

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**



**GUSTAVO GONÇALVES FERRER
MATRÍCULA 07/33008**

**OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE E BUROCRACIA:
RESPONSABILIDADE CIVIL EM CASO DE DEMORA
NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS**

**BRASÍLIA/DF
2011**

GUSTAVO GONÇALVES FERRER

OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE E BUROCRACIA:
RESPONSABILIDADE CIVIL EM CASO DE DEMORA
NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

Monografia apresentada ao final do curso de graduação em direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Orientador: Professor Mestre Hércules Alexandre da Costa Benicio.

BRASÍLIA/DF
2011

GUSTAVO GONÇALVES FERRER

OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE E BUROCRACIA:
RESPONSABILIDADE CIVIL EM CASO DE DEMORA
NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

Monografia apresentada ao final do curso de graduação em direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Orientador: Professor Mestre Hércules Alexandre da Costa Benicio.
Brasília, 15 de dezembro de 2011.

Banca Examinadora:

Prof. Mestre Hércules Alexandre da Costa Benicio
Orientador

Prof. Doutor Othon de Azevedo Lopes
Membro da Banca Examinadora

Guilherme Sena de Assunção
Membro da Banca Examinadora

Prof. Pós-Doutor Valcir Gassen
Membro Suplente da Banca Examinadora

A cura é uma questão de tempo, mas, às vezes,
também é uma questão de oportunidade.
(Hipócrates)

Dedico este trabalho a todos os familiares,
amigos e professores que me auxiliaram e
deram apoio durante a caminhada pelas trilhas
da graduação.

RESUMO

Resumo: As operadoras de planos de saúde, muitas vezes, demoram para prestar seus serviços de cobertura dos procedimentos, cirurgias, exames e internações previstos na apólice do segurado. Esse atraso gera, em substancial parte dos casos, danos para o consumidor, tanto material, como os montantes gastos com os procedimentos com os quais a operadora não arcou, como de natureza moral, a exemplo da violação da integridade psíquica do segurado pela não intervenção médica imediata ou rápida ou para os seus familiares, em decorrência, por exemplo, da morte do ente querido. O que o presente trabalho objetiva examinar, após defender a aplicação das normas de defesa do consumidor aos contratos de plano de saúde, é em que medida devem ser as operadoras de planos de saúde responsabilizadas pelos danos e quais os requisitos para que esses danos sejam considerados causados pela demora indevida no atendimento das solicitações dos consumidores.

Palavras-chave: plano de saúde, operadora de plano de saúde, defesa do consumidor, responsabilidade civil, demora injustificada, descumprimento contratual, danos.

ABSTRACT

Abstract: Health plan carriers often take a long time to provide its consumers with procedures, surgeries, exams and hospital admissions covered by the insurance policy. This delay generates, in many cases, damages to the consumer, both material, such as the amount of money spent on the procedures which should have been covered, and moral in nature, like the violation of the insured's psychological integrity due to the absence of immediate or fast medical intervention or by their family, because, for instance, of the death of a loved one. What this text aims to examine, after defending the enforcement of consumer protection rules to health plan contracts, is to what extent should the health plans companies be held accountable for the damages and what are the requirements for those to be considered caused by undue delay in meeting the demands of consumers.

Keywords: health insurance, health insurance carrier, consumer protection, civil liability, unjustified delay, breach of contract, damages.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. REGULAMENTAÇÃO DA ATIVIDADE DE SAÚDE COMPLEMENTAR	4
1.1. Desenvolvimento histórico do direito à saúde	4
1.2. Direito à saúde na Constituição da República de 1988	9
1.3. Histórico da regulamentação do setor de assistência privada à saúde no Brasil	12
1.4. Regulamentação atual da atividade	18
1.4.1. Conceito de operadoras de planos de saúde	21
1.4.2. Natureza dos planos de saúde e seguros-saúde	24
2. INCIDÊNCIA DAS NORMAS QUE REGULAM AS RELAÇÕES DE CONSUMO ÀS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE	27
2.1. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor e Enunciado nº 469 da Súmula do STJ	28
2.1.1. Aplicação do CDC aos contratos de plano de saúde firmados antes de sua entrada em vigor	32
2.1.2. Benefícios da incidência das normas consumeristas	34
2.1.2.1. <i>Transparência, interpretação mais benéfica ao consumidor e vedação da publicidade enganosa</i>	34
2.1.2.2. <i>Cláusulas abusivas previstas pelo art. 51 do CDC e pela Lei de Planos de Saúde</i>	37
2.1.2.3. <i>Boa-fé objetiva e equilíbrio contratual</i>	38
2.1.2.4. <i>Proteção da dignidade e do patrimônio do consumidor</i>	39
2.1.2.5. <i>Distribuição do ônus da prova</i>	41
2.1.2.6. <i>Foro competente para julgar demandas de responsabilidade civil</i>	42
2.2. Operadora de plano de saúde como fornecedor: de produto ou de serviço?	43
2.3. Segurado como consumidor	47
2.3.1. Vulnerabilidade do segurado	50
2.3.2. Hipossuficiência do consumidor	52
3. A RESPONSABILIZAÇÃO DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE PELA DEMORA NO ATENDIMENTO	53
3.1. A responsabilidade objetiva e as teorias do risco: risco criado, risco profissional e risco proveito	56
3.1.1. Teoria do risco proveito	61
3.1.2. Teoria do risco profissional	62
3.1.3. Teoria do risco criado	63
3.2. A função do nexo causal na responsabilização	65
3.2.1. A extensão do dano suportado pelo segurado, as causas complementares e as cumulativas e as teorias da causalidade	67

3.2.1.1. Teoria da equivalência dos antecedentes causais	70
3.2.1.2. Teoria da causa próxima	71
3.2.1.3. Teoria da causa eficiente	72
3.2.1.4. Teoria da causalidade adequada	72
3.2.1.5. Teoria do dano direto e imediato	73
3.2.2. O nexo causal e a fixação do <i>quantum debeat</i>	75
3.3. A responsabilização pela demora na prestação de serviços e os danos morais em casos diversos	77
3.4. O descumprimento contratual e o dano moral	79
3.5. Análise de casos de responsabilização do plano de saúde por demora na sua prestação de serviços	83
3.5.1. Plano de saúde, demora, danos morais e valor da compensação: Recurso Especial nº 1.119.962/RJ	84
3.5.2. Plano de saúde, burocracia e reparação integral: Recurso Especial nº 539.736/SP	87
3.6. O tempo máximo para atendimento do segurado e a Resolução Normativa nº 259/2011 da ANS	92
<u>CONSIDERAÇÕES FINAIS</u>	<u>95</u>
<u>BIBLIOGRAFIA</u>	<u>97</u>

OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE E BUROCRACIA: RESPONSABILIDADE CIVIL EM CASO DE DEMORA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

INTRODUÇÃO

O avanço do conceito de saúde ao longo da história passou por diversos momentos em que recebeu conteúdos distintos. A saúde passou, na modernidade, a conglobar não somente a ausência de moléstias, ou mesmo de outros fatores que denigrem a robustez física, mas também a abarcar o bem estar físico, psicológico e, mais recentemente, social.

Também vem sendo alterada a proteção à saúde na estrutura da sociedade e no ordenamento jurídico. No início do século passado, por exemplo, pouco se falava em sistema de assistência à saúde do cidadão brasileiro. Foi com o advento da Lei Eloy Chaves que se firmaram as bases para a previdência pública e privada, haja vista a instituição de caixas de aposentadoria e pensão nas empresas de estradas férreas.

Com o passar dos anos, essas caixas foram se disseminando para outras empresas e órgãos até que se incluiu a assistência médico-hospitalar. Para que surgissem os primeiros seguros-saúde e as suas operadoras, não durou muito. Com efeito, foi em 1966, com a edição do Decreto-lei 73, que se iniciou a regulamentação da atuação das operadoras de seguros.

O campo privado da assistência à saúde foi complementado, após o sucesso que obtiveram aqueles que exploraram a área, por variadas modalidades de operadoras. O cenário atual do setor privado de assistência à saúde é positivo para aqueles que operam planos, ainda que não seja a sua época áurea. Muitas operadoras acabam por falir devido a falhas de administração e de planejamento ou cometem falhas na prestação de seus serviços.

Uma dessas falhas é a recusa indevida de cobertura ou de ressarcimento por determinados procedimentos, cirurgias, exames ou internações, o que tem gerado enxurrada de ações judiciais que, em regra, objetivam obrigar o plano a arcar com os gastos, a emitir autorização ou a ressarcir os danos já suportados.

Para que uma dessas condenações seja julgada procedente, a operadora do plano de saúde deve ser responsabilizada pela cobertura do procedimento ou pelos danos causados em virtude de sua conduta ilícita. Essa responsabilização

pressupõe a utilização da disciplina jurídica da responsabilidade civil, que, assim como o setor da saúde suplementar, tem se desenvolvido de forma absolutamente rápida e plural.

Essa velocidade de evolução da responsabilidade civil é ainda maior quando se trata de relações consumeristas, disciplinadas sobretudo pelo Código de Defesa do Consumidor. Tal norma, de 1990, consistiu em grande avanço para o direito brasileiro, pois assegurou proteção à parte desfavorecida na relação de consumo, para que esta ficasse razoavelmente mais balanceada.

Em pesquisa acerca da responsabilização das operadoras de planos privados de saúde, verifica-se que há substancial material que versa sobre casos em que a operadora recusa injustificadamente a cobertura ou em que inclui cláusulas abusivas no contrato de adesão. Também há muitos trabalhos acerca da responsabilização do plano por erro de profissional a ele credenciado.

Quase nada se encontra, contudo, que trate dos casos em que não há recusa na cobertura de procedimento, mas sim demora na prestação de serviços da própria operadora.

De fato, é prática comum das operadoras demorar na sua prestação de serviços. Essa conduta, sem dúvidas, deve ser rechaçada, como vem sendo pelo Judiciário, que fixa indenizações, algumas vezes altas, tanto pelos danos materiais decorrentes do atraso como pelos morais, ainda mais porque quem procura auxílio do plano normalmente está com a saúde prejudicada e o estado psicológico igualmente abalado.

Esse atraso, normalmente, é causado pela burocracia exigida pela operadora para a liberação do procedimento solicitado. É justamente essa hipótese que será estudada nesta obra.

Para isso, no capítulo primeiro, será traçado breve histórico do desenvolvimento do direito à saúde, será analisada a sua inclusão na Constituição da República de 1988 e serão expostos os momentos e eventos referentes à regulamentação da área no País. Ao final, será explanado o conceito de operadora, as suas modalidades e a natureza do plano de saúde.

Já o segundo capítulo versará sobre a aplicação das normas consumeristas sobre a relação entre a operadora e o usuário do plano, que é qualificada como de consumo. A princípio, será examinada a incidência do Código de Defesa do Consumidor sobre os contratos de planos de saúde, mesmo sobre aqueles firmados

antes da entrada em vigor da norma em comento. Após isso, serão apontadas as vantagens da aplicação da Lei Consumerista a qualquer relação e especificamente aos planos de saúde. Por último, serão classificadas as operadoras como prestadoras, os planos como serviços e os segurados como consumidores, vulneráveis.

Por fim, ao adentrar no capítulo terceiro, o leitor perceberá que são abordadas as teorias e conceitos da responsabilidade civil postos em prática. Como a relação é de consumo, a responsabilidade é objetiva e, portanto, o risco assume importante papel. Por isso, são delineadas as teorias do risco que encontram aplicação aos casos que envolvem planos de saúde.

Também possui crescente importância, na seara da responsabilização objetiva, o nexos causal, razão pela qual é explicada a sua função e, na mesma oportunidade, são estudadas algumas teorias da causalidade.

No tópico 3.3, será iniciada a análise de casos concretos, que, nesse momento, tratam da responsabilização por efeitos advindos da demora na prestação de serviços e da possibilidade de descumprimentos contratuais originarem danos morais e ensejarem a sua compensação. Isso tudo em casos diversos, alheios ao setor da assistência privada à saúde. É somente no item 3.4 que são destrinchados casos em que a operadora foi responsabilizada e condenada a indenizar os danos causados aos familiares dos segurados.

A metodologia para a escolha dos precedentes consistiu em pesquisa no arquivo digital de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e na busca por informações em outros meios, como em livros, trabalhos impressos e na internet.

Para finalizar o presente trabalho, será apresentada atual Resolução normativa da Agência Nacional de Saúde Suplementar, que nem sequer entrou em vigência ainda, que disciplina os prazos máximos para o atendimento dos segurados que requerem a cobertura ou o agendamento de procedimentos nas variadas especialidades médicas.

O tema, como visto, possui enorme relevância na sociedade atual, porquanto cada vez há maiores e mais numerosas operadoras, e cada vez mais pessoas aderem aos seus planos. Definido o conteúdo da presente monografia, mister dar início aos seus capítulos.

1. REGULAMENTAÇÃO DA ATIVIDADE DE SAÚDE COMPLEMENTAR

Neste primeiro capítulo, serão abordados os aspectos gerais sobre as operadoras de planos de saúde, a regulamentação da atividade no País e o próprio direito à saúde no âmbito das relações privadas.

A presença de tais assuntos no início desta monografia é justificada pelo fato de que a discussão central do estudo passa, obrigatoriamente, pelo embate entre os fins comerciais das operadoras com um dos direitos mais básico do ser humano, que é o direito à saúde.

Diante disso, antes de que se inicie a breve explanação do histórico da atividade que levou à consolidação dos planos de saúde no Brasil, necessário é tratar rapidamente sobre o direito acima mencionado.

1.1. Desenvolvimento histórico do direito à saúde

Com o passar das décadas, a necessidade de se assegurar o direito à saúde, consubstanciado em certo momento histórico na melhoria das condições mínimas para a sobrevivência e para o bem estar dos indivíduos tornou-se cada vez mais evidente.

Os fatores que implicam tal melhoria englobam o avanço tecnológico em geral, que possibilitou o aumento da produção de alimentos, a evolução das condições sanitárias, o desenvolvimento de melhores medicamentos¹ e a redução de fatores que influenciam negativamente a saúde das pessoas.

É certo que o conteúdo do direito à saúde tem variado de acordo com a época e com a sociedade que se observa, ou com a consciência de cada indivíduo inserido no seguimento social preponderante.²

De fato, o próprio conceito de saúde foi sendo modificado. Já significou a consequência da forma de vida adotada pelas pessoas e pela sociedade, como exemplificado nas épocas de Hipócrates, século IV a.C., Paracelso, século XVI, e

¹ SCAFF, 2010, p. 15.

² DALLARI, 1988, p. 57.

Engels, século XIX. Tomou, ainda, a formatação da ausência de enfermidades, como nos momentos de Descartes, século XVII, e Pasteur e Koch, século XIX.³

No período da Revolução Industrial é que a discussão acerca do direito à saúde encontrou o seu primeiro clímax. Os trabalhadores demandaram que o Estado tomasse a posição de fiscal, após sofrerem inúmeros abusos cometidos pelos empregadores, que, num primeiro momento, exploraram a mão de obra sem pensar em consequências que prejudicariam a produção. Vale ressaltar que, num segundo período, a concretização da saúde do empregado também passou a ser preocupação do empregador, haja vista que o empregado que esbanja saúde possui eficiência maior do que o enfermo.⁴

Como visto, cada vez mais a humanidade buscou, em conjunto, possibilitar vida mais duradoura e com menos sofrimentos.

(...) é natural admitir que a busca de uma vida saudável e livre das mazelas e sofrimentos provocados por enfermidades antes incontroláveis – as quais, atualmente e por conta dos avanços científicos, podem ser minimizadas, debeladas ou evitadas – constitui objetivo legítimo e justificado da humanidade, em certa medida alcançado pela evolução científica e pela facilitação do acesso das pessoas a esses novos recursos e conhecimentos.⁵

A temática do direito à saúde encontrou seu ápice, então, com a explosão da Segunda Guerra Mundial, tanto por causa das incontáveis violações aos direitos individuais e das barbáries cometidas no período sangrento como pela criação da Organização das Nações Unidas – ONU em 1945 e de outros organismos, como a Organização Mundial da Saúde – OMS.

Necessária, neste momento, a devida menção à Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. Tal instrumento resgatou os princípios norteadores da Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade – e reconheceu, em escala global, os direitos humanos e as liberdades fundamentais. De mais a mais, trata, do art. III ao XXVIII, tanto dos direitos civis e políticos como dos sociais, econômicos e culturais.⁶

³ DALLARI, 1988, p. 58.

⁴ TRETTEL, 2010, p. 54.

⁵ SCAFF, 2010, p. 15.

⁶ GREGORI, 2010, p. 25.

No seu art. XXV, 1, está positivado, em linhas gerais, que é direito de cada um conseguir assegurar a saúde e o bem estar próprios e de sua família.⁷ A redação do dispositivo foi e é bastante criticada pelo seu caráter genérico, que acabaria por garantir a todos os indivíduos um bem estar intangível e, por carecer de conceituação mais precisa, seria vazia. Há quem diga, inclusive, que o estado de bem estar completo nem sequer existe, mas que a sua busca constitui a saúde.⁸

Mesmo com a divergência doutrinária brevemente apontada, tem sido crescente a preocupação dos Estados em inserir em suas Cartas Magnas o direito à saúde, assim como o fez o Brasil, com destaque para a Constituição da República de 1988.

Como bem observado por SCHWARTZ, a pioneira em tal atitude foi, sem dúvidas, a Constituição italiana de 1948, que o fez quase um ano antes da promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos.⁹ O direito à saúde ocupou o art. 32 daquela.¹⁰

A partir de então, o direito à saúde passou a constar em uma série de documentos internacionais, cujos signatários obrigaram-se perante a sociedade internacional a assegurar máximas de saúde aos indivíduos.

Como exemplo, é possível citar o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 (art. 12)¹¹, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965 (art. 5º, IV, e), a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979 (arts. 11, 1, f e 12), a Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 1989 (art. 24) e o Protocolo Adicional à Convenção Interamericana de Direitos

⁷ Artigo XXV 1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

⁸ DEJOURS apud DALLARI, 1988, p. 58.

⁹ SCHWARTZ, 2000, p. 117.

¹⁰ Art. 32. *La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.*

Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

¹¹ ARTIGO 12-1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental. 2. As medidas que os Estados partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: a) a diminuição da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento sã das crianças; b) a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente; c) a prevenção e tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças; d) a criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988 (art. 10).¹²

LORENZETTI exemplifica com maestria algumas nações que optaram por positivizar o direito fundamental à saúde em suas Constituições:

(...) sustenta-se, nos diversos ordenamentos jurídicos, a tendência ao reconhecimento constitucional do direito à saúde. Na Itália, afirma-se que a afetação física é um dano à saúde. Essa afirmação tem uma sustentação no direito constitucional italiano, em virtude do que o art. 32 da Carta Magna refere-se à tutela da saúde como uma garantia do indivíduo. Na Espanha, a Constituição estabelece que 'se reconhece o direito à proteção da saúde' (art. 43) e se indica que compete aos poderes públicos organizar e tutelar a saúde pública através de medidas preventivas e das prestações de serviços necessários. No Peru, o Código de 1984 dispõe no art. 5º o direito à integridade física.¹³

Afora os países supracitados, também Argentina, Paraguai, Uruguai, Espanha, Portugal, Holanda, Grécia, França e outros positivaram em suas Constituições o direito à saúde como fundamental.¹⁴

O caso brasileiro será tratado com um pouco mais de profundidade no próximo tópico, haja vista que o objeto deste trabalho centra-se no direito pátrio.

Tais direitos à saúde ou à integridade possuem, ao menos, duas dimensões. A primeira é de natureza negativa, pela qual se entende o direito à saúde como o direito de não ter a sua integridade física ou até moral violadas por outrem. A tutela a esta modalidade do direito à saúde é preventiva, para que seja a violação impedida antes de ser realizada, ou ressarcitória/compensatória, haja vista a necessidade de se indenizar aquele que suportou injustamente o dano à saúde.

A segunda espécie de direito à saúde, que é mais bem denominado de direito a prestações de saúde, consiste não no direito de não ter a sua saúde violada, ou seja, de se obter dos demais uma abstenção na esfera da integridade pessoal, mas sim na concretização da pretensão positiva contra aquele que tem a obrigação de prestar serviços que objetivam a melhorar as condições de saúde, em face de determinada causa que a prejudique.¹⁵

Isso significa que, conforme esta modalidade de direito à saúde, cada indivíduo tem o direito de exigir prestação positiva do Estado ou do outro prestador

¹² TRETTEL, 2010, p. 56.

¹³ LORENZETTI, 1997, t. I, p. 30.

¹⁴ SARLET, 2007, p.4.

¹⁵ LORENZETTI, 1997, t. I, p. 131-132.

de serviços de saúde para que tente otimizar, da melhor forma possível, o seu estado de saúde.

Não se exige, contudo, que a moléstia ou a condição devam ser, obrigatoriamente, curadas, minimizadas ou controladas, mesmo porque essa possibilidade depende das particularidades de cada situação e chega a ser, em alguns casos, impossível. Por outro lado, deve haver o esforço para que a melhor prestação médica seja garantida. Essa hipótese assemelha-se às obrigações de meio, pelas quais uma das partes deve prestar, da melhor forma, dadas as condições e as possibilidades, determinado serviço.

SARLET encara as duas facetas do direito à saúde como as suas modalidades de defesa e de prestações. A defensiva enquadra-se na já explicada dimensão negativa. A prestativa impõe ao Estado

a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames da mais variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde.¹⁶

O rol de prestações devidas pelo Estado ou pelo ente responsável pela efetivação do direito à saúde é ampliado na doutrina de SANTOS:

Desse modo, os fatores que interferem na saúde do indivíduo e da coletividade não são poucos e, se há um direito à saúde que deve ser garantido pelo Estado, esse direito à saúde não significa apenas, como somos induzidos a pensar, “acesso a serviços essenciais”, ou seja, oportunidade a todos de cuidar de sua “doença”; direito à saúde começa pelo direito a não ficar doente em decorrência de causas que compete o Estado regular, mediante intervenção nas suas bases geradoras ou na cadeia causal, como: meio ambiente, incluído o do trabalho, a instrução, a proibição de propagandas nocivas, o controle de agrotóxicos etc. Se o Estado deve garantir o direito à saúde, em consequência ele pode intervir em fontes causadoras de doenças.

Como a sociedade e o indivíduo também são responsáveis pela sua saúde, devendo evitar o risco da doença mediante a adoção de condutas ao seu alcance, que reduzam o agravo à saúde, entendemos que também é dever do Estado estimular a formação de uma consciência, social e individual, de dever e responsabilidade de cada um pela própria saúde.¹⁷

De se ver, então, que em torno do direito à saúde há, ainda, diversas correntes no que tange à sua extensão e às obrigações dele decorrentes que devem ser prestadas pela entidade competente. As divergências, entretanto, não fogem de

¹⁶ SARLET, 2007, p.8.

¹⁷ SANTOS, L., 1977, pp. 245-246.

um conceito mais amplo de saúde e da necessidade de sua proteção tanto por condutas omissivas, para que não sejam praticados os atos danosos à saúde, como por ativas, haja vista a necessidade de se combaterem os potenciais danos pela prevenção e se repararem os danos já causados pelos métodos eficazes.

No tópico seguinte será posto em evidência o caso brasileiro, sobretudo após a promulgação da Constituição da República de 1988.

1.2. Direito à saúde na Constituição da República de 1988

Mesmo sendo o Brasil signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, o direito à saúde somente figurou na Constituição pátria com a edição da Carta Magna de 1988.¹⁸

Sob o manto das Cartas constitucionais anteriores, somente tinham direito à assistência à saúde aqueles trabalhadores que contavam com inscrição na previdência social e para ela contribuía.¹⁹

Isso porque a saúde, no País

(...) não era um ramo distinto da área social e não constituía um direito; portanto, praticamente o Estado dela se eximia. Era apenas mais um benefício do sistema previdenciário brasileiro. Àqueles que contribuía compulsoriamente através do desconto em seu salário, a previdência social garantia aposentadoria, auxílio e assistência médica e hospitalar individualizada ao trabalhador e aos dependentes.

O cidadão que, embora sendo um trabalhador, não contribuísse para a previdência social, não tinha direito aos serviços de proteção e assistência à saúde. Entrava na categoria de indigente.

Somente ações de saúde coletiva – vacinas, puericultura e os serviços municipais de pronto socorro – eram garantidas a todos os cidadãos indistintamente.²⁰

Essa ausência de proteção à saúde no Brasil foi um dos fatores decisivos que ocasionou o movimento de Reforma Sanitária, cujo objetivo era instituir a saúde como um direito de todos e alargar o sistema assistencialista brasileiro para que passasse a abarcar a universalidade das pessoas.²¹

O ápice do movimento deu-se durante a realização da VIII Conferência Nacional de Saúde, após a qual a mobilização social foi forte o suficiente para fazer

¹⁸ TRETTEL, 2010, p. 58.

¹⁹ SANTOS, L., 1994, pp. 49.

²⁰ SANTOS, L., 1994, pp. 49.

²¹ TRETTEL, 2010, p. 59.

constar na Carta Magna brasileira as diretrizes resultantes daquela. Nesse momento, nasceu o Sistema Único de Saúde – SUS, regulamentado em 1990 com a publicação das Leis nº 8.080 e 8.142.²²

Ao longo da Assembleia Constituinte, foram repensados os deveres e as responsabilidades que cabem ao Estado e o constituinte, “além de eleger como princípio fundamental da República Federativa a dignidade humana e de elencar em seus artigos 5º e 6º os direitos fundamentais, dedicou espaço para tratar especificamente de alguns direitos sociais, dentre eles o direito à saúde.”²³

Os direitos sociais, de forma geral, eram tratados de modo acanhado nos textos constitucionais anteriores. Eram dispersos nos dispositivos que tratavam da ordem econômica e social. Nesse ponto, a Constituição de 1988 inovou enormemente, haja vista a inclusão dos direitos sociais ao lado dos anteriormente já consagrados direitos civis e políticos. Esse foi, inclusive, um dos fatores que motivaram a denominação “Constituição Cidadã”.²⁴

Na definição dos direitos sociais, foi preciso J. A. SILVA, que os conceituou da seguinte forma:

Como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento (sic) da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.²⁵

Os direitos sociais, que são fundamentais, são enumerados, de forma não taxativa, no art. 6º da Constituição da República de 1988. Um deles é o próprio direito à saúde, que, como se verá, ganhou enorme destaque na Carta Magna, haja vista a sua presença em diversos dispositivos, entre os quais se pode citar, além do acima mencionado, os seguintes: art. 6º; 7º, XXII; 23, II; 24, XII; 30, VII; 194; 196; 197; 198; 199; 200, I a VIII; 227, § 1º, I; 212, § 4º.²⁶

Os mais importantes para a temática abordada nesta monografia são os artigos 196, 197 e 199. O primeiro afirma o caráter universal do direito à saúde e dita

²² ACIOLE, 2006, 192.

²³ TRETTEL, 2010, p.59.

²⁴ GREGORI, 2010, p, 26.

²⁵ SILVA, J. A., 1999, p. 289-290.

²⁶ SARRUBO, 1999, p.13.

que ela é, ainda, um dever do Estado, que deve assegurá-la por meio de políticas a que todos possam obter acesso.²⁷

É notável a imprecisão na primeira parte sua redação, porquanto não é dever do Estado dar saúde, vez que isso seria absolutamente impossível, mas sim proteger a saúde. A observância do art. 196 pelo Estado consiste na execução de políticas sociais e econômicas nessa área.²⁸ Cabe lembrar que as medidas estatais devem alicerçar-se na universalidade da abrangência, na igualdade de acesso pelos indivíduos e na redução das desigualdades.

Como exemplo de dispositivo tecnicamente adequado pode-se citar o art. 64 da Constituição portuguesa²⁹, que dispõe que “todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover.”

Por outro lado, o art. 197 da Constituição da República atribui relevância pública ao direito à saúde, o que lhe confere caráter mais marcante e atribui ao Estado competência para regulamentar, por meio de lei, as ações e os serviços de saúde. Ademais, prevê que os serviços que visam à concretização da proteção à saúde serão prestados pelo próprio Estado, direta ou indiretamente, ou por terceiros, que podem ser tanto pessoas físicas como jurídicas.³⁰

A parte final de tal dispositivo é justificada pela existência, durante a Constituinte, de uma corrente radical que defendia a medicina como atividade exclusiva do Estado.³¹

O art. 198 traça as linhas gerais acerca do Sistema Único de Saúde, que não interessa para fins deste estudo, e o art. 199, o qual merece ser transcrito, garante à iniciativa privada a possibilidade de atuar no campo da saúde e delinea a sua moldura de atuação.³²

²⁷ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

²⁸ COSTA *apud* SANTOS, 1994, p. 98.

²⁹ CARVALHO *apud* SANTOS, 1994, p. 98.

³⁰ Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

³¹ FERREIRA FILHO *apud* SARRUBBO, 1999, p.15.

³² Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. § 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos. § 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei. § 4º - A lei

Segundo tal dispositivo, pode a iniciativa privada participar da assistência à saúde mediante contrato ou convênio com o Poder Público, segundo as normas por este fixadas. Ademais, possuem preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos, e é vedada a destinação de verba pública a instituições com fins lucrativos e a participação de empresas ou recursos estrangeiros na área da saúde no País, ressalvados os casos em que lei disponha o contrário.

Como visto, a Constituição objetiva, no que tange ao direito à saúde, assegurar o bem estar social e possibilitar a participação dos entes estatais e privados no setor.

Os demais textos normativos compõem-se principalmente de leis federais e locais e de inúmeras normas infralegais, como instruções, portarias etc. editadas pelos entes competentes para regular o setor da saúde.

No tópico a seguir, será traçado o histórico da criação e da atuação das operadoras de planos de saúde e será apresentado sucinto panorama da atuação das instituições privadas no setor.

1.3. Histórico da regulamentação do setor de assistência privada à saúde no Brasil

Em 1923, foi promulgado o Decreto nº 4.682/23, de autoria de Eloy Chaves. Tal tomo normativo foi o embrião da atual previdência social e da assistência estatal e privada à saúde.

O Decreto deu início à assistência privada porque determinou a criação de uma Caixa de Aposentadoria e Pensão em cada empresa de estradas de ferro no país. Tais caixas eram custeadas por empregadores e empregados simultaneamente e visavam a garantir a assistência privada à saúde. O Estado acabou por atribuir ao setor privado, nesses casos, a responsabilidade por proteger a saúde de determinadas pessoas por meio de ações prestativas.³³

A partir de então, a tendência foi a criação de caixas em empresas de setores distintos da viação férrea. Já em 1933, durante o governo de Vargas, foram

disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

³³ FERNANDES NETO, 2002, p.29.

criados os Institutos de Aposentadorias e Pensões, e foi cunhada a expressão “medicina previdenciária”.³⁴

Nas duas décadas subsequentes, diversas entidades dos seguimentos público e privado passaram a instituir suas próprias modalidades de assistência médico-hospitalar para seus funcionários. Os exemplos mais marcantes foram as criações da Cassi – Caixa de Assistência aos Funcionários do Banco do Brasil e a assistência para os funcionários do extinto Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Industriários, que acabou por originar a Geap – Fundação de Seguridade Social.³⁵

Nesse momento, vários governos estaduais e empresas estatais criaram suas próprias formas de assegurar as prestações médico-hospitalares a seus servidores e funcionários em geral. Preponderavam três modalidades de atuação: serviços próprios, realizados por terceiros e reembolso das despesas individuais.

Na esfera militar, foram incentivados os grupos médicos, os quais foram incorporados à assistência médica previdenciária. Dessa modalidade mais tarde nasceria a medicina de grupo.³⁶

Por outro lado, na seara privada, cabe destacar que o surgimento das operadoras de plano de saúde deu-se “concomitantemente ao processo de industrialização e abertura do mercado interno para instalação de empresas estrangeiras, notadamente a automobilística.”³⁷ Isso ocorreu sobretudo na década de 60, na região do ABC Paulista.

A experiência utilizada como modelo para a formatação inicial foi a das *Health Maintenance Organizations*³⁸, que consistem em prática de medicina pré-paga há muitos anos existentes nos Estados Unidos. Uniam os seguros e as prestações diretas em um mesmo ente, que era sustentado pelos pagamentos anuais parcelados dos segurados.³⁹

Como visto, as operadoras de planos de saúde surgiram como entidades cujo fim era dar cobertura médico-hospitalar principalmente aos funcionários de empresas, as quais, mediante convênio com a Previdência, tornaram-se

³⁴ GREGORI, 2010, p. 36.

³⁵ BRASIL, 2002.

³⁶ GREGORI, 2010, p. 37.

³⁷ FIGUEIREDO, 2006, p. 130.

³⁸ BOTTESINI; MACHADO, 2005, p. 43.

³⁹ HALL *et al apud* FREIRE, 2010, p. 174.

responsáveis pela saúde de seus empregados. É isso que foi intitulado “medicina de fábrica”.

Surgem, então, as primeiras empresas médicas, ou grupos médicos, que se especializaram na disponibilização de serviços assistenciais, os quais, inicialmente, eram prestados por rede própria e, num segundo momento, por ser mais barato e assegurar vantagens no mercado, por sistema de credenciamento de prestadores de serviços médico-hospitalares.⁴⁰

Os negócios firmados deixaram de ser somente coletivos, como o eram na época da medicina de fábrica, e os indivíduos passaram a contar com a possibilidade de contratar as operadoras individualmente ou em família.⁴¹

O seguro-saúde foi pela primeira vez previsto no Decreto-lei 73/66, que regulamentou a atividade de seguros e resseguros no País. Os seus artigos 129 a 135, que compõem a Seção I de seu Capítulo XI, dispuseram especificamente acerca do seguro em tela.⁴² Este decreto, entre inúmeras disposições, criou e

⁴⁰ GREGORI, 2010, p. 37.

⁴¹ FREIRE, 2010, p. 175.

⁴² Art 129. Fica instituído o Seguro-Saúde para dar cobertura aos riscos de assistência médica e hospitalar.

Art 130. A garantia do Seguro-Saúde consistirá no pagamento em dinheiro, efetuado pela Sociedade Seguradora, à pessoa física ou jurídica prestante da assistência médico-hospitalar ao segurado. § 1º A cobertura do Seguro-Saúde ficará sujeita ao regime de franquia, de acôrdo com os critérios fixados pelo CNSP. § 2º A livre escolha do médico e do hospital é condição obrigatória nos contratos referidos no artigo anterior.

Art 131. Para os efeitos do artigo 130 dêste Decreto-lei, o CNSP estabelecerá tabelas de honorários médico-hospitalares e fixará percentuais de participação obrigatória dos segurados nos sinistros. § 1º Na elaboração das tabelas, o CNSP observará a média regional dos honorários e a renda média dos pacientes, incluindo a possibilidade da ampliação voluntária da cobertura pelo acréscimo do prêmio. § 2º Na fixação das percentagens de participação, o CNSP levará em conta os índices salariais dos segurados e seus encargos familiares.

Art 132. O pagamento das despesas cobertas pelo Seguro-Saúde dependerá de apresentação da documentação médico hospitalar que possibilite a identificação do sinistro. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 296, de 1967)

Art 133. É vedado às Sociedades Seguradoras acumular assistência financeira com assistência médico-hospitalar.

Art 134. As sociedades civis ou comerciais que, na data dêste Decreto-lei, tenham vendido títulos, contratos, garantias de saúde, segurança de saúde, benefícios de saúde, títulos de saúde ou seguros sob qualquer outra denominação, para atendimento médico, farmacêutico e hospitalar, integral ou parcial, ficam proibidas de efetuar novas transações do mesmo gênero, ressalvado o disposto no art. 135, parágrafo 1º. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 296, de 1967) § 1º As Sociedades civis e comerciais que se enquadrem no disposto neste artigo poderão continuar prestando os serviços nêle referidos exclusivamente às pessoas físicas ou jurídicas com as quais os tenham ajustado ante da promulgação dêste Decreto-lei, facultada opção bilateral pelo regime do Seguro-Saúde. § 2º No caso da opção prevista no parágrafo anterior, as pessoas jurídicas prestantes da assistência médica, farmacêutica e hospitalar, ora regulada, ficarão responsáveis pela contribuição do Seguro-Saúde devida pelas pessoas físicas optantes. § 3º Ficam excluídas das obrigações previstas neste artigo as Sociedades Beneficentes que estiverem em funcionamento na data da promulgação dêsse Decreto-lei, as quais poderão preferir o regime do Seguro-Saúde a qualquer tempo.

estruturou o Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP e a Superintendência de Seguros Privados – Susep.

A finalidade do seguro-saúde era a de assegurar o pagamento prévio, ou na forma de reembolso aos seus usuários, das despesas oriundas de procedimentos médico-hospitalares deles ou de seus dependentes, dentro dos limites das apólices individuais. Dessa maneira, transferiu-se onerosamente o risco futuro à saúde dos segurados às seguradoras⁴³, que passaram a se responsabilizar pelo pagamento de determinados procedimentos.

Não era permitido, no princípio, que a seguradora operasse serviços em rede própria; a escolha do profissional ou do ente que prestaria o serviço era faculdade do segurado.⁴⁴

A Resolução nº 11, de 1976, editada pelo CNSP, reforçou tal entendimento, de que o serviço de seguro-saúde compreendia somente o reembolso das despesas, e que a seguradora não se ligava diretamente à prestação dos serviços médico-hospitalares.⁴⁵

Ainda no curso do *boom* originado nos anos 60, o mercado de seguros-saúde viu sua diversidade de atores ser multiplicada rapidamente. Surgiram, após as empresas de medicina em grupo, que seguiram o modelo norte-americano, as cooperativas, como a Unimed de cada região, as empresas de autogestão, as seguradoras, as empresas filantrópicas. Passaram, ainda, a cobrir as despesas com tratamentos e procedimentos odontológicos.⁴⁶

As cooperativas surgiram no momento em que os médicos perceberam que estavam deixando de receber dinheiro, pois vendiam seus serviços para os segurados a preços inferiores aos cobrados de pacientes sem seguro. Assim, as operadoras de seguro consolidavam suas carteiras de clientes. Os médicos, então, enxergaram a possibilidade de criar cooperativas que substituíssem as seguradoras para que pudessem criar as próprias carteiras.

Art 135. As entidades organizadas sem objetivo de lucro, por profissionais médicos e paramédicos ou por estabelecimentos hospitalares, visando a institucionalizar suas atividades para a prática da medicina social e para a melhoria das condições técnicas e econômicas dos serviços assistenciais, isoladamente ou em regime de associação, poderão operar sistemas próprios de pré-pagamento de serviços médicos e/ou hospitalares, sujeitas ao que dispuser a Regulamentação desta Lei, às resoluções do CNSP e à fiscalização dos órgãos competentes.

⁴³ SANTOS, M. B., 2007, p. 99.

⁴⁴ BOTTESINI; MACHADO, 2005, p. 43.

⁴⁵ BRASIL, 2003.

⁴⁶ FREIRE, 2010, p. 175.

Assim, surgiram as cooperativas, cujo principal exemplo são as Unimed, que congregavam médicos de especialidades distintas com o objetivo de diversificar a cobertura de serviços⁴⁷ e, assim, atrair cada vez mais beneficiários.

Diante do enorme sucesso que lograram obter as cooperativas, muitas seguradoras vinculadas a instituições financeiras acabaram sofrendo prejuízos e até desaparecendo quase por completo, como ocorreu com o Saúde Bradesco e com o Saúde Itaú.

No ano de 1980, foi editada a Lei nº 6.839, que tornou obrigatório o registro das empresas seguradoras nos organismos médicos que a fiscalizariam, o Conselho Federal de Medicina – CFM e os Conselhos Regionais de Medicina – CRMs. Valendo-se dessa prerrogativa, o CFM, por meio da Resolução 1.401/93, obrigou as seguradoras a cobrirem as despesas com todas as enfermidades elencadas no Código Internacional de Doenças, da Organização Mundial da Saúde. Evidentemente, o setor não acatou tal imposição e a descumpriu.⁴⁸

A partir da década de 80, o mercado das seguradoras de saúde chegou a sua época áurea. Diversos fatores convergiram ao mesmo tempo no sucesso que atraía cada vez mais empresas para o ramo. Os principais motivos apontados foram os abaixo elencados.

O primeiro, unânime entre aqueles que pesquisam o assunto, foi a deficiência na prestação e a brusca queda de qualidade dos serviços de saúde oferecidos pelo Estado, seguido pela resistência, oriunda tanto de empresários como de trabalhadores, à noção de universalização do sistema de saúde, que mais tarde alicerçaria a Constituição de 1988.⁴⁹

Na seara trabalhista, havia motivos adicionais para a maior participação das seguradoras. A contratação delas pelos empregadores era causa da “queda do absenteísmo [por motivo de doença], do maior controle sobre a força de trabalho e do fortalecimento das relações de solidariedade dos trabalhadores para com a empresa.”⁵⁰ Naturalmente, a contratação de seguros-saúde também visava a atender as demandas sindicais.

Outros elementos que motivaram o crescimento da atividade foram a diversidade de apólices, de coberturas e de preços oferecidos pelos seguros, o que

⁴⁷ BOTTESINI; MACHADO, 2005, pp. 44-45.

⁴⁸ PASQUALOTTO, 1999, p. 41.

⁴⁹ BAHIA, 2000, p. 38.

⁵⁰ FARIAS; MELAMED, 2003, p. 590.

facilitou a contratação individual e coletiva, e a inflação no período, razão pela qual os preços eram fixados abaixo do valor real.⁵¹

Contudo, os mesmos motivos foram responsáveis por grande crise ocorrida no setor anos mais tarde. Assim leciona FREIRE:

Paradoxalmente, as razões citadas acima, e que estimularam o crescimento da atividade das OPS, foram as que acabaram por levar o setor a uma grande crise: (i) primeiro, a ineficiência estatal chegou a tal ponto que as atividades das OPS, que era secundária, passou a ser considerada pela sociedade, e em especial pelo Poder Judiciário, como principal e essencial; (ii) segundo, porque a inexistência de um padrão de plano acabou por levar à imposição de inúmeras cláusulas que vieram a ser consideradas abusivas, inclusive aquelas cláusulas que previam limitação de tempo de internação, exclusão de procedimentos e elevados percentuais de reajuste para as faixas etárias mais altas; (iii) terceiro, por que (sic) o uso da inflação como componente do preço obrigava as OPS a buscarem cada vez mais rapidamente a recomposição do preço, passando as correções a serem quase diárias; e, (iv), por fim, por trabalharem com o olho na inflação e não no custo real, algumas OPS perderam a noção de preço justo e adequado, o que as levou a quebra quando do término do período inflacionário.⁵²

Como já mencionado, houve aumento desenfreado do número de atores no setor de seguro-saúde, o que trouxe diversos problemas, ainda mais pela ausência de regulamentação da matéria. Eram comuns, como ainda são, a ocorrência das mais diversas práticas abusivas e ilícitas contra os usuários, que acabam por tornarem-se vítimas da arbitrariedade das operadoras.

Isso começou a ser combatido com a publicação do Código de Defesa do Consumidor – CDC, e com a atuação mais forte dos órgãos que visam a proteger o consumidor, os Procons. Estes receberam enxurradas de reclamações dos segurados principalmente no que tange a reajustes abusivos, descumprimento contratual, negativas indevidas, cláusulas de exclusão de doenças crônicas, infectocontagiosas e pré-existentes.⁵³

Aumentou também a quantidade de ações que visavam a obter indenizações por danos ou determinações judiciais de cobertura de procedimentos, principalmente cirurgias e tratamentos urgentes. Isso acabou por preocupar as seguradoras, que passaram a serem prejudicadas com a aplicação das normas consumeristas aos contratos de planos e seguros.

Dessarte, tanto a população em geral como as empresas atuantes no setor tinham interesse na concretização da regulamentação da atividade. A primeira para

⁵¹ FREIRE, 2010, p. 175.

⁵² FREIRE, 2010, pp. 175-176.

⁵³ GREGORI, 2010, p. 39.

que fossem reduzidas as arbitrariedades e abusividades na relação contratual com as seguradoras, e estas para que deixassem de ser tão recorrentemente condenadas, principalmente pela quase presunção de ilicitude de suas condutas.

Ademais, a já relatada situação preocupante das seguradoras ligadas a instituições financeiras, em decorrência do aumento da atuação das cooperativas, que posteriormente quase chegariam à falência total, levou a Federação Nacional das Seguradoras – FENASEG a pressionar, no início da década de 90, o governo a reestruturar o mercado de seguro-saúde.⁵⁴

Essa pressão de todos os lados do setor teve como desfecho a promulgação da Lei nº 9.656, de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, e a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, que regula e fiscaliza o setor privado de assistência à saúde.⁵⁵

A Lei supracitada perdura até hoje, com alterações em sua redação, e, por serem de suma importância para o setor, seus aspectos gerais serão explanados no tópico que segue.

1.4. Regulamentação atual da atividade

Como já informado, a pressão pela regulamentação do setor teve origem nos diversos atores do mercado de seguros-saúde, principalmente após o ano 1990. As constantes reclamações dos consumidores, o *lobby* das empresas atuantes na área e as reivindicações dos prestadores de serviços médico-hospitalares somente demonstravam como a edição de norma específica para a assistência à saúde era urgente.

Eclodiram uma série de manifestações públicas, foram editadas diversas legislações pelos Estados, baixadas resoluções pelos conselhos profissionais, como a do CFM, e foram constantes os julgados acerca de seguro-saúde, haja vista a sua popularização e as inúmeras violações aos direitos dos consumidores. Também influenciaram na regulamentação os seguradores internacionais, que se instalaram no Brasil e ficaram insatisfeitas com a ausência de normas legais sobre a matéria. O mercado se autorregulava e sofria intervenções diárias do Judiciário. O *lobby* das

⁵⁴ BOTTESINI; MACHADO, 2005, p. 45.

⁵⁵ GREGORI, 2010, p. 39.

seguradores foi decisivo para a velocidade de tramitação do Projeto de Lei nº 93/1993, que seria aprovado em 1998.⁵⁶

Mesmo com a pressão das seguradoras, foi “a união entre médicos e consumidores, profissionais de saúde e usuários que garantiu certa vocalização política, repercussão nos meios de comunicação e respaldo da opinião pública.”⁵⁷ Essa união abrangia entidades de portadores de enfermidades, principalmente os grupos de luta contra a SIDA, de defesa do consumidor, como o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC e o PROCON, e as médicas, como o CFM.⁵⁸

O PL nº 93/93, de autoria do Senador Ivam Saraiva, tratava basicamente da proibição da exclusão de doenças da cobertura dos contratos. Após aprovado no Senado, recebeu a numeração PL nº 4.425/94 na Câmara dos Deputados. Daí, sucedeu um processo legislativo tortuoso e confuso. Foram apensados outros 12 Projetos de Lei, o Deputado Pinheiro Landim apresentou proposta de nova redação que em nada coincidia com a inicial, o que causou revolta popular e dos grupos médicos, haja vista que a proposta possuía viés benéfico somente às operadoras.⁵⁹

Após o retorno ao Senado Federal, pela impossibilidade de se ajustar alguns artigos controversos⁶⁰, foi acordado entre os entes representantes dos consumidores e os da classe médica e o Ministro da Saúde José Serra que as correções viriam por meio de Medidas Provisórias após a sanção da Lei.

Após a publicação da Lei nº 9.656/98, que passou a ser o principal marco regulamentador do setor de assistência à saúde privada, começaram a surgir as Medidas Provisórias prometidas. Embora fosse possível incluir as alterações em apenas uma MP, foram editadas 44 (quarenta e quatro), número absurdo que acabou por alterar diversos aspectos da Lei.

Dessas MPs, cabe citar a de nº 2.177-43/01, que foi combatida por criar obstáculos ao atendimento de determinadas especialidades médicas. O movimento que afrontou e inviabilizou a MP supradita foi um dos espaços criados para discussão da regulamentação do setor. Também o foram o Fórum Nacional de Acompanhamento da Regulamentação dos Planos de Saúde, o simpósio no Senado

⁵⁶ BAHIA; SCHEFFER, 2010, pp. 28-29.

⁵⁷ BAHIA; SCHEFFER, 2010, p. 30.

⁵⁸ TRETTEL, 2010, p. 34.

⁵⁹ TRETTEL, 2010, p. 34.

⁶⁰ “A designação da Superintendência de Seguros Privados (Susep) do Ministério da Fazenda como o órgão responsável pela regulamentação e a exclusão de cobertura de doenças e lesões preexistentes eram dois dos pontos mais polêmicos do texto aprovado pelos Deputados” (BAHIA; SCHEFFER, 2010, p. 33.)

Federal, organizado pelo Conselho Nacional de Saúde – CNS, a Comissão Parlamentar de Inquérito dos Planos de Saúde, na Câmara dos Deputados, o Fórum de Saúde Suplementar e a Comissão Permanente de Saúde Suplementar do CNS.⁶¹

Quanto à Lei nº 9.656/98, ela preencheu uma série de lacunas na atividade das operadoras de planos de saúde. Como exemplos, pode-se citar a obrigatoriedade de criação de reservas de capital nas empresas de planos ou seguros, o impedimento de exclusões de cobertura em razão da idade do segurado, de deficiência, moléstia ou lesão pré-existente, a proibição da limitação temporal de internações, a garantia de atendimento a recém-nascidos por 30 (trinta) dias, o estabelecimento de carência de 24h (vinte e quatro horas) para procedimentos urgentes.

Contudo, restaram diversos vazios no setor, como as ausências de limitação dos reajustes por envelhecimento do segurado, de vedação da rescisão unilateral de contratos coletivos, de regras de credenciamento de certos prestadores de serviços e de disposições acerca do dever de informação das operadoras.

Dois anos após a promulgação da Lei de Planos de Saúde, foi convertida a MP nº 1.928/99 na Lei nº 9.961/00, que criou e estabeleceu, junto à Lei nº 9.656/98 e às MPs que a sucederam, as competências da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, principal órgão regulador do setor. A autarquia vincula-se ao Ministério da Saúde e possui autonomia administrativa, financeira, patrimonial, de gestão técnica de recursos humanos. Seu principal objetivo ao editar suas normas é “regular a fiscalizar as atividades que garantem a assistência suplementar à saúde.”⁶² Os demais órgãos reguladores do setor privado de assistência à saúde são o Conselho de Saúde Suplementar – CONSU e a Câmara de Saúde Suplementar, ambos integrantes da ANS.

Não é necessário pormenorizar o percurso histórico que se encerrou no estabelecimento da ANS como órgão regulador do setor, nem discorrer de forma extensiva sobre as atuais diretrizes específicas da autarquia. No entanto, cabe elencar os principais poderes da ANS, que são os seguintes: regulamentar o setor⁶³,

⁶¹ BAHIA; SCHEFFER, 2010, p. 34.

⁶² BAHIA; SCHEFFER, 2010, pp. 37-38.

⁶³ Como exemplos, podem-se citar o art. 10, § 4º, da Lei nº 9.656/98 (“A amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS”) e o art. 4º da Lei nº 9.961/00, que transcreve numerosas atribuições da ANS.

fiscalizar as operadoras e punir administrativamente as que descumprirem as normas⁶⁴ e celebrar termos de ajuste de conduta e termos de compromisso.⁶⁵

Por fim, mister fazer menção às outras importantes leis que tratam da normatização dos planos de assistência à saúde privada: Lei nº 10.223/01, que incluiu a obrigatoriedade de cirurgia plástica reparadora de mama por planos e seguros privados de assistência à saúde nos casos de mutilação decorrente de tratamento de câncer; Lei nº 10.185/01, que dispõe sobre a especialização das sociedades seguradoras em planos privados de assistência à saúde; Lei nº 10.850/04, que fixa as diretrizes para a implantação de programas especiais de incentivo à adaptação de contratos anteriores à Lei nº 9.656/98; Lei nº 11.935/09, que tornou obrigatória a cobertura de atendimentos emergenciais, urgentes e de planejamento familiar.

Nos subtópicos a seguir, que encerram o primeiro capítulo desta monografia, serão tratados os conceitos de operadoras de planos de saúde e a abrangência e a natureza dos serviços por elas prestados.

1.4.1. Conceito de operadoras de planos de saúde

Ao longo do presente texto, algumas vezes foi utilizada a denominação “operadora de planos de saúde”, muitas vezes mencionadas pelos doutrinadores do assunto como OPS, para fazer referência às sociedades personificadas objeto deste estudo que atuam no setor da saúde suplementar.

O termo operadora foi importado de outros setores econômicos regulados e une, quando utilizada no setor da saúde suplementar, sob uma só denominação empresas distintas. Por isso, não é o termo tecnicamente mais adequado, haja vista que não reflete a diversidade do segmento.⁶⁶

Nos dizeres de BAHIA e SHEFFER:

⁶⁴ Exemplos são o art. 25 da Lei nº 9.656/98, que fixa as penalidades cabíveis, e o art. 4º, XXIX e XXX, da Lei nº 9.961/00 (“XXIX - fiscalizar o cumprimento das disposições da Lei no 9.656, de 1998, e de sua regulamentação; XXX - aplicar as penalidades pelo descumprimento da Lei no 9.656, de 1998, e de sua regulamentação;”).

⁶⁵ Exemplificam essa competência os artigos 29 e 29-A da Lei nº 9.656/98, o art. 4º, XXXIX, da Lei nº 9.961/00 (“XXXIX - celebrar, nas condições que estabelecer, termo de compromisso de ajuste de conduta e termo de compromisso e fiscalizar os seus cumprimentos;”) e o art. 6º, XIX, do Regimento Interno da ANS – RN nº 197/2009 (“XIX – autorizar a celebração de termo de compromisso de ajuste de conduta e de termo de compromisso;”).

⁶⁶ BAHIA; SCHEFFER, 2010, p. 43.

'Operadora' pode ser o termo adequado para empresas que atuam com linhas de transmissão de energia elétrica, de telefonia ou com distribuição de petróleo, por exemplo, mas parece não ser a designação mais adequada para esse ramo de saúde. A moderna acepção do termo operadora – “empresa que, mediante concessão, pública ou não, explora determinadas áreas de prestação de serviços; ou concessionária de serviços públicos” (Dicionário Houaiss) – reforça a impropriedade de sua utilização no setor da assistência médica suplementar.⁶⁷

Há autores que, cientes da impropriedade do termo em comento, preferem o uso de “empresas de planos e seguros de saúde”. Contudo, esta denominação também não abrange a totalidade dos entes que atuam no sistema regulado, pois exclui as entidades de autogestão, as empresas com planos próprios por elas administrados, como ocorre com a Petrobras.

Ainda assim, o termo “operadora” é o mais utilizado e está presente no inciso II do art. 1º da Lei nº 9.656/98. Sua definição abarca toda e qualquer pessoa jurídica, empresarial ou não, cooperativa, ou entidade de autogestão que opera produto, serviço ou contrato de plano de saúde.

O conceito legal de plano privado de assistência à saúde, por sua vez, consta no inciso I do mesmo artigo, e compreende a prestação de serviço ou cobertura de despesas a preço estabelecido anteriormente ou posteriormente, por prazo indeterminado, com o objetivo de garantir a assistência médica, hospitalar ou odontológica pelo atendimento por profissionais ou serviços, credenciados à operadora ou não, a ser pago integral ou parcialmente por esta mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador.⁶⁸

Como visto, o conceito de operadora de planos de saúde trazido pela legislação é simples. Em suma, envolve qualquer pessoa jurídica que opere plano de saúde. Caso se enquadre nessa definição, estará sujeita às normas da Lei de

⁶⁷ BAHIA; SCHEFFER, 2010, p. 44.

⁶⁸ Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) II - Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Planos de Saúde e das demais que tratam do setor e às normas emanadas da ANS.⁶⁹

Já foi informada a existência de uma série de modalidades de operadoras de planos de saúde, que, embora rotuladas sob um mesmo grupo (operadoras de planos de saúde) possuem atuação e organização distintas. São elas as entidades de autogestão, as cooperativas médicas, as cooperativas odontológicas, as entidades de filantropia, as seguradoras especializadas em saúde, as entidades de medicina em grupo, as de odontologia em grupo e as administradoras de benefícios.⁷⁰

Cabe mencionar que, para fins desta monografia, não é necessário adentrar nas distinções de cada operadora de forma detalhada, sendo absolutamente suficiente a conceituação de cada uma nos termos da nota de rodapé acima numerada. Reforce-se que o tema desta monografia, a responsabilização decorrente de demora no atendimento, estende-se a todas as modalidades de operadoras, razão pela qual não cabe, agora, traçar as diferenças que individualizam cada operadora.

Para finalizar o presente capítulo da obra, somente impescinde breve excerto acerca da distinção entre planos de saúde e seguros-saúde, de como os dois são tratados atualmente pela legislação e da natureza da atividade desenvolvida pelas operadoras.

⁶⁹ FREIRE, 2010, p. 178.

⁷⁰ A ANS, em linhas gerais, assim classifica e conceitua as modalidades de operadoras: “Quanto à modalidade, as operadoras são classificadas, conforme seu estatuto jurídico, em: Administradora: empresas que administram planos de assistência à saúde financiados por outra operadora; não possuem beneficiários; não assumem o risco decorrente da operação desses planos; e não possuem rede própria, credenciada ou referenciada de serviços médico-hospitalares ou odontológicos. Autogestão: entidades que operam serviços de assistência à saúde destinados, exclusivamente, a empregados ativos, aposentados, pensionistas ou ex-empregados, bem como a seus respectivos grupos familiares definidos, limitado ao terceiro grau de parentesco consanguíneo ou afim, de uma ou mais empresas ou, ainda, a participantes e dependentes de associações de pessoas físicas ou jurídicas, fundações, sindicatos, entidades de classes profissionais ou assemelhados. Cooperativa médica: sociedades sem fins lucrativos, constituídas conforme o disposto na Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971. Cooperativa odontológica: sociedades sem fins lucrativos, constituídas conforme o disposto na Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que operam exclusivamente planos odontológicos. Filantropia: entidades sem fins lucrativos que operam planos privados de assistência à saúde, certificadas como entidade filantrópica junto ao Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) e declaradas de utilidade pública junto ao Ministério da Justiça ou junto aos órgãos dos Governos Estaduais e Municipais. Seguradora especializada em saúde: sociedades seguradoras autorizadas a operar planos de saúde, desde que estejam constituídas como seguradoras especializadas nesse seguro, devendo seu estatuto social vedar a atuação em quaisquer outros ramos ou modalidades.

Medicina de grupo: demais empresas ou entidades que operam planos privados de assistência à saúde. Odontologia de grupo: demais empresas ou entidades que operam, exclusivamente, planos odontológicos.” (BRASIL, 2009, pp. 8-9.)

1.4.2. Natureza dos planos de saúde e seguros-saúde

A distinção entre seguro-saúde e plano de saúde é tratada por grande parte da doutrina que discorre sobre a matéria, como MARTINS, SCAFF, SANTOS, LOPES, NUNES e BOTTESINI e MACHADO. O primeiro foi regulamentado pelo Decreto-lei nº 73/66, que o instituiu no direito pátrio.

O seguro-saúde enquadra-se na definição genérica de seguro do Código Civil⁷¹ vigente. Faz parte, pois, de um contrato típico “realizado entre um segurador e um assegurado para a garantia de um risco: o segurador aceita cobrir o risco, o segurado se compromete a pagar o prêmio ou a cotização convencionada.”⁷²

O segurado, então, ao firmar o acordo, transfere o risco, ou a probabilidade, da perda financeira à entidade de seguro.⁷³ O contrato de seguro possui a característica de ser aleatório, e não pode o segurado deixar de pagar o prêmio devido mesmo na ausência de concretização do risco, isso é, de ocorrência de um sinistro.⁷⁴

Nos dizeres de SCAFF, o seguro-saúde visa ao “ressarcimento das despesas ocorridas com o tratamento médico, relativas, pois, ao pagamento de honorários profissionais, de despesas de internação hospitalar, de exames laboratoriais e clínicos, enfim, de todos aqueles custos advindos dos cuidados à saúde, de acordo com o ajustado entre as partes.”⁷⁵

Ademais, quanto ao seguro-saúde, o disposto no art. 130 e parágrafos do Decreto-lei nº 73/66 ressalta que é obrigatória a liberdade de escolha pelo segurado dos prestadores de serviços médico-hospitalares. Em caso de previsão de rede credenciada ou de qualquer forma de limitação da escolha no contrato, tal cláusula ou disposição eiva-se de nulidade.⁷⁶

⁷¹ Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.

⁷² ELIASHBERG; COIUBAULT; LATRASSE, 2002, p. 81.

⁷³ MARTINS, J. M. B., 2002, p. 11.

⁷⁴ Art. 764. Salvo disposição especial, o fato de se não ter verificado o risco, em previsão do qual se faz o seguro, não exime o segurado de pagar o prêmio.

⁷⁵ SCAFF, 2010, p. 45.

⁷⁶ SANTOS, M. B., 2007, p. 103.

O plano de saúde possui objetivo, no que tange ao direito à saúde, idêntico ao seguro-saúde, que é o de garantir a prestação de serviços médico-hospitalares em caso de doença ou lesão.

A diferença principal entre um e outro é que pelo contrato de plano de saúde a operadora se obriga não a ressarcir os serviços prestados por terceiros escolhidos pelo segurado, mas sim a prestá-los por meio de seus médicos e demais prestadores previamente credenciados.

Quando se observa a prática, no entanto, essa distinção é mitigada, vez que grande parcela das empresas de seguro-saúde acaba por indicar rede credenciada de médicos, hospitais e laboratórios, que são remunerados diretamente, não sendo necessário o reembolso ao segurado. Essa conduta aproxima as seguradoras daquelas sociedades que operam planos de saúde.

Não é raro, ainda, que empresas de planos de saúde atuem como seguradoras e acabem por reembolsar as despesas dos seus clientes, tanto aquelas efetuadas para custear atendimentos, tratamentos e exames realizados por entidades previamente credenciadas, como para fazê-lo com médicos, hospitais e laboratórios não constantes da lista de indicação oferecida pelo plano.⁷⁷

Ainda que não houvesse essa deturpação dos contratos de planos e seguros pelas próprias operadoras que os oferecem, continuam muito semelhantes as duas modalidades, porquanto a diferença está na pessoa a quem é pago o valor – no seguro é ao segurado e no plano é diretamente ao prestador – e na liberdade de escolha de quem prestará o serviço.

J. R. L. LOPES concede a ambos natureza securitária e assim afirma:

Os planos de saúde, mesmo que se considerem diferentes de contratos de seguro, são muito próximos a eles e funcionam de forma semelhante. Uma empresa que ofereça planos de saúde é uma organização que constitui um fundo comum, cuja distribuição se faz por meio de contratos individualizados ou por meio de grupos constituídos. Logo, o que está em jogo em primeiro lugar é a constituição destes fundos e sua distribuição.⁷⁸

A distinção, que antes advinha do próprio texto seco de lei, quando comparados o Decreto-lei 73/66 com a Lei de Planos de Saúde⁷⁹, atualmente, pela prática do mercado, está cada vez mais perdendo espaço.

⁷⁷ SCAFF, 2010, p. 51.

⁷⁸ LOPES, J. R. L., 1999, p. 31.

⁷⁹ BOTTESINI; MACHADO, 2005, p. 52.

As alterações na Lei nº 9.656/98 caminham para a não diferenciação de ambos. Na sua redação original, os incisos I e II do § 1º do art. 1º explicitavam os conceitos de operadoras de planos privados de assistência à saúde e de seguro privado de assistência à saúde.⁸⁰

Já a redação atual, trazida pela Medida Provisória nº 2.177-44/01, unificou os conceitos de seguro-saúde e plano de saúde sob a denominação “plano privado de assistência à saúde” e, conseqüentemente, tornou as duas modalidades de operadoras uma só, que é a operadora de plano de assistência à saúde.⁸¹

O objetivo, com isso, é afastar a distinção que em nada contribuía para o direito e submeter às normas legais e à regulação da ANS todos os entes que operem planos de saúde em seu conceito amplo. Neste trabalho, não serão mais diferenciados planos de seguros-saúde. Será adotado, daqui em diante, o termo plano de saúde como referência.

O plano de saúde engloba duas atividades: a prestação continuada de um serviço ou a atividade de cobertura de custos. Enquanto a primeira consiste em obrigação de fazer, de que é exemplo a administradora de planos, a segunda consubstancia-se em obrigação de dar e concede ao plano a natureza de atividade securitária e financeira, inseridas no conceito maior de gestão de custos.⁸²

É de se ressaltar que, na doutrina e na jurisprudência brasileiras, a natureza do contrato de plano de saúde não é uníssona. Há quem entenda que o plano é uma subespécie de contrato de prestação de serviços médicos, pelo qual a operadora atuaria como organizadora dos serviços médico-hospitalares⁸³, e há quem afirme ser um contrato híbrido, composto por natureza de seguro e de prestação.

A ANS, por sua vez, define o contrato de plano de saúde como de adesão, bilateral e sinalagmático, sujeito às normas do Código Civil – CC e do Código de Defesa do Consumidor – CDC, subsidiariamente.⁸⁴ Essa submissão da atividade de plano de saúde às normas consumeristas será explorada no capítulo seguinte, que

⁸⁰ I - operadoras de planos privados de assistência à saúde: toda e qualquer pessoa jurídica de direito privado, independente da forma jurídica de sua constituição, que ofereça tais planos mediante contraprestações pecuniárias, com atendimento em serviços próprios ou de terceiros; II - operadoras de seguros privados de assistência à saúde: as pessoas jurídicas constituídas e reguladas em conformidade com a legislação específica para a atividade de comercialização de seguros e que garantam a cobertura de riscos de assistência à saúde, mediante livre escolha pelo segurado do prestador do respectivo serviço e reembolso de despesas, exclusivamente.

⁸¹ NUNES, 2000, p. 13.

⁸² FREITAS, 2010, pp. 180-182.

⁸³ MARQUES, 2002, pp. 405-407.

⁸⁴ FREITAS, 2010, p. 183.

tem como objetivo analisar o enquadramento das operadoras como fornecedoras, dos segurados como consumidores, da relação entre eles estabelecida como de consumo e do plano de saúde em si como produto ou serviço.

Por fim, cabe registrar que a atividade desenvolvida pelas operadoras visa à não concretização do risco a ela transferido, isso é, à não ocorrência de doença ou lesão, e lucra exatamente com o afastamento do sinistro, quando o evento aleatório não ocorre.

2. INCIDÊNCIA DAS NORMAS QUE REGULAM AS RELAÇÕES DE CONSUMO ÀS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE

Apesar de ser tese amplamente aceita no Judiciário, a aplicabilidade ou não das normas consumeristas aos contratos firmados entre os segurados e as operadoras de planos de saúde ainda era controversa até o final de 2010, momento em que o Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado nº 469 de sua Súmula.

Após tal data, poucos questionamentos restaram acerca do assunto. A relação que tem como objeto o plano de saúde, como será adiante explicitado, constitui relação de consumo e as partes envolvidas diretamente enquadram-se nos conceitos de fornecedores e consumidores. Ademais, será conceituado o plano de saúde como produto ou serviço.

A importância da caracterização da relação de consumo nos planos de saúde está no fato de que, uma vez reconhecida, é o consumidor beneficiado por uma série de direitos previstos, principalmente, no Código de Defesa do Consumidor – CDC, que facilita, por exemplo, a obtenção de prestação jurisdicional favorável em ações de responsabilidade civil.

Diante disso, o presente capítulo, além de definir conceitos imprescindíveis à monografia, evidencia, em conjunto com o capítulo terceiro, a responsabilização da operadora em caso de demora na sua atuação e ajuda a definir o nexo causal entre a conduta, ou ausência dela, e o dano causado e a extensão deste.

Ademais, é pela aplicação de princípios estabelecidos no CDC que o segurado terá direito a indenizações em caso de demora na prestação de serviços, como será explicado no último capítulo deste texto.

2.1. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor e Enunciado nº 469 da Súmula do STJ

Desde a entrada em vigor da Lei nº 8.078/90, no ano seguinte à sua publicação, tem se discutido que relações se enquadram no conceito de relações de consumo e sobre quais relações firmadas antes de 1991 aplicar-se-ão as disposições do Código de Defesa do Consumidor.

Em boa parte dos casos que envolvem empresas e adquirentes de produtos e serviços, é evidente e de fácil caracterização a relação de consumo, haja vista que presentes todos os seus elementos de forma clara.

Isso não ocorreu, entretanto, com o caso das operadoras de planos de saúde. Primeiro, porque levou um tempo para que se consolidasse o entendimento de operadoras como fornecedoras e de segurado como consumidor. Segundo, porquanto as ações judiciais contra as operadoras eram propostas em ritmo tão numeroso, e seus prejuízos só aumentariam com a incidência das normas consumeristas, que houve pressão das empresas do setor para que o CDC não fosse aplicado aos contratos de plano de assistência à saúde.

Ainda assim, o entendimento há muito firmado pela maioria dos tribunais brasileiros, sobretudo pelo Superior Tribunal de Justiça, é o de que as regras do CDC são plenamente aplicáveis nas relações estabelecidas entre as operadoras e os usuários.

O § 2º do art. 3º do CDC, como será explicado em tópico específico, define “serviço”, conceito em que se enquadra o objeto dos contratos de plano de saúde, tanto na modalidade de seguro-saúde como na de plano de saúde *stricto sensu*. Configura-se, então, relação de consumo⁸⁵ entre as partes: de um lado a operadora e do outro o beneficiário.

Com base no posicionamento de que no plano de saúde há relação de consumo, o Conselho Nacional de Seguros Privados, no ano de 1994, baixou a

⁸⁵ A relação de consumo, no presente trabalho, é conceituada como o “...vínculo jurídico por meio do qual uma pessoa física ou jurídica denominada consumidor adquire ou utiliza produto ou serviço de uma outra pessoa denominada fornecedor.” (MARTINS, P. L., 2005, p. 26)

resolução CNSP 31, de 22/12/1994, cujo art. 1º determina a aplicação da Lei nº 8.078/90 a todas as apólices de seguro de assistência médica ou hospitalar.⁸⁶

A partir do início deste milênio, quando as ações sobre a responsabilidade civil dos planos de saúde começaram a ser decididas pelo Superior Tribunal de Justiça, apareceram julgados ícones em que foi reconhecida a aplicação do CDC às relações entre as operadoras e os segurados.⁸⁷

No REsp nº 469.911/SP, foi reforçada a não importância da natureza jurídica da entidade que opera o plano de saúde para a caracterização da relação de consumo e a conseqüente incidência das normas consumeristas.⁸⁸

Como o tema é pacífico e tão recorrente nos julgamentos do Tribunal, a Segunda Seção aprovou, no dia 24/11/2010, o enunciado nº 469 de sua Súmula, cujo projeto teve como relator o Ministro Aldir Passarinho Júnior, assim redigido: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.”

Não resta, então, dúvida acerca da incidência da Lei nº 8.078/90 aos contratos de plano de saúde firmados após a sua publicação, ainda mais quando observados os teores dos julgamentos das seguintes medidas judiciais: REsp 418.572/SP, REsp 251.024/SP, REsp 986.947/RN, REsp 1.046.355/RJ, REsp 1.106.789/RJ, Ag 1.250.819/PR, REsp 1.106.557/SP, REsp 466.667/SP, REsp 1.011.331/RJ, REsp 285.618/SP.

⁸⁶ O Art. 1º da Resolução CNSP nº 31, de 22/12/1994 está assim redigido: “Art. 1º. Aplicam-se a toda e qualquer apólice de seguro de assistência médica e/ou hospitalar às disposições legais relativas a proteção contratual do consumidor, contidas no Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.”

⁸⁷ Ementa que traduz bem o entendimento do STJ é a do Recurso Especial nº 267.530/SP, de relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar. O julgado explicita que a operadora qualquer que seja a sua modalidade, enquadra-se como fornecedora, e a ela recai o peso das normas consumeristas: “PLANO DE SAÚDE. Centro Trasmontano. Internação. Hospital não conveniado. [...] 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.” (REsp 267530/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 14/12/2000, DJ 12/03/2001, p. 147)

⁸⁸ CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL CUMULADA COM PEDIDO DE RESSARCIMENTO DE DESPESAS HOSPITALARES. ASSOCIAÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO RECONHECIDA. LIMITAÇÃO DE DIAS DE INTERNAÇÃO EM UTI. ABUSIVIDADE. NULIDADE. [...] II. A relação de consumo caracteriza-se pelo objeto contratado, no caso a cobertura médico-hospitalar, sendo desinfluyente a natureza jurídica da entidade que presta os serviços, ainda que se diga sem caráter lucrativo, mas que mantém plano de saúde remunerado. III. Recurso especial conhecido e provido. Ação procedente. (REsp 469911/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 12/02/2008, DJe 10/03/2008)

SCHAEFER arremata ao afirmar que “não há qualquer interpretação juridicamente aceitável que possa levar à exclusão dos planos e das seguradoras da tutela do Código de Defesa do Consumidor...”⁸⁹

Merece destaque, ademais, que o Código de Defesa do Consumidor consiste em lei principiológica, que, portanto, deve ser observada por qualquer norma superveniente que regule algum segmento específico.⁹⁰

Evidente é que o CDC não é capaz de prever todas as condutas que envolvam relações de consumo. Essa, em verdade, não é a sua proposta, mas sim a de organizar normas gerais, perspectivas e diretrizes a serem aplicadas aos casos que envolvam tais relações.

Diante disso, surge a necessidade de se promulgarem normas legais que se referem especificamente a determinados setores, sobretudo aqueles que demandam mais atenção, por envolverem bens sensíveis. Na seara dos planos de assistência à saúde, embora haja a relação de consumo, os bens em jogo, a saúde e, em diversos casos, a própria vida, são indisponíveis e extremamente mais relevantes do que os demais bens de consumo. J. R. L. LOPES assim afirma:

O primeiro, e mais evidente deles, seria considerar a saúde como um bem distinto de outros bens de consumo, pois não é descartável e não se separa do corpo e da vida da pessoa, e a solução tradicional de indenização por perdas e danos termina por não compensar adequadamente. Em segundo lugar, e por consequência, o exercício do comércio na área de saúde requer regras próprias. Isto leva à regulamentação de tais serviços. Mesmo em sociedades tidas por tipicamente liberais terminou-se por impor restrições à atividade privada.⁹¹

É exatamente o que ocorre com a Lei de Planos de Saúde, que pormenoriza aspectos das relações de consumo entre operadoras de planos de saúde e segurados.⁹²

Não existe, como entendido por alguns aplicadores do direito, qualquer conflito entre o Código Consumerista e a Lei de Planos de Saúde. O art. 35-G da Lei nº 9.656/98 dispõe que as normas do CDC incidem subsidiariamente sobre os contratos de planos de saúde.⁹³ O que há, em verdade, é relação de complementaridade entre os textos legais. Como assevera TRETTEL, “Lei 9.656/98

⁸⁹ SCHAEFER, 2009, p. 74.

⁹⁰ GREGORI, 2010, p. 132.

⁹¹ LOPES, J. R. L., 1999, p. 25.

⁹² TRETTEL, 2010, p. 70.

⁹³ Lei nº 9.656/98: Art. 35-G. 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 nº 8.078, de 1990.

e CDC são aplicados concomitantemente aos planos de saúde. E havendo silêncio da lei específica, ou sendo esta inaplicável, aplica-se somente o Código, que trata indistintamente de todas as relações de consumo.”⁹⁴

MARQUES assim entende:

Este artigo da lei especial não está dogmaticamente correto, pois determina que norma de hierarquia constitucional, que é o Código de Defesa do Consumidor (art. 48 do ADCT), tenha apenas aplicação subsidiária a normas de hierarquia infraconstitucional, que é a Lei 9.956/1998, o que dificulta a interpretação da lei e prejudica os interesses dos consumidores que queria proteger. Sua *ratio* deveria ser a de aplicação cumulativa de ambas as leis, no que couber, uma vez que a Lei 9.656/1998 trata com mais detalhes os contratos de plano privado de assistência à saúde do que o Código de Defesa do Consumidor, que é norma principiológica anterior à lei especial.⁹⁵

O entendimento mais atual acerca da pluralidade de normas legais aplicáveis dita que ambas devem ser compatibilizadas para o caso concreto num verdadeiro diálogo de fontes. A doutrina clássica defende que a lei superveniente tem o condão de revogar a norma anterior. A concepção mais moderna, por outro lado, tende a defender a harmonização das normas, a coordenação e a convivência de ambas no ordenamento jurídico. É incentivada, então, a criação de comunicação entre as leis, e não a mera superação de uma pela outra.⁹⁶

Contudo, quando houver, em caso concreto, antinomia explícita na incidência do CDC e da Lei de Planos de Saúde ou de outra norma que disponha acerca de nicho específico de consumo, deve ser posto em evidência que o primeiro “tem origem constitucional e que (...) a opção deve valorá-lo hierarquicamente, pois é direito fundamental do brasileiro à proteção de seus direitos como consumidor.”⁹⁷

A Lei de Planos de Saúde veio para atender anseios de vários segmentos da população, com o objetivo de regular uma série de assuntos relativos aos planos de saúde, às suas modalidades, às operadoras e às cláusulas obrigatórias. Estabeleceu, por exemplo, como padrão de cobertura a Classificação Internacional de Doenças – CID da OMS, vinculou a regulação do setor à área governamental da saúde e disciplinou a entrada e a saída das operadoras do mercado, bem como o seu funcionamento.⁹⁸

⁹⁴ TRETTEL, 2010, p.70.

⁹⁵ MARQUES, 2002, p. 548.

⁹⁶ JAYME *apud* MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2003, p. 23.

⁹⁷ MARQUES, 1999, p. 119.

⁹⁸ TRETTEL, 2010, p. 70.

Permanecem, porém, lacunas legais no setor que a Lei nº 9.656/98 não foi capaz de suprir. Como exemplo pode-se citar que há, na Lei de Planos de Saúde, previsão expressa sobre a rescisão de contrato individual⁹⁹, mas a Lei silencia acerca do coletivo. Aplica-se, nessa hipótese, a norma geral prevista no CDC, que proíbe tal prática.¹⁰⁰

Constatada a incidência da Lei que protege o consumidor aos planos de saúde consolidados após a vigência daquela, será explanado, no tópico a seguir, o motivo pelo qual o CDC aplica-se até aos casos em que os contratos foram firmados antes de sua entrada em vigor, à luz do entendimento consolidado no Judiciário.

2.1.1. Aplicação do CDC aos contratos de plano de saúde firmados antes de sua entrada em vigor

Quando aprovado o enunciado nº 469 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, não houve, por membro do Tribunal, qualquer ressalva no que tange à época de contratação dos planos de saúde. E entendimento prevalecente é o de que as normas do Código de Defesa do Consumidor aplicam-se aos contratos antigos e novos, ou seja, aos firmados antes ou depois da sua edição.¹⁰¹

Quando a questão foi posta em discussão, muito se foi falado acerca de impossibilidade de aplicação do CDC aos contratos a ele anteriores por ser norma superveniente. O STF fixou entendimento de que a lei superveniente, que, no caso, era o CDC, ainda que de ordem pública, não pode afrontar o ato jurídico perfeito. Isso significa que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor não pôde se

⁹⁹ Lei nº 9.656/98: Art. 13. Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) Parágrafo único. Os produtos de que trata o caput, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) I - a recontagem de carências; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) II - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por 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; e (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) III - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, em qualquer hipótese, durante a ocorrência de internação do titular. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

¹⁰⁰ Lei nº 8.078/90: Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

¹⁰¹ GREGORI, 2011, p. 348.

operar imediatamente a todos os contratos de consumo firmados antes de sua entrada em vigor. Nessa esteira foi proferido o julgamento do RE 205.999/SP.¹⁰²

No que tange especificamente aos contratos de planos de saúde, a natureza de tais negócios jurídicos é que permitiu, de pronto, a aplicação das normas consumeristas.

Isso porque o contrato de plano privado de assistência à saúde possui a característica de ser de trato sucessivo, o que implica a sua renovação a cada pagamento de mensalidade. Essa foi a lição do Ministro UYEDA ao proferir o seu voto no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.250.819/PR, cujo trecho segue abaixo transcrito:

Em verdade, o contrato de seguro de saúde é obrigação de trato sucessivo, que se renova ao longo do tempo e, portanto, se submete às normas supervenientes, especialmente às de ordem pública, a exemplo do CDC, o que não significa ofensa ao ato jurídico perfeito.

Como adiantado pelo Ministro, não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos anteriores a sua entrada em vigor. Cabe ressaltar, ainda, que não há a retroação da Lei Consumerista, haja vista que o CDC não deve ser aplicado aos efeitos ocorridos anteriormente à sua vigência, mas somente após a renovação do contrato de trato sucessivo.

Esse é justamente o entendimento da Ministra NANCY ANDRIGHI, expressado no julgamento do Recurso Especial nº 735.168/RJ.¹⁰³

¹⁰² Compromisso de compra e venda. Rescisão. Alegação de ofensa ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição. - Sendo constitucional o princípio de que a lei não pode prejudicar o ato jurídico perfeito, ele se aplica também às leis de ordem pública. De outra parte, se a cláusula relativa a rescisão com a perda de todas as quantias já pagas constava do contrato celebrado anteriormente ao Código de Defesa do Consumidor, ainda quando a rescisão tenha ocorrido após a entrada em vigor deste, a aplicação dele para se declarar nula a rescisão feita de acordo com aquela cláusula fere, sem dúvida alguma, o ato jurídico perfeito, porquanto a modificação dos efeitos futuros de ato jurídico perfeito caracteriza a hipótese de retroatividade mínima que também é alcançada pelo disposto no artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 205999, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 16/11/1999, DJ 03-03-2000 PP-00089 EMENT VOL-01981-05 PP-00991)

¹⁰³ DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. SEGURO SAÚDE. CONTRATAÇÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DO CDC E À LEI 9.656/98. EXISTÊNCIA DE TRATO SUCESSIVO. INCIDÊNCIA DO CDC, MAS NÃO DA LEI 9.656/98. [...] As disposições da Lei 9.656/98 só se aplicam aos contratos celebrados a partir de sua vigência, bem como para os contratos que, celebrados anteriormente, foram adaptados para seu regime. A Lei 9.656/98 não retroage, entretanto, para atingir o contrato celebrado por segurados que, no exercício de sua liberdade de escolha, mantiveram seus planos antigos sem qualquer adaptação. - Embora o CDC não retroaja para alcançar efeitos presentes e futuros de contratos celebrados anteriormente a sua vigência, a legislação consumerista regula os efeitos presentes de contratos de trato sucessivo e que, por isso, foram renovados já no período de sua vigência. - Dada a natureza de trato sucessivo do contrato de seguro saúde, o CDC rege as renovações que se deram sob sua vigência, não havendo que se falar aí em retroação da lei nova.

Não bastasse o motivo já explicitado, a aplicação do CDC é evidenciada pelo fato de ser norma de ordem pública que visa a proteger interesse previsto na Constituição da República.

O Ministro LUIS SALOMÃO, relator do REsp nº 418.572/SP, positivou, em seu voto, essa particularidade na aplicação do Código Consumerista a contrato de plano de saúde firmado inicialmente antes de sua vigência:

Tratando-se de contrato de plano de saúde de particular, não há dúvidas de que a convenção e as alterações ora analisadas estão submetidas ao regramento do Código de Defesa do Consumidor, ainda que o acordo original tenha sido firmado anteriormente à entrada em vigor, em 1991, dessa lei. Isso ocorre não só pelo CDC ser norma de ordem pública (art. 5º, XXXII, da CF), mas também pelo fato de o plano de assistência médico-hospitalar firmado pelo autor ser um contrato de trato sucessivo, que se renova a cada mensalidade. (Resp 418.572/SP. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 30/3/2009).

Na mesmo curso lógico seguiram os julgamentos dos REsp 285.618/SP, REsp 1.011.331/RJ e de inúmeros casos levados ao Judiciário que envolveram conflitos entre operadoras de planos de saúde e segurados. E a estes, vale lembrar, são garantidos, em razão da aplicação do CDC às relações de consumo, diversos benefícios, que serão adiante abordados.

2.1.2. Benefícios da incidência das normas consumeristas

Antes de adentrar na seara dos benefícios atribuídos ao consumidor na relação intitulada de consumo, mister ressaltar que os pontos aqui trazidos não serão abordados com a intenção de exaurir os conceitos e os desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais, que serão tratados de forma sumária. O presente tópico objetiva somente indicar algumas dessas benesses para introduzir alguns dos temas tratados no capítulo terceiro desta monografia.

2.1.2.1. *Transparência, interpretação mais benéfica ao consumidor e vedação da publicidade enganosa*

[...] Recurso especial a que se dá parcial provimento. (REsp 735168/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/03/2008, DJe 26/03/2008)

Grande parte das vantagens asseguradas legalmente aos consumidores decorre dos princípios contidos no CDC. O primeiro a ser mencionado é o princípio da transparência, tratado implicitamente no *caput* do art. 4º do texto legal em comento.¹⁰⁴

MARTINS afirma que o princípio da transparência tem como objetivo o atendimento da finalidade da contratação, que é a correta prestação do serviço ou recebimento do bem. *In verbis*:

O princípio da transparência busca uma relação mais próxima e adequada entre o fornecedor e o consumidor, visando, pelo próprio conteúdo, à sinceridade no negócio entre ambos os contratantes. Visa permitir um olhar direto no tocante à verdadeira intenção de cada um e no sentido de que, de forma pura – no sentido de pleno conhecimento de condições – se instaure a plena satisfação no atendimento dos fins objetivados na contratação: o fornecimento e o recebimento do produto ou serviço.¹⁰⁵

Do princípio da transparência decorre o dever de informação¹⁰⁶, que com aquele se entrelaça. Tal dever é imposto ao fornecedor para que o consumidor esteja, no momento da pactuação, preparado para firmar negócio materialmente consentido, livre, porquanto alicerçado em informações claras.¹⁰⁷ Também trata da necessidade de tais informações, porém na fase de oferta e apresentação de produtos e serviços, o art. 31 do diploma legal que protege o consumidor.¹⁰⁸

Não por outro motivo o art. 46 do CDC determina que o consumidor não ficará obrigado pelo contrato de consumo quando não forem de seu conhecimento os termos contratuais ou quando forem de difícil compreensão.¹⁰⁹

¹⁰⁴ Lei nº 8.078/90: Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

¹⁰⁵ MARTINS, P. L., 2005, p. 9.

¹⁰⁶ O dever de informação do fornecedor nada mais é do que o direito à informação, titularizado pelo consumidor, de acordo com o art. 6º, III, do CDC, que assim dispõe: “São direitos básicos do consumidor: [...] III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;”

¹⁰⁷ VASCONCELOS E BENJAMIN *apud* GREGORI, 2011, p. 114.

¹⁰⁸ Lei nº 8.078/90: Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

¹⁰⁹ Lei nº 8.078/90: Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Outra garantia do consumidor que merece destaque é a contida no art. 47 do CDC, que estabelece que as cláusulas contratuais devem ser interpretadas da forma que traga maior benefício ao consumidor.¹¹⁰

Isso porque este é a parte mais vulnerável das relações de mercado, ou seja, é quem está originariamente em situação de maior desvantagem. Do outro lado está o fornecedor, que, em regra, possui maior quantidade e qualidade de meios materiais de informações do que a outra parte. PASQUALOTTO afirma, ainda, que “os primeiros [os fornecedores, as operadoras] impõem as condições dos contratos, e os segundos [os consumidores, os segurados] sujeitam-se àquele domínio, anuindo inclusive a imposições abusivas, porque desprovidos de poder de barganha.”¹¹¹

A interpretação que prevalece, então, não é a que beneficia a operadora, ainda mais porque foi ela que redigiu o contrato de adesão de forma a possibilitar várias interpretações, seja por falha ou por má-fé.¹¹²

Tal preceito visa a impedir o fornecedor, que, no caso, é a operadora de plano de saúde, de inserir em seus contratos cláusulas abertas ou dúbias e intentar, uma vez ocorrido o sinistro, fazer prevalecer a interpretação contratual que lhe fosse mais conveniente.

Ainda ligado ao princípio da transparência, o art. 54, §§ 3º e 4º, do Código Consumerista dita regras formais para a formatação dos contratos de adesão cuja finalidade é esclarecer o consumidor acerca das cláusulas a serem pactuadas, sobretudo daquelas que limitam os seus direitos. Tais normas estabelecem forma para a redação do contrato, fixando até o tamanho mínimo da letra, e estipula. que as cláusulas que restringem direitos do consumidor devem ser destacadas.¹¹³

¹¹⁰ Lei nº 8.078/90: Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

¹¹¹ PASQUALOTTO, 1999, p. 53.

¹¹² SCHMITT; MARQUES, 2008, p. 144.

¹¹³ Lei nº 8.078/90: Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. [...] § 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor. (Redação dada pela nº 11.785, de 2008) § 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Para finalizar a cobertura do princípio da transparência, cabe citar a vedação à publicidade enganosa, positivada no art. 6º, IV, do CDC¹¹⁴. A sua finalidade é a mesma das garantias já tratadas acima, que é a de salvaguardar os direitos da parte mais vulnerável da relação consumerista.

2.1.2.2. Cláusulas abusivas previstas pelo art. 51 do CDC e pela Lei de Planos de Saúde

O art. 51 do CDC, além de vedar a publicidade abusiva, também proíbe o estabelecimento de práticas ou cláusulas abusivas. O artigo, que não tem a pretensão de ser taxativo, explicita algumas dessas cláusulas.¹¹⁵ Em regra, os tipos de cláusulas elencados no dispositivo violam o princípio da transparência, o direito de informação, o princípio da equidade, a boa-fé objetiva, abusam da vulnerabilidade e da hipossuficiência do consumidor, razão pela qual são consideradas como tais. De se ver, então, que a proibição do abuso contratual relaciona-se a todas as outras garantias do consumidor.

O primeiro inciso de tal artigo já torna nula toda cláusula que, de alguma forma, diminua a responsabilização do fornecedor por qualquer vício no produto ou serviço, ressalvado os casos justificáveis em que fornecedor e consumidor forem

¹¹⁴ Lei nº 8.078/90: Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

¹¹⁵ Lei nº 8.078/90: Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código; III - transfiram responsabilidades a terceiros; IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; V - (Vetado); VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem; VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor; IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor; X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral; XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor; XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor; XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração; XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais; XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

pessoa jurídica, em que a indenização poderá ser limitada. É nula, ainda, a renúncia a direitos do consumidor no instrumento contratual.

Importa citar, também, o inciso XV do dispositivo supradito, o qual reconhece ser nula a cláusula contratual que afronte a proteção dispensada ao consumidor.¹¹⁶

Também trouxeram a Lei nº 9.656/98 e algumas normas editadas pelos entes reguladores do setor de saúde suplementar novas modalidades de cláusulas consideradas abusivas, específicas dos contratos de plano de saúde. Ficaram proibidas, por tais meios, as que determinam aumento das prestações nos planos firmados antes da Lei de Planos de Saúde por mudança de faixa etária sem que houvesse previsão expressa e as que limitam ou restringem determinados procedimentos contrariando prescrição médica.

O exemplo mais célebre de abusividade é a limitação temporal da cobertura da internação ou permanência em UTI do segurado, agora proibida expressamente pela Lei de Plano de Saúde.¹¹⁷ Antes da previsão na Lei, tais dispositivos eram controvertidos no Judiciário; algumas vezes eram considerados válidos em respeito ao princípio do *pacta sunt servanda*, pois firmados entre as partes, e noutras eram abusivos, pelo mesmo fundamento hoje majoritário.¹¹⁸

2.1.2.3. Boa-fé objetiva e equilíbrio contratual

O CDC preza, ainda, pela boa-fé objetiva, que deve permear todas as relações de consumo. O princípio da boa-fé mantém laços estreitos com o da transparência e é assim definido:

¹¹⁶ Lei nº 8.078/90: Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

¹¹⁷ Lei nº 8.078/90: Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) [...] II - quando incluir internação hospitalar: a) cobertura de internações hospitalares, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina, admitindo-se a exclusão dos procedimentos obstétricos; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) b) cobertura de internações hospitalares em centro de terapia intensiva, ou similar, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, a critério do médico assistente; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

¹¹⁸ MARQUES, 1999, p. 132.

(...) a boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do *alter*, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado (...)

[...]

(...) ao conceito de objetiva se quer significar (...) modelo de conduta social, arquétipo, *standard* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade.¹¹⁹

Diferencia-se, então, da boa-fé subjetiva porquanto esta leva em consideração o ânimo do agente que pratica o ato, enquanto a objetiva volta-se para o ato em si.

Em conjunto com a violação do princípio da boa-fé, a da equidade contratual é responsável pela existência da maioria das cláusulas tratadas pelo art. 51 do CDC.

Os preceitos assim se relacionam:

(...) no sistema do Código de Defesa do Consumidor, optou-se por relacionar diretamente a boa-fé com a questão do equilíbrio do conteúdo da relação contratual, precisamente entre as prestações e contraprestações estipuladas, sendo esse o fator que, principalmente, caracterizará uma cláusula como abusiva (inválida) ou não. Assim, o ponto fulcral da caracterização da abusividade consiste na existência de cláusulas que coloquem o consumidor em desvantagem contratual exagerada em relação ao fornecedor, independentemente de essa situação ter sido gerada em face do díspar poder econômico entre as partes, ou do uso de condições gerais, ou, ainda, pelo simples fato de estar utilizando contratos por adesão.¹²⁰

Ainda que a cláusula não seja inicialmente considerada abusiva, caso ela acarrete prejuízos desproporcionais ao segurado, mesmo em decorrência de fatos supervenientes à assinatura do contrato, deve ela ser modificada, de acordo com o inciso V do art. 6º da Lei nº 8.078/90.¹²¹ Percebe-se claramente que a visão do legislador continua voltada à efetiva proteção do consumidor frente aos prejuízos que pode sofrer em decorrência do contrato de consumo.

2.1.2.4. Proteção da dignidade e do patrimônio do consumidor

¹¹⁹ MARTINS-COSTA, 1999, pp. 411-412.

¹²⁰ BELMONTE, 2002, p. 141.

¹²¹ Lei nº 8.078/90: V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

Expostas tais prerrogativas deferidas ao consumidor com o desenvolvimento de seus direitos, importa ressaltar a importância do disposto nos incisos IV e V do art. 6º do CDC para o presente texto.

Ambos visam a materializar a proteção do consumidor no que tange aos danos morais e patrimoniais por ele suportados. O primeiro assegura a prevenção e a reparação de tais danos, enquanto o segundo garante o meio pelo qual tais reparação e prevenção devem ser buscados, que é a tutela do Poder Judiciário e da Administração.¹²²

Acerca da modalidade preventiva da proteção ao consumidor, cabe mencionar que as próprias fornecedoras devem tomar atitudes para que não venham a ocorrer danos aos consumidores ou a terceiros. Também participa ativamente da prevenção o Poder Público¹²³, que detém a responsabilidade pela fiscalização, pela regulamentação e pela regulação do setor de assistência privada à saúde.

O Judiciário é inserido no campo da prevenção no momento em que lhe são apresentadas as demandas de natureza preventiva como o são as cautelares. Contudo, sua participação predomina é na seara da indenização pelos danos sofridos. Isso porque cada vez mais os consumidores, cientes de seus direitos, ajuízam demandas individuais pleiteando a reparação por danos materiais e a compensação por danos morais.¹²⁴

Destaca-se, ademais, que o CDC inaugurou a massificação da proteção coletiva no direito pátrio. O seu Título III possibilita a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos “mediante a ação de órgãos e entidades com legitimidade processual para tanto, sem prejuízo das ações de cunho nitidamente individuais (sic).”¹²⁵

¹²² Lei nº 8.078/90: Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

¹²³ MARTINS, P. L., 2005, p. 19.

¹²⁴ A Constituição da República já assegura a não exclusão de qualquer violação ou ameaça a direito da apreciação do Judiciário: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

¹²⁵ MARTINS, P. L., 2005, p. 20.

2.1.2.5. Distribuição do ônus da prova

Para facilitar a prestação jurisdicional ao consumidor, foram estabelecidas algumas garantias processuais que têm em vista restabelecer o equilíbrio entre as partes em lide. Uma dessas é a possibilidade de inversão do ônus probatório, previsto no inciso VIII do art. 6º da Lei do Consumidor.¹²⁶

Tal possibilidade é definida pelo juízo competente quando observado um dos seguintes quesitos: forem as alegações verossímeis ou for a pessoa do consumidor hipossuficiente em relação ao fornecedor.

Caso o ônus da prova respeitasse sempre a regra do processo civil¹²⁷, segundo a qual a parte que alega um fato é que deve prová-lo, muitos consumidores ficariam desamparados e não teriam os seus demais direitos, sobretudo os que dizem respeito a suas indenizações, concretizados, ante à dificuldade que teriam em provar os fatos.

Isso não significa, entretanto, que o juiz sempre inverterá o ônus de provar o alegado. Deverá, antes disso, aferir se foram respeitados os quesitos do inciso VIII.¹²⁸ De fato, o poder do magistrado limita-se a verificar a hipossuficiência do consumidor e a verossimilhança de suas alegações. Uma vez presentes, deverá ser determinada a inversão do ônus probatório.¹²⁹

Em conclusão, cabe trazer a lume recente julgado do Superior Tribunal de Justiça que pôs fim ao dissenso jurisprudencial entre suas Terceira e Quarta Turmas no que diz respeito ao momento em que se deve dar a inversão do ônus probatório.

¹²⁶ Lei nº 8.078/ 90: VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

¹²⁷ A regra do Código de Processo Civil está fixada em seu art. 333, I e II, assim redigidos: "Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor."

¹²⁸ Assim já decidiu reiteradamente o Superior Tribunal de Justiça: Serviços de mecânica. Código de Defesa do Consumidor. Artigos 6º, VI, e 39, VI. Precedentes. 1. A inversão do ônus da prova, como já decidiu a Terceira Turma, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao "critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências" (art. 6º, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da 'facilitação da defesa' dos direitos do consumidor." (REsp nº 122.505-SP, da minha relatoria, DJ de 24/8/98). [...] 3. Recurso especial conhecido e provido, em parte. (REsp 332.869/RJ, Rel. MIN. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/06/2002, DJ 02/09/2002, p. 184)

¹²⁹ GIDI, 1995, p. 36.

A preocupação que orientou o julgamento do Recurso Especial 802.832/MG foi a de possibilitar a parte a quem foi atribuído o ônus da prova pela inversão a oportunidade de efetivamente produzi-las. Isso porque, em muitos casos, os magistrados aplicavam o disposto no art. 6º, VIII, somente na sentença ou decisão final e, por conseguinte, julgavam a demanda em desfavor daquela parte que não produziu a prova por não crer que deveria fazê-lo.¹³⁰

2.1.2.6. Foro competente para julgar demandas de responsabilidade civil

Outra garantia processual assegurada ao consumidor diz respeito ao foro competente para o julgamento de demanda que venha ajuizar. O CDC, em seu art. 101, I, dispõe expressamente sobre tal tema e possibilita ao autor da ação, ou seja, ao consumidor que se considerar lesado, a propositura da ação no foro cuja competência abarque o seu próprio domicílio, e não o do fornecedor de produto ou serviço.¹³¹

Tal norma, de um lado, facilita a defesa dos direitos do consumidor nas ações de responsabilidade civil e, em contrapartida, dificulta a atuação dos fornecedores, que deverão ter assistência jurídica naqueles foros que abrangem as áreas em que seus serviços são prestados ou em que seus produtos são fabricados, distribuídos ou comercializados.

¹³⁰ O Recurso em comento foi assim ementado: “RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO NO PRODUTO (ART. 18 DO CDC). ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO 'OPE JUDICIS' (ART. 6º, VIII, DO CDC). MOMENTO DA INVERSÃO. PREFERENCIALMENTE NA FASE DE SANEAMENTO DO PROCESSO. A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei ('ope legis'), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial ('ope judicis'), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC). Inteligência das regras dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, e 6º, VIII, do CDC. A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina. Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão 'ope judicis' ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão). Previsão nesse sentido do art. 262, §1º, do Projeto de Código de Processo Civil. A inversão 'ope judicis' do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas. Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turma desta Corte. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (REsp 802.832/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/04/2011, DJe 21/09/2011)”

¹³¹ Lei nº 8.078/90: Art. 101. Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas: I - a ação pode ser proposta no domicílio do autor;

Após descritos, em linhas breves, os mais importantes benefícios concedidos ao consumidor após o advento da legislação consumerista, com destaque para os últimos tratados, necessário enquadrar, nos títulos a seguir, os agentes dos contratos de planos de saúde nos conceitos de fornecedor e de consumidor.

2.2. Operadora de plano de saúde como fornecedor: de produto ou de serviço?

Para que a relação de plano de saúde configure relação de consumo, devem estar presentes determinados elementos, entre os quais a figura do fornecedor, o produto ou serviço ofertado e o consumidor. Os dois primeiros serão abordados neste tópico, em que se perceberá quão tranquilamente a operadora encaixa-se nos moldes da cabeça do art. 3º do CDC.

Este dispositivo traz a definição de fornecedor, que é, em linhas gerais, qualquer pessoa ou ente despersonalizado que desenvolve certas atividades ligadas à cadeia produtiva ou ao fornecimento ou disponibilização no mercado do produto ou à prestação do serviço.¹³²

A amplitude da conceituação acaba por inserir no termo “fornecedor” todos aqueles que contribuam para a disponibilização do produto ou do serviço à pessoa do consumidor. De se ver, então, que a caracterização de uma relação jurídica como de consumo não pode ser determinada pela constatação da presença de somente um de seus elementos (fornecedor, consumidor ou produto e serviço). Há de haver, portanto, a presença de todos eles.

Cabe ressaltar que o rol de atividades previstas no art. 3º não é taxativo, razão pela qual são fornecedores desde o primeiro produtor do bem natural até o comerciante de produtos industrializados, bem como os prestadores de serviços.¹³³

O termo atividade, por sua vez, é de suma importância para a caracterização de um ente como fornecedor. Isso porque denota que o fornecimento do produto ou

¹³² Lei nº 8.078/90: Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

¹³³ GREGORI, 2010, p. 121.

a prestação do serviço deverá se dar de forma habitual, reiterada, ou seja, profissional ou comercialmente.¹³⁴

Essa necessidade de reiteração, ou de habitualidade, impede que a Lei nº 8.078/90 incida sobre aquelas relações em que haja prestação de serviço ou fornecimento de produto que seja esporádica. O exemplo clássico é o da pessoa física que decide vender o seu carro usado. Em virtude da inexistência de habitualidade da compra e venda, o ato dessa pessoa não deve ser entendido como atividade.¹³⁵

No que tange ao fornecedor, a doutrina o distingue em duas modalidades, o real e o aparente. No primeiro grupo estão incluídos os fabricantes, os montadores, os importadores dos produtos, que são presumidos, ou os prestadores diretos do serviço. No segundo, enquadram-se aqueles que vinculam seu nome, marca ou sinal ao produto fornecido ou ao serviço prestado.

O fornecedor aparente assim é subdividido:

Não podemos esquecer que no fornecimento de produtos e serviços é comum haver um fornecedor aparente que contrata o fornecimento junto ao consumidor, mas a efetiva prestação, total ou parcial, é realizada por outro. Também há situações em que um deles assume a tarefa de organizar outros prestadores para fornecerem os serviços, formando a cadeia de fornecimento. Para o Direito do Consumidor, independente da existência de algum instrumento contratual ligando qualquer deles a um consumidor, todos são considerados fornecedores, posto que integrantes desta cadeia organizada para o fornecimento, com os deveres respectivos de responder pela qualidade dos produtos e/ou serviços fornecidos.¹³⁶

A operadora de plano de saúde, segundo a jurisprudência e a doutrina brasileiras, enquadra-se na definição trazida pelo CDC de fornecedor real.

Em conclusão a esse ponto, necessário trazer à baila os seguintes dizeres de SCHAEFER e de FILOMENO:

As operadoras de planos e seguros são pessoas jurídicas de direito privado, consideradas pelo ordenamento como fornecedoras ou prestadoras de serviço típicas que desenvolvem atividade subordinada à tutela do Código de Defesa do Consumidor (colocação no mercado de produtos e serviços de assistência privada à saúde, em consonância com o disposto na Lei 9.656/98).¹³⁷

(...) destinando-se, especificamente, à prestação daqueles serviços, e não à gestão da coisa comum, suas atividades revestem-se da mesma natureza que caracterizam as relações de consumo. E, em consequência, pressupõe

¹³⁴ MARTINS, P. L., 2005, p. 30.

¹³⁵ GREGORI, 2010, p. 121.

¹³⁶ PRUX, 2007.

¹³⁷ SCHAEFER, 2009, p. 73.

um fornecedor, de um lado, e uma universalidade de consumidores, de outro, tendo por objeto a prestação de serviços bem determinados, que por si, ou mediante concurso de terceiros.¹³⁸

Como antecipado pelo trecho acima citado, as operadoras, tanto de seguro saúde como de planos de saúde *stricto sensu*, são prestadoras de serviço, ou seja, o seguro e o plano consistem em serviço, e não em produto.

A Lei Consumerista, nos parágrafos do art. 3º, traz as definições adotadas pelo legislador de produto e serviço. O produto consiste em bem móvel ou imóvel, material ou imaterial, enquanto o serviço compreende as atividades fornecidas no mercado mediante remuneração.¹³⁹

Quanto ao seguro saúde, a sua adequação ao conceito de serviço é evidente por si só. O § 2º do art. 3º do CDC inclui expressamente as atividades de natureza securitária, nas quais está incluído o seguro saúde. Desnecessário, então, alongar-se nesse aspecto.

Já no tocante aos planos de saúde em sentido estrito, sem aí incluir os seguros, cabe ressaltar que sua natureza é semelhante à de um seguro. Não bastasse isso, o plano de saúde é o resultado da atuação da iniciativa privada na seara do serviço público de assistência à saúde, o que evidencia o seu caráter de serviço.

De fato, as operadoras de planos de saúde

(...) são típicas fornecedoras de serviços preventivos e curativos relacionados à saúde, pois oferecem ao mercado de consumo serviços condicionados a eventos futuros e incertos, cuja cobertura se fará mediante remuneração previamente acordada.¹⁴⁰

Por “mediante remuneração”, a interpretação mais razoável do CDC não entende o preço cobrado, e sim o custo da atividade. O legislador, em verdade, incluiu em tal expressão não o valor do serviço repassado ao consumidor, razão pela qual, ainda que não haja cobrança direta, pode haver a remuneração quando a composição do custo for indiretamente paga pelo consumidor.¹⁴¹

NUNES, para findar o tópico, aduz que, para que não haja remuneração, “será necessário que, de fato, o prestador de serviço não tenha, de maneira alguma,

¹³⁸ FILOMENO, 2001, p. 42.

¹³⁹ Lei nº 8.078/90: § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

¹⁴⁰ SCHAEFER, 2009, pp. 73-74.

¹⁴¹ GREGORI, 2010, p. 122.

se ressarcido de seus custos, ou que, em função da natureza da prestação do serviço, não tenha cobrado preço.”¹⁴²

Portanto, inclusive as operadoras sem fins lucrativos são fornecedoras na relação com os segurados e estão sujeitas às normas previstas no Código de Defesa do Consumidor.

Interessante salientar, a título de curiosidade, que a operadora de plano de saúde é sujeito passivo da obrigação tributária referente ao pagamento de imposto sobre serviços – ISS. Por algum tempo muito se discutiu se a atividade da operadora, para fins de tributação, se enquadraria nos moldes de serviço, mas já há reiteradas decisões que levam em consideração a previsão de tal atividade no rol taxativo de serviços tributáveis pelo ISS.

A ressalva que beneficiou as prestadoras é a de que a base de cálculo não é o somatório dos prêmios pagos pelos consumidores, mas sim este valor deduzidos os repasses feitos aos prestadores de serviços de saúde.¹⁴³

Superada a classificação da operadora como fornecedora e o enquadramento de sua atividade no conceito de serviços trazido pelo Código de Defesa do Consumidor, mister caracterizar a outra parte da relação, o segurado, como consumidor.

¹⁴² NUNES, 2004, p. 98

¹⁴³ O julgado mais recente sobre o tema é o do Recurso Especial nº 1.237.312, *in verbis*: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ISS. PLANO DE SAÚDE. INCIDÊNCIA. BASE DE CÁLCULO. DESCONTOS. 1. Discute-se a validade da cobrança do ISS sobre planos de saúde e sua base de cálculo. 2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 3. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem consignou expressamente que "os Planos de Saúde foram incluídos na Lista de Serviços tributáveis pelo ISSQN, assim permanecendo na lista anexa à Lei Complementar nº 116/03, o que tornou possível aos municípios exercer sua competência tributária e exigir o imposto nos termos do art. 156, III da CF" (fls. 297-298 - grifei). 4. No caso em análise não existe, a rigor, discussão quanto à legislação federal, que prevê a exação nos itens 4.22 e 4.23 da Lista Anexa à LC 116/2003 (isso jamais é negado pela contribuinte). A pretensão principal da recorrente, na presente demanda, implica infirmar a análise feita pelo TJ no tocante ao conceito de serviço fixado pelo art. 156, III, da CF e declarar inconstitucionais os dispositivos da lei complementar federal, o que é inviável em Recurso Especial. 5. Ainda que impossível acolher integralmente o pedido principal da contribuinte (não incidência do ISS sobre planos de saúde), é preciso reconhecer parcialmente o seu pleito, no que se refere à base de cálculo da exação. 6. A Segunda Turma ratificou jurisprudência de que a base de cálculo do ISS sobre planos de saúde é o preço pago pelos consumidores, diminuído dos repasses feitos pela contribuinte aos demais prestadores de serviços de saúde (hospitais, clínicas, laboratórios, médicos etc.). Com ressalva de meu entendimento, passo a acompanhar esses precedentes. 7. A empresa pretende afastar totalmente a tributação, pelo argumento de que a base de cálculo reconhecida pelo TJ-SP (preço pago pelo consumidor, sem abatimento) é incorreta. O pedido deve ser parcialmente provido, pois, embora devida a cobrança, o cálculo deve ser feito sobre base menor. 8. Não se trata de decisão extra petita, como aventado pelo Município, mas de deferimento, em parte, do pedido. 9. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. (REsp 1237312/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/10/2011, DJe 24/10/2011)

2.3. Segurado como consumidor

Para estarem presentes os três elementos determinantes da relação de consumo, o último que falta ser analisado é a figura do consumidor, conceituada pelo art. 2º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor como a pessoa, física ou jurídica, que adquire ou faz uso do produto ou serviço como destinatário final.¹⁴⁴

Nesta obra não serão tratados os aspectos referentes aos consumidores equiparados, mencionados no art. 2º, parágrafo único¹⁴⁵, no art. 17¹⁴⁶ e no art. 29¹⁴⁷, haja vista que qualquer pormenorização acerca de tais sujeitos não trará qualquer utilidade para o texto.

O consumidor, em suma, pode ser definido como a pessoa, de direito público ou privado, que adquire, onerosa ou gratuitamente, ou utiliza, mesmo sem ser o adquirente, o produto ou o serviço como destinatário final.¹⁴⁸

É perceptível, de pronto, que não necessariamente consumidor é quem arcou com o produto ou serviço, ainda que estes devam ser remunerados. MARQUES exemplifica essa situação com a seguinte hipótese:

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 o empregado não “pagou” sequer algo à organizadora da cadeia (a operadora de plano de saúde), mas esta teve seu serviço remunerado pela empresa (consumidora indireta), que por sua vez não cobrou de 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.¹⁴⁹

Ao abordar o conceito de consumidor, a doutrina acabou por dividir-se em duas vertentes opostas, a finalista e a maximalista. À primeira filia-se MARQUES, que considera consumidor o destinatário não somente fático, que retira o bem de determinada cadeia de produção e o leva consigo, mas também o econômico, ou

¹⁴⁴ Lei nº 8.078/90: Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

¹⁴⁵ Lei nº 8.078/90: Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

¹⁴⁶ Lei nº 8.078/90: Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

¹⁴⁷ Lei nº 8.078/90: Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

¹⁴⁸ GREGORI, 2010, p. 118.

¹⁴⁹ SCHMITT; MARQUES, 2008, p. 133.

seja, que não adquira o bem para revenda ou até para uso profissional, haja vista que, nesta hipótese, o bem torna-se novamente instrumento de produção, cujo valor agregar-se-á ao preço final do serviço prestado ou do produto fornecido pelo profissional que o adquiriu.¹⁵⁰

Essa corrente considera consumidor somente aquele que adquire ou utiliza o produto ou o serviço para uso pessoal ou de sua família. Tais doutrinadoras excluem aqueles que destinam o bem ou o serviço adquirido para uso profissional e tendem a classificar os bens econômicos como de consumo ou de produção.¹⁵¹

Os finalistas também costumam excluir a pessoa jurídica da definição de consumidor, ainda que em violação à literalidade de lei. Isso porque a finalidade do CDC é tutelar os direitos e interesses da parte vulnerável da relação de consumo¹⁵², que, em regra, são os não empresários. COMPARATO já afirmava que os consumidores “não dispõem de controle sobre os bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes.”¹⁵³

Por outro lado, a teoria maximalista defende interpretação mais objetiva e menos teleológica do consumidor. Isso porque nele inclui toda e qualquer pessoa que seja destinatária fática do bem ou serviço. Não importa, dessa forma, qual a destinação que será dada ao bem ou serviço, o só fato de ser este retirado da cadeia de produção já qualifica o seu adquirente ou usuário como consumidor.¹⁵⁴

Importante ressaltar a visão mais abrangente desta corrente, que amplia o horizonte de aplicação do CDC ao expandir o rol daqueles considerados consumidores. Afirmando, por fim, que a Lei nº 8.078/90 tem como objetivo regulamentar o mercado de consumo em geral, não importando se há ou não a coincidência dos destinatários fático e final ou se há fim lucrativo na aquisição ou no uso do bem ou do serviço.¹⁵⁵

NUNES filia-se à teoria maximalista. Afirma que os produtos colocados no mercado ao alcance de todos devem ser necessariamente considerados como de consumo. “No entanto, produtos e serviços que somente profissionais, fabricantes,

¹⁵⁰ SCHMITT; MARQUES, 2008, pp. 133-134.

¹⁵¹ SCHAEFER, 2009, pp. 70-71.

¹⁵² GREGORI, 2010, p. 119.

¹⁵³ COMPARATO, 1974, p. 27.

¹⁵⁴ GREGORI, 2010, p. 119.

¹⁵⁵ SCHAEFER, 2009, p. 71.

produtores possam adquirir serão bens de produção e, conseqüentemente, tal relação não será abrangida pelo CDC.¹⁵⁶

Tem ganhado expressão, sobretudo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a intitulada teoria finalista mitigada, ou aprofundada. Figura como meio termo entre as correntes acima apontadas e parte do entendimento da teoria finalista, mas não de suas premissas.

O que importa para a caracterização de algum ente como consumidor, para os finalistas mitigados, é a vulnerabilidade que possui. Dessa feita, ainda que o objeto da relação seja utilizada pelo consumidor para fins lucrativos, se houver vulnerabilidade deste, caracterizar-se-á relação de consumo.

A aplicação da teoria finalista mitigada tem como paradigmas os julgamentos dos Recursos Especiais nº 476428/SC¹⁵⁷ e nº 684613/SP¹⁵⁸.

Seja qual for a vertente pela qual se tenha mais apreço, queda indubitável a classificação do segurado como consumidor típico. Ainda que se utilize a corrente finalista, mais restritiva, o usuário do plano é tido como consumidor, porquanto é

¹⁵⁶ NUNES *apud* GREGORI, 2010, p. 120.

¹⁵⁷ Direito do Consumidor. Recurso especial. Conceito de consumidor. Critério subjetivo ou finalista. Mitigação. Pessoa Jurídica. Excepcionalidade. Vulnerabilidade. Constatação na hipótese dos autos. Prática abusiva. Oferta inadequada. Característica, quantidade e composição do produto. Equiparação (art. 29). Decadência. Inexistência. Relação jurídica sob a premissa de tratos sucessivos. Renovação do compromisso. Vício oculto. - A relação jurídica qualificada por ser "de consumo" não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. - Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo. - São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas. [...] Recurso especial não conhecido. (REsp 476428/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/04/2005, DJ 09/05/2005, p. 390)

¹⁵⁸ DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. CONCEITO DE CONSUMIDOR. PESSOA JURÍDICA. EXCEPCIONALIDADE. NÃO CONSTATAÇÃO NA HIPÓTESE DOS AUTOS. FORO DE ELEIÇÃO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. REJEIÇÃO. - A jurisprudência do STJ tem evoluído no sentido de somente admitir a aplicação do CDC à pessoa jurídica empresária excepcionalmente, quando evidenciada a sua vulnerabilidade no caso concreto; ou por equiparação, nas situações previstas pelos arts. 17 e 29 do CDC. - Mesmo nas hipóteses de aplicação imediata do CDC, a jurisprudência do STJ entende que deve prevalecer o foro de eleição quando verificado o expressivo porte financeiro ou econômico da pessoa tida por consumidora ou do contrato celebrado entre as partes. - É lícita a cláusula de eleição de foro, seja pela ausência de vulnerabilidade, seja porque o contrato cumpre sua função social e não ofende à boa-fé objetiva das partes, nem tampouco dele resulte inviabilidade ou especial dificuldade de acesso à Justiça. Recurso especial não conhecido. (REsp 684613/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/06/2005, DJ 01/07/2005, p. 530)

pessoa física que utiliza, ainda que outro por isso pague, como é o caso dos dependentes e/ou familiares, o serviço de plano de saúde *lato sensu*.

2.3.1. Vulnerabilidade do segurado

Embora muitas vezes confundidos, os termos vulnerabilidade e hipossuficiência possuem significados díspares e implicam resultados diferentes. A maior semelhança reside no fato de que ambos estão ligados às características dos consumidores.

Primeiramente, a vulnerabilidade figura no ordenamento como característica de todos os consumidores, como se percebe da leitura do art. 4º, I, do CDC¹⁵⁹. Ela consiste na espinha dorsal da proteção ao consumidor, que alicerça todo o movimento de proteção a este, haja vista ser a parte mais fraca da relação de consumo.¹⁶⁰

É justamente essa fraqueza, essa desvantagem intrínseca ao consumidor que possibilita ao fornecedor a prática de atos abusivos que exploram a ignorância, a idade reduzida ou avançada, a fraca saúde a desigual condição social, a falta de conhecimento técnico do consumidor. É o “fornecedor (fabricante, produtor, construtor ou comerciante) que, inegavelmente, assume a posição de força na relação de consumo e que, por isso mesmo, dita as regras. E o direito não pode ficar alheio a tal fenômeno.”¹⁶¹

É em virtude desse claro desequilíbrio na relação de consumo que detêm os consumidores garantias concedidas pelo CDC, que funcionam de contrapeso frente à superioridade econômica, social, política do fornecedor. A aplicação do princípio da isonomia é determinante para que sejam tratados desigualmente pelo ordenamento jurídico os entes inicialmente em patamares diferentes, para que possam ser ao máximo igualados.

¹⁵⁹ Lei nº 8.078/90: Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995) I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

¹⁶⁰ MARTINS, P. L., 2005, p. 13.

¹⁶¹ GRINOVER; VASCONCELLOS E BENJAMIN, , p. 6.

A vulnerabilidade é subdividida de diversas maneiras pelos autores. Cabe tecer algumas considerações sobre a classificação de MARQUES. Ela identifica três principais modalidades do instituto, a saber:

A primeira decorre da publicidade. Segundo ela, “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 de ideais de vida que induzem o consumidor a aceitá-las.”¹⁶² Isso acaba por enfraquecer a livre manifestação da vontade da parte mais frágil.

A segunda, por sua vez, é a vulnerabilidade técnico-profissional, provavelmente a mais mencionada pela doutrina e pela jurisprudência. Advém do fato de que são os fornecedores que possuem o conhecimento técnico e profissional da atividade desenvolvida, da cadeia do produto e da prestação do serviço. Em regra, o consumidor não compartilha de tais informações.¹⁶³

A terceira vulnerabilidade possui natureza jurídica e compreende, do lado dos fornecedores, desde as técnicas de contratação em massa, os contratos de adesão, os demais instrumentos jurídicos firmados e até a existência de setores jurídicos ou de profissionais contratados para atuar na seara judicial ou administrativa. Cabe ressaltar que muitos contratos firmados entre fornecedor e consumidor, principalmente os de adesão, são redigidos de forma a dificultar a sua compreensão e de limitar a livre manifestação de vontade dos vulneráveis.¹⁶⁴

Não bastassem tais fatos, os fornecedores mais comumente são acionados em juízo, motivo pelo qual estão mais acostumados a litigarem judicialmente e preparados para isso. São, nos dizeres de MOREIRA, litigantes habituais, ao passo que o consumidores o são apenas eventualmente.¹⁶⁵

Os segurados, quando estabelecem relações com operadoras de planos de saúde, enquadram-se mais do que perfeitamente nos três capitais tipos de vulnerabilidade. A um, porque as empresas são conhecidas por fazerem publicidade exacerbada e, diversas vezes, enganosa. Algumas operadoras chegam a anunciar somente o valor de sua apólice mais baixa (que cobre a faixa etária de menor risco,

¹⁶² SCHMITT; MARQUES, 2008, p. 87.

¹⁶³ SCHMITT; MARQUES, 2008, p. 87.

¹⁶⁴ SCHMITT; MARQUES, 2008, p. 87.

¹⁶⁵ BARBOSA MOREIRA, 1993, p. 192.

sem doenças ou lesões pré-existentes e a menor diversidade de procedimentos) com o intuito de angariar novos clientes.

A dois, porquanto são elas que fornecem o plano de saúde, e, para isso, devem criá-lo, razão bastante para que devam conhecer todas as técnicas e os aspectos profissionais da atividade, mesmo porque, em muitos casos, indicam a lista de profissionais conveniados.

A três, porque as operadoras normalmente são dotadas de corpo jurídico vasto e afeito a responder demandas judiciais, e os contratos com as operadoras tendem a ser capciosos, a conter detalhes que prejudicam o consumidor, mesmo após as limitações impostas pela Lei nº 8.078/90 e pela Lei de Planos de Saúde, que trouxeram inúmeras garantias aos vulneráveis.

2.3.2. Hipossuficiência do consumidor

A hipossuficiência, por outro lado, prevista no art. 6º, VIII do CDC¹⁶⁶, diz respeito à dificuldade de o consumidor produzir prova dos fatos constitutivos de seu direito, haja vista que quem detém os conhecimentos técnicos do produto ou serviço é o próprio fornecedor.¹⁶⁷ A finalidade de sua observação no caso concreto é determinar se haverá ou não a inversão do ônus probatório dos fatos narrados pelo consumidor.

NUNES assevera que a vulnerabilidade possui as facetas de fragilidade econômica e técnica, mas que a hipossuficiência volta-se ao desconhecimento predominantemente técnico e informativo acerca das propriedades, do funcionamento, da distribuição do produto ou serviço, dos fatores que poderiam ter originado acidente e dano, do vício etc.¹⁶⁸

Com a intenção de concluir a diferenciação de vulnerabilidade e de hipossuficiência, mister transcrever o magistério de LISBOA:

Não se confunde a vulnerabilidade, entretantes, com a hipossuficiência, de vez que aquela se restringe à relação jurídica de consumo em si, enquanto

¹⁶⁶ Lei nº 8.078/90: Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

¹⁶⁷ GREGORI, 2010, p. 108.

¹⁶⁸ NUNES, 2004, p. 731.

esta compreende, ainda, a análise socioeconômica das partes inseridas no mercado de consumo. Tanto é assim que a vulnerabilidade do consumidor sempre incide nas relações de consumo, mas a hipossuficiência não, pois a inversão do ônus da prova poderá suceder no caso de o juiz considerar o destinatário final de produtos e serviços hipossuficiente. Portanto, nem sempre o consumidor é hipossuficiente; sempre será, porém, vulnerável.¹⁶⁹

Encerrado o capítulo dedicado à aplicação nas normas que regulam as relações de consumo nos casos que envolvem as operadoras de planos de saúde, bem como à conceituação dos atores de tais casos e dos demais elementos das relações tratadas, preparado está o campo para a abordagem específica da responsabilidade civil das empresas que operam planos de assistência privada à saúde no caso de demora na prestação de serviços.

3. A RESPONSABILIZAÇÃO DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE PELA DEMORA NO ATENDIMENTO

Serão abordados, neste derradeiro capítulo, os diversos temas pertinentes à responsabilização da operadora pela demora na prestação de seus serviços, na maioria das vezes causada por práticas de burocracia que desmotivam indivíduo a buscar a cobertura do plano ou que o impedem ilicitamente de fazer isso.

Inicialmente, deve ser fornecido ao leitor um panorama do setor no que tange à prática das operadoras de tentar retardar a liberação dos procedimentos e à insatisfação dos clientes quando deparam concreta ou abstratamente com essa situação.

Em um segundo momento, será iniciado o tratamento dos pontos que dizem respeito aos aspectos jurídicos da responsabilidade civil a que está sujeita a operadora quando causa danos pela prática de atos que visam a postergar a sua prestação de serviços devida por força de contrato firmado entre ela e o beneficiário do plano.

Em pesquisa realizada pela ANS ao longo do ano de 2010, foi identificado que a maioria dos planos ainda é avaliada como de baixa qualidade. Não houve

¹⁶⁹ LISBOA, 2000, p. 300.

significativa melhora desde o ano de 2009. A pesquisa constatou que 20 milhões de brasileiros são atendidos por planos medianos ou ruins.¹⁷⁰

Outra pesquisa recente, esta realizada em 4 e 5 de abril de 2011 pelo Datafolha, a pedido do Conselho Federal de Medicina, constatou que 58% dos usuários de planos de saúde têm reclamações acerca da prestação de serviços. Foram ouvidas 2.061 pessoas em 145 municípios, das quais cerca de 26% possuíam algum tipo de plano de saúde. Destes 545 indivíduos, 52% afirmaram contar com plano de saúde coletivo, enquanto o restante contrata plano individual ou familiar diretamente.¹⁷¹

De acordo com o levantamento realizado, as queixas compõem-se majoritariamente de questões referentes à demora no atendimento ou em filas de espera de pronto-socorros, laboratórios ou clínicas. 26% dos entrevistados que têm planos de saúde relataram tais contratempos. Outras reclamações frequentes dizem respeito à baixa quantidade de médicos, hospitais e laboratórios credenciados (21%), à cobrança de valores extras para realização de consultas (19%)¹⁷², às dificuldades e demoras em marcações de consultas (19%), ao descredenciamento do médico procurado (18%), às negativas de cobertura de procedimento ou exame (12%).¹⁷³

Tanto a demora na marcação de consultas como as negativas de exame dizem respeito à exacerbada burocracia que permeia o setor da assistência privada à saúde. Também vincula-se a tal problema a demora para a autorização da liberação das guias, apontada como quesito de insatisfação por 13% dos 545 entrevistados em comentário.¹⁷⁴

De se ver que grande parte das reclamações liga-se diretamente aos atrasos praticados pelas operadoras, seja na marcação de consultas e

¹⁷⁰ Em notícia publicada no site do Universo Online - UOL em 26/10/2011: "A ANS analisou, no total, 1.103 planos. Desse total, 743 tiveram pontuação inferior a 0,60, numa escala que vai até 1. Dentro desse universo, 437 planos tiveram nota entre as duas faixas mais baixas de pontuação; 306 planos registraram a pontuação média. A avaliação foi feita de acordo com quatro quesitos: qualidade da assistência prestada ao cliente, estrutura de atendimento oferecida, situação econômico-financeira e atendimento. Os planos foram, então, classificados pelo Índice de Desempenho da Saúde Suplementar (IDSS) em cinco faixas de pontuação: de 0,00 a 0,19; de 0,20 a 0,39; de 0,40 a 0,59; de 0,60 a 0,79; e de 0,80 a 1,00. [...] De todos os planos analisados, 360 tiveram pontuação acima da média eles correspondem a 32% do total e representam 25,7 milhões de clientes. Entre eles, porém, só 46 planos tiveram a nota máxima." (FREITAS, 2011)

¹⁷¹ LEITE (2011)

¹⁷² VEJA (2011)

¹⁷³ LEITE (2011)

¹⁷⁴ AGÊNCIA ESTADO (2011)

procedimento, seja na autorização deles. ALOÍSIO TIBIRIÇÁ, coordenador do setor de saúde suplementar do CFM, em entrevista à AGÊNCIA ESTADO, reproduziu o descontentamento dos segurados com os serviços adquiridos: “Ao ingressar em um plano, as pessoas imaginam que terão atendimento rápido, sem restrições. A pesquisa mostra que a realidade está longe de ser assim.”

Aponta, ainda, uma das causas que gera as demoras na prestação: “Operadoras registraram no último ano um aumento significativo de clientes, mas não ampliaram, como deveriam, a rede credenciada. O resultado é óbvio: a fila.”¹⁷⁵

Esta pesquisa evidencia o problema da demora na prestação decorrente da burocracia e da má vontade das seguradoras em prestar os serviços pelos quais está no mercado.

O seguinte trecho, extraído da New York Times, de autoria de OBAMA, no qual traça as diretrizes para a saúde que pretendia seguir em seu governo, reflete as preocupações enfrentadas pelos norte-americanos e, surpreendentemente, ou não, encontra plena aplicação no cenário brasileiro:

*Lastly, reform will provide every American with some basic consumer protections (...) Our reform will prohibit insurance companies from denying coverage if you are sick (...) They will no longer be able to place some arbitrary cap on the amount of coverage you can receive in a given year or in a lifetime. And we will place limit on how much you can be charged for out-of-pocket expenses. No one in America should go broke because they get sick... Most important, we will require insurance companies to cover routine checkups, preventive care and screening tests like mammograms and colonoscopies (...) You will not be waiting in any lines.*¹⁷⁶

A preocupação no que tange ao atraso na prestação de serviços, como visto, não se restringe ao Brasil, mesmo porque a finalidade das operadoras de planos privados de assistência à saúde, para os seus administradores, é, em regra, o lucro, haja vista serem sociedades privadas.

É justamente por isso que o Poder Público, por seus órgãos legisladores, regulamentadores, fiscalizadores e punitivos, deve proteger a parte mais frágil na relação, o consumidor. A responsabilização da operadora consiste, então, em

¹⁷⁵ TIBIRIÇÁ *apud* AGÊNCIA ESTADO (2011)

¹⁷⁶ OBAMA, 2009. Em tradução livre: Por último, a reforma proporcionará a todos os americanos algumas proteções básicas do consumidor (...) Nossa reforma vai proibir as companhias de seguro de negar cobertura se você está doente (...) Eles não mais poderão limitar arbitrariamente a quantidade de cobertura que você pode receber em um dado ano ou durante a vida. E vamos colocar limite de quanto você pode ser cobrado do próprio bolso por despesas. Ninguém na América deve falir porque ficou doente ... Mais importante, vamos exigir que as empresas de seguro cubram exames de rotina, procedimentos preventivos e exames de imagem, como mamografias e colonoscopias (...) Você não esperará em quaisquer filas.

medida a ser imposta, conforme os critérios a seguir delineados, para que seja preservado o equilíbrio contratual e os bens jurídicos saúde e vida, que se sobressaem quando contrapesados aos fins da iniciativa privada.

3.1. A responsabilidade objetiva e as teorias do risco: risco criado, risco profissional e risco proveito

A responsabilidade civil do fornecedor, da operadora de plano de saúde, é, possivelmente, um dos mais importantes assuntos trazidos pela Lei nº 8.078/90, haja vista que objetiva reparar o consumidor, hipossuficiente e vulnerável, dos prejuízos causados pelo fornecimento do produto ou pela prestação do serviço.¹⁷⁷

Historicamente, após ser admitida a responsabilização pelos danos na esfera privada, a doutrina que dominou foi a da necessidade de averiguação da culpa. A toda evidência, o elemento subjetivo da culpa sempre teve enorme importância na seara da responsabilidade civil.

Até hoje a culpa é um dos pressupostos basilares da responsabilidade, ou seja, ainda há, em grande parte dos casos, a necessidade de se comprovar que o agente causador do dano praticou sua conduta com previsibilidade de que poderia resultar determinado efeito danoso (culpa *stricto sensu*) ou com a intenção de chegar a tal resultado (dolo). O próprio Código Civil de 2002, em seu art. 186, prevê a necessidade da aferição da subjetividade para a caracterização do ato ilícito.¹⁷⁸

Com o advento das particularidades do mundo contemporâneo, por outro lado, surgiu a necessidade de se inovar cada vez mais no campo da responsabilidade civil. Uma dessas novidades consistiu justamente no afastamento da teoria subjetiva da responsabilidade, que leva em consideração a intenção do agente do dano.¹⁷⁹

Uma das funções da responsabilização não mais fundada na culpa é possibilitar ao lesado o efetivo exercício de seu direito de ver o dano reparado ou compensado. Isso porque a dificuldade de se comprovar a culpa ou o dolo, que, classicamente, é ônus da parte lesada, praticamente fecharia as portas da

¹⁷⁷ GREGORI, 2011, p. 123.

¹⁷⁸ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

¹⁷⁹ PEREIRA *apud* STOCO, 2007, p. 155.

reparação civil dos danos¹⁸⁰, ainda mais quando se trata de consumidor vulnerável, em retomada do conceito definido no Capítulo 2.

GREGORI, em sua obra, reforça esse entendimento:

Também decorre do princípio da vulnerabilidade do consumidor a responsabilidade civil objetiva do fornecedor, segundo a qual o fornecedor responde por danos causados, independentemente de culpa, salvo no caso em que comprovar a inexistência de defeito ou vício do produto ou serviço, culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.¹⁸¹

GONÇALVES¹⁸² e STOCO¹⁸³ traçam histórico da mitigação da responsabilidade subjetiva e da adoção da teoria objetiva, sucessora da teoria da culpa presumida.

JOSSERAND enumerou quatro procedimentos que possibilitaram, num primeiro momento, a justa resolução de casos de responsabilidade civil ainda com alicerce no conceito de culpa e, então, a abolição do elemento subjetivo em determinadas situações.

O primeiro voltava-se à restrição da responsabilidade aquiliana por meio da responsabilidade contratual, sobretudo nos casos de acidente de trabalho e de transportes. O segundo consistia na majoração da hipóteses em que a culpa seria presumida. O terceiro, na aplicação da teoria do abuso de direito. O quarto, por fim, era a admissão da responsabilidade independentemente de culpa em vários casos.¹⁸⁴

GONÇALVES, ao abarcar o assunto em sua obra, citou os cinco passos seguidos pelo ordenamento jurídico pátrio até que se chegasse à denominada teoria do risco, que será destrinchada em breve.¹⁸⁵

Inicialmente, a transformação de entendimento foi gradativa e esparsamente realizada pelos tribunais, na medida em que os julgadores interpretavam com benignidade a prova de culpa trazida pelo lesado e extraíam dos fatos e de outros elementos aquilo que poderia, ainda que brandamente, caracterizar a culpa.

¹⁸⁰ GONÇALVES, ao tratar de culpa e risco, assevera o seguinte: “Sabemos que a concepção clássica é a de que a vítima tem de provar a culpa do agente para obter a reparação. E que esta solução passou por diversos estágios evolutivos, em virtude da necessidade de melhor se ampararem os acidentados, facilitando-lhes a tarefa de busca de justa indenização.” (GONÇALVES, 2011, pp. 573-574)

¹⁸¹ GREGORI, 2011, p. 109.

¹⁸² GONÇALVES, 2011, pp. 574-576.

¹⁸³ STOCO, 2007, pp. 154-159.

¹⁸⁴ JOSSERAND *apud* SILVA, W. M., 1962, pp. 155-156.

¹⁸⁵ GONÇALVES, 2011, pp. 574-576.

Após, também os órgãos julgadores iniciaram a responsabilizar as pessoas que agiam com abuso de direito, o qual era assumido como ilícito. Tal entendimento deu-se por força da interpretação *a contrario sensu* do art. 160, I, do Código Civil de 1916.¹⁸⁶

Depois disso, chegou-se à fixação de casos em que a culpa era presumida, teoria essa já mencionada acima. Nesses casos, havia a inversão do ônus da prova, o que facilita a prestação jurisdicional favorável ao indivíduo que suportou o dano. Este não mais tinha que comprovar o elemento subjetivo, mas somente o liame entre a conduta do agente ofensor e do dano sofrido. A responsabilização só seria afastada na hipótese de o agente conseguir comprovar a não culpa, ou seja, lograr produzir prova negativa. Exemplos da presença da teoria da culpa presumida no Brasil são o art. 68, § 4º, do revogado Código de Menores (Decreto 17.943-A/27)¹⁸⁷, o Enunciado nº 341 da Súmula do STF¹⁸⁸ e a Lei de Responsabilidade das Estradas de Ferro (Decreto nº 2.681/12)¹⁸⁹.

O quarto passo foi o alargamento dos casos de responsabilidade contratual, como os que envolviam transporte em geral. A vítima, nessas hipóteses, precisava somente demonstrar o inadimplemento contratual decorrente da sua não chegada ao destino de forma incólume.

Finalmente, atingiu-se a teoria objetiva¹⁹⁰ no direito pátrio, segundo a qual basta a prova de que a conduta do agente lesivo teve como resultado o dano apresentado pela vítima.

¹⁸⁶ Lei nº 3.071/16: Art. 160. Não constituem atos ilícitos: I. Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.

¹⁸⁷ Decreto 17.943-A/27: Art. 68. O menor de 14 annos, indigitado autor ou cúmplice de facto qualificado crime ou contravenção, não será submettido a processo penal de, especie alguma; a autoridade competente tomará sómente as informações precisas, registrando-as, sobre o facto punivel e seus agentes, o estado physico, mental e moral do menor, e a situação social, moral e economica dos paes ou tutor ou pessoa em cujo guarda viva. [...] § 4º São responsaveis, pela reparação civil do damno causado pelo menor os paes ou a pessoa a quem incumba legalmente a sua vigilancia, salvo si provarem que não houve da sua parte culpa ou negligencia. (Cod. Civ., arts. 1.521e 1.623.)

¹⁸⁸ Súmula do STF: 341. É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.

¹⁸⁹ O art. 1º de tal norma já positiva a presunção da culpa em certos casos: Art. 1º As estradas de ferro serão responsáveis pela perda total ou parcial, furto ou avaria das mercadorias que receberem para transportar. Será sempre presumida a culpa e contra esta presunção só se admitirá alguma das seguintes provas: (...)

¹⁹⁰ Cabe ressaltar que a teoria objetiva pode se fundar em diversos fatores para a responsabilização do agente, como o risco, a eficiência, a garantia. Conferir, sobre o assunto, os itens III.4.3 a III.4.5, da obra de LOPES, 2006, pp. 326-337.

Embora ainda prevaleça a teoria subjetiva, haja vista que a do risco somente é aplicada em casos específicos, esta vem ganhando notoriedade desde o início do século passado, sobremaneira, como já afirmado, pelo desenvolvimento da sociedade e da tecnologia.

De fato, o avanço da indústria teve grande influência na criação da teoria do risco. Para que se verifique isso, basta perceber quais foram os primeiros diplomas normativos em que esta foi adotada. O primeiro foi a Lei de Responsabilidade Civil das Estradas de Ferro, tanto em seu art. 1º, já citado, como no art. 26¹⁹¹. Outro foi a norma direcionada a proteger os trabalhadores, a Lei de Acidentes de Trabalho (Decreto nº 24.637/34), seguida pelo Código Brasileiro de Ar (Decreto-lei nº 483/38), mais especificamente em seu art. 97.¹⁹²

A teoria do risco, que implica a responsabilização objetiva do causador do dano, baseia-se no fato de que o agente, ao explorar determinada atividade, deve pelos danos dela decorrentes ser responsabilizado. Por outro lado, não era possível atribuir a reparação de todo e qualquer dano aos patrões ou empresários, porque isso geraria injustiças gritantes. Para averiguação do ente indenizador, portanto, foi necessário se estabelecer uma relação que legitimasse a sanção reparatória.¹⁹³

O espaço criado pela exclusão da culpa na responsabilidade objetiva foi preenchido, então, pelo risco. “A teoria do risco tal como concebida por SALEILLES afastava-se completamente da causalidade, buscando o sentido da imputação em um aspecto subjetivo: a assunção voluntária dos proveitos de um empreendimento, que necessariamente deveria comportar seus riscos.”¹⁹⁴

Essa assunção voluntária passa a ser o resquício de subjetividade na responsabilização objetiva, que se direciona para a obrigação de indenizar o dano resultante de atividade de interesse do agente, sem que haja averiguação do estado subjetivo do lesante ao causar aquele dano. O foco transfere-se para o elemento objetivo, que é relação de causalidade entre a conduta e o dano.¹⁹⁵

¹⁹¹ Decreto 17.943-A/27: Art. 26 – As estradas de ferro responderão por todos os danos que a exploração das suas linhas causar aos proprietários marginais.

¹⁹² Decreto-lei nº 483/38: Art. 97. Dará direito à reparação qualquer dano que uma aeronave em vôo, manobras de partida ou chegada, causar a pessoas ou bens que se encontrem à superfície do solo. Parágrafo único. Essa responsabilidade só se poderá atenuar, ou excluir, na medida em que à pessoa lesada couber culpa.

¹⁹³ SALEILLES *apud* LOPES, O. A., 2006, p. 328.

¹⁹⁴ LOPES, O. A., 2006, p. 328.

¹⁹⁵ DINIZ, 2007, p. 51.

Especificamente no âmbito das relações jurídicas de consumo, os fatores que funcionam como pressupostos da responsabilidade objetiva são quatro: o primeiro é a própria existência da relação de consumo, que, como já mencionado, trazem diversos benefícios para a parte mais frágil; o segundo é o dano suportado; o terceiro, o defeito ou o vício do produto ou do serviço, que pode ser destes originado ou pode decorrer da conduta do agente lesivo diretamente; o quarto consiste no liame entre o defeito ou vício e o dano, que é o nexos de causalidade.¹⁹⁶¹⁹⁷

De fato, a investigação do aspecto subjetivo da conduta, na teoria do risco, é dispensada. Na responsabilidade objetiva, o que determina a existência ou não da responsabilização do agente não está vinculado ao campo da vontade, mas ao do risco, da garantia ou da eficiência.¹⁹⁸

LOPES assim resume o alicerce da teoria do risco:

Em outras palavras, quem se coloca voluntariamente no desempenho de uma atividade que pressuponha o cálculo de risco deve suportar todos os perigos que lhe são inerentes, ainda que estes estejam além de sua capacidade de gestão. Quem assume o risco deve suportar todas as suas conseqüências. Aí está a espinha dorsal da teoria do risco.¹⁹⁹

Conceituada a teoria do risco, necessário tratar, também, de suas vertentes desenvolvidas pela doutrina e pela jurisprudência. Nos subtópicos seguintes serão abordadas três teorias que encontram aplicação nas finalidades do presente estudo.

Como sabido, a operadora de plano de saúde, prestadora do serviço de plano de saúde, responde objetivamente pelas falhas na sua atuação. Isso exprime que a responsabilização é objetiva, haja vista a incidência das normas consumeristas, que excluem a necessidade de a vítima provar qualquer elemento subjetivo do fornecedor.

O contrário significaria o afastamento do progresso que tem sido feito há anos na seara da proteção do consumidor, vulnerável, sobretudo quando

¹⁹⁶ GREGORI, 2011, p. 125.

¹⁹⁷ Vale trazer à baila neste momento o ensinamento de SCHREIBER, que conceituou a culpa e o nexos de causalidade como os filtros da responsabilidade civil, porquanto determinam em quais demandas o pedido de indenização ou reparação será julgado procedente. (SCHREIBER, 2008, p. 746) Da mesma forma que ocorreu com a prova da culpa desde o início do século passado e o fim do anterior, a do nexos causal também já aponta indícios de enfraquecimento: “vive-se um momento de erosão dos filtros da reparação, no qual a prova da culpa e a prova do nexos causal vêm perdendo, gradativamente, seu papel de contenção do ressarcimento.” (SCHREIBER, 2008, p. 747). O objetivo dessa mudança de paradigma é assegurar à vítima do dano a possibilidade de ser reparada ou compensada.

¹⁹⁸ LOPES, O. A., 2006, p. 328.

¹⁹⁹ LOPES, O. A., 2006, p. 328.

hipossuficiente. A operadora, quando insere no mercado seus serviços de plano de assistência à saúde, passa a assumir, independentemente de culpa ou dolo, os riscos de causar aos usuários danos, sobretudo os decorrentes da má ou da não prestação dos serviços contratados.

Feitas tais considerações, mister prosseguir para a abordagem das três teorias do risco abaixo: risco proveito, risco profissional e risco criado. As demais, risco integral e risco excepcional não encontram aplicação nas hipóteses de demora na prestação de serviços de planos de saúde.

A primeira, porque não prevê as causas de exclusão de responsabilidade, ou seja, o responsável pelo risco torna-se segurador universal de danos num universo sem molduras ou limitações²⁰⁰, e não é o que ocorre – ou não deveria ser – na responsabilização das operadoras pelos prejuízos suportados pelos usuários; a segunda, porque a sua área de atuação restringe-se às atividades que geram alto grau de perigo iminente, excepcional, como ocorre, por exemplo, com os produtos radioativos, os tóxicos a produção e distribuição de energia elétrica.

3.1.1. Teoria do risco proveito

A teoria defendida por SALEILLES acerca da responsabilidade civil passou a ser conhecida como teoria do risco proveito. Tal corrente impõe o risco àquele que se beneficia com os frutos da atividade danosa. A responsabilidade, de acordo com o risco proveito, limita-se pela abrangência de atuação do ente que se beneficia da atividade.²⁰¹

COELHO, em seu curso de direito civil, traz o exemplo do transporte ferroviário, cuja responsabilidade foi disciplinada pelo já mencionado Decreto nº 2.681/12:

De acordo com a teoria, toda atividade humana gera proveitos para quem a explora e riscos para outrem. O transporte ferroviário, por exemplo, é atividade lucrativa para as estradas de ferro. Com o preço das passagens vendidas, custeia a atividade e proporciona lucro ao proprietário. De outro lado, os passageiros, os donos da carga transportada e dos imóveis lindeiros à ferrovia correm riscos de dano em decorrência do transporte ferroviário. Pois bem, pela teoria do risco, imputa-se responsabilidade objetiva ao explorador da atividade fundado numa relação axiológica entre

²⁰⁰ LOPES, O. A., 2006, p. 332.

²⁰¹ LOPES, O. A., 2006, p. 331.

proveito e risco: quem tem o proveito deve suportar também os riscos (*ibi emolumentum, ibi onus*) [teoria do risco-proveito]. Se, para a estrada de ferro, é impossível exercer sua atividade sem criar riscos para terceiros, vindo estes a sofrer danos em virtude do transporte ferroviário, deve ela ser obrigada a indenizá-los.²⁰²

GREGORI afirma, em consonância com o trazido à baila, que o lucro e o risco estão intrinsecamente ligados e devem ser atribuídos à mesma pessoa. Aduz que “da mesma forma que o fornecedor não repassa o lucro para o consumidor, também não pode, de modo algum, passar-lhe o risco (...) O risco é, pois, uma das características da atividade econômica.”²⁰³

Vale lembrar que parte da doutrina alonga o conceito de proveito. Não o limita ao lucro econômico, mas nele inclui outros benefícios dos quais o agente pode usufruir, como o lucro indireto, a vantagem econômica ou até mesmo o prazer. O que se pretende evitar com essa expansão é que a teoria se aplique somente aos fornecedores, comerciantes ou industriais.

O risco proveito aplica-se a operadores de planos privados de assistência, na medida em que se beneficiam da colocação de seus serviços no mercado. Em regra, auferem proveito econômico direito da prestação de seus serviços, já que a maioria visa ao lucro e que os segurados se obrigam a pagar os prêmios.

Ainda que o proveito não seja o lucro, como pode ocorrer com entidades mantidas por empresas ou órgãos, e com as operadoras sem fins lucrativos, a teoria do risco proveito encontra aplicação, mesmo que com possíveis divergências doutrinárias. No capítulo 2, tópico 2.2, foi esclarecido que o termo “mediante remuneração” não exclui as operadoras sem fins lucrativos, o que já demonstra a existência de proveito.

Ademais, o proveito poderia vir em outra modalidade, como a atratividade de uma sociedade empresária, a satisfação de seus funcionários, que passam a trabalhar de forma mais eficiente etc.

Como extensão do risco proveito, SALEILLES tratou da responsabilidade pelo risco profissional, abaixo tratada.

3.1.2. Teoria do risco profissional

²⁰² COELHO, 2005, p. 345.

²⁰³ GREGORI, 2011, p. 128.

Segundo a teoria do risco profissional, este deve ser atribuído ao superior, àquele que está no topo da atividade econômica. “Aquele que dirige um empreendimento, ordenando atividades de outras pessoas que estão a ele subordinadas, assume a responsabilidade por todos os danos relacionados com a atividade.”²⁰⁴

Também originou-se da exclusão da necessidade de se averiguar a culpa na responsabilidade civil, mas o seu fundamento é levemente diverso da base do risco proveito:

(...) seu fundamento não está na culpa nem nas relações de tipo contratual, mas na própria atividade empresarial que, em sua essência, constitui um risco totalmente independente das medidas preventivas que se tenham estabelecido. De acordo com esta teoria, não se deve buscar a culpabilidade do empregador, que geralmente não a tem, nem a do trabalhador, vítima das circunstâncias nocivas. Há um risco profissional que é o causador do acontecimento danoso.²⁰⁵

Em conclusão a este tópico, merece mencionar que diversas empresas, para se resguardarem no que tange à indenização pelos danos sofridos por seus funcionários, acabam contratando seguradoras e com elas firmando contratos coletivos de plano de saúde ou, quando admitido, criam plano de saúde ou seguro internamente. O preço do prêmio, nesses casos, variará não somente de acordo com a idade, cobertura da apólice, mas também em função do grau de risco gerado pela atividade desempenhada pelo trabalhador.

3.1.3. Teoria do risco criado

Em último lugar, cabe tratar da teoria do risco criado, cujo nível de abrangência é superior e engloba a teoria do risco proveito.

JOSSERAND, que se opôs à visão do risco proveito de SALEILLES, não restringia a teoria do risco à profissão ou à empresa, via a necessidade de se “imputar a responsabilidade para todos os casos em que houvesse nítida desproporção no domínio de uma atividade ou uma coisa, de modo que aquele que

²⁰⁴ LOPES, O. A., 2006, p. 332.

²⁰⁵ RUPRECHT, 1996, p. 210.

tivesse o efetivo controle da situação geradora de risco respondesse por todos os danos daí resultantes.”²⁰⁶

Não há qualquer indagação acerca da existência de lucro ou de qualquer proveito por aquele que exerce a atividade potencialmente causadora de danos. PEREIRA afirmava, desde antes da promulgação no atual Código Civil, que responderia civilmente a pessoa que, pelo desempenho de sua atividade, expusesse outras a risco de sofrer dano.²⁰⁷ Nem sequer se indaga acerca de proveito ou vantagem atribuídos ao causador do dano.²⁰⁸

CAVALIERI FILHO positivou que, no país, sobretudo com o advento do Código Civil de 2002, foi adotada a teoria do risco criado, defendida ferrenhamente por PEREIRA, também denominada risco da atividade.²⁰⁹

De fato, o art. 927 do CC vigente nada fala de proveito econômico, mas somente de risco inerente à atividade desempenhada, por ela criado.²¹⁰

Já no sistema específico de proteção do consumidor, NERY JR. assevera que o CDC adotou a teoria do risco da atividade, ou do risco criado, “como postulado fundamental da responsabilidade civil ensejadora da indenização dos danos causados ao consumidor. A simples existência da atividade econômica no mercado, exercida pelo fornecedor, já o carrega com a obrigação de reparar o dano causado por essa mesma atividade.”²¹¹

Na mesma esteira está ALMEIDA quando afirma que a teoria do risco criado atribui ao fornecedor a reparação dos danos causados aos consumidores pela atividade potencialmente danosa.²¹²

Ora, que a atividade de gerenciamento de plano de saúde carrega consigo riscos parece ser incontestável. Mesmo porque o bem posto na relação de consumo é a saúde, muitas vezes a própria vida, do segurado, que depende da operadora para realizar os procedimentos médicos, hospitalares ou ortodônticos. Dessa guisa, a má prestação do serviço pela operadora pode causar lesões a tais bens jurídicos.

²⁰⁶ JOSSERAND *apud* LOPES, O. A., 2006, p. 332.

²⁰⁷ PEREIRA, 2001, p. 270.

²⁰⁸ PEREIRA *apud* FREIRE, 2010, p. 75.

²⁰⁹ CAVALIERI FILHO, 2010, p. 175.

²¹⁰ Lei nº 10.406/02: Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

²¹¹ NERY JR., 1992, p. 58.

²¹² ALMEIDA, 2000, p. 82.

A teoria do risco criado observa essa possibilidade de originar danos e imputa a responsabilização pela ocorrência deles aos exploradores da atividade.

Essa é a razão pela qual, nas relações jurídicas de consumo que tenham como objeto planos de saúde, de acordo com a linha seguida pelo Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor, baseada na teoria do risco criado, devem ser responsabilizados os fornecedores, as operadoras de planos. Isso a despeito de se verificar a existência de qualquer modalidade de culpa ou até mesmo a presença proveito ou vantagem decorrente da atuação no mercado.

Aprovada a responsabilização objetiva das operadoras de planos de saúde, mister mudar o foco para o nexos causal que serve de elo entre o dano e a conduta lesiva e verificar qual a proporcionalidade entre as causas e os danos delas decorrentes.

3.2. A função do nexos causal na responsabilização

Na seara da responsabilidade civil, o nexos causal, que une o dano a ser indenizado e o ato que o originou tem, predominantemente, duas funções: a primeira é a de apontar a pessoa a que se deve atribuir a conduta danosa; a segunda é determinar a extensão do dano a ser compensado ou reparado.²¹³

Inicialmente, a medida da responsabilidade era determinada pela culpabilidade daquele a que era atribuída. Contudo, com a objetivação da responsabilidade e com a utilização de critérios que têm como foco o dano causado e a sua necessidade de reparação, retirou-se a culpabilidade de tal posto, no qual foi inserida a causalidade.²¹⁴

Quando se trata da responsabilidade objetiva, então, mais evidente fica que o nexos causal é que assume tal posição. De fato, a causalidade “resulta de a origem dos danos se localizar na zona de risco normativamente definida.”²¹⁵ Embora se tenha falado do risco, o que remete às teorias do risco já explanadas e à responsabilidade objetiva, a culpa também delimita a extensão do dano a ser indenizado nas hipóteses de responsabilidade subjetiva.

²¹³ CRUZ, 2005, p. 22.

²¹⁴ CRUZ, 2005, p. 22.

²¹⁵ COSTA, 1999, p. 676.

Até na responsabilidade civil por omissão o nexo causal é de suma importância. Parte da doutrina afirma que a omissão, o não agir não poderia gerar efeitos e, conseqüentemente, não geraria responsabilização, porque não teria o condão de modificar o mundo exterior.²¹⁶ Essa concepção é totalmente equivocada, como bem leciona DIÉZ-PICAZO:

No es necesario destacar la importancia que la generalización de las omisiones como posibles causas de daño ejerció en el universo de la responsabilidad civil extracontractual, que, sin duda, recibió por este motivo una muy considerable dosis de ampliación. (...) Son embargo, las omisiones se toman en cuenta también en sí mismas consideradas, como puras abstenciones, lo que inicialmente, no debió plantear problemas especiales de la abstención es maliciosa o si produce como inejeción de un deber legal o reglamentario de realizar el comportamiento positivo. Más adelante la omisión se considera como abstención pura y simple, sin equipararla a la culpa por comisión y se sostiene de modo general, la idea de que toda omisión es reprochable si un hombre normalmente diligente, colocado en las mismas corcunstancias, hubiera adoptado un comportamiento positivo. De este modo se produce un enlace y un estrecho nexo de unión entre la omisión como causa del daño y la negligencia es precisamente omisión de cuidade y de precaución.²¹⁷

PONTES DE MIRANDA, para exemplificar, cita a hipótese em que o indivíduo viu que estava aberta caixa de esgoto de águas pluviais, que alguém, se por lá passasse, cairia e morreria, que se aproximava outra pessoa e nada fez para impedir a queda e a fatalidade.²¹⁸

Em 2003, o Superior Tribunal de Justiça julgou caso em que responsabilizou instituição financeira pela deficiência em sua segurança em assalto que resultou em morte.²¹⁹

²¹⁶ CRUZ, 2005, p. 25.

²¹⁷ DIÉZ-PICAZO, 1996, p. 94.

²¹⁸ PONTES DE MIRANDA, 1971, p. 193.

²¹⁹ O Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, relator do Recurso Especial nº 434.500/RO, afirmou, em seu voto, o seguinte: “Como visto, o quadro fático delineado pela decisão estadual revela que o assassinato do esposo e pai dos autores, funcionário do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, decorreu de uma ação contínua e imediata, subseqüente ao roubo do próprio estabelecimento bancário que, naquele dia, efetuava o pagamento dos servidores da Corte e exatamente por isso era alvo dos marginais. Estes, após o assalto, se evadiam pelas escadas, quando, deparando-se com a vítima, desferiram-lhe tiro fatal. Também exsurge do voto condutor que a segurança, justamente em se tratando de momento de movimentação de grande soma em dinheiro no posto bancário, era absolutamente insuficiente, o que além de não evitar, obviamente estimulou a ação dos marginais, que sempre fazem uma prévia avaliação, como se sabe, do ambiente do crime, a fim de montar a estratégia do assalto. Tal situação, peculiar, leva ao nexo causal entre o sinistro e a responsabilidade do banco, que ao se instalar dentro de prédio público, onde recebe a folha de pagamento dos servidores e procede ao pagamento, além de manter a conta corrente dos mesmos, auferindo, portanto, lucro, deve envidar esforços para coibir essa espécie de ação criminosa, arcando, de outro lado, com o risco do seu empreendimento, por inerente à atividade econômica que exerce. Não prospera a alegação de que a segurança pública é dever do Estado, como forma de afastar a responsabilidade, não apenas pelos aspectos acima ressaltados, como, na hipótese em comento, o

A questão torna-se verdadeiramente complicada quando se constata, dentro de um quadro fático, que houve mais de uma causa para um só resultado. O problema que brota disso é a necessidade de se averiguar não somente a extensão do dano, mas o quanto dela decorreu de cada causa, ou se as causas, individualmente consideradas, já seriam bastantes para gerar o dano.

No tópico a seguir se diferenciara o tratamento dados às causas de acordo com as diferentes teorias, o que influencia a quantificação da reparação no caso de haver causalidade múltipla de um dano.

3.2.1. A extensão do dano suportado pelo segurado, as causas complementares e as cumulativas e as teorias da causalidade

Primeiramente, é necessário se delimitar quais podem ser os danos suportados pelo segurado em virtude da má prestação de serviços da operadora de planos.

O dano total consiste, em linhas gerais, na junção das diversas modalidades de danos que podem surgir. Os danos materiais compreendem todas as despesas que não seriam necessárias caso a prestadora tivesse atuado corretamente. Englobam, portanto, eventual despesa com tratamento, cirurgia, exame, internação ou procedimento efetuada pelo usuário porque seu plano injustificadamente não a cobriu ou demorou para aprová-la ou qualquer outra despesa diretamente decorrente da lesão.

Também é dano material o gasto decorrente da morte do segurado, que pode ser transporte do corpo, e as demais despesas com o funeral. Cabe ressaltar que estas são presumidas, isso é, não necessitam de prova, conforme a orientação do STJ, presente no julgamento do Recurso Especial nº 865.363/RJ.²²⁰

assalto se deu em instalações internas de prédio, sabendo-se que a polícia não tem como fiscalizar, por dentro, até em respeito à propriedade privada ou pública.”

²²⁰ CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. [...] DESPESAS COM FUNERAL. FATO CERTO. MODICIDADE. DESNECESSIDADE DE PROVA. VALOR DO DANO MORAL MANTIDO. LIMITE DO PENSIONAMENTO DOS FILHOS. VINTE E CINCO ANOS. INDEPENDÊNCIA PRESUMIDA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. AUSÊNCIA. JUROS MORATÓRIOS. CÁLCULO. [...] III. Desnecessidade de comprovação das despesas de funeral para a obtenção do ressarcimento do causador do sinistro, em face da certeza do fato, da modicidade da verba quando dentro dos parâmetros previstos pela Previdência Social e da imperiosidade de se dar proteção e respeito à dignidade humana. Precedentes do STJ. IV. A pensão é devida aos filhos do de cujus até a idade de vinte e cinco anos, quando presumida pela jurisprudência a independência

O recurso supradito também explicita a pensão devida pelo causador do dano aos dependentes daquele que faleceu ou que não mais teve condição de obter sustento para sua família. Essa pensão adentra no conceito de dano material. Muitas vezes o STJ, ainda, fixa valor mensal devido do momento em que o lesado atingisse determinada idade até a velhice. Essa hipótese será estudada no item 3.4.2.

A essas pensões se assemelha a perda de uma chance. Ambas são prováveis até certo grau, porque, para que sejam consideradas e quantificadas, deve-se estimar qual o valor da perda no tempo, ainda que não se saiba se o ganho efetivamente viria a ocorrer.

Já no que diz respeito aos danos morais, eles surgem toda vez que for violado um direito de personalidade ou quando a conduta lesiva gerar consequências de grau considerável no estado psíquico, no âmago psicológico do lesado. O mero dissabor, os aborrecimentos da vida cotidiana, por outro lado, não possuem a natureza de dano moral, porque são absolutamente suportáveis e decorrem nada mais do que da convivência em sociedade. Isso para que não se banalize o instituto do dano moral e a sua compensação.

Há, também, a modalidade de dano moral chamada dano estético. Ela surgiu como desdobramento daquele e hoje vem ganhando independência, tanto é que há muito já é admitida a cumulação do dano moral *stricto sensu* com o dano estético decorrentes de uma só causa, como será exemplificado no item 3.3.1.

Após quantificado o dano total, ou seja, após quantificados, traduzidos em valores aptos a serem reparados ou compensados e somados, necessário é se averiguar quem por eles responderá, e em que medida o fará.

É nesse momento que encontram aplicação, nesta monografia, as teorias das causas, que visam a dar soluções a casos em que o nexo de imputação decorre de causalidades simultâneas ou sucessivas.

GONÇALVES trata da dificuldade que exsurge pela aplicação da teoria do nexo causal:

A teoria do nexo causal encerra dificuldades porque, em razão do aparecimento de concausas, a pesquisa da verdadeira causa do dano nem

econômica daquela em relação ao genitor falecido. [...] VII. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido. (REsp 865.363/RJ, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 21/10/2010, DJe 11/11/2010)

sempre é fácil. Essas concausas podem ser sucessivas ou simultâneas. Nas últimas, há um só dano, ocasionado por mais de uma causa. É a hipótese de um dano que pode ser atribuído a várias pessoas. (...) A grande dificuldade, entretanto, está no estudo das concausas sucessivas, em que se estabelece uma cadeia de causas e efeitos. A dificuldade está em saber qual delas deve ser escolhida como sendo a responsável pelos danos.²²¹

A problemática torna-se ainda mais dramática quando o fato constitutivo da responsabilidade não é a única das causas do dano.²²² Causas essas que podem ser classificadas em três modalidades: as complementares, as cumulativas e as alternativas.

A última classificação em nada importa para este texto, porque encontra aplicação nos casos em que não se consegue averiguar, com exatidão, qual o indivíduo ou quais os indivíduos dentro de um grupo que praticaram o ato lesivo.²²³

Já as causas complementares são verificadas nas hipóteses em que o resultado, o dano, não teria resultado com o acontecimento de somente uma delas. É necessária a ocorrência, simultânea ou não, de ambas as causas para que se atinja determinado resultado. São também denominadas concausas, causalidade comum ou conjunta.²²⁴

Por outro lado, na causalidade cumulativa, cada uma das causas, independentemente da outra, já produziria o resultado observado. Ocorre que, por qualquer motivo, ocorreram ambas, sucessiva ou simultaneamente. PONTES DE MIRANDA explica que “a causa *a* seria suficiente para exsurgir o dano *d*, bem assim a causa *b*; mas acontece que houve as causas *a* e *b*.”²²⁵

Normalmente, quando as causas são simultâneas, se aplica a regra da solidariedade, prevista no art. 942 do Código Civil.²²⁶ Na hipótese de serem sucessivas, possível é cogitar-se de atribuir às diferentes causas diferentes parcelas do dano, de modo a responsabilizar individualmente as partes que os originaram parcialmente, sem a regra da solidariedade. Em outras palavras, cada um responde pelo tanto que a sua conduta contribuiu para o dano.²²⁷

²²¹ GONÇALVES, 2011, p. 619.

²²² CRUZ, 2005, p. 27.

²²³ PEREIRA COELHO, 1998, p. 24.

²²⁴ CRUZ, 2005, p. 28.

²²⁵ PONTES DE MIRANDA, 1971, pp. 190,191.

²²⁶ Lei nº 10.406/02: Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

²²⁷ CRUZ, 2005, p. 30.

Outra questão que dificulta a averiguação das parcelas de responsabilidade é a de se verificar se, na ocorrência de causas sucessivas, a subsequente não teria afastado o nexo de causalidade do evento ocorrido primeiramente.

As diferentes teorias da causalidade visam, diante das dificuldades assinaladas, a vincular o dano àquele que deve ser responsabilizado pela sua indenização, àquele que lhe teria dado causa. Essa análise é de salutar estima para a responsabilização das operadoras de planos de saúde, haja vista que, por exemplo, quando se requisita a cobertura ou a prestação de um serviço médico, o segurado normalmente está com alguma enfermidade ou lesão, que pode consistir em causa para o dano que vier a sofrer em decorrência também do atraso em agendamento de consulta ou de procedimento.

Para os fins aqui pretendidos, serão brevemente expostas as teorias da equivalência dos antecedentes causais, a da causa próxima, a da causa eficiente, a da causalidade adequada e a dos danos diretos e imediatos.

3.2.1.1. Teoria da equivalência dos antecedentes causais

Esta teoria é a única enquadrada como generalizadora, e também recebe a denominação de teoria da equivalência das condições, teoria objetiva da causalidade ou teoria da *conditio sine qua non*.²²⁸

Essa corrente assevera, em suma, que, quando houver multiplicidade de causas de um dano, todas devem ser consideradas eficientes no resultado. DE CUPIS explica a teoria da seguinte forma:

*Tutte le condizioni sono del pari necessarie ed essenziali per il verificarsi dell' effetto, e nessuna di esse può scindersi della altre senza mettere in questione l'effetto medesimo; questo non è divisibile tra le varie condizioni, e non può sostenersi che una data condizione abbia causato, ad es., 3/5 dell' effetto e un'altra 2/5; mancando una qualunque delle condizioni, sempre manca l'intero effetto.*²²⁹

A fundamentação de tal teoria reside no ato de se considerar que as causas não podem ser separadas sem que o efeito danoso deixe de ocorrer. Para seus seguidores, esse é o motivo pelo qual são todas as causas igualmente consideradas

²²⁸ CRUZ, 2005, p. 35.

²²⁹ DE CUPIS, 1966, pp. 193-194.

e são as pessoas que as praticaram igualmente responsáveis pelo dano produzido.²³⁰

A valoração de um fato ou ato como causa, então, decorre unicamente de uma prática: deve-se excluir os fatos que se acredita serem causas. Se da exclusão de um resultar a não ocorrência do resultado danoso, então este é causa.²³¹

O problema que tal teoria causa é a maximização de suas consequências, que pode levar a julgamentos demasiadamente injustos. Isso porque, uma vez que todas as causas teriam o mesmo peso, dever-se-ia buscar inclusive todas aquelas que teriam mínima participação no evento danoso. W. M. SILVA aduz que, “quanto mais se procura remontar à causa primeira do evento, mais se aprofundaria, em verdadeira progressão geométrica, na infinita série de antecedentes causais.”²³²

No caso da morte de um segurado por doença não tratada em virtude do não atendimento pela operadora de seu plano de saúde, não somente seria esta a causadora do dano, mas até mesmo aquela pessoa que teria transmitido a doença e até mesmo os motivos pelos quais o indivíduo a contraiu.

Esse ponto a que chegou a teoria dos antecedentes causais, por gerar tanta crítica da doutrina, possibilitou a criação de diversas teorias individualizadoras da causa geradora do dano. A particularidade de cada uma reside no critério adotado para averiguação de qual causa prepondera no resultado e de qual pessoa por este deve responder.

3.2.1.2. Teoria da causa próxima

A teoria da causa próxima, por sua vez, foca na causa derradeira, na que está no desfecho da cadeia causal. A razão de ser dessa teoria é de que seria a última condição que daria força, que efetivaria o nexo causal.²³³

A análise passou a ser, como visto, meramente cronológica. Essa consideração tem o escopo de carrear decisões injustas, porquanto muitas vezes a última causa não é aquela que contribui com mais intensidade para o dano, e,

²³⁰ MATOZZI, 2000, p. 82.

²³¹ STOCO, 2007, p. 151.

²³² SILVA, W. M., 1962, p. 122.

²³³ CRUZ, 2005, p. 53.

mesmo assim, passaria a ser a única considerada. Por isso foi abandonada pela doutrina.²³⁴

MATOZZI arremata a crítica a tal teoria ao afirmar que “*el concepto de inmediatez tiene que poseer un sentido lógico, y no meramente cronológico (...)*”²³⁵

3.2.1.3. Teoria da causa eficiente

A teoria da causa eficiente opõe-se à anterior na medida em que não leva em consideração qual a causa que precedeu imediatamente o dano de forma cronológica, mas sim a cuja relação causal mostra-se de maior grau.²³⁶

Esse grau, ou nível de contribuição para o resultado, pode ser averiguado de distintas maneiras. Uma corrente, que adotou o critério quantitativo, levou em conta a causa que em maior medida deu azo ao dano. A doutrina qualitativa, por outro lado, sopesava as causas de acordo com a que maior eficácia possuía na cadeia causal.²³⁷

A teoria da causa eficiente, ressalte-se, hoje é considerada ultrapassada em razão da dificuldade que existe na fixação da eficiência de uma causa para o resultado, no estabelecimento de qual delas causou, em maior grau, o dano.²³⁸

3.2.1.4. Teoria da causalidade adequada

A teoria da causalidade adequada fulcra-se na experiência comum e tem como objeto o exame da causa que pode gerar determinado resultado ou que possui a probabilidade de ocasioná-lo. “Não basta que um fato seja condição de um evento; é preciso que se trate de uma condição tal que, normal ou regularmente, provoque o mesmo resultado.”²³⁹

Vale ressaltar que o fato causador do resultado não deve ser visto de forma isolada, ou seja, devem ser bem observadas as circunstâncias da situação e o

²³⁴ CRUZ, 2005, p. 53.

²³⁵ MATOZZI, 2000, p. 87.

²³⁶ CRUZ, 2005, p. 58.

²³⁷ MATOZZI, 2000, p. 90.

²³⁸ CRUZ, 2005, p. 62.

²³⁹ CRUZ, 2005, p. 65.

contexto no qual o fato estava inserido para, então, se averiguar se normalmente produziria o evento observado. Contudo, não se pode confundir o contexto fático da situação com as circunstâncias acidentais que acabaram desembocando no dano.

ALVIM assim ensina acerca da teoria da causalidade adequada:

Apreciando certo dano, temos que concluir se o fato que o originou era capaz de lhe dar causa. Mas, pergunta-se, tal relação de causa e efeito existe sempre, em casos dessa natureza, ou existiu nesse caso, por força de circunstâncias especiais? Se existe sempre, diz-se que a causa era adequada a produzir o efeito; se somente uma circunstância acidental explica essa causalidade, diz-se que a causa não era adequada.²⁴⁰

Essa é a concepção positiva da teoria da causalidade adequada. A sua correspondente negativa implica a averiguação se determinado fato seria inadequado, isso é, não poderia produzir o efeito observado. A acepção negativa, por óbvio, abrange numero de causas deveras superior à da positiva, haja vista que aquela exclui somente os fatos que não poderiam servir de causa para o dano, enquanto esta somente inclui os que normalmente acarretariam o resultado em voga.

A teoria da causalidade adequada, posto que limita a regressão infinita às causas anteriores, recebe críticas por ser demasiadamente filosófica e por atribuir ao julgador a apreciação dos fatos e de qual causa seria a adequada a produzir o dano. Isso não somente é verdade para esta, mas para toda e qualquer teoria de causalidade, porquanto todas, em maior ou menor grau, conferem ao magistrado o poder de examinar as causas.²⁴¹

Esta, em conjunto com a teoria a seguir explanada, é a mais aplicada no ordenamento pátrio e a que divide as correntes doutrinárias. Sua aplicação no caso de demora da operadora visa a investigar se esta conduta do prestador de serviço, na situação concreta, teria o condão de, normalmente, originar os danos suportados, tanto de natureza material como moral.

3.2.1.5. Teoria do dano direto e imediato

²⁴⁰ ALVIM, 1955, p. 369.

²⁴¹ CRUZ, 2005, pp. 82-83.

A teoria do dano direto e imediato é vista por W. M. SILVA como o meio termo desejável, mais razoável.²⁴² Também pode ser chamada de teoria da interrupção do nexu causal e divide-se em diversas subcorrentes.

A causa considerada como direta e imediata, ao contrário do que ocorre na teoria da causa próxima, nem sempre é a cronologicamente mais adjacente, mas a que necessariamente ensejou o resultado. O nexu causal ou, mais precisamente, o seu rompimento ocorre pelo surgimento de outra causa, e não pela distância observada entre o dano e a sua causa.²⁴³

A proximidade, como dito, não é mais cronológica, e dá lugar à imediação lógica. O liame que une dano e causa, isso é, o nexu causal, baseia-se em critério essencialmente lógico.²⁴⁴

Justamente por tal motivo a teoria é tão aplicada no direito, inclusive no brasileiro. A crítica, porém, recai sobre a possibilidade de se responsabilizar alguém pelos danos indiretos, como os lucros cessantes e a perda de chance, por exemplo. Os seus seguidores afirmam que, em regra, tais danos não deveriam ser indenizados, porque normalmente aparecem concausas que interromperiam o nexu entre a causa dos danos diretos e os danos indiretos. Na hipótese de não aparecerem estas é que o dano indireto poderia ser reparado.²⁴⁵

Mesmo assim, a teoria do dano direto e imediato é o que melhor parece tratar dos casos de causalidade plural. Por outro lado, exige que exista causalidade necessária entre o fato tido como causa e o evento resultante, o que restringe demasiadamente a obrigação de indenizar.²⁴⁶ Essa imposição de que haja causalidade necessária parece desconsiderar a hipótese de concorrência de causas, em que várias se complementam para atingir o resultado.

Em verdade, não se pode adotar uma só teoria para todos os casos a serem apreciados. Nenhuma delas será completa e correta o suficiente para que se julgue da forma mais justa ou correta. Há de haver ora a aplicação de uma, ora a de outra, sempre de acordo com as particularidades de cada caso e com foco na proteção da vítima.²⁴⁷

²⁴² W. M. SILVA, 1962, pp. 206 e 230.

²⁴³ ALVIM, 1955, p. 388.

²⁴⁴ CRUZ, 2005, p. 104.

²⁴⁵ ALVIM, 1955, p. 351.

²⁴⁶ NORONHA *apud* CRUZ, 2005, p. 108.

²⁴⁷ CRUZ, 2005, p. 111.

3.2.2. O nexu causal e a fixação do *quantum debeatur*

Após a explicitação das teorias aplicáveis aos casos de responsabilização civil das operadoras de planos de saúde pelos danos suportados pelos seus consumidores em decorrência de demora na prestação de serviços, insta carrear a este capítulo a reviravolta doutrinária e jurisprudencial que se deu acerca da quantificação da indenização devida em caso de responsabilidade objetiva.

No ano de 2002 foi realizada, pelo Conselho de Justiça Federal – CJF e pelo seu Centro de Estudos Jurídicos – CEJ, a I Jornada de Direito Civil. Nesses eventos, são convidados profissionais de notório saber jurídico para a elaboração de enunciados acerca da aplicação das normas de direito civil.

Pois bem, o Enunciado nº 46 da I Jornada tratou do art. 944 do Código Civil, que dispõe que a indenização do dano deve ser medida pela sua extensão. O seu parágrafo único relativiza essa norma e dita que, em caso de desproporcionalidade grande entre o grau de culpa do ofensor e o dano resultante, o juiz poderá reduzir a indenização.²⁴⁸

O Enunciado da Jornada, por sua vez, ditou que a possibilidade de se reduzir o *quantum* da indenização deve ser lida de forma restritiva, excluindo-se daí os casos de responsabilidade objetiva:

46 – Art. 944: a possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano, não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva.

Isso porque o conceito de culpa, como já mencionado nesta obra, não encontra espaço na responsabilização objetiva, em que é o próprio nexu causal que ditará o responsável pela reparação ou compensação. Dessa feita, a interpretação da norma pela sua literalidade impossibilitava ao magistrado que reduzisse o valor da indenização na responsabilidade objetiva.

²⁴⁸ Lei nº 10.406/02: Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

O princípio da reparação integral pode ser observado na lição de MORAES, que o enxerga como necessário para a proteção da pessoa humana e para a manutenção do foco da responsabilidade civil na vítima e na sua indenização.²⁴⁹

Com o passar dos anos, entretanto, se verificou que o posicionamento antes firmado não se coadunava com os preceitos da responsabilidade civil nem com a maioria das teorias da causalidade adotadas.

A regra geral continua a da reparação integral, figurando a previsão do parágrafo único do art. 944 como excepcional, decorrente da observância do caso concreto. O que mudou foi o posicionamento de que essa possibilidade de redução da indenização foi ampliada para abarcar também os casos de responsabilização objetiva. O Enunciado nº 380 da IV Jornada de Direito Civil, ocorrida cinco anos após a primeira, reflete essa alteração de entendimento:

380 – Atribui-se nova redação ao Enunciado n. 46 da I Jornada de Direito Civil, com a supressão da parte final: não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva.

Suprimida a parte final do Enunciado nº 46 da I Jornada, abriu-se a possibilidade de se reduzir o valor da reparação mesmo quando a responsabilidade é objetiva, ou seja, quando não se investiga culpa ou graus de culpa na conduta do agente.

A possibilidade de redução, então, não pode residir, na responsabilidade objetiva, na desproporção entre o resultado e a culpa, haja vista que esta nem sequer é averiguada. A culpa é substituída pelo nexu causal, ou pelo grau de causalidade do ato do ofensor. Caso haja, por exemplo, concausas que muito contribuíram para o evento lesivo ou até mesmo culpa concorrente da vítima, nada mais justo do que se operar a minoração do *quantum debeatur*.

CALIXTO conclui que o parágrafo único do art. 944 do Código Civil encontra aplicação nos casos de responsabilidade objetiva porque o dispositivo versa acerca

²⁴⁹ “1. À pessoa humana cabe a proteção mais ampla, e que deve ser concedida a cada uma de suas características, peculiaridades, singularidades. O Direito Civil deve voltar-se para a busca do instrumental que permitirá alcançar a reparação integral pelo dano sofrido. 2. A reparação integral parece ser a medida, necessária e suficiente, para proteger a pessoa humana nos aspectos que realmente a individualizam. De fato, considera-se que a responsabilidade civil na atualidade tem como foco precípua a situação em que se encontra a vítima, visando recompor a violência sofrida em sua dignidade através da reparação integral do dano.” (MORAES, 2003, p. 331.)

da quantificação do valor a ser indenizado, e não da existência do dever de indenizar em si.²⁵⁰

3.3. A responsabilização pela demora na prestação de serviços e os danos morais em casos diversos

Uma vez identificados quais os critérios adotados pela doutrina e pela jurisprudência para se apontar quem vai responder pelos danos suportados pela vítima, estão fixadas as bases teóricas para a averiguação dos casos levados ao Judiciário em que um ente atrasou a sua prestação de serviços e o outro se sentiu por isso prejudicado.

Como retrata o título desta monografia, a operadora de plano de saúde, caso demore para, por exemplo, emitir autorização para realização de procedimento ou cirurgia, possivelmente ocasionará danos ao usuário. Dois casos concretos em que isso ocorreu serão analisados no tópico 3.4, enquanto neste serão apontadas outras situações, que não envolveram planos de assistência privada, mas que demonstram a possibilidade de ser responsabilizar aquele que atrasou injustificadamente.

O atraso na prestação tem o condão de gerar tanto danos materiais como morais, a depender do caso concreto. Para os primeiros, deve-se averiguar se, em virtude da demora, da burocracia excessiva, foram efetuados gastos desnecessários pela vítima ou se esta deixou de enriquecer-se.

Esta situação é bem visível, por exemplo, no caso da oficina que demora exacerbada e injustificadamente para realizar conserto em automóvel. Caso o seu condutor seja, por exemplo, taxista, e necessite do carro para o trabalho, poderá ser aquela condenada a indenizá-lo pelos lucros cessantes.

Na seara do dano moral, deve-se adentrar no arcabouço fático do caso que se discute. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, ao julgar o Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 401.636/PR, entendeu que o atraso na entrega do carro configurou mero aborrecimento, incapaz

²⁵⁰ O autor assim defende: “Admitindo-se como correto este raciocínio, é ainda possível afirmar que o disposto no art. 944, parágrafo único, poderá ter lugar seja na hipótese de responsabilidade civil objetiva, seja no caso de responsabilidade subjetiva. Em verdade, aqui se está tratando da quantificação do dano (*quantum debeat*) e não do fundamento para a existência da obrigação de reparar (*an debeat*).” (CALIXTO, 2010)

de ensejar danos morais.²⁵¹ Essa modalidade de danos será sumariamente exposta no capítulo a seguir.

Por outro lado, ao decidir o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.055.913/RS, a mesma Terceira Turma do STJ admitiu a existência de danos morais e a necessidade de serem compensados.²⁵² No caso, a agravada ficou sem seu automóvel por 46 dias, o que lhe causou excessiva angústia, aborrecimentos e transtornos.

Outro caso que recorrentemente implica a responsabilização de quem pratica a conduta é o de atraso de voo, sobretudo quando internacional. O STJ reiteradamente condena a companhia aérea a indenizar os danos sofridos em razão da falha na prestação do serviço.²⁵³

Já houve situação, também, em que a seguradora foi condenada a arcar com lucros cessantes porque atrasou injustificadamente o pagamento da indenização a proprietário de estabelecimento comercial em que ocorreu incêndio e em que foram destruídas todas as mercadorias.²⁵⁴

Na esfera da saúde pública, também foi reconhecida a responsabilidade da Administração pela demora na realização de cirurgia, que, por sua vez, ocasionou

²⁵¹ AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. VEÍCULO ESTRAGADO. CONserto. DEMORA NA ENTREGA. MERO ABORRECIMENTO. DANO MORAL. INEXISTÊNCIA. - O atraso da oficina na entrega de automóvel que lhe foi confiado para conserto é mero aborrecimento, incapaz de gerar dano moral. (AgRg nos EDcl no REsp 401.636/PR, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/09/2006, DJ 16/10/2006, p. 362)

²⁵² CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTES DE DEMORA NO CONserto DE VEÍCULO AUTOMOTOR - CONDUTA ILÍCITA - CULPA COMPROVADA [...] I - Tendo o Tribunal "a quo" concluído pelo caráter ilícito da conduta do ora recorrente, com o conseqüente dever de reparação, e pela sua culpa no evento vivenciado pela autora, entender de modo contrário aplicaria revolvimento do quadro fático-probatório (Súmula 7/STJ), o que não se admite nesta instância excepcional. [...] Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 1055913/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/11/2008, DJe 03/12/2008)

²⁵³ Cite-se, a título de exemplo, o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 218.291/SP: RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE AÉREO. ATRASO DE VÔO. A demora injustificada no transporte de passageiros acarreta danos morais. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 218.291/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/03/2007, DJ 23/04/2007, p. 252)

²⁵⁴ RECURSO ESPECIAL. SEGURO. INCÊNDIO EM LOJA DE DEPARTAMENTO. ALEGAÇÃO DE FRAUDE NO SINISTRO. CERCEAMENTO DE DEFESA COM O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. INOCORRÊNCIA. VALOR DO DANO. INEXISTÊNCIA DE PROVA DAS MERCADORIAS EM ESTOQUE. PERDA TOTAL. VALOR DA APÓLICE. RECUSA INJUSTIFICADA NO PAGAMENTO. LUCROS CESSANTES DEVIDOS. [...] III.- A jurisprudência desta Corte orienta que são devidos lucros cessantes pela seguradora em razão da demora no pagamento da indenização, que impede a empresa segurada de exercer suas atividades. [...] Recurso especial parcialmente provido. (REsp 839.123/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/09/2009, DJe 15/12/2009)

sofrimento indevido, e o conseqüente dano moral, ao cidadão que ficou desamparado.²⁵⁵

Por fim, cabe citar hipótese em que a Administração Pública é recorrentemente condenada, que ocorre quando há atraso injustificado na concessão de aposentadoria a alguma pessoa, que é obrigada a ficar trabalhando para garantir sua renda. A ementa do Recurso Especial nº 952.705/MS trata suficientemente bem da questão.²⁵⁶

Trazidos alguns casos em que a demora injustificada efetivamente acarretou danos, e foram os responsáveis por ela obrigados a indenizar os prejuízos, mister proceder a análise, também no âmbito do STJ, dos casos em que o dano moral advém do descumprimento de obrigação contratual. Isso porque os casos a serem analisados, que envolvem planos de saúde e demora, apresentam ambas as características.

3.4. O descumprimento contratual e o dano moral

²⁵⁵ ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DEMORA INJUSTIFICADA NA REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. VERBA INDENIZATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. 1. As instâncias ordinárias reconheceram a ocorrência de danos morais decorrentes da negligência na realização de procedimento cirúrgico, o que teria acarretado exagerado sofrimento físico. [...] 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 657967/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/08/2007, DJ 16/08/2007, p. 307)

²⁵⁶ RESPONSABILIDADE CIVIL. ATRASO NO ATO DE APOSENTADORIA. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. CONDUTA OMISSIVA. PRESENÇA DO NEXO DE CAUSALIDADE. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. PRECEDENTES STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. ARTIGO 255 RISTJ. NÃO CONHECIMENTO PARCIAL. 1. Ação indenizatória por danos materiais decorrente de atraso na concessão de aposentadoria pelo Estado recorrido cujo pedido fora formulado em 28 de dezembro de 2000, e somente publicado o ato em 18.12.2001, interregno no qual a autora esteve obrigada a continuar prestando serviços. (fls. 248) 2. A existência do fato danoso e o necessário nexos causal entre a omissão e os prejuízos decorrentes da mesma conduta resoa inequívoco porquanto o simples fato de a pessoa ser compelida a trabalhar em período no qual, legalmente, já poderia fazer jus à mesma renda na inatividade, decorrente dos proventos de aposentadoria, já configura, à saciedade, evento lesivo ao interesse da parte e à livre manifestação de vontade. 3. Precedentes: REsp 1044158/MS, DJ 06.06.2008; REsp 688.081/MS, julgado em 10.04.2007; REsp 688.081/MS, julgado em 10.04.2007; REsp 983.659/MS, DJ de 06.03.2008; REsp 953497/PR, DJ 04.08.2008. [...] 5. Outrossim, é cediço na Corte que: "(...) no caso, como a lei fixa prazo para a Administração Pública examinar o requerimento de aposentadoria, o descumprimento desse prazo impõe ao administrador competente o dever de justificar o retardamento, o que gera uma inversão do ônus probatório a favor do administrado. Assim, cabe ao Estado-Administração justificar o retardo na concessão do benefício. Se não o faz, há presunção de culpa, que justifica a indenização proporcional ao prejuízo experimentado pelo administrado." (REsp 1.044.158/MS, DJe 06.06.2008) [...] 8. Recurso especial parcialmente conhecido, e nesta parte provido. (REsp 952.705/MS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/11/2008, DJe 17/12/2008)

Acima foram elencados alguns casos em que houve a responsabilização de uma pessoa porque prestou seus serviços de forma tardia ou porque, em virtude da demora, não mais se verificou utilidade na prestação.

Esse atraso pode ser considerado facilmente como falha na prestação de serviços contratados, ou seja, consistem em modalidades de descumprimento contratual por parte dos fornecedores. O que se verificará, neste tópico, é se é correta a condenação por compensação por danos morais em virtude desses desrespeitos às obrigações firmadas em instrumento de contrato.

Os danos materiais, acredito, são de mais fácil constatação e, em regra, quantificação. Somente se deve averiguar quanto foi perdido, ou quanto não foi ganho, em decorrência do ato ilícito que consistiu no descumprimento contratual. Essa é a perda patrimonial que advém da falha no cumprimento dos dispositivos pactuados. O que se questiona, por outro lado, é se pode haver dano moral desta decorrente.

Há alguns anos, substancial parte da doutrina não via, na inadimplência parcial ou total de contratos, a existência de dano moral. Esse entendimento, contudo, vem mudando e segue a própria evolução da condenação por dano moral, que cada vez mais ganha espaço do direito.

Inicialmente, é necessário se distinguir o que é abarcado pela patrimonialidade da prestação e o pela extrapatrimonialidade dos interesses do credor ou dos bens afetados.²⁵⁷

ANDRADE assevera que, “embora a prestação tenha conteúdo patrimonial, o interesse do credor na prestação pode, conforme as circunstâncias, apresentar um caráter extrapatrimonial, porque ligado à sua saúde ou de pessoas de sua família, ao seu lazer, à sua comodidade, ao seu bem-estar, à sua educação, aos seus projetos intelectuais.”²⁵⁸

PIZARRO dá diversos exemplos da extrapatrimonialidade da prestação. São evidentes, por exemplo, no interesse da família que adquire pacote de viagem para suas férias, do casal que compra imóvel para mudar-se após o casamento, do

²⁵⁷ PIZARRO, 2000, p. 143. DIAS, ainda, afirma que “tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a bem não patrimonial, como de dano moral por efeito de ofensa a bem material. (DIAS, 1994, p. 740)

²⁵⁸ ANDRADE, 2008, p. 2.

paciente que contrata médico para realizar cirurgia estética, da pessoa que contrata serviço de *buffet* para festa, entre outros.²⁵⁹

Nesses casos brevemente mencionados, é clara a possibilidade de o descumprimento ocasionar danos além dos patrimoniais, basta que a conduta lesiva atinja uma das partes na sua integridade psíquica, que extrapole os meros dissabores do cotidiano.

A responsabilização pelo dano moral, nesses casos, possui quatro requisitos. O primeiro é a existência de obrigação preexistente, fundada no pacto entre as partes. O segundo é o inadimplemento, relativo ou absoluto, de tal obrigação. O terceiro engloba tanto a lesão ao direito de personalidade como o nexo entre ele e o descumprimento. O último é a caracterização de fator que impute a responsabilidade ao descumpridor. Tal elemento pode ser tanto de natureza subjetiva ou objetiva.²⁶⁰ Para fins desta monografia, o fator que importa é somente o que implica a responsabilização objetiva do ofensor.

Diante do exposto, notável é que o ordenamento e seus intérpretes reconhecem a possibilidade de se configurar o dano moral em casos de descumprimento de contrato. Não o há, contudo, nas hipóteses em que o ato violador do instrumento não ferir algum direito da personalidade da outra parte, hipótese em que é possível utilizar a tese de que o mero dissabor não gera dano suficientemente relevante a ponto de necessitar compensação.

Cite-se, por exemplo, caso em que o cirurgião plástico não logrou alcançar o resultado previsto com o procedimento cirúrgico. No julgamento do REsp nº 457.312/SP, que trata especificamente de tal matéria, foi firmado entendimento de que o médico deve responder pelos danos morais e materiais causados pelo descumprimento da obrigação de resultado.²⁶¹

Também responde pelos danos morais causados ao correntista, consumidor, a instituição financeira que, por equívoco, se recusa a pagar cheque

²⁵⁹ PIZARRO, 2000, p. 144.

²⁶⁰ ANDRADE, 2008, p. 3.

²⁶¹ Neste caso foi reconhecida, inclusive, a cumulação do dano moral *stricto sensu* com o dano estético: RESPONSABILIDADE CIVIL. Médico. Cirurgia estética. Lipoaspiração. Dano extrapatrimonial. Dano moral. Dano estético. Dote. - Para a indenização do dano extrapatrimonial que resulta do insucesso de lipoaspiração, é possível cumular as parcelas indenizatórias correspondentes ao dano moral em sentido estrito e ao dano estético. - Exclusão do dote (art. 1538, § 2º do CCivil) e da multa (art. 538 do CPC). Recurso conhecido em parte e provido. (REsp 457312/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 19/11/2002, DJ 16/12/2002, p. 347)

sob a suposta alegação de falta de fundos²⁶², bem como a que o inscreve em cadastro de proteção ao crédito indevidamente²⁶³, casos em que o banco viola os seus deveres contratuais.

Ainda nos julgados do Superior Tribunal de Justiça, geram danos morais e a responsabilização por sua compensação pelo fornecedor os casos em que a companhia aérea, por praticar *overbooking*, faz com que o consumidor não possa embarcar e perca compromissos²⁶⁴, em que o passageiro seja obrigado a fazer conexão não prevista em vista de cancelamento de voo internacional²⁶⁵ e em que o extravio de mala cause grandes transtornos.²⁶⁶

Outro descumprimento contratual que enseja a condenação por danos morais, e que consiste em atraso injustificado, é o objeto do Recurso Especial nº 966.416/RS. O processo descreve caso em que foi atrasada, sem qualquer motivo que o justificasse, a liberação da hipoteca sobre imóvel, o que acabou por causar danos morais.²⁶⁷

²⁶² RESPONSABILIDADE CIVIL. Banco. Devolução indevida de cheque. Dano moral. - O banco que recusa o pagamento de cheque sob a indevida alegação de falta de fundos está obrigado a reparar o dano moral sofrido pelo correntista. A existência do dano decorre de juízo da experiência, fundado no que normalmente ocorre em tais situações. [...] Recurso não conhecido. (REsp 302653/MG, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 04/09/2001, DJ 29/10/2001, p. 210)

²⁶³ Nesse caso, interessante observar que o dano moral é presumido. Basta que haja a inscrição indevida para que ele exista: Dano moral. Inscrição no cadastro de emitente de cheques sem fundos. Negligência do banco reconhecida nas instâncias ordinárias. Prova. 1. Já decidiu a Corte que a inscrição em cadastro negativo por culpa do banco gera o dano moral, suscetível de indenização, sendo a exigência da prova satisfeita com a demonstração da inscrição indevida. 2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 293669/PR, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/10/2001, DJ 04/02/2002, p. 348)

²⁶⁴ RESPONSABILIDADE CIVIL. Transporte aéreo. Overbooking. Dano extrapatrimonial. Indenização. O dano sofrido pela empresa cujo dirigente não embarcou por excesso de reservas, e por causa disso perdeu atividades programadas no lugar de destino, deve ser indenizado integralmente, nos termos do Código de Defesa do Consumidor. Recurso não conhecido. (REsp 345687/CE, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 16/05/2002, DJ 05/08/2002, p. 350)

²⁶⁵ RESPONSABILIDADE CIVIL. CANCELAMENTO DE VÔO INTERNACIONAL. NOVA CONEXÃO POR PAÍS CUJOS PASSAGEIROS NÃO DETINHAM VISTO DE ENTRADA. ATRASO DE, PELO MENOS, 36 HORAS DA CHEGADA EM RELAÇÃO A HORA PREVISTA. DANOS MORAIS DEVIDOS. MULTA TARIFADA. DESCABIMENTO. [...] Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (REsp 575486/RJ, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 03/02/2004, DJ 21/06/2004, p. 228)

²⁶⁶ RESPONSABILIDADE CIVIL. Transporte aéreo Internacional. Limite indenizatório. Dano moral. [...] 2. É possível a condenação pelo dano moral resultante da perda durante o transporte. Divergência superada. Recurso conhecido em parte, mas improvido. (REsp 173526/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 22/05/2001, DJ 27/08/2001, p. 339)

²⁶⁷ RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO MORAL - CABIMENTO - DEMORA INJUSTIFICADA - LIBERAÇÃO DO GRAVAME HIPOTECÁRIO [...] I - A demora injustificada na liberação do gravame hipotecário dá ensejo a condenação por dano moral, não se tratando de mero descumprimento contratual. [...] IV - Recurso especial improvido. (REsp 966416/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 01/07/2010)

Na seara dos planos de saúde, há reiteradas decisões que atestam a ocorrência de dano moral no inadimplemento das obrigações por parte das operadoras e que as responsabilizam para compensar tais violações aos direitos de personalidade. A título de exemplo tem-se o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.254.952/SC, em cuja ementa consta expressamente a existência de dano moral por causa da angústia e da aflição psicológica sofrida pelo segurado ao ter a realização de procedimento injustificadamente negada.²⁶⁸

De se ver que, ainda que o ato ilícito do agente causador do dano consubstancie-se em descumprimento de obrigações contratuais, a doutrina e a jurisprudência modernas, cada vez de forma mais pacífica, têm cristalizado o entendimento de que pode haver dano moral e sua conseqüente compensação por quem o causou.

Os casos a seguir estudados, paradigmas no Judiciário no que diz respeito à demora na prestação de serviços pelas operadoras de planos de saúde, combinam tanto a responsabilização decorrente da demora como a compensação pelos danos morais gerados por desrespeito a contrato, a que se referiu este tópico.

3.5. Análise de casos de responsabilização do plano de saúde por demora na sua prestação de serviços

Na reta final deste trabalho, serão analisados dois casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça. Há, no âmbito dos Tribunais Estaduais, centenas ou milhares de julgados acerca da demora na liberação ou na cobertura de procedimentos, cirurgias ou consultas, mas, para fins acadêmicos, foi feita triagem e selecionados casos somente do STJ, dos quais foram extraídos dois para serem examinados.

²⁶⁸ AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. ILEGALIDADE DA EXCLUSÃO DE MATERIAIS IMPRESCINDÍVEIS PARA A REALIZAÇÃO DE CIRURGIA. DANO MORAL CONFIGURADO. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO. 1 - Conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento não seja causa para ocorrência de danos morais, a jurisprudência desta Corte vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura de seguro saúde, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada. 2 - Em consonância com a jurisprudência, a quantia de R\$17.500,00 (dezessete mil e quinhentos reais), considerando os contornos específicos do litígio, compensam de forma adequada os danos morais. 3.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp 1254952/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/09/2011, DJe 03/10/2011)

O primeiro é o Recurso Especial nº 1.119.962/RJ, em que a demora da operadora de plano em fornecer senha para liberação de cirurgia cardíaca impediu realização do procedimento que poderia salvar a vida de uma senhora.

Já o segundo, mais emblemático, foi ajuizado pelos pais de criança que faleceu em razão de acidente no qual uma estaca ficou fincada em seu cérebro. O atendente da prestadora de plano de saúde demorou minutos para liberar a transferência do infante para hospital que tivesse unidade de tratamento intensivo – UTI infantil, e o menino veio a óbito.

3.5.1. Plano de saúde, demora, danos morais e valor da compensação: Recurso Especial nº 1.119.962/RJ

Da situação que deu azo à propositura da medida judicial em tela, mister descrever brevemente os fatos. O autor da ação, ao observar os primeiros sintomas da cardiopatia de sua mãe, contatou a Unimed Seguros Saúde LTDA para obter informações acerca dos procedimentos necessários para a internação e a realização de cirurgia.

A genitora era usuária do seguro-saúde desde 01/10/2003 e contratou o plano “prático”. Alterou a modalidade da apólice para o “versátil” e assim permaneceu até seu óbito, em 09/05/2005.

As informações obtidas pelo autor eram confusas e contraditórias, sobretudo acerca dos hospitais credenciados, da cobertura do plano e da internação. Isso tudo acarretou o insucesso da internação em dois hospitais. Após muitas dificuldades, o autor conseguiu internar sua mãe no Hospital Rio Mar, que, na manhã do dia 05/05/2005, solicitou senha para realizar o procedimento cirúrgico. Sem resposta, repetiu a requisição no dia seguinte.

No dia 09/05/2005, ainda sem qualquer manifestação da Unimed, o autor ingressou com ação no plantão judiciário para obter a autorização. Chegou a lograr êxito na medida liminar, mas sua genitora faleceu antes da cirurgia. O descumprimento contratual consiste na ausência de atendimento, ainda mais quando previsto, no instrumento de contrato, que os procedimentos de urgência e emergência não dependem de senha liberada pela operadora.

Diante disso, ingressou no Judiciário contra a Unimed e contra outro réu com pedido de compensação por danos morais pela morte de sua mãe. Em primeira instância, o pedido referente ao outro réu foi julgado improcedente, e o contra a Unimed, procedente, sendo esta condenada a pagar R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Em sede de apelação, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro majorou o valor da condenação para o dobro, por achar o valor inicial ínfimo.

O autor, então, interpôs Recurso Especial, distribuído à relatoria do Ministro Sidnei Beneti. O resultado do julgamento ficou assim ementado:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. MORTE DE FAMILIAR. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DEMORA INJUSTIFICADA PARA O FORNECIMENTO DE AUTORIZAÇÃO PARA CIRURGIA. MAJORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO.

PROVIMENTO.

I. O valor indenizatório deve ser compatível com a intensidade do sofrimento do recorrente, atentando, também, para as condições sócio-econômicas das partes, devendo ser fixado com temperança.

II. A indenização fixada na origem é ínfima, segundo as circunstâncias do caso, e destoa dos valores aceitos por esta Corte para casos semelhantes, isto é, de dano moral decorrente de morte de familiar por falha na prestação do serviço, consubstanciada na demora injustificada para o fornecimento de autorização para cirurgia, devendo, portanto, ser majorada para o valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), atualizados monetariamente a contar da data deste julgamento.

Recurso especial provido.

(REsp 1119962/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 16/10/2009)

O voto do relator, bem fundamentado, opinou pela majoração da condenação para o patamar de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais). Para chegar a esse valor, considerou que a operadora, ao não arcar com os gastos da cirurgia, economizou aproximadamente R\$ 100.000,00 (cem mil reais), o que ficou comprovado nos autos.

Dessa feita, caso o valor da condenação fosse inferior a isso, a operadora de seguro lucraria com o óbito da consumidora e veria, na prática de demorar, vantagem econômica. Tal hipótese evidentemente se não coaduna com a função punitiva, ou educadora da condenação por dano moral.²⁶⁹

²⁶⁹ Sobre as funções da indenização por danos, assim enumera ALPA: “a) la funzione di reagire all'atto illecito dannoso, allo scopo di risarcire i soggetti ai quali il danno è stato recato; e, a questa correlata, b) la funzione di ripristinare lo status quo ante nel quale il danneggiato versava prima di subire il pregiudizio. E, ancora, c) la funzione di riaffermare il potere sanzionatorio (o punitivo) dello Stato, e nel contempo, d) la funzione di 'deterrente' per chiunque intenda, volontariamente o colposamente, compiere atti pregiudizievoli per i terzi.” (ALPA, 1999, p. 131)

Embora alguns doutrinadores rejeitem a função punitiva da indenização por dano moral, como o faz MORAES²⁷⁰, é certo que ela encontra plena aceitação no Poder Judiciário. Os magistrados, ao arbitrar o valor da compensação, têm em mente a necessidade de se desencorajar condutas lesivas, sobretudo quando se trata de relação de consumo, em que de um lado figura o fornecedor, mais robusto, e de outro, o consumidor, vulnerável e essencialmente desfavorecido.²⁷¹

Para que o caráter sancionador tenha efetividade, deve ser mais gravosa para o ente que praticou o dano a condenação do que o benefício que obteve com a sua prática lesiva. Ademais, deve ser levada em consideração, na mensuração, a capacidade econômica das partes. De fato, a condenação de uma grande empresa de planos de saúde e de outra de reduzido porte devem, se praticarem o mesmo ato lesivo, ser diferenciadas.

A grande companhia deve arcar com grande indenização, para que se sinta prejudicada e desencorajada a repetir a lesão, enquanto a menor, via de regra, não pode ser onerada de forma tão substancial a ponto de inviabilizar-se a sua atividade.

Em retorno ao caso concreto, em que se levou em conta o grande porte da Unimed e, em análise econômica da situação, o quanto a operadora lucrou com o atraso, a falha na prestação de serviços, deve-se indagar qual a teoria da causalidade utilizada para a solução do caso.

Parece evidente que, *in casu*, não se pode utilizar juridicamente a cardiopatia como concausa do evento morte para se excluir a compensação. Isso por dois motivos: primeiramente, a doença que acometeu a mãe do autor foi informada à Unimed, bem como o seu caráter urgente; em segundo lugar, a prestação de serviços da operadora tem como pressuposto a moléstia, a lesão, o problema de saúde. Dessa feita, caso este fosse considerado como causa independente do óbito, a prestadora blindar-se-ia de praticamente qualquer responsabilidade.²⁷²

²⁷⁰ Sobre esse assunto, ler MORAES, 2003, pp. 193-264.

²⁷¹ A dupla função da indenização, no caso em comento, é bem explicitada pelo seguinte trecho do voto do Ministro Relator: Desta forma, tendo em vista a jurisprudência a respeito do tema acima indicada e as circunstâncias da causa, conclui-se que a indenização deve ser majorada para o valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), atualizados monetariamente a contar da data da proclamação deste julgamento, quantia que cumpre, com razoabilidade, a sua dupla finalidade, isto é, a de punir pelo ato ilícito cometido e, de outra banda, a de reparar a vítima pelo sofrimento moral experimentado.

²⁷² As concausas pré-existentes, que são aquelas que existem antes mesmo da ocorrência do ato lesivo, em regra, não rompem o nexa causal. (STOCO, 2007, p. 153)

É de se ressaltar, ademais, que a segurada passou dias no hospital aguardando a liberação, não faleceu imediatamente. Também não se constatou que o seu óbito seria inevitável, razão pela qual se aplicaria a teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência.²⁷³ Tal teoria ainda está na fase de engatinhar no Brasil, mas tende a ser mais adotada de acordo com a evolução do ordenamento.²⁷⁴

Por fim, a decisão do STJ foi a mais acertada, porquanto a Turma majorou o valor da indenização²⁷⁵, que realmente era desproporcional até a segunda instância, vez que fixado em valor irrisório para o caso. Ademais, tanto a teoria da causalidade adequada como a do dano direto, que tendem a encontrar respostas mais justas e exatas para as situações postas, levariam à responsabilização da operadora.

Tanto a sua demora é causa adequada para o evento morte, segundo a experiência comum, que presencia o avanço da medicina e suas soluções das enfermidades, como liga-se direta e imediatamente ao dano. É certo que não se pode ter certeza da sobrevivência da segurada mesmo com a cirurgia, mas é clara a relação estreita entre a não realização desta e o óbito, o que remete novamente à perda da chance de sobrevivência.

3.5.2. Plano de saúde, burocracia e reparação integral: Recurso Especial nº 539.736/SP

O segundo caso concreto trazido à tona na monografia é mais sensível e comporta mais controvérsias sobre a retidão do deslinde da controvérsia, como será adiante explanado.

Marcos Paulo de Lima e sua esposa ajuizaram ação de compensação por danos morais contra Amil Assistência Médica Internacional LTDA com a finalidade de ver compensado suposto dano moral advindo do óbito de seu filho, bem como

²⁷³ Essa teoria, adotada pela jurisprudência francesa, surgiu para solucionar casos de erro médico por ação ou omissão. Visa a condenar aquele que efetivamente fez com que o lesado perdesse a chance de que sua doença não se agravasse, de que fosse evitado sofrimento desnecessário ou de que sua vida fosse prolongada. Não objetiva alcançar o estado hipotético em que a chance seria aproveitada, mas sim indenizar os danos sofridos. (SEBASTIÃO, 2003, pp. 71-73)

²⁷⁴ RODRIGUES, 2011, p. 61.

²⁷⁵ Cabe ressaltar que o STJ somente altera o valor da indenização em situações excepcionais, em que observa exagerada desproporção entre o valor arbitrado e o dano suportado, ou entre o valor e a conduta do agente. Por outro lado, a majoração ou minoração normalmente depende de análise dos fatos do caso e, por isso, encontra óbice no Enunciado nº 7 de sua Súmula, assim redigido: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

ressarcidos os danos materiais. O esforço fático seguiu a seguinte linha de acontecimentos.

A criança, então com um ano de idade, quando estava sob a responsabilidade de sua avó, sofreu acidente doméstico grave, em que caiu sobre objeto pontiagudo de ferro. Houve perfuração do rosto e a estaca atingiu-lhe o cérebro, causando grave lesão e hemorragia.

O infante foi levado a hospital público, onde foi imediatamente atendido. Os médicos constataram que havia necessidade de transferência imediata a hospital que contasse com a estrutura de UTI infantil.

Diante dessa informação, a operadora do plano da criança foi contatada, e o atendente seguiu, mesmo diante da absoluta situação de urgência no atendimento, os trâmites burocráticos para remoção e internação em outro hospital. Após 19 minutos de ligação telefônica, a criança morreu.

Não houve recusa da operadora em efetuar os procedimentos, mas o descumprimento contratual, consistente na demora de atender segurado cuja lesão exige procedimentos imediatos, acabou por tornar a autorização, que não havia sido determinada no momento do óbito, inócua. Os pais da criança, assim, postularam a ação em tela.

Em sede de apelação, a demanda foi julgada procedente. Do acórdão se extrai o seguinte trecho: “Não é difícil formar convicção pela leitura atenta das peças dos autos e especialmente da transcrição das conversas havidas e que reconstituem os episódios ocorridos, demonstrando a falta de zelo no cumprimento contratual.” E segue: “Admitido o não cumprimento do acertado contratualmente, através da ausência da imediata remoção do menor, caracterizada assim a culpa da apelada, a ação deve ser julgada procedente.”

E foi esse o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, que arbitrou a indenização pelos danos morais decorrentes da morte do filho dos autores da ação em R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Ademais, condenou a Amil a arcar com as despesas referentes a funeral e jazigo e a pagar pensão de 2/3 de salário mínimo aos pais pelo período em que o filho completasse 14 anos até os 65 ou a morte daqueles.

A operadora, então, interpôs o Recurso Especial nº 539.736/SP objetivando a exclusão da responsabilidade, em vista de supostamente não ser possível imputar-lhe o evento morte, ou o reconhecimento de concausas, e a conseqüente minoração

da condenação fixada pelo Tribunal de São Paulo. A controvérsia foi bem explicada por NANCY ANDRIGHI em texto resultante de Palestra proferida no III Ciclo de Palestras sobre Jurisprudência do STJ no Âmbito do Direito Público e Privado:

A discussão travada no processo é no sentido ser ou não admissível isentar de responsabilidade o plano de saúde, porque a morte da criança não decorreu necessariamente da falta de remoção, mas sim da gravidade das lesões sofridas por ela enquanto estava sob os cuidados da avó. Trata-se de concausa na produção do dano e se ela gera o dever de partilha no pagamento da indenização ou, em outras palavras, se o *quantum* indenizatório pode ser reduzido.²⁷⁶

Que o atendimento foi falho e contribuiu para a morte da criança foi reconhecida na fase que poderia examinar os fatos, razão pela qual não mais se pôde, no STJ, indagar acerca da não responsabilização da operadora.

A relatora, Ministra NANCY ANDRIGHI, reconheceu a concausa²⁷⁷ do acidente da criança, que também interferiu no resultado final e, por isso, em seu voto, opinou por responsabilizar a operadora por 80% da condenação imposta em segunda instância.

O Ministro CASTRO FILHO, por sua vez, divergiu e, em seu voto vista, utilizou somente justificativas processuais para não conhecer do recurso. Em linhas gerais, aduziu que o dissídio jurisprudencial não é satisfeito com a mera transcrição de ementas e que a análise das causas ou concausas do evento morte imprescindiria de revolvimento dos fatos da ação, o que, como já dito, é vedado pela norma insculpida no Enunciado nº 7 da Súmula do STJ.

O Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS acompanhou a divergência e seguiu o voto do Ministro CASTRO FILHO.

É salutar que o STJ, nessa ocasião, perdeu a oportunidade de aplicar corretamente a teoria da causalidade adequada. O órgão julgador, por maioria, quedou-se sob o manto da impossibilidade de se analisarem fatos e confirmou, por isso, decisão injusta.

A Ministra NANCY ANDRIGHI, por outro lado, adentrou no mérito e utilizou os conceitos de responsabilidade civil de concausa, causas independentes e eficientes e as teorias da causalidade adequada e da equivalência de causas. Vale

²⁷⁶ NANCY ANDRIGHI, 2005, p. 7.

²⁷⁷ CAVALIERI FILHO define concausa da seguinte maneira: "(...) são circunstâncias que concorrem para o agravamento do dano, mas que não têm a virtude de excluir o nexu causal desencadeado pela conduta principal, nem de, por si sós, produzir o dano." (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 60)

transcrever trecho substancial de seu voto vencido, que, com maestria, analisou o caso sob a ótica da pluralidade de causas:

Não pode subsistir dúvida de, na hipótese sob julgamento, estar caracterizada a multiplicidade de causas eficientes para a ocorrência do dano morte, não se podendo imputar à avó da criança a culpa exclusiva pelo evento e, tampouco considerar o descumprimento contratual da recorrente, representado pela ausência de atendimento médico-hospitalar no tempo adequado, causa única do falecimento do menor.

Considerando que a causa e o nexos causal se constituem na matéria mais tormentosa no campo da responsabilidade civil, a jurisprudência tem encaminhado as decisões nestas hipóteses indicando ser aplicável a teoria da causalidade adequada, isto é, deve dar-se relevo à causa que decisivamente foi capaz de produzir o dano, e, em consequência não se reduzir a relevância jurídica da causa adequada, ainda que outras causas tenham contribuído para a produção do dano.

Ocorre que, neste julgamento, qualquer uma das causas - queda da criança atingida com grave lesão perfurando o rosto ou a ausência de atendimento no tempo adequado pelo funcionário da recorrente, que privilegiou trâmites burocráticos em detrimento da imediata remoção da vítima - são causas eficientes e não independentes donde emerge de modo inequívoco a obrigação de indenizar.

Tenho a consciência de que a incorreta identificação do nexos causal pode levar a condenação de alguém a responder pelo que não fez. Por outro lado, também não se pode ignorar o comprovado descumprimento do contrato de prestação de serviço médico-hospitalar na situação crítica como a dos autos, na qual o tempo no atendimento deveria ter sido priorizado a favor do atendimento da vítima a qualquer custo. Detalhes burocráticos e contratuais poderiam ser resolvidos a contento em outro momento, salientando-se o que reconhece expressamente o acórdão impugnado às fls. 392, porque a criança entrou no hospital com vida e a falta de atendimento imediato colaborou "*intensamente para o falecimento da criança*".

De todo o exposto, pode-se concluir que, na responsabilidade civil, ocorrendo causalidade múltipla e não se podendo indicar com precisão a causa eficiente que gerou o dano, também não é justo se eleger como solução a aplicação pura da denominada equivalência das causas. Por tudo isso, é dever do julgador sopesar em cada caso concreto a relação de causalidade adequada entre o fato e o dano produzido e interpretá-los de forma conjunta e harmônica, sendo desta verificação donde extrairá a conclusão que a responsabilidade é apenas de um ou mais causadores.

Como relatado, parece que tanto o acidente da criança, quando estava com sua avó, quanto a falha na prestação de serviços da operadora concorreram para a morte. É bem possível que as causas não sejam independentes, ou seja, que poderiam causar o dano independentemente da outra, mas sim eficientes e complementares, isto é, necessitaram ser unidas para que se atingisse o resultado danoso. É para essa conclusão que aponta a teoria da causalidade adequada.

Diante disso, o nexos causal entre a conduta da operadora e o óbito não é o único existente. A má aplicação da teoria da causalidade adequada ao caso nas

instâncias ordinárias acabou por responsabilizar a prestadora integralmente pelos danos suportados.

É em casos como este que deveria ser aplicado o comando do parágrafo único do art. 944 à responsabilidade objetiva, para que a regra do “a indenização deve ser medida pela extensão do dano” seja excetuada e seja reduzido o valor da condenação em vista da ocorrência de concausas e da concorrência da vítima para o resultado.

Em conclusão, quanto à responsabilização da operadora, ela parece ser devida, porquanto foi positivado nos autos que a demora contribuiu intensamente para a morte. Contudo, também há de ser reconhecido onexo causal que liga o dano ao acidente sofrido pela criança. Como mencionado, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, possivelmente por falta de sensibilidade, impediu a mais correta imputação do resultado à pluralidade de causas observadas.

Por fim, cabe apenas, por curiosidade, apontar a divergência que existe no tocante à possibilidade de se condenar uma pessoa a indenizar os pais de filho morto em razão da conduta da primeira, como ocorreu no julgamento em voga.

Por volta da década de 1960 é que se passou a admitir tal desfecho. Alegava-se, anteriormente, que “o menor, não sendo fonte de receita, representava materialmente uma despesa a mais na família, e a mera conjectura de auxílio futuro não configurava ganho certo e efetivo.”²⁷⁸

A reviravolta jurisprudencial se deu quando o Supremo Tribunal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 59.949, considerou que o óbito de um filho gera a frustração de todo o investimento realizado pelos pais, os quais tinham a expectativa de serem amparados na velhice. Houve, assim, a atribuição de “valor potencial para a família ou a expectativa de ganho econômico futuro.”²⁷⁹

É tal valor potencial, ou expectativa de ganho, que motivou, no caso discutido no Recurso Especial nº 539.736/SP, a condenação da operadora a arcar com pensão nos moldes fixados no acórdão da apelação.

Examinado este segundo caso, e para findar o trabalho, será abordada rapidamente Resolução recente da ANS, que ainda não está vigente, que disciplina os prazos máximos para atendimento de cada demanda dos segurados. Ela terá

²⁷⁸ MORAES, 2003, p. 149.

²⁷⁹ MORAES, 2003, p. 149.

enorme impacto no mercado da assistência privada à saúde e, se efetivada e respeitada, revolucionará a relação entre segurado e operadora.

3.6. O tempo máximo para atendimento do segurado e a Resolução Normativa nº 259/2011 da ANS

Conforme informado nos tópicos acima, é objeto de reclamação frequente dos usuários de planos de saúde a demora exacerbada para que a operadora libere a realização dos procedimentos necessários.

Diante desse panorama, e com a finalidade de inibir a prática de dificultar o acesso do consumidor aos serviços privados de assistência à saúde, a Agência Nacional de Saúde Suplementar editou a Resolução Normativa nº 259, publicada no dia 20 de junho de 2011.

Tal norma trata da garantia de atendimento dos usuários de plano privado de assistência à saúde e, entre outras disposições, fixa prazos máximos para que sejam realizados os atendimentos, estipulados de acordo com cada especialidade e com a urgência do procedimento.²⁸⁰

A Resolução resultou no cumprimento de um dos itens da Agenda Regulatória da ANS do período 2011/2012, notadamente no que diz respeito à garantia de acesso e à garantia assistencial dos usuários. Para a fixação dos prazos

²⁸⁰ RN nº 259/2011 ANS: Art. 3º A operadora deverá garantir o atendimento integral das coberturas referidas no art. 2º nos seguintes prazos: I – consulta básica - pediatria, clínica médica, cirurgia geral, ginecologia e obstetrícia: em até 7 (sete) dias úteis; II – consulta nas demais especialidades médicas: em até 14 (quatorze) dias úteis; III – consulta/sessão com fonoaudiólogo: em até 10 (dez) dias úteis; IV – consulta/sessão com nutricionista: em até 10 (dez) dias úteis; V – consulta/sessão com psicólogo: em até 10 (dez) dias úteis; VI – consulta/sessão com terapeuta ocupacional: em até 10 (dez) dias úteis; VII – consulta/sessão com fisioterapeuta: em até 10 (dez) dias úteis; VIII – consulta e procedimentos realizados em consultório/clínica com cirurgião-dentista: em até 7 (sete) dias úteis; IX – serviços de diagnóstico por laboratório de análises clínicas em regime ambulatorial: em até 3 (três) dias úteis; X – demais serviços de diagnóstico e terapia em regime ambulatorial: em até 10 (dez) dias úteis; XI – procedimentos de alta complexidade - PAC: em até 21 (vinte e um) dias úteis; XII – atendimento em regime de hospital-dia: em até 10 (dez) dias úteis; XIII – atendimento em regime de internação eletiva: em até 21 (vinte e um) dias úteis; e XIV – urgência e emergência: imediato. § 1º Os prazos estabelecidos neste artigo são contados a partir da data da demanda pelo serviço ou procedimento até a sua efetiva realização. § 2º Para fins de cumprimento dos prazos estabelecidos neste artigo, será considerado o acesso a qualquer prestador da rede assistencial, habilitado para o atendimento no município onde o beneficiário o demandar e, não necessariamente, a um prestador específico escolhido pelo beneficiário.

e a elaboração dos artigos da norma, foram coletadas mais de três mil contribuições na Consulta Pública nº 37, realizada no período de 03/02/2011 a 04/03/2011.²⁸¹

O objetivo da norma é assegurar ao indivíduo o efetivo acesso aos serviços cobertos pelo plano contratado, sem que sua pretensão seja obstada pela burocracia excessiva que macula a atuação das operadoras e a incentivar o credenciamento dos profissionais englobados pela área de cobertura do plano.²⁸²

Importante ressaltar, ademais, que, caso não haja prestador de determinado serviço no municípios da área de abrangência ou na de atuação, ou esteja aquele indisponível, a prestadora deverá providenciar o atendimento por prestador não credenciado no mesmo município ou por qualquer prestador em município limítrofe. Caso neste não haja prestador, a operadora deverá, afóra o custeio do procedimento, providenciar o transporte de ida e volta do beneficiário e de seu acompanhante, caso o primeiro seja menor de 18 ou maior de 60 anos. Tais obrigações estão dispostas nos artigos 4º a 6º da Resolução em comento.²⁸³

²⁸¹ BRASIL, 2011.

²⁸² A própria Resolução Normativa nº 259/2011 define, em seu primeiro artigo, conceitos importantes, inclusive os de área geográfica de abrangência e de área de abrangência do produto (note-se que neste trabalho o plano é identificado como serviço, e não como produto: Art. 1º Esta Resolução Normativa - RN dispõe sobre a garantia de atendimento dos beneficiários de plano privado de assistência à saúde e altera a Instrução Normativa – IN nº 23, de 1º de dezembro de 2009, da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos - DIPRO. § 1º Para fins do disposto nesta Resolução, considera-se: I - Área Geográfica de Abrangência: Área em que a operadora fica obrigada a garantir todas as coberturas de assistência à saúde contratadas pelo beneficiário, podendo ser nacional, estadual, grupo de estados, municipal ou grupo de municípios; II - Área de Atuação do Produto: Municípios ou Estados de cobertura e operação do Plano, indicados pela operadora no contrato de acordo com a Área Geográfica de Abrangência;

²⁸³ RN nº 259/2011 ANS: Art. 4º Na hipótese de indisponibilidade de prestador integrante da rede assistencial que ofereça o serviço ou procedimento demandado, no município pertencente à área geográfica de abrangência e à área de atuação do produto, a operadora deverá garantir o atendimento em: I - prestador não integrante da rede assistencial no mesmo município; ou II - prestador integrante ou não da rede assistencial nos municípios limítrofes a este. § 1º No caso de atendimento por prestador não integrante da rede assistencial, o pagamento do serviço ou procedimento será realizado pela operadora ao prestador do serviço ou do procedimento, mediante acordo entre as partes. § 2º Na indisponibilidade de prestador integrante ou não da rede assistencial no mesmo município ou nos municípios limítrofes a este, a operadora deverá garantir o transporte do beneficiário até um prestador apto a realizar o devido atendimento, assim como seu retorno à localidade de origem, respeitados os prazos fixados no art. 3º. § 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º se aplica ao serviço de urgência e emergência, sem necessidade de autorização prévia, respeitando as Resoluções CONSU nº 8 e 13, ambas de 3 de novembro de 1998, ou os normativos que vierem a substituí-las. Art. 5º Na hipótese de inexistência de prestador, seja ele integrante ou não da rede assistencial, que ofereça o serviço ou procedimento demandado, no município pertencente à área geográfica de abrangência e à área de atuação do produto, a operadora deverá garantir atendimento em: I - prestador integrante ou não da rede assistencial nos municípios limítrofes a este; ou II - prestador integrante ou não da rede assistencial na região de saúde à qual faz parte o município. § 1º Na inexistência de prestadores nas hipóteses listadas nos incisos I e II deste artigo, a operadora deverá garantir o transporte do beneficiário até um prestador apto a realizar o devido atendimento, assim como seu retorno à localidade de origem, respeitados os prazos fixados no art. 3º. § 2º Nas hipóteses listadas nos incisos I e II deste artigo, a operadora estará desobrigada a

Vale ressaltar que, mesmo sendo necessário o transporte do segurado, devem ser respeitados os prazos de cada procedimento previstos no art. 3º, inclusive o dos procedimentos de urgência e de emergência.

A Resolução Normativa, como dito, veio para concretizar os anseios dos segurados de verem os serviços de saúde sendo aprovados e prestados em prazos razoáveis, de acordo com a necessidade de cada especialidade. O seu texto, embora publicado em junho deste ano, ainda não entrou em vigor.

A sua vigência estava prevista para 90 dias após a sua publicação, como dispunha a redação original do seu art. 16.²⁸⁴ Isso significa que em setembro a RN já deveria produzir seus efeitos. Contudo, por pressão exercida pelas seguradoras, foi editada a Resolução Normativa nº 268, de 2 de setembro, que modificou o art. 16 citado e transferiu a data de vigência da RN nº 259 para 19 de dezembro.²⁸⁵

Essa modificação foi vista pelas entidades de defesa do consumidor como a submissão da ANS às operadoras de planos de saúde. Defendem aquelas que estas devem estar preparadas, quando entram no mercado, para atender o segurado de forma eficiente e ágil e qualificam o adiamento da vigência da RN como um absurdo, um retrocesso, porquanto é medida que põe o interesse econômico das operadoras à frente dos interesses dos consumidores.²⁸⁶

Essa inversão de valores, que permitiu a modificação da data de vigência, contraria o aduzido por PARIZZATO de que, “na regulamentação da matéria, o interesse social deve prevalecer sobre o econômico, levando-se em conta o direito fundamental à saúde e à dignidade da pessoa humana.”²⁸⁷

Esse preceito, contudo, está presente em todo o resto do texto da Resolução, cuja positivação consiste em verdadeira inovação na regulamentação do setor. Não somente serão as operadoras obrigadas a prestar os serviços com prazos pré-fixados por norma, como os seus descumprimentos possibilitarão mais

garantir o transporte. Art. 6º Na hipótese de inexistência de prestador, seja ele integrante ou não da rede assistencial, que ofereça o serviço de urgência e emergência demandado, no mesmo município, nos municípios limítrofes a este e na região de saúde à qual faz parte o município, desde que pertencentes à área geográfica de abrangência e à área de atuação do produto, a operadora deverá garantir o transporte do beneficiário até um prestador apto a realizar o devido atendimento, assim como seu retorno à localidade de origem, respeitado o disposto no inciso XIV do art. 3º. Parágrafo único. O disposto no caput dispensa a necessidade de autorização prévia, respeitando as Resoluções CONSU nº 08 e 13, de 1998, ou os normativos que vierem a substituí-las.

²⁸⁴ RN nº 259/2011 ANS: Art. 16. Esta RN entra em vigor 90 (noventa) dias após a data de sua publicação.

²⁸⁵ RN nº 259/2011 ANS: Art. 16. Esta RN entra em vigor no dia 19 de dezembro de 2011.

²⁸⁶ ONCOGUIA, 2011.

²⁸⁷ PARIZZATO, 2004, p. 53.

facilmente a responsabilização por danos causados em decorrência da demora na autorização dos procedimentos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a evolução do setor da assistência à saúde, surgiu, sobretudo na iniciativa privada, multiplicidade de atores que desenvolviam atividades distintas com intenção lucrativa ou não. Uma dessas modalidades de entes, que abrange variados tipos, é a atualmente designada operadora de plano de saúde.

A sua atuação no mercado é voltada ao oferecimento de serviço de plano de saúde, que visa a, mediante pagamento de prêmio pelo próprio segurado ou por terceiro, custear despesas com procedimentos médico-hospitalares ou odontológicos.

Essas operadoras, em sua relação com os usuários dos planos, tanto por força dos princípios do direito dos contratos como dos preceitos consolidados na proteção ao consumidor, devem observar certos deveres. A caracterização da relação de consumo nesses casos, por exemplo, acarreta a aplicação de uma série de garantias ao segurado, que, por sua essência, é parte mais frágil no contrato.

Isso porque, no sistema protetivo do consumidor, o ordenamento brasileiro, bem como a jurisprudência dos tribunais pátrios, tenta alcançar maior equivalência entre o usuário de plano e a operadora pelas benesses que àquele são deferidas.

A título de exemplo, pode-se citar que o consumidor é protegido contra cláusulas abusivas, as disposições contratuais são interpretadas da maneira mais favorável ao segurado e pode este optar pelo foro de seu domicílio para propor demanda judicial contra o prestador do serviço. Por outro lado, é vedado a este a prática de propaganda enganosa, em certos casos lhe é atribuído o ônus probatório por inversão e deve estar presente o pleno respeito à transparência, à equidade contratual, à boa-fé objetiva e ao dever de informação.

Esses são apenas exemplos de benesses de que goza o consumidor de plano de saúde. Mesmo diante de tantos impedimentos, é notório que as operadoras, a despeito das vedações legais e de exemplos do Judiciário, têm o hábito de praticar condutas ilícitas que causam danos aos usuários.

Um desses atos é justamente a demora no atendimento às solicitações dos consumidores cobertos por planos. A depender do caso, esse atraso na resposta tem o condão de originar danos, tanto materiais como morais, aos segurados ou a seus familiares, quando, por exemplo, aquele vem a óbito.

Nesta obra, foi estudada justamente essa hipótese. Após explicação do histórico dos planos de saúde, da aplicação das normas de defesa do consumidor e de conceitos importantes, deu-se início à análise central do tema, que consiste na averiguação do nexo causal entre a demora da operadora e o resultado danoso, a aplicação da teoria do risco, a identificação, pelo uso das teorias da culpabilidade, do ato que gera o resultado e a responsabilização, total ou parcial, da operadora pelos danos suportados e pela sua indenização.

A conclusão a que se chegou, em abstrato, é a de que, geralmente, deve ser a prestadora responsabilizada e condenada a indenizar com base na extensão do nexo causal entre a sua conduta e o resultado observado. A exceção a tal excerto apareceria em raros casos, quando, por exemplo, qualquer intervenção médico-hospitalar não lograria êxito em curar o paciente, salvar sua vida ou minimizar o seu sofrimento.

Respondida a questão foco do trabalho, foram analisados dois julgados do Superior Tribunal de Justiça. O primeiro apresentado realmente obteve decisão justa, haja vista a que a demora do plano protraiu-se por dias até o óbito da segurada. O resultado do segundo, por sua vez, pareceu, em certa medida, injusto, haja vista a gravidade da lesão sofrida pela criança e o curto interregno de tempo até a sua morte.

Como ressaltado, o debate que abarca a possibilidade de redução do valor da indenização prevista no parágrafo primeiro do art. 944 do Código Civil nos casos de responsabilidade objetiva ganhou destaque nas Jornadas de Direito Civil. O entendimento doutrinário mais recente considera que, ainda que o dispositivo, por sua letra, vincule a redução à proporcionalidade entre o dano e a gravidade da culpa, esta, segundo a interpretação mais correta, deve ser lida não como culpa, mas como grau de intromissão no nexo causal.

A Terceira Tuma do STJ, por outro lado, afora o voto da Ministra Relatora, que ficou vencida no julgamento, aplicou teoria há muito superada, a da equivalência dos antecedentes causais, sob a blindagem da incidência do Enunciado nº 7 da Súmula do Tribunal, e confirmou a atribuição à operadora da responsabilidade por

dano que decorreu não somente da sua conduta, mas de outro fator gravíssimo, que foi o acidente sofrido pelo infante.

Em suma, nunca é demais ressaltar que a responsabilidade civil é disciplina que tem como finalidade encontrar soluções para casos apresentados. Diante disso, a resolução deve ser buscada individualmente para cada dada situação, de tal sorte que a melhor análise deve realmente ser realizada observadas as particularidades de cada evento.

Não diferente ocorre com as difíceis lides que envolvem consumidores e operadoras. Comumente, estas sofrem retaliações do Judiciário, mas não se pode simplesmente aplicar a mesma fórmula a todos os casos, porquanto cada um demanda apreciação singular, respeitadas as peculiaridades.

BIBLIOGRAFIA

ACIOLE, Giovanni Gurgel. **A saúde no Brasil: cartografias do público e do privado**. Campinas: Hucitec, 2006.

AGÊNCIA ESTADO. **Operadora de plano de saúde demora para atender, diz pesquisa**. 2011. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultnot/cienciaesaude/ultimas-noticias/estado/2011/06/21/operadora-de-plano-de-saude-demora-para-atender-diz-pesquisa.jhtm>>. Acesso em 23/11/2011.

AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

ALMEIDA, João Batista. **A proteção jurídica do consumidor**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALPA, Guido. **La responsabilità civile**. Milão: Guiffre, 1999.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e duas consequências**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral em caso de descumprimento de Obrigação Contratual**. 2008. Disponível em: <<http://portaltj.tjrj.jus.br/c/docume>

nt_library/get_file?uuid=a2768f6d-cc2b-4bc6-bc84-d02365e35763&groupId=10136>. Acesso em 12/10/2011.

BAHIA, Ligia. **Mudanças e padrões das relações público-privado: seguros e planos de saúde no Brasil**. 2000. Tese (Doutorado em Saúde Pública). Faculdade de Medicina, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2000.

BAHIA, Ligia; SCHEFFER, Mário. **Planos e seguros de saúde: o que todos devem saber sobre a assistência médica suplementar no Brasil**. São Paulo: Editora UNESP, 2010.

BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. A defesa do consumidor em juízo. *In: Revista de Direito do Consumidor*. Nº 5, jan/mar, São Paulo, 1993.

BELMONTE, Cláudio. **Proteção contratual do consumidor: conservação e redução do negócio jurídico no Brasil e em Portugal**. São Paulo: RT, 2002.

BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. **Lei dos Planos e Seguros de Saúde: Comentada artigo por artigo**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2005.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Regulação & saúde: estrutura, evolução e perspectivas da assistência medica suplementar**. Rio de Janeiro: ANS, 2002.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Caderno de Informação da Saúde Suplementar: beneficiários, operadoras e planos**. Dez. Rio do Janeiro: ANS, 2009. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/portal/site/informacoesss/informacoes ss.asp>>. Acesso em 02/11/2011.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **ANS publica norma sobre garantia e tempos máximos de atendimento**. 2011. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/index.php/a-ans/sala-de-noticias-ans/consumidor/634-ans-publica-norma-sobre-garantia-e-tempos-maximos-de-atendimento>>. Acesso em 09/11/2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **CPI dos Planos de Saúde: relatório final**. Nov, 2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/comissoestemporarias>>. Acesso em 02/11/2011.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **Breves considerações em torno do art. 944, parágrafo único, do Código Civil**. Rio Grande, 2010. Disponível em:

<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7296>. Acesso em 06/11/2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**: Volume 2. 2ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2005.

COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. Responsabilidad civil y relación de causalidad. *In*: **Seguros y Responsabilidad**. Buenos Aires: Astrea, 1984.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção ao consumidor: importante capítulo do direito econômico. *In*: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro (RDM)**. Nº 15/16, São Paulo: RT, 1974.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito à saúde. *In*: **Revista de Saúde Pública**. São Paulo, v.22, nº 1, 1988. Pp. 57-63.

DE CUPIS, Adriano. **Il danno**: teoria generale della responsabilità civile. V. 1. 2ª Ed. Milano: Giuffrè, 1966.

DIÉZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos Del derecho civil patrimonial**. V. 2. 5ª Ed. Madrid: Editora Civitas, 1996.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: 7º volume, responsabilidade civil. 21ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2007.

ELIASHBERG, Constant; COUILBAULT, François; LATRASSE, Michel. **Lês grands principes de l'assurance**. 5ª Ed. Paris: Dalloz, 2002.

FARIAS, Luis Otávio; MELAMED, Clarice. Segmentação do mercado e assistência à saúde. *In: Revista Ciência e Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, v. 8, nº 2, 2003. Pp. 585-598.

FERNANDES NETO, Antônio Joaquim. **Plano de saúde e direito do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde**. São Paulo: MP Editora, 2006.

FILOMENO, José Geral Brito. Disposições Gerais. *In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

FREIRE, Henrique. **Responsabilidade Civil na Área da Saúde Privada**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Espaço jurídico, 2010.

FREITAS, Alana. **ANS: 20 milhões de brasileiros têm planos de saúde com avaliação ruim ou mediana**. São Paulo, 2011. Disponível em: < <http://economia.uol.com.br/ultimas-noticias/redacao/2011/10/26/20-milhoes-de-brasileiros-tem-planos-de-saude-com-avaliacao-ruim-ou-mediana-descubra-situacao-do-seu-plano.jhtm>>. Acesso em 10/11/2011.

GIDI, Antonio. Aspectos da Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor. *In: Revista Direito do Consumidor*. Vol 13. São Paulo: RT, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde: A ótica da proteção do consumidor**. 3ª Ed. São Paulo, RT, 2011.

GREGORI, Maria Stella. O Código de Defesa do Consumidor aplica-se aos planos de saúde. *In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). Revista de Direito do Consumidor*. Ano 20, vol. 78, abr-jun, RT, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

LEITE, Cinthya. **Quase 60% dos usuários têm reclamações contra planos de saúde**. 2011. Disponível em: <<http://casasaudavel.com.br/2011/06/27/quase-60-dos-usuarios-tem-reclamacoes-contra-planos-de-saude/>>. Acesso em 22/11/2011.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2000.

LOPES, José Reinaldo de Lima *In*: MARQUES, Claudia Lima; LOPES, José Reinaldo Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). **Saúde e responsabilidade**: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: RT, 1999. Pp. 23-35.

LOPES, Othon de Azevedo. **Responsabilidade Jurídica**: horizontes, teoria e linguagem. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Responsabilidad civil de los médicos**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1997. t. I e t. II.

MARQUES, Claudia Lima; LOPES, José Reinaldo Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). **Saúde e responsabilidade**: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: RT, 1999.

MARQUES, Claudia Lima. Conflitos de leis no tempo e direito adquirido dos consumidores de planos e seguros de saúde. *In*: MARQUES, Claudia Lima; LOPES, José Reinaldo Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). **Saúde e responsabilidade**: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: RT, 1999.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2002.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos; MIRAGEM, Bruno. **Código de Defesa do Consumidor Comentado**. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2003.

MARTINS, João Marcos Brito. **Direito de seguro**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

MARTINS, Plínio Lacerda. **Anotações ao Código de Defesa do Consumidor**: conceitos e noções básicas. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 1999.

MATOZZI, Ignácio de Cuevillas. **La relación de causalidade en La órbita Del derecho de daños**. Valencia: Torant lo Blanch, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma Leitura Civil-Constitucional dos Canos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NANCY ANDRIGHI, Fátima. Direitos do Consumidor na Jurisprudência do STJ. *In: III Ciclo de Palestras sobre Jurisprudência do STJ no Âmbito do Direito Público e Privado*. Anais... Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/1839>>. Acesso em 08/10/2011.

NERY JR., Nelson, Os princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor. *In: Revista de Direito do Consumidor*. Nº 3, set/dez 1992. São Paulo: RT. Pp. 44-77.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários à Lei de Plano Privado de Assistência à Saúde**: Lei n. 9.656, de 3-6-1998. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004.

OBAMA, Barack. Why We Need Health Care Reform. *In: The New York Times – NY Edition, 16/aug/2009*. The New York Times: New York, 2009. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2009/08/16/opinion/16obama.html?pagewanted=all>>. Acesso em 23/11/2011.

ONCOGUIA. **Adiada pela ANS: regra que fixa prazos máximos para atendimento nos planos de saúde só entrará em vigor em dezembro**. Disponível em: <<http://www.oncoguia.com.br/site/interna.php?cat=57&id=3908&menu=54>>. Acesso em 09/11/2011.

PARIZATTO, João Roberto. **Seguro: Teoria e Prática**. 1ª Ed. Leme: Edipa, 2004.

PASQUALOTTO, Adalberto. A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde: uma interpretação construtiva. *In: MARQUES, Claudia Lima; LOPES, José Reinaldo Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: RT, 1999. Pp. 36-64.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA COELHO, Francisco Manoel. **O problema da causa virtual na responsabilidade civil**. Coimpra: Livraria Almedina, 1998.

PIZARRO, Ramón Daniel. **Daño moral**. Buenos Aires: Hammurabi. 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XXII. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

PRUX, Oscar Ivan. **O conceito de fornecedor nas relações de consumo**. 2007. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/colunistas/235/44791/>>. Acesso em 28/10/2011.

RODRIGUES, Kalline Lopes. **Responsabilidade Civil do Médico**: uma proposta de socialização dos riscos por meio da imposição de seguro obrigatório. 2011, 94f. Monografia (Graduação). Universidade de Brasília – Faculdade de Direito, Brasília.

RUPRECHT, Alfredo. **O direito da seguridade social**. São Paulo: LTr, 1996.

SANTOS, Lenir. O poder regulamentador do Estado sobre as ações e serviços de saúde. In: FLEURY, Sônia. *Saúde e Democracia: a luta do Cebes*. São Paulo: Lemos Editorial, 1977. Pp. 241-279.

SANTOS, Lenir. O direito à saúde na ordem jurídica, *In: Estudos e Pareceres Jurídicos*. São Paulo: nº 5, jan/dez, 1994. Pp. 48-53.

SANTOS, Mauricio Barbosa. **Planos de Saúde e o Código de Defesa do Consumidor**. Leme/SP: Editora Cultura Jurídica, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde pela Constituição Federal de 1988. *In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, nº 11, set/nov, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-INGO%20SARLET.pdf>>. Acesso em 20/10/2011.

SARRUBBO, Mariângela. A saúde na Constituição Federal e o contexto para recepção da Lei 9.656/98. *In*: MARQUES, Claudia Lima; LOPES, José Reinaldo Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). **Saúde e responsabilidade**: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: RT, 1999. Pp. 13-22.

SCAFF, Fernando Campos. **Direito à Saúde no Âmbito Privado**: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHAEFFER, Fernanda. **Responsabilidade Civil dos Planos e Seguros de Saúde**. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2009.

SCHMITT, Cristiano Heineck; MARQUES, Claudia Lima. Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor. *In*: MARQUES, Claudia Lima *et al* (coord.). **Saúde e responsabilidade 2**: a nova assistência privada à saúde. São Paulo: RT, 2008.

SCHWARTZ, Germano André D. A efetivação do direito à saúde. *In*: **Revista Direito**. Santa Cruz do Sul, nº 13 jan/jun, 2000. Pp. 115-128.

SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade médica**: civil, criminal e ética: comentários, referências ao direito positivo aplicável à doutrina e à jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa e socialização do risco**. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7ª Ed. São Paulo: RT, 2007.

TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de Saúde na visão do STJ e do STF**. 1ª Ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

VEJA. **Demora para agendar consultas é maior alvo de reclamação de clientes dos planos de saúde do país, mostra pesquisa**. 2011. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/saude/plano-de-saude-demora-no-atendimento-e-a-principal-reclamacao-de-usuario>>. Acesso em 22/11/2011.