹¹ A jurisprudência é pacífica no sentido de sua abusividade, uma vez que tratam-se de casos graves e no mais das vezes imprevisíveis e incontroláveis (por exemplo, face ao perigo de reiteradas paradas cardíacas), não podendo o consumidor ser removido, sem perigo a sua saúde; devendo a internação nestes casos ser total, isto é, no tempo necessário para cada caso, de acordo com a determinação médica.¹⁹²

Se o contrato de plano visa a transferência dos riscos inerentes à saúde, dentre estes riscos, está o da necessidade de internação em uma unidade de tratamento intensivo. Portanto, a limitação do prazo de internação quebra a causa do contrato, uma vez que a assistência esperada (legítima expectativa) pelo consumidor é frustrada (Art. 51,IV, § 1º do CDC).¹⁹³

Como já mencionamos, o STJ já aceitou esta posição.¹⁹⁴ O Superior Tribunal de Justiça considerou esta cláusula abusiva e contrária ao CDC, em contrato antigo, com a seguinte e expressiva ementa:

"Plano de Saúde- Limite temporal da internação - Cláusula abusiva... 2. O consumidor não é senhor do prazo de sua recuperação, que, como é curial, depende de muitos fatores, que nem mesmo os médicos são capazes de controlar. Se a enfermidade está coberta pelo seguro, não é possível, sob pena de grave abuso, impor ao segurado que se retire da unidade de tratamento intensivo, com risco severo de morte, porque está fora do limite temporal estabelecido em uma determinada cláusula. Não pode a estipulação contratual ofender o princípio da razoabilidade e se o faz, comete abusividade vedada pelo Art. 51,IV do Código de Defesa do Consumidor. Anote-se que a regra protetiva, expressamente, refere-se a uma desvantagem exagerada do consumidor e, ainda, a obrigações incompatíveis com a boa-fé e a equidade."¹⁹⁵

A lei nova mantém esta lógica em seu Art. 12, II letras a e b. Aqui deverá haver maior segurança para os consumidores.

Segundo a jurisprudência do CDC também é abusiva a cláusula contratual que exonere a operadora de reembolsar as despesas realizadas em hospital congênere de cidades, que não sendo a cidade de domicílio do consumidor, não possuam hospital conveniado ou credenciado, principalmente em casos de acidentes, urgência e

¹⁹¹ Assim decisão do JECR/RS: „Seguro-saúde. Segurado acometido de mal súbito. Internação para realização de exames. Diagnosticada angina peitoral e hipertensão. afastadas as cláusulas contratuais restritivas aos direitos do segurado. Inteligência do Art. 51, § 1, II da Lei 8.078/90 (CDC). cobertura devida pela seguradora. Recurso improvido.“ (Ap. Civ. 313, Rel.Dr. Gerci Giaretta, 2. Cam.Rec./RS).

¹⁹² Veja decisão do TJSP citando a jurisprudência acentada, in: RT 723/346ss.

¹⁹³ Assim também conclui DIREITO, Carlos Alberto Menezes, O Consumidor e os planos de saúde, in Revista Forense, vol. 328, out/dez.1994, p. 315.

¹⁹⁴ Mencionado Resp. 158.728/RJ, in RSTJ, a. 11, vol. 121, set. 1999, p. 289 e seg.

¹⁹⁵ Resp. 158.728-RJ, j. 16.03.1999, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, p. 289 e seg.

emergência. Aqui avançou a lei especial, trazendo maior segurança para o consumidor. Há que se verificar se esta imposição está sendo cumprida e impor às operadoras violadoras da nova e expressa norma, multas pela ANS. A ratio das normas da Lei 9.656/98, em especial o Art. 12 é de permitir o limite da cobertura, mas não em casos de urgência (Art. 12,IV). A lei impõe o ressarcimento do SUS, logo, pela lógica pessoas com planos devem ser atendidas por este e não pelo setor público. Se até o poder público tem direito a ser ressarcido, ainda mais o co-contratante que paga mensalmente às seguradoras, e especialmente, em caso de urgência e emergência e acidentes, assegurando ao consumidor o direito de ressarcir-se ou de ver estas quantias reembolsadas.

Cláusulas de carência e carências disfarçadas

A cláusula referente à carência pode também constituir uma cláusula abusiva, quando, por exemplo, é de tal natureza que surpreende o consumidor, constituindo uma cláusula surpresa. Assim, por exemplo, em caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, considerou-se abusiva cláusula que previa a reabertura do prazo de carência caso houvesse um atraso no pagamento da mensalidade.¹⁹⁶ Da mesma forma, a carência pode ser considerada abusiva pelo simples fato de sua desproporcionalidade ou irrazoabilidade (Art. 51, inciso I do CDC).¹⁹⁷

Mister, pois, aqui criticar novamente a carência disfarçada de 24 meses do Art. 11 da nova lei, comentado anteriormente. Os demais prazos de carência especificados na lei vieram em favor dos consumidores, e podem ser considerados avanços.

As carências são o instrumento geralmente usado pelo fornecedor seja para programar o número de beneficiados de seus serviços, seja para compelir o consumidor a uma prestação regular e difícil, pois os contratos geralmente prevêm a reabertura de carências, deixando o consumidor sem cobertura, em caso de seu inadimplemento ou mau pagamento. Esta insegurança e o uso abusivo das carências deveria ser regulado em lei. Cooperar é não impedir a execução esperada e harmoniosa do contrato, é não impor barreiras de maliciosas ao co-contratante. A lei deveria impor prazos máximos de carências em lei, sendo assim, uma vez cumprida a carência em um dos planos „legalmente autorizados“ estas carências deveriam ser aceitas em outros planos ou seguros privados, coordenando a lei o repasse interno entre as empresas dos valores. Esta medida sem dúvida aumentaria a concorrência - pela qualidade - das empresas do setor e marcaria de maneira forte o controle do Estado para que o consumidor não seja mais um brinquedo entre planos, carências, rescisões e renovações contratuais, como está acontecendo hoje em dia.

Importante destacar que a aplicação do CDC às cláusulas de carências não só tornou algumas delas ineficazes, por abusivas e nulas, mas determinou a inversão ex vi lege do ônus de provar que a doença,¹⁹⁸ por exemplo, carência de parto, tinha algo

¹⁹⁶ Ap. Civ. 592088512, 3ª C.Civ., j.30.09.92, Rel. Des. João Loureiro Ferreira e Ap.Civ. 5 9201077, 2ª Câm. Cível, Relator Des. Ivo Gabriel da Cunha, não publicadas.

¹⁹⁷ Assim decisão do TJSP de 25.5.95, Ap. 263.362-2/8, 10.C, Rel. Des. Borelli Machado, reproduzida in: RT 721/127, com a seguinte ementa: „Afigurada abusiva a fixação do período de carência para pequenas cirurgias e, não tendo o convênio de assistência médico-hospitalar produzido prova alguma que justificasse o prazo tão alargado, aplica-se o Art. 51, I do CDC.“

¹⁹⁸ Veja por exemplo a decisão de SP: "Plano de saúde- Cláusula contratual que prevê o prazo de carência de quinze meses para os casos de internação clínica de urgência- Caso em que a internação se deu pela necessidade de urgente intervenção cirúrgica - Interpretação mais favorável ao consumidor que aderiu

a ver com a doença ou estava incluída na carência. é ônus profissional da operadora provar que aquela doença está incluída na carência e não o contrário, como dispõe o Art. 47 do CDC: "Seguro Saúde. Interpretação de cláusulas que dizem com a carência; sendo esta específica, é dever da seguradora comprovar que não foi cumprida. Moléstia inespecífica, não caracterizando urgência ginecológica, mas, sim, desidratação, eventual relação de causa e efeito entre a prenhez e o desequilíbrio eletrolítico deveria ser provada pela operadora do plano de seguros. Sentença confirmada"¹⁹⁹ Como se trata de cláusula limitando os direitos do consumidor, pelo CDC, deve ser destacada nos contratos de adesão e seguir o princípio da razoabilidade: "Seguro saúde. Ressarcimento, em face da negativa de cobertura. Tratando-se de contrato de adesão e coletivo, as cláusulas limitadoras devem ser interpretadas de modo favorável ao consumidor. Finalidade da estipulação do prazo alargado de carência, com base numa situação regular e a termo, como no caso do período de gestação norma. Inaplicabilidade para os casos de urgência, tal como se verifica no aborto espontâneo, incidindo o período mínimo de 30 dias de carência previsto no contrato."²⁰⁰

Cláusulas de migração e cessão de carteiras

A migração dos planos antigos para os novos já foi muito polêmica e felizmente a redação das últimas 10 medidas provisórias amenizou a situação de confronto, pressões e abusos sobre o tema no mercado.²⁰¹ Espera-se que a atuação antecipatória e preventiva da ANS venha a superar totalmente o tema. A modificação legislativa não pode afetar os contratos anteriores de forma a violar direitos adquiridos e o ato jurídico perfeito. A migração é uma opção do consumidor, e não uma obrigação, como tentavam fazer crer as operadoras. Adequação é a obrigação (e risco) das empresas fornecedoras.

Quanto à cessão de carteiras, a nova lei impõe o controle da ANS, o que é altamente positivo para os consumidores. Note-se que havia anteriormente a prática de "angariar" consumidores para um plano bastante barato e impraticável e após a empresa "vendia" o plano à outra, que aumentava os preços e as prestações acabando por ganhar com os clientes cativos, retirar os indesejados e a frustrar as expectativas de todos os consumidores. Tais práticas, espera-se, serão impedidas (em antecipação e prevenção de danos) pela atuação, registro, fiscalização do equilíbrio econômico-financeiro e possibilidade de manutenção dos "planos/produtos", assim como controle das práticas de mercado.

Note-se que a manutenção do vínculo com o fornecedor de uma imagem ou marca consolidada, com uma determinada qualidade diferenciada, ou de um grupo economicamente forte ou eticamente idôneo como um grupo de médicos em cooperativa pode ser importante e relevante para o consumidor porque integra o grupo de fatores que vai assegurar que este receba o que deseja, que realize as suas expectativas legítimas. A cessão de carteiras ou de planos não pode ser usada em fraude à lei imperativa de defesa dos consumidores ou em retaliação pelo não-ceder à pressões

ao contrato - ausência do devido destaque das cláusulas limitativas do direito do consumidor - Reembolso determinado" JEPC, Rec. 4124, j. 01.10.98, in Revista dos Juizados Especiais, ano 4, vol. 11, jan/mar.1999, p. 64.

¹⁹⁹ JEPC, Proc. 01196862591, Re. Túlio de Oliveira Martins, 2ª Turma, Porto Alegre, 02.07.96, unânime, in Revista dos Juizados Especiais, nr. 17, agosto 1996, p. 86.

²⁰⁰ JEPC, Proc. 100911032, Ap.71000036764, Turma Recursal, Porto Alegre, Rel. Mylene Maria Michel, 03.11.99, in Revista dos Juizados Especiais, nr. 26/27, agosto/dezembro 1999, p. 86

²⁰¹ Veja sobre o tema meu capítulo de MARQUES/LPES?PFEIFFER, p. 114 e seg.

para aumentos de preços e troca do conteúdo contratual. Da mesma forma pode ser usada para forçar a modificação do conteúdo contratual (proibido pelo art. 51, XIII do CDC). Note-se que qualquer novação subjetiva facilita, igualmente, que os termos contratuais sejam mudados unilateralmente („Novatio enim a novo nomen accepit et a nova obligatione“ Ulp. 1. 46 ad Sabinum), podendo por conseqüência prejudicar os consumidores.²⁰²

É por isso que a legislação anterior e atual frisa que ao consumidor cativo àquele fornecedor, que já contribuiu por muito tempo ou que escolheu as prestações amplas típicas daquele fornecedor, ou que não conseguiria as mesmas condições contratuais que o fornecedor atual lhe oferece, deve ser dada a opção de manter seu relacionamento contratual atual. Se alguma nulidade no contrato existir, ou se as circunstância modificaram-se de forma imprevista e irresistível, deve ser dada a opção ao consumidor manter o vínculo e cooperando, adaptar o contrato às novas circunstâncias segundo o modelo previsto no art. 54, § 2º do CDC e a exigência de uma conduta de ambos os contratantes conforme a boa-fé objetiva.

Cláusula autorizando reter informações importantes para o consumidor ou suspender as coberturas em caso de inadimplemento

Mencione-se rapidamente que se a nova lei pune não enviar informações e identificar os consumidores de forma abusiva, a jurisprudência com base no CDC também identificou como abusiva no mercado brasileiro a cláusula autorizando reter informações importantes para o consumidor em caso de inadimplemento. É abusiva a cláusula que autoriza não fornecer informações, tais como histórico escolar, registros médicos e demais informações úteis e necessárias ao consumidor, de posse do fornecedor, em virtude de seu inadimplemento, como ensina a jurisprudência do STJ (REsp. 127.097-RJ).²⁰³ Esta prática, também é abusiva, no mercado de planos privados de assistência à saúde, como forma de pressão ao pagamento, assim como a suspensão das coberturas.

Não pode haver privilégios de rescisão extrajudicial neste tipo de contrato cativo de longa duração, em que o consumidor pagou durante anos a seguradora e agora vê seu inadimplemento punido pelo fim imediato do vínculo. Não pode haver reabertura das carências, por abusiva. As normas da lei nova tentaram resolver o problema, mas parece-me que a prática do mercado continua a mesma, a necessitar um controle mais efetivo da ANS sobre o tema. Não se pode negar que haja direito subjetivo a desvincular-se de qualquer contrato, por inadimplemento do parceiro contratual, mas também não se pode negar que o exercício deste direito não é absoluto e em alguns casos concretos pode e é abusivo²⁰⁴ e contrário aos princípios da confiança e boa-fé. Este abuso ocorre especialmente nos contratos cativos de longa duração que envolvam transferência de riscos futuros, como os de planos e a previdência privada, pois o fim do vínculo é uma grande perda das expectativas levantadas, especialmente em contratos coletivos que unem milhares de pessoas representadas por apenas um contratante. a nova lei parece indicar que há direito de rescisão unilateral em contratos coletivos, o que seria um grande retrocesso para os consumidores e há de se aplicar a já

²⁰²Betti, Emilio, Teoria Generale delle Obligazioni, vol. III.2, Milano, Giuffrè, 1955, p. 117.

²⁰³ Resp. 127.097-RJ, in RSTJ nr. 122 (out.1999), p196 e seg.

²⁰⁴Sobre o assunto, veja decisão considerando -mesmo antes do CDC - exercício abusivo de um direito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Ap.Ciiv. 589003813, 2.Câm.Civ, Rel. Arnaldo Rizzardo, j. 24.05.1989.

mencionada norma do Art. 54, §3º que só permite cláusulas alternativas à escolha do consumidor em contratos de adesão, como os aqui em análise.

Cláusula desonerando de responsabilidade o organizador da cadeia e co-contratante do consumidor

Note-se que foram identificadas como abusivas as cláusulas de desoneração de responsabilidade do organizador da cadeia ou operadora, restringido o direito de demandar à operadora em caso de erro médico. A nova lei não avança sobre o tema, seu silêncio parece autorizar tal cláusula, registrada pela ANS e presente em quase todos os contratos novos. Se os contratos novos prevêm esta cláusula, ela está, porém, em franco desacordo com o CDC. Pelo sistema do CDC é abusiva e nula a cláusula que restringe ou impede de qualquer maneira ou modo que o consumidor, vítima de erro médico (art. 14, Art. 17, 24 e 25 do CDC) ou de falha ou vício de adequação ou informação na prestação de serviços médicos, ambulatoriais, cirúrgicos ou hospitalares (Art. 20, 24,25 e 29 do CDC), acione diretamente a operadora ou cooperativa que organiza ou administra o plano privado de assistência à saúde, sua contratante ou contratante em contrato coletivo e familiar e faça valer seus direitos de responsabilizar os fornecedores solidariamente responsáveis. Há forte jurisprudência gaúcha pela solidariedade da operadora frente ao erro médico e vício de prestação por organização da cadeia. Veja-se a ratio dos Art. 14 e 18 do CDC, que não excluíram nenhum dos fornecedores da responsabilidade solidária daí oriunda, só beneficiaram os profissionais liberais (§4º do Art. 14), em contraposição ao benefício assegurado aos comerciantes, responsáveis só subsidiários pelo Art. 13 do CDC. Já há alegação de algumas operadoras, que é mera mandatária dos médicos, logo irresponsável, em caso de falha ou dano ao consumidor, ao contrário, tal alegação deve ser desconsiderada, pois todas as demais operadoras são fornecedoras de planos, fornecedoras diretas, logo, sem exceção (as exceções teriam que ser em lei, por se trata de privilégio...) são responsáveis, primeira e solidariamente, frente ao consumidor, seu co-contratante e os beneficiários.²⁰⁵

Cláusula de majoração do preço ou de faixa etária

Por fim, cabe mencionar outra prática abusiva do mercado, qual seja a majoração das prestações ou contribuições durante a execução do contrato, normalmente com base apenas na idade que atingiu o segurado ou consumidor.²⁰⁶ Tais cláusulas desconsideram totalmente quantos anos o consumidor está contribuindo para este plano ou seguradora, desconsideram suas expectativas de segurança e previsibilidade do serviço e permitem que, no momento em que mais necessita destes serviços e da transferência para o sistema de seguros dos seus riscos de saúde, venha a ter seu valor majorado de forma que venha a deixar o sistema e perder esta segurança. Se o aposentado, que agora onera este sistema para o qual contribuiu durante anos, talvez sem utilizá-lo, não se retirar em virtude da autorizada majoração das

²⁰⁵ Até nos Estados unidos esta responsabilidade solidária é aceita, veja PEAR, Robert, EE.UU.: Una serie de fallos atenua las restricciones para demandar a las empresas de medicina prepaga, in íntegra in Revista de Responsabilidade civil y seguros (Buenos Aires, Ed. La Ley), ano I, nr. 6, noviembre/diciembre de 1999, p. 192 a 195

²⁰⁶ Assim também concluem GHERSI/WEINGARTE/IPPOLITO, p. 142 e seg.

contribuições, as cláusulas contratuais normalmente prevêm ainda que a relação contratual possa terminar ao fim do prazo do contrato, geralmente de 2 anos, não sendo a renovação por parte da empresa obrigatória.

Com os novos contratos, as operadoras ficam autorizadas a aumentar todas as faixas no preço básico e a estipular aumentos de faixas absolutamente abusivos, a saber:

"Contrato X- Cl. 45: A mensalidade contratual sofrerá as seguintes variações percentuais...:

I- usuário inscrito com 1(um) dia até 17(dezessete) anos completos- valor básico da mensalidade, tal como estabelecido na cláusula 44:

II...(faixa 18-29anos, valor básico acrescido de 10%)

III-....(faixa 30-39 anos, valor básico acrescido de 43%)

IV- usuário inscrito com **40** (quarenta) a **49** (quarenta e nove) anos...- valor básico da mensalidade...acrescido de **120%...**;

V- usuário inscrito com **50** (cinquenta) a **59** (cinquenta e nove) anos...- valor básico da mensalidade...acrescido de **277%**;

VI- usuário inscrito com **60** (sessenta) a **59** (sessenta e nove) anos...- valor básico da mensalidade...acrescido de **435%**

VII- usuário inscrito com **70** (setenta) anos completos ou mais...- valor básico da mensalidade... acrescido de **500%**."²⁰⁷

A abusividade deste aumento de faixas, segundo o CDC, já está pacificado na jurisprudência e na doutrina, tanto que foi expressamente incluído na lista do Ministério da Justiça das cláusulas abusivas mais comuns no mercado brasileiro. Isto que os aumentos antigos eram só de 3 a 4 faixas e de no máximo 200%. A nova lei e sua regulamentação aumentou para 7 faixas e autoriza aumentos de até 500% da primeira em relação a última a faixa, desde que "conhecidos e informados" ao consumidor. Repita-se que a informação e o consentimento do consumidor não "sanam" nulidade ou abusos: o CDC é claro ao afirmar que seus direitos (de proteção) são de ordem pública (Art. 1), logo, indisponíveis apesar da vontade das partes (art. 24, 25 e 51 do CDC). Parece-me que esta divisão excessiva em faixas é um retrocesso na proteção do consumidor e como tem origem na regulamentação e não na lei, deveria ser suprimida e redirecionada pela ANS, pois quebra a solidariedade do sistema, penaliza e exclui os consumidores mais velhos e não é razoável. Não há sentido que os planos, que eram completos, tenham sobrevivido tanto tempo com 2 faixas e aumentos de 100 a 200% e agora, pelos parcos avanços concedidos pela lei, devam ter o privilégio de 7 faixas e aumentos de 500%.

Cláusulas de fim do vínculo

Neste sentido, muito discutidas no momento são as chamada cláusulas de liberação do vínculo, que pode ser cláusulas de denúncia unilateral, de distrato ficto,

²⁰⁷ Assim cl. 45 da proposta impressa UNIMED de "Plano Ambulatorial/Hospitalar-contrato coletivo por adesão- contrato de Assistência à Saúde- hospitalização, Pronto-atendimento, Consultas Médicas e exames solicitados/prestados por médico associado"

distrato verdadeiro, cláusulas de rescisão, resolução ou qualquer outra denominação que vise, em última, possibilitar ao fornecedor direta ou indiretamente liberar-se do vínculo contratual com os consumidores, seja por que já alcançaram determinada idade, seja porque estão doentes e usando em demasia os serviços oferecidos, seja por motivos gerais de organização interna ou gerencial ou de marketing do fornecedor. A extinção do vínculo é um direito formativo extintivo normal e saudável no sistema tradicional dos contratos (veja Art. 1092 do CCB^r). Ninguém deve ser obrigado a continuar vinculado por contrato a um outro agente da sociedade contra a sua vontade. Em matéria de planos de saúde, como o sistema é autorizado pelo Estado, deve garantir previsibilidade e segurança para os consumidores e suas famílias no futuro. Este direito (poder) contratual pode ser um instrumento desequilibrador das relações contratuais de longa duração. Liberar as partes do vínculo pode ser, nestas relações cativas de longa duração, ou relações contratuais pós-modernas, uma nova e drástica penalidade para a parte mais vulnerável da relação, o consumidor, que perde o vínculo com o seu segurador, perde sua segurança, suas carências, e não conseguirá, possivelmente, outro segurador com o mesmo preço e qualidade de serviços. A satisfação da finalidade e das expectativas perseguidas pelo consumidor que pagou durante anos estes planos de saúde e agora está na contingência de ver o vínculo rescindido ou não mais prorrogado depende em última análise da continuação da relação jurídica, fonte de obrigações. A capacidade de adaptação e de cooperação dos contratantes para a continuação da relação é básica e deve dar razão a intervenção estatal em favor do contratante cativo e extremamente vulnerável nestas circunstâncias.

Identificar estas cláusulas contratuais que permitem a liberação do vínculo como abusivas é um tema complexo. O próprio CDC estabelece a necessidade de destaque das cláusulas resolutorias ou análogas (Art. 54, § 4), e permite a imposição destas cláusulas em contratos de adesão, somente se „alternativas“ e „cabendo a escolha ao consumidor“. A lei nova menciona e autoriza -indiretamente- a rescisão unilateral. Tais cláusulas são, nestes casos específicos dos planos, abusivas, por contrárias à cláusula geral de boa-fé nas relações de consumo, prevista no Art. 51, inciso IV e § 1, ofendendo os princípios básicos do sistema de relações de seguro no Brasil. A jurisprudência reagiu contra a utilização destas cláusulas, melhor solução seria a sua regulamentação em lei específica e detalhada, como ocorreu na Alemanha.²⁰⁸ As cláusulas de liberação do vínculo, mesmo as de rescisão bilateral, cancelamento de planos, não renovação do contrato e outras análogas são nestes contratos abusivas,²⁰⁹ pois acabam por permitir uma vantagem excessiva ao fornecedor, o qual recolhe durante anos a contraprestação dos consumidores, quando o risco de um evento de saúde é menor, e depois, libera-se da vinculação contratual quando estes mais necessitam de cobertura do risco.

Destaque-se, por fim, a característica de contrato por adesão ou de condições gerais contratuais dos planos, o que foi regulado especialmente pelo CDC, impondo ao fornecedor que deste método se utilizar um dever de informar qualificado (art. 54, §4 do CDC), não o desfigurando por inserção de cláusulas discutidas individualmente (art. 54,§1º do CDC), dever de destaque das cláusulas limitadoras dos direitos dos consumidores (art. 54,§ 4º do CDC) e especialmente proibindo a inclusão de cláusulas resolutorias, em que a escolha coubesse ao fornecedor e não -exclusivamente- ao consumidor, considerando tais cláusulas nulas (art. 54§2º e 51,IV do CDC c/c art. 145,V do CCB^r).

²⁰⁸ Veja detalhes sobre a proibição destas cláusulas em relações de seguro, em nossa obra, contratos, ob. cit. p. 385s.

²⁰⁹ Assim concluem também GHERSI/WEINGARTEN/IPPOLITO, p 145.

Ressalte-se aqui a norma do art. 51, § 2º do CDC, que estabelece o princípio da manutenção do vínculo, mesmo em caso de declaração da nulidade de cláusulas contratuais, impõe a integração da lacuna criada pela nulidade, mas estabelece como exceção a estes esforços de integração o fato de „decorrer ônus excessivo a qualquer das partes“. Neste caso, o CDC visualiza tanto os interesses do consumidor, quanto do fornecedor, positivando o fato que da atuação do princípio da boa-fé e da declaração de abusividade de condições contratuais não deve resultar violação grave (ônus excessivo) do princípio do equilíbrio dos contratos, também presente no art. 4, III do CDC.

O tempo já transcorrido de duração do relacionamento contratual passa a ser juridicamente relevante. O Art. 13 e o Art. 35 da nova lei são exemplos desta relevância ex vi lege. A nova lei 9.656/98, menciona, em seu Art. 13, que os contratos de planos e seguro de saúde terão um „prazo mínimo de vigência contratual de um ano“ e „renovação automática“. A lei especial valoriza o fator tempo em seu art. 11, onde proíbe a exclusão de doenças preexistentes ao contrato após 24 meses de vigência do contrato, logo, 24 meses de contribuição do consumidor e igualmente no art. 15, parágrafo único, onde proíbe a variação das contraprestações para consumidores com mais de sessenta anos de idade, se já contribuíram para o mesmo plano ou seguro, ou sucessor, há mais de dez anos. Da mesma forma, propõe redobrado controle das empresas que trabalham no ramo (art. 20 e seg.) a ser realizado pela SUSEP e CNSP (Art. 5 e seg.), indicando o art. 13 o seu espírito de renovação automática de contratos e continuidade dos vínculos, proibidas a suspensão e denúncia unilateral.

Destaque-se aqui que neste ramo de negócios, a expectativa do consumidor é segurar não só seu presente, mas seu futuro e de sua família, enquanto o fornecedor trabalha assumindo também riscos presentes e futuros, através de cálculos atuariais, de probabilidades de eventos de saúde e de coberturas necessárias dentre os médicos e hospitais conveniados, por faixa etária, que determinam os seus preços (e reajustes) a cobrar dos consumidores, mas que também mudam para adaptar-se às circunstâncias.

O fator tempo trabalha, porém, contra o fornecedor, uma vez que com o envelhecimento dos seus conveniados naturalmente mais despenderá em coberturas e necessitará de novos conveniados e mais contratos coletivos, que unem, por vezes, cerca de seis mil pessoas. Note-se que exatamente é este o risco profissional deste ramo de atividades e quem neste ramo comercial, atraindo uma gama de consumidores, deve incluir este risco em seus cálculos e manter as promessas contratuais feitas com os consumidores, evitando de frustrar o fim do contrato ou abusar de sua posição contratual ao romper definitivamente com o vínculo ou modificar seu conteúdo de tal forma a criar uma barreira - financeira ou de interesse - para a continuação do vínculo.

A nova relevância do fator tempo nas relações cativas de longa duração reflete-se na imposição de um novo patamar de manutenção do vínculo. O Art. 13 da nova lei acabou considerando que em matéria de planos, o contrato deveria ter vigência mínima, renovável automaticamente e com rescisão somente alternativa e à escolha do consumidor, fora os casos de não pagamento. No CDC, este novo patamar mínimo de manutenção do contrato possui hoje fonte legal (art. 51, §2º), a qual assegura novos direitos aos consumidores e impõe novos deveres para os fornecedores deste ramo de serviços, considerando abusivas práticas e cláusulas de rompimento antes consideradas normais (Art. 54, §2º).

Segundo Arnaldo Rizzardo, a cláusula permitindo a rescisão unilateral por manifestação do fornecedor é incompatível com a boa-fé e a equidade, incluindo-se

entre as cláusulas abusivas e portanto nulas com base no art. 51, IV do CDC.²¹⁰ Tais cláusulas impostas em relações de planos de saúde, cujo objetivo é justamente alcançar alguma segurança para o futuro e manutenção das promessas e condições contratualmente acertadas, é um poder discricionário (ou melhor: formativo extintivo) excessivo, a colocar o consumidor em uma desvantagem excessiva e contrária a boa-fé. Trata-se, também, de fraude a lei, ao afastar a aplicação das normas do CDC que garantem a indisponibilidade dos novos direitos do consumidor, e ao permitir a variação faticamente “unilateral” do conteúdo do contrato, das prestações, do preço (art. 51, I, X, XI, XIII do CDC). Na nova lei o legislador utilizou talvez de maneira infeliz a expressão ‘rescisão unilateral’, que pode ser interpretada de forma restritiva, mas deixou clara a sua intenção (ratio) nas expressões finais do art. 13 (subtrair ‘sua validade e eficácia’). A doutrina brasileira já estabeleceu que o art. 1.092 do CC e normas semelhantes tratam do instituto da resolução e não de rescisão contratual.

A resolução, enquanto instituto específico, tem efeito extintivo sobre a relação contratual. A resolução é um direito formativo, isto é, um direito (leia-se, poder) destituído de pretensão, com efeito de sujeitar mediata ou imediatamente o co-contratante ou terceiro ao exercício deste poder (= direito subjetivo), sem nada poder argüir. Trata-se do mais forte dos ‘direitos formativos extintivos’, fundado no descumprimento da outra parte. A resolução ex lege do art. 1.092 do CC, portanto, gira em torno de dois elementos: a existência de um contrato bilateral unindo devedor e credor e um inadimplemento contratual imputável ao devedor.

Quanto ao aspecto da manutenção do conteúdo contratual atual, cabe observar que o próprio Código de Defesa do Consumidor define como abusiva a cláusula que permite a modificação unilateral do contrato após sua celebração (Art. 51, XIII do CDC). Igualmente, o CDC determina que integram o conteúdo contratual todas as informações prévias, publicidade e pré-contratos (artigos 30,34 e 48 do CDC), assim como permite ao consumidor se desvincular do contrato sempre que o conteúdo deste não lhe seja acessível (art. 46 e art. 53, § 3^o e 4^o do CDC), demonstrando de forma inequívoca, parece-me, que a segurança do consumidor está no contrato, na manutenção do texto contratual, dos direitos e deveres assumidos por ambas as partes, quando da contratação e na proteção da lei. Parece-me ser esta a presunção legal, a ratio legis : o conteúdo contratual assumido pelas partes deve ser mantido, como forma de proteger o consumidor do uso da posição contratual de poder (Machtposition), em que se encontra o fornecedor, e que facilmente pode impor modificações contratuais unilaterais ou fictamente consensuais.

Por fim, mencione-se que o potencial de abusividade e unilateralidade desequilibradora destas cláusulas é reconhecido pela própria empresa, que em seu novo modelo contratual retira estas cláusulas e só permite ao fornecedor rescindir o vínculo em caso de “fraude”, “ausência de documentos” ou “inadimplemento” por mais de 60 dias com notificação específica.²¹¹

Da análise dos textos legais conclui-se que todos, sem exceção, procuram o equilíbrio contratual através da manutenção do vínculo, evitando-se o rompimento por vontade unilateral do fornecedor por impedir a própria consecução da finalidade do contrato, e privilegiando soluções alternativas e consensuais, a escolha do consumidor e

²¹⁰ Assim Rizzardo, Arnaldo, O Código de Defesa do Consumidor nos contratos de seguro-saúde e previdência privada, in: Revista AJURIS, vol. 64 (1995), p. 92.

²¹¹ Assim cláusula 51 do modelo distribuído de “Plano Ambulatorial/Hospitalar-contrato coletivo por adesão- contrato de Assistência à Saúde- hospitalização, Pronto-atendimento, Consultas Médicas e exames solicitados/prestados por médico associado”

segundo os princípios do equilíbrio e da boa-fé²¹². O texto da lei 9.656/98 poderia, porém, ser mais claro quanto a este intuito, dando maior segurança aos consumidores brasileiros. Por fim, mencione-se, como negativa para os consumidores, a infeliz extinção pela nova lei dos contratos antigos para comercialização, o que significa a discriminação de novos beneficiários dos contratos antigos. O CDC possibilitava a inclusão de novos beneficiários nos contratos antigos e esta inclusão foi proibida pela nova lei.

Cláusula de eleição do foro

Segundo a jurisprudência brasileira, é considerada abusiva a cláusula de eleição de foro, frente ao consumidor pessoa física nos contratos de planos, também nos contratos de viagens, pacotes turísticos, contratos de fornecimento de cartão de crédito, securitários, bancários e de financiamento em geral, devendo utilizar-se a regra do Art. 100, I do CDC, ou o foro de domicílio do consumidor. Há jurisprudência do STJ sobre o tema, que é de proteção especial do consumidor pessoa física, uma vez que a proteção do consumidor pessoa jurídica em contratos bancários, por exemplo, é polêmica e muitos contratos comerciais possuem cláusulas de eleição de foro sem problemas (proteção da Súmula 60 STJ), por se tratarem de comerciantes, "consumidores"-profissionais e com possibilidades de litigar em outra cidade, assim como puderam fazer negócio nesta cidade. A jurisprudência do STJ também considera a cláusula uma "dificuldade" para a pessoa física e a beneficia:

"Conflito de Competência 17.735-CE:
"Competência-Código de Defesa do Consumidor - Cláusula de eleição do Foro- Contrato de Adesão. Cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, de que resulta dificuldade para a defesa do réu. tratando-se de ação derivada de relação de consumo, em que deve ser facilitada a defesa do direito do consumidor (art. 6, VIII, do CDC), impende considerar como absoluta a competência no foro do domicílio do réu, não se exigindo, pois, exceção de incompetência. conflito conhecido." (Min. Costa Leite, j. 13.05.1998, in RSTJ nr. 114 (fev.1999), p. 175 e seg.).

A jurisprudência do STJ também considera que a cláusula deve ser considerada abusiva ex officio:

Conflito de Competência nr. 21.540-MS: "
Conflito de Competência. competência territorial - Foro de eleição - cláusula abusiva. O juiz do foro escolhido em contrato de adesão pode declarar de ofício a nulidade da cláusula e declinar da sua competência para o Juízo do foro de domicílio do réu. Prevalência da norma de ordem

²¹²Assim também a tendência jurisprudencial, veja recente decisão da da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul onde ficou estabelecida a abusividade da cláusula de vigência temporária dos contratos de seguro-saúde por violação às expectativas legítimas dos consumidores(Art. 51,IV e § 1º inc. I da Lei 8.078/90), in: Ap. Cível nº 596230888, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 05.06.97, DJ 27.06.97.

pública que define o consumidor como hipossuficiente e garante sua defesa em juízo." (Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 27.05.1998, in RSTJ nr. 113 (jan.1999), p. 157 e seg.).

À guisa de conclusão desta longa análise, mister afirmar meu parecer que a lei nova não tem se mostrado realmente positiva para os consumidores individualmente considerados e nem tem demonstrado ser positiva para os consumidores coletivamente considerados, pois deveria dar-lhes maior segurança e proteção contra abusos coletivamente, antecipando e prevenindo práticas e cláusulas que causam danos e conflitos no mercado. A regulação efetiva do mercado pela ANS é uma esperança.

Bibliografia

- AFONSO DA SILVA, José. *“Curso de direito constitucional positivo”*. 15ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998. 866p.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. “Cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor”. In *“Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul”*. Coordenação de Cláudia Lima Marques. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 13 a 32.
- ALEXY, Robert. *“Theorie der Grundrechte”*. Frankfurt: Suhrkamp, 1996.
- ALTERINI, Atílio Aníbal. “Os contratos de consumo e as cláusulas abusivas”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº15, p.05 a 19, julho/setembro de 1995.
- ANDRADE, Manuel. A. Domingues de. *“Teoria Geral da Relação Jurídica”*. Vol. I. Reimpressão do original de 1944. Coimbra: Almedina, 1997.
- ANDORNO, Luis; COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do; ITURRASPE, Jorge Mosset et al. *“Daño e protección a la persona humana”*. Buenos Aires: La Rocca, 1993.
- ARNAUD, André-Jean. *“O Juiz e o auxiliar judiciário na aurora do pós-modernismo”*. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, nº 53, 1991.
- _____. *“O direito entre modernidade e globalização”*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira. “O Direito pós-moderno e a codificação”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº33, 2000.
- BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. “A defesa do consumidor em juízo”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº05, p.190 a 201, janeiro/março de 1993.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos et al. *“Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto”*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. 1016p.
- _____. *“Comentários ao Código de Proteção do Consumidor”*. Coord. De Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1991.
- BETTI, Emílio. *“Teoria geral do negócio jurídico”*. Tradução portuguesa de Fernando de Miranda. 1ª edição. Coimbra: Coimbra, 1969. Tomo I. 408p.
- _____. *“Teoria Generale delle obbligazioni”*. Vol. III.2. Milão: Giuffrè, 1955.
- BRICKS, Hélène. “Les clauses abusives”. Paris: LGDJ, 1982.
- BRITO, Edvaldo. *“Reflexos Jurídicos da Atuação do Estado no Domínio Econômico”*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- BONATO, Cláudio; MORAES, Valério Dal Pai. *“Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor”*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. 242p.

- BOURGOIGNIE, Thierry. “Le contrôle des clauses abusives dans l’intérêt du consommateur dans les pays de la C.E.E. - Introduction”. *Revue internationale de droit comparé*, Paris, nº03, p.505 a 518, julho/setembro de 1982.
- _____. “O conceito de abusividade em relação aos consumidores e a necessidade de seu controle através de uma cláusula geral”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº06, p. 06 a 16, abril/junho de 1993.
- _____. ‘En guise de conclusion Les relations patients-medicins de demain’. In : Acte des VIIIes Journées du droit de la consommation des 6 a 7 décembre 1999, INC HEBDO/86.
- CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. “Os direitos econômicos, sociais e culturais no início da década de noventa”. *Revista Jurídica Mineira*, Belo Horizonte, nº104, nov/dez. 1993.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. “*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*”. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 1998. 1354p.
- COMPARATO, Fábio Konder. “A proteção ao consumidor: importante capítulo do Direito Econômico”. *RDM*, nº15/16, 1974.
- COUTO E SILVA, Clóvis V.. “O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português”. In: “*O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*”. Organização de Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997. p.33 a 58.
- DALL’AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. “Cláusulas abusivas: a opção brasileira”. In: *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*. Coord. De Cláudia Lima Marques. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.
- _____. “Direito do consumidor e serviços bancários e financeiros – aplicação do CDC nas atividades bancárias”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº27, 1998.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. “*Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde*”. São Paulo: Hucitec, 1995. 138p.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes, O Consumidor e os planos de saúde, in *Revista Forense*, vol. 328, out/dez.1994, p.312 - 316.
- Stuart Hall, DOLL, Johannes. “*Avaliação na pós-modernidade*”. In: Paiva, Maria da Graça Gomes e Brugalli, Marlene (Org.), “*Avaliação- Novas Tendências -novos Paradigmas*”. Porto Alegre: Mercado Aberto, 2000.
- FILOMENO, José Geraldo Brito *et al.* “*Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*”. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. 1016p.
- GHESTIN, Jacques (Dir.). “*Traité de Droit Civil: les obligations*”. 2ª edição. Paris: LGDJ, 1988. Tomo 2.
- GEHRSI, Carlos Alberto; WEINGATNER, Celia; IPPOLITO, Silvia. *Contrato de Medicina prepaga*. 2ª ed.. Buenos Aires: Astrea, 1999..
- _____. ‘*La posmodernidad jurídica - una discusión abierta*’. Buenos Aires: Gowa, 1995.
- GRAU, Eros Roberto. “Interpretando o Código de Defesa do Consumidor: algumas notas”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº 05, p. 181 a 189, janeiro/março de 1993.
- GUSTAVO TEPEDINO (Coord.). “*Problemas de Direito Civil – Constitucional*”. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 582p.
- HECK, Luís Afonso. “Direitos fundamentais e sua influência no Direito Civil”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº29, p. 40 a 54, janeiro/março de 1999.
- JAYME, Erik. “*Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne - Cours général de droit international privé*”. In: Recueil des Cours de

- l' Académie de Droit International de la Haye, 1995,II.
- KAUFMANN, Arthur, “*Grundprobleme der Rechtstphilosophie*”. München: Beck, 1994
- LISBOA, Roberto Senise. “*Contratos difusos e coletivos*”. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 578p.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. “Análisis crítico de la autonomía privada contractual”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº14, p.05 a 19, abril/junho de 1995.
- _____. “*Fundamentos do Direito Privado*”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998
- _____. “El juez y las sentencias difíciles- Colisión de Derechos, principios y valores”. *La Ley*, 25.02.1998.
- _____. “*La empresa médica*”. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1998.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme de Andrade V. . “*Seguro Saúde (Lei nº9.656/98)*”. São Paulo: Lejus, 2000. 394p.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. “*Contratos relacionais e defesa do consumidor*”. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1998. 402p.
- MARQUES, Cláudia Lima. “Novas regras sobre proteção do consumidor nas relações contratuais”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº1, p. 27 a 54, e *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, nº52, p. 34 a 61, julho de 1991 e *Revista da Aujris*, Porto Alegre, nº52, p.34 a 61, julho de 1991.
- _____. “O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor e o Mercosul”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, nº10, p.140 a 156, julho de 1994.
- _____. “A abusividade nos contratos de seguro-saúde e assistência médica no Brasil”. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, nº64, p. 34 a 77, julho de 1995.
- _____. “União Européia legisla sobre cláusulas abusivas: um exemplo para o Mercosul”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº21, p.300 a 310, janeiro/março de 1997.
- _____. “Contratos de *time-sharing* e a proteção dos consumidores: crítica ao direito civil em tempo pós-modernos”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº22, p.64 a 86, junho de 1997.
- _____. “Nova lei francesa sobre defesa do consumidor: a transformação da diretiva comunitária sobre cláusulas abusivas”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº17, p. 362 a 364, janeiro/março de 1996.
- _____. “Mercosul como legislador em matéria de direito do consumidor – crítica ao protocolo de defesa do consumidor”. *Revista da Ajuris*, edição especial, volume II, Porto Alegre, p.375 a 405, março de 1998.
- _____. “*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*”. 3ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 674p.
- _____. “*Saúde e Responsabilidade- Seguros e Planos de Saúde de assistência privada à saúde*, MARQUES, Cláudia Lima, LOPES, José Reinaldo de Lima e PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Ed.), Ed. Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. “Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº35, p.61 a 96, julho/setembro de 2000.
- MARTINS-COSTA, Judith. “Crise e modificação da idéia de contrato do direito brasileiro”. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, nº56, p.56 a 86, novembro de 1992.
- MERCURO, Nicholas e MEDEMA, Steven. “*Economic and the Law- from Posner to post-modernism*”. Princeton: Princeton University Press, 1997.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. “*Da Boa Fé no Direito Civil*”. Coimbra: Almedina, 2000. 1452p.
- MINDA, Garry. “*Postmodern Legal Movements- Law and Jurisprudence at Century's end*”. New York: New York University Press, 1995

- MORAES, Paulo Valério Dal Pai. “O Ministério Público e o controle prévio e abstrato dos contratos de massa”. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, edição especial, volume II, p.490 e 491, março de 1998.
- _____. “*Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*”. Porto Alegre: Síntese, 1999. 350p.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. “*A defesa dos interesses difusos em juízo*”. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998. p.125.
- NERY JÚNIOR, Nelson *et al.* “*Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*”. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. 1016p.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. “*Comentários à Lei de Plano Privado de Assistência à Saúde*”. São Paulo: Saraiva, 2000. 338p.
- PASQUALOTTO, Adalberto. “Defesa do consumidor”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº06, p. 34 a 60.
- RIZZARDO, Arnaldo, O Código de Defesa do Consumidor nos contratos de seguro-saúde e previdência privada, in: *Revista AJURIS*, vol. 64 (1995), p. 92 e seg.
- ROBERT, Pear. “Una serie de fallos atenua las restricciones para demandar a las empresas de medicina prepaga”. *Revista de Responsabilidad civil y seguros*, Buenos Aires, nº6, novimebre/diciembre de 1999.
- ROPPO, Enzo. “*O contrato*”. Tradução portuguesa de Ana Coimbra e de M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. 327p.
- SARLET, Ingo Wolfgang. “*A eficácia dos direitos fundamentais*”. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998. 386p.
- _____. (Org.). “*A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*”. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000. 322p.
- SCHMITT, Cristiano Heineck. “As cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº33, p. 161 a 181, janeiro/março de 2000.
- _____. “A invocação dos direitos fundamentais no âmbito das pessoas coletivas de direito privado”. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº37, p.55 a 70, janeiro/março de 2000.
- SILVA, José Luiz Toro da, *Comentários à Lei de Planos de Saúde*, Ed. Síntese, Porto Alegre, 1998.
- STIGLITZ, Gabriel A. e STIGLITZ, Rúben S. . “La defensa del consumidor en Argentina”. In: “*Estudios sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*”. Coordenação de Cláudia Lima Marques. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 13 a 32.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueredo (coord.). “*Direito e Medicina: aspectos jurídicos da Medicina*”. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. “A configuração constitucional e o modelo normativo do CDC”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº14, p.28 a 32.
- TOPAN, Luiz Renato, “Do controle prévio e abstrato dos contratos de adesão pelo Ministério Público”, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº06, p.162, abril/junho de 1993.
- ZITSCHER, Harriet C.. “*Introdução ao Direito Civil Alemão e Inglês*”. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

* Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Mestre em Direito (LL.M.) pela Universidade de Tübingen, Alemanha, Especialista em Direito Europeu pela

Universidade do Sarre, Alemanha, e Doutora em Direito pela Universidade de Heidelberg, Alemanha.

** Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pós-graduado pela Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul, Advogado especialista em Direito do Consumidor.

Disponível em:

<<http://www.saude.ba.gov.br/conferenciaST2005/cdrom/CD%20colet%C3%A2nea%20leis%20e%20textos/Artigos/19.doc>>.

Acesso em: 14 jun. 2007.