

**SAÚDE PÚBLICA E PRIVADA E RELAÇÕES DE CONSUMO: UMA ANÁLISE
CONSTITUCIONAL E CIVILÍSTICA DE RESPONSABILIDADES ESTATAIS, PRÉ E
PÓS-CONTRATUAIS NO BRASIL**

**PUBLIC AND PRIVATE HEALTH SERVICES AND CONSUMER RELATIONS: A CIVIL
AND CONSTITUTIONAL ANALYSIS OF STATE CONTRACTUAL LIABILITY IN
BRAZIL**

Luigi Bonizzato*

Flávio Alves Martins**

RESUMO

O direito à saúde, constitucionalmente previsto no Brasil, possui facetas que o fazem oscilar da esfera pública à privada em meio a um contingente normativo peculiar. Ao mesmo tempo em que se invocam a Constituição República e seus direitos sociais como base do Estado Democrático de Direito brasileiro, não podem ser olvidadas a relevância e a magnitude do direito à saúde no âmbito privado e das relações desta natureza. Que acabam, por se interligar à saúde em seu sentido mais amplo, a partir do qual, realmente, no país de hoje, congrega questões mais proximamente públicas e, igualmente, privadas. Neste cenário, novas responsabilidades, tanto de consumidores, quanto de Operadoras de Planos de Saúde, atores amparados pela mesma Constituição que declara ser o direito à saúde um dever do Estado, findam por ganhar destaque e merecer a devida atenção que, neste texto, será recortadamente concedida.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição; direito à saúde; responsabilidade; consumidor.

ABSTRACT

* Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor de Direito Constitucional da Faculdade Nacional de Direito e do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ).

** Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Diretor e Professor Associado de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito e do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ).

The right to health, constitutionally settled in Brazil, has facets that make it sway from the public to the private sphere in the middle of a peculiar legal contingent. While the Constitution Republic and their social rights are invoked as the basis of the Brazilian democratic state, the magnitude and importance of the right to health in the private sphere and the relationships of this nature cannot be forgotten. That end, to interconnect to health in its broadest sense, from which, indeed, in the country today, gathers, unites and connects more closely public and also private matters. In this scenario, new responsibilities of consumers and Health Plans, figures supported by the same Constitution which declares that the right to health is a duty of the state, finish to earn highlighted and given due attention that in this text will be specifically granted.

KEY-WORDS: Constitution; right to health; responsibility; consumer.

1. Introdução

O crescimento das Operadoras de Planos de Saúde no Brasil é fenômeno inteiramente justificável, uma vez que o declínio constante da saúde pública conduziu à formação de um mercado privado que pudesse suprir a sociedade, amplamente considerada, da carência de bons serviços de prestação médica e hospitalar.

Não há dúvidas de que o desenvolvimento do país depende, também, do incremento e da melhoria na prestação de serviços sociais básicos, tais como educação, moradia e, da mesma forma, saúde. Por outro lado e, paralelamente, somente o desenvolvimento do país será capaz de proporcionar a dita melhoria, levando, assim, ao maior respeito às liberdades substanciais, muitas das quais estampadas na própria Constituição brasileira de 1988.

Neste cenário peculiar, o alargamento do mercado privado de saúde, sobretudo no que diz respeito à prestação de serviços médicos, laboratoriais e hospitalares, fez com que surgisse imperiosa necessidade de sua regulamentação, a fim de que fossem trazidas à tona novas concepções, práticas e institutos jurídicos e sociais. Carência, preexistência, reajuste anuais e por faixa etária, entre outros, são exemplos claros de que a sociedade civil brasileira, nos dias atuais, já convive diariamente com os mencionados novos institutos, práticas e concepções, os quais, inclusive, já foram, pelo menos em parte, contemplados pela Lei 9.656/98, marco regulamentar na matéria.

Assim, na exata medida em que os novos conceitos se assentaram social e juridicamente, foram-se percebendo vantagens e desvantagens, tutelas e carências, deficiências e proficiências. E, na mesma linha, começou-se a deflagrar uma série de situações que passaram a dar ensejo a responsabilidades múltiplas, fossem das Operadoras de Planos de Saúde, fossem dos próprios consumidores.

Ilustração pontual do que ora se afirma, as responsabilidades pré e pós-contratual de consumidores e Operadoras de Planos de Saúde é parte do objeto deste breve estudo, o qual, certamente, diante da vastidão de temas a serem abordados, delimitou e restringiu seu foco final às responsabilidades aduzidas, apontando para o leitor a necessidade de cada dia maior atenção ser dada à temática relativa aos Planos de Saúde, tamanha a complexidade e as consequências jurídicas no âmbito das relações sociais brasileiras.

2. A Saúde como Liberdade e a Constituição republicana de 1988

Os direitos de liberdade sempre ocuparam espaço privilegiado, seja no âmbito da ciência jurídica, aí incluídos tanto os trabalhos teóricos e pesquisas avançadas, quanto a justiça propriamente dita, com suas decisões diversas para a pacificação dos conflitos àquela apresentados, seja no âmbito das ciências política, social e econômica. Ser livre significa muito para uma sociedade pautada em ditames democráticos e, sobretudo, também para uma série de estudiosos que avançam em teorias segundo as quais somente se conseguiria o desenvolvimento com a liberdade¹.

Certamente, se analisados diversos contextos, não é difícil perceber que nem sempre o desenvolvimento está ligado à liberdade, mas, por outro lado, países com avançada garantia de liberdades fundamentais têm facilitada sua tarefa desenvolvimentista.

De qualquer forma, qualquer que seja o grau de aplicação dos clássicos direitos de liberdade, o fato é que alguns direitos básicos dos cidadãos (para um rol de estudiosos, mais ligados a direitos sociais do que a liberdades propriamente ditas) são comumente entendidos como indispensáveis aonde quer que se esteja, isto é, tanto em países predominantemente democráticos, quanto em nações com regimes políticos prevalentemente autoritários. E tais direitos, normalmente, máxime em países subdesenvolvidos ou em via de desenvolvimento, são constantemente associados a direitos sociais básicos, constitucionalmente consagrados, mas não totalmente atendidos pelo Estado, o qual, geralmente, sob a alegação da falta de recursos para investimentos, deixa um

¹ Por todos, conferir: SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

enorme vácuo em suas políticas públicas, fazendo com que o único meio de se garantir sua satisfação aos cidadãos seja por intermédio da via judicial, com o pleito direto, específico e concreto do necessitado. O que deveria ser estendido indistintamente a todos, passa a ser privilégio dos que têm acesso à justiça.

Dentro dessa linha, é frequente encontrarem-se entendimentos no sentido de diferenciar expectativas negativas de positivas dos cidadãos, para as primeiras associando-se as liberdades tradicionais e nas segundas incluindo-se alguns direitos ditos sociais, tais como moradia, educação e saúde, entre outros. E, diante da inércia executiva e administrativa do Estado, não sobraria opção para o cidadão a não ser buscar a realização de seus direitos junto ao Judiciário, nem mesmo alternativa para o Estado-Juiz a não ser conceder o pleito individual do autor, fazendo o que o Estado-Administrador não faz.

As consequências dessa maneira de atender a proclames sociais e de tentar cobrir o buraco relativo às políticas públicas são inúmeras, sobretudo se levados em conta dois aspectos básicos. O primeiro, referente à discrepância e à falta de entendimento entre os Estados-legislador, juiz e administrador. O segundo relativo ao papel do Judiciário e à filosofia usual de que, defensores e feitores da Justiça, devem os Juízes buscar reequilibrar e amenizar as desigualdades sociais com o único meio disponível em suas mãos, vale dizer, com o Processo, esteja no pólo passivo quem estiver, Poder Público ou, até mesmo, Privado.

O enfrentamento destes aspectos é crucial e a partir dele se pode melhor entender como a falta de políticas públicas adequadas vem comprometendo significativamente as relações entre grupos sociais distintos, atingindo, de forma bem ampla, um grupo de pessoas cada vez maior.

No tocante à compatibilidade no atuar dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, tal problemática não representa qualquer novidade, seja a nível nacional, seja a nível internacional. Mas, no Brasil de hoje, tal relação entre os Poderes vem se mostrando gradativamente mais complexa e exigindo, em muitos casos, um considerável esforço de todas as partes envolvidas para se tentar se não solucionar, ao menos diluir e atenuar problemas concretos e sempre mais frequentes.

Nesse sentido, quantas vezes não se deparam nossos julgadores com leis de difícil e quase impossível aplicação? Da mesma forma, quantas também não são as vezes em que Juízes, em que pesem as milhares de leis vigentes no país, não encontram um dispositivo sequer para solucionar

determinado caso concreto? Enfim, quantas vezes não se critica a mera e simples falta de aplicação da lei pelo magistrado?

A incompatibilidade entre Estado-Juiz e Estado-Legislator é patente e, sem dúvida, finda por gerar imperfeições múltiplas, aumento de gastos públicos e demasiada insegurança nas relações sociais e nas decisões judiciais.

Por outro lado, a discrepante relação entre Estado-Administrador e Estado-Juiz também é responsável por uma série de problemas. A deficiência estatal no que tange à realização de políticas públicas, juntamente com a garantia constitucional de uma série de direitos sociais, faz com que não reste outra saída ao Judiciário a não ser enfrentar situações em que o cidadão orientado requer judicialmente a satisfação de um direito social constitucionalmente consagrado.² Sob a égide da força normativa da Constituição e de seus preceitos, com a conferência de fundamentalidade e aplicabilidade aos direitos sociais, numerosos são os entendimentos segundo os quais deve o Judiciário agir quando não age o Executivo.³ Entretanto, por outro lado, também não são poucos os que afirmam que o Estado possui limitações várias, máxime as de ordem financeira, não podendo o Judiciário interferir na economia e nas finanças estatais, sob pena de conduzir o Estado à inadimplência e, em última instância, à própria ruína financeira.⁴

De qualquer maneira, percebe-se já com clareza, que, se de um lado as relações entre os três Poderes geram uma série de problemáticas de ordem prática e teórica, a função judicial surge como a única capaz de, no caso concreto, solucionar certas disparidades, ainda que direcionada apenas para o autor da demanda em juízo.

² Há uma série de entendimentos jurídicos segundo os quais as normas constitucionais portadoras de direitos sociais representariam normas de caráter programático, para as quais se reservaria apenas a espera pelas decisões políticas do Estado, a elas não se emprestando qualquer aplicabilidade imediata. No entanto, há também os defensores da aplicabilidade das citadas normas que contêm direitos sociais, invocando a necessidade de se tutelar imediatamente tais direitos previstos na Constituição Federal. Esta a linha de entendimento à qual já há algum tempo nos filiamos e defendemos. No mesmo sentido, vale a pena conferir: REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 02. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.; e BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 04. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.

³ Com ressalvas ligadas à necessidade de se atuar em conformidade com as normas jurídicas vigentes, esse também o nosso entendimento, apesar de com freqüência serem percebidas opiniões contrárias.

⁴ “A argumentação dos governos consiste em afirmar que o Poder Judiciário não pode atuar de forma positiva, considerando que a definição dos valores a serem destinados a um determinado programa social depende da vontade do Poder Executivo, o qual encaminha a lei orçamentária anual, e ao Congresso Nacional, que tem a incumbência de aprová-la e mesmo de emendá-la. Ademais, o Poder Judiciário teria de indicar as fontes dos recursos destas novas despesas, o que esbarra na chamada ‘reserva do possível’ (...)” (APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Editora Juruá, 2006, p. 175.).

Tais constatações, de acordo com a proposta lançada, levam, invariavelmente e, nesse sentido, ao exame do segundo aspecto anteriormente levantado, qual seja, o do papel do Judiciário na consecução da Justiça e na contribuição para a redução das desigualdades sociais, nos termos, até mesmo, do Art. 3º, inciso III, da Constituição Federal. E, nessa linha, analisar a conduta dos juízes não é tarefa fácil, principalmente quando se afirma estar o Judiciário impregnado de filosofias e orientações no exercício da missão judicante.

Assim é que, sob o manto da citada redução das disparidades e desigualdades nacionais, vêm se mostrando cada dia mais comuns as decisões judiciais que, no intuito de suprir a ausência do Estado-Administrador, atendem às exigências pleiteadas pelos cidadãos, sobretudo no tocante aos direitos sociais e fundamentais básicos.

Quando o Poder Público aparece como Réu nas Ações Judiciais, concordamos, dentro de limites legais e principiológicos, com a atividade judicante, afirmando ser indispensável possa o cidadão fazer valer suas expectativas positivas oriundas da Constituição Federal.⁵

Por outro turno, transferir para o setor privado responsabilidades, em um primeiro momento, tradicionalmente ligadas ao Estado, é ato que só deve ser tolerado com o próprio Poder Público, na figura do Estado-Legislator, a criar determinação nesse sentido, em total conformidade com a Constituição da República. Sem dúvida, a ideia de Estado mínimo fez com que fosse transferida para particulares a exploração de diversas atividades, originariamente ligadas a atos do Poder Público e deslocadas para setores privados. No entanto, o Judiciário não deve impor obrigações ao Poder Privado, sem qualquer embasamento normativo, sob pena de se ter a arbitrariedade superando a discricionariedade.⁶

O caos social atualmente vigente não pode servir de base, fundamento e motivação para que desigualdades sejam amenizadas por meio de decisões judiciais. Estas, por sua vez, devem-se calcar no direito realmente existente do cidadão no caso concreto, levando-se em conta princípios de direito privado, os quais indicam a importância, por exemplo, de respeito ao Contrato, desde que, logicamente, em total consonância também com as normas jurídicas vigentes. Em outras palavras,

⁵ A propósito, cf. BONIZZATO, Luigi. *Propriedade urbana privada & direitos sociais*. Curitiba: Editora Juruá, 2007.

⁶ Agir discricionariamente não significa, de forma alguma, agir de maneira arbitrária. A discricionariedade, conforme, inclusive, já ressaltado, atinge a esfera judicial quando, diante dos famosos casos difíceis, depara-se o magistrado com situações para as quais não encontra uma única solução legal possível ou, até mesmo, não encontra qualquer fundamento diretamente previsto em lei. Atualmente, no entanto, muitas vezes têm também assim agido os juízes, sob a proteção de uma suposta discricionariedade, em casos tidos como fáceis, isto é, para os quais existe expressa previsão legal. Em tais momentos torna-se questionável a atuação judicante, indagando-se, até mesmo, os limites da discricionariedade e a ultrapassagem da tênue fronteira que a separa da arbitrariedade.

deve-se procurar o respeito às relações privadas, desde que estas não afrontem normas jurídicas válidas e vigentes⁷, sobretudo as de ordem pública.

Registre-se, entretanto, de acordo com o que desde o início se anuncia, que a situação apenas colocada não encontra, hoje, uma medida ideal nos anais da Justiça brasileira. Isto porque o mencionado atendimento à liberdade tradicional inerente às relações privadas, em comunhão com o respeito às normas jurídicas válidas e vigentes, traz à tona uma realidade baseada em uma espécie de *assistencialismo judicial*, ou seja, em um tipo de ponderação e interpretação de normas jurídicas e cláusulas contratuais quase sempre favoráveis aos pólos economicamente mais fracos das demandas. Sem qualquer pretensão investigativa em torno de uma suposta supremacia do interesse público sobre o privado ou deste sobre aquele⁸, o fato é que princípios de direito público vêm sendo privilegiados e assumindo papel decisivo para a fundamentação de decisões judiciais, em contraposição aos já citados princípios de direito privado. Em que pese o teor acertado de inúmeras decisões, em muitas outras se percebem injustiças e a clara intenção auxiliadora, sub-rogando-se o Judiciário no papel do Executivo.

E, talvez não se possa apresentar situação fática mais indicativa do que ora se afirma do que a relativa, hoje, à questão da saúde no Brasil. Se o desenvolvimento depende da tutela de direitos básicos pelo Estado, tais como saúde, educação e moradia e, na mesma medida, tal tutela também depende do desenvolvimento de um país⁹, é sobremaneira importante prestar toda a atenção à dinâmica de tais direitos no seio das relações jurídicas e sociais do Brasil.

Antes, assim, de qualquer direcionamento para o exame da saúde privada no Brasil, é mister salientar alguns pontos da saúde pública e do direito à saúde constitucionalmente previsto. A já comentada inércia do Poder Executivo, fez com que, nos últimos anos, diversas fossem as

⁷ Merece destaque a diferença entre validade e vigência: “*Se trata, pues, de dos conceptos asimétricos e independientes entre sí: la vigencia guarda con la forma de los actos normativos, es una cuestión de subsunción o de correspondencia de las formas de los actos productivos de normas con las previstas por las normas formales sobre su formación; la validez, al referirse al significado, es por el contrario una cuestión de coherencia o compatibilidad de las normas producidas con las de carácter sustancial sobre su producción*” (FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías: la ley del más débil*. 03. ed. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 21-22.).

⁸ É sempre difícil averiguar se uma decisão judicial que, em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana, impõe a determinada Operadora de Planos de Saúde a obrigatoriedade de custeio de procedimento médico não previsto no Contrato firmado com o cliente, mais protege o interesse público, na medida em que garante a saúde ao cidadão amplamente considerado, ou mais defende o interesse privado, uma vez que estaria tutelando direito de pessoa específica em determinado caso concreto. Sobre uma suposta supremacia dos interesses citados, conferir, entre outros: ÁVILA, Humberto. *Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*. Revista Trimestral de Direito Público (RTDP) 24/159-180. São Paulo, Editora Malheiros, 1999.

⁹ “*O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos*” (SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 29.).

manifestações judiciais de tutela do direito à saúde, muitas das quais em razão de pleitos diretos dos cidadãos, seja para a obtenção de vagas em Hospitais Públicos, ou para a aquisição de medicamentos, seja para centenas de outras demandas ligadas à saúde básica.

O direito à saúde é, sem dúvida, direito fundamental e se encontra corretamente inserido no rol de direitos sociais previsto na Constituição Federal brasileira. O Art. 6º ficou assim elaborado após decisões dos poderes constituinte originário e derivado:

“Art. 6º. São direitos sociais a educação, a **saúde**, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (grifo nosso).

Além disso, ciente da necessidade de melhor se cuidar, em sede constitucional, do direito à saúde, lembrando-se sempre da opção criadora por uma Constituição dirigente, abriu o legislador constituinte mais espaço para o tratamento do direito à saúde, prevendo-o, outrossim, nos Arts. 196 e seguintes da Constituição.

Melhor definindo o afirmado, assim estatui o Art. 196 da Constituição Federal:

“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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Por conseguinte, não há dúvidas de que grande relevância foi conferida ao direito à saúde, frise-se, direito fundamental básico, petrificado pela interpretação adequada do Art. 60, § 4º, inciso IV, de acordo com o qual não pode ser objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias fundamentais¹⁰.

Nessa linha, paralelamente, a mesma previsão constitucional do direito à saúde reforça a noção da já anunciada força normativa da Constituição, sobretudo diante da afirmação de que o direito à saúde é direito de todos e dever do Estado. Assim, o pleito judicial pelo direito à saúde mostra-se legítimo e vem sendo o Judiciário sensível a tal realidade, máxime quando se percebe a ineficácia e, até mesmo, ausência de políticas públicas consentâneas e profícuas para a população.

¹⁰ Neste momento, sem maiores pretensões investigativas acerca do tema que é, no mínimo, instigante, reforça-se posicionamento em outras ocasiões já adotado e em consonância com o entendimento de outros autores. Portanto, lê-se, no Art. 60, § 4º, inciso IV, direitos e garantias fundamentais e, não, direitos e garantias individuais. Para um melhor aprofundamento, conferir, entre outros: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 02. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.

Considerando as peculiaridades regionais e locais de cada parte do país, preocupou-se também o legislador constituinte com a política a ser adotada nas cidades brasileiras, abrindo capítulo específico para a inserção de normas gerais de política urbana. Nesse sentido, assim estatui o Art. 182 da Constituição Federal brasileira:

“Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos seus habitantes”.

Por este artigo denota-se que a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, as quais refletem a importância de em ambientes urbanos muitos direitos sociais encontrarem guarida e a necessidade de as cidades brasileiras, focos incessantes e crescentes de encontro e concentração dos mais variados grupos sociais, privilegiarem o atendimento dos proclames mais prementes destes mesmos grupos, ansiosos, na maioria das vezes, pela consecução de direitos sociais palmares. Assim é que, diversas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais preveem em seu bojo a definição precisa das funções sociais da cidade, entre as quais se encontra o direito à saúde.

De qualquer forma, qualquer que seja o exame jurídico da questão, a magnitude da previsão de um direito à saúde poderia ter significado uma real importância dada pelo Poder Público à saúde no Brasil. Deveras, todo este rol de normas acima exemplificativamente elencado, deveria ser a representação de uma atenção do Estado com a saúde pública. No entanto, a preocupação legislativa não teve por base a prévia atenção governamental com a matéria e, sim, *a contrario sensu*, a inexistência de preocupação com o assunto. Ao invés de normas serem criadas para a ratificação de uma situação concreta, foram criadas no intuito de se tentar promover o até então desconsiderado e abandonado pelo Poder Público. E, destaque-se, mesmo diante da normatização constitucional, a qual em muito auxiliou a aproximação entre saúde e necessidade do cidadão, sobretudo em razão da confirmação de um verdadeiro direito à saúde, os caminhos do Executivo no que tange à realização e concretização de políticas públicas continuam tortuosos, ineficazes e, por que não dizer, aventureiros, no sentido mais negativo do vocábulo.

A saúde pública no país padece e com ela também o direito à saúde, relegado aos que, por circunstâncias específicas e particulares, conseguem ter acesso à justiça e pleitear pelo Judiciário o que o Poder Público não proporciona. E, pasme, fala-se do direito à saúde por ser este um dos temas centrais do presente artigo. A mesma e implacável realidade vem assolando os demais direitos

sociais, tais como os igualmente importantes direitos à segurança, à educação, ao trabalho e à tão almejada moradia. A inércia governamental, por um lado, e a má gestão, por outro, conduzem a uma realidade de caos e de quase incontornável falência das instituições ditas democráticas. Não há como se defender uma democracia e um Estado que se diz em vias de desenvolvimento sem a garantia de direitos básicos dos cidadãos. As liberdades substanciais devem ser a todo o tempo protegidas e proporcionadas à sociedade, a qual, dividida em seus vários grupos de interesse, passa a ser parte integrante do desenvolvimento da nação em função da satisfação de seus anseios mais básicos. O desenvolvimento como liberdade induz a essa dupla concepção, segundo a qual não há liberdade sem desenvolvimento e nem mesmo desenvolvimento sem liberdade. Pode-se, sob esse prisma, afirmar, por corolário, que não há saúde sem desenvolvimento nem mesmo desenvolvimento sem saúde. E, em última análise, que não há liberdade sem saúde, entendida esta em seu sentido mais amplo.

Nesse sentido, pensando-se no desenvolvimento como liberdade, pensa-se, paralelamente, mas não somente, na saúde como liberdade. E, na linha da formação de uma relação entre diversas formas de liberdade, merecem realce as considerações de Amartya Sen:

“As liberdades não são apenas os fins primordiais do desenvolvimento, mas também os meios principais. Além de reconhecer, fundamentalmente, a importância avaliatória da liberdade, precisamos entender a notável relação empírica que vincula, umas às outras, liberdades diferentes. Liberdades políticas (na forma de liberdade de expressão e eleições livres) ajudam a promover a segurança econômica. Oportunidades sociais (na forma de serviços de educação e saúde) facilitam a participação econômica. Facilidades econômicas (na forma de oportunidades de participação no comércio e na produção) podem ajudar a gerar a abundância individual, além de recursos públicos para os serviços sociais. Liberdades de diferentes tipos podem fortalecer umas às outras”.¹¹

Portanto, o fortalecimento geral das liberdades substantivas leva ao desenvolvimento assim como este conduz ao enriquecimento daquelas.

Entretanto, conforme já acima salientado, a realidade brasileira é de grande descaso com várias liberdades qualificadas como substantivas. Direitos sociais vários são ainda encarados como meros programas de governo a serem implantados de acordo com as possibilidades políticas e econômicas de determinado momento. Com efeito, sofre a saúde como direito e os cidadãos que dela e dele dependem para sobreviver.

¹¹ SEN, Amartya. *Obra citada*, p. 25-26.

O cenário da saúde pública no país é tão grave que constantemente nos deparamos com notícias em jornais, revistas e televisão atestando a falência desta mesma saúde pública no Brasil. Isto tudo quando pessoalmente não conferimos a realidade da maioria dos nosocômios públicos brasileiros, sejam da responsabilidade da União, sejam de responsabilidade dos demais entes federativos. Confirmando o que apenas se alega, assim destaca Demétrio Weber, em reportagem sempre comum aos jornais de grande circulação:

“O Sistema único de Saúde (SUS) tem sua sobrevivência ameaçada por problemas como falhas de gestão, burocracia e falta de estímulo à eficiência, de acordo com relatório feito pelo Banco Mundial (Bird) a pedido do Ministério da Saúde. O documento critica o formalismo e a lentidão nas compras, demissões e contratação de pessoal (...). Os problemas mais graves estão na ponta do sistema, nos hospitais e nas unidades públicas de saúde, que têm ‘pouca ou nenhuma autonomia financeira e de gerenciamento’. O atendimento hospitalar corre riscos. O Bird recomenda a fixação de metas e a cobrança de resultados (...)”.¹²

E, ressalte-se, as metas a que se refere o pequeno trecho da reportagem já há muito são estabelecidas, no entanto, embora evidentemente necessário o seu alcance, jamais foram adequadamente atingidas e, de acordo com o que se vem observando e vivenciando, dificilmente serão alcançadas sob o modelo atual de gestão da saúde pública e, sobretudo, sob a mentalidade governamental predominante de relegar a segundo plano o atendimento a proclames de cada vez mais numerosos grupos sociais.

Nesse quadro geral de deterioração da saúde pública, calcada em uma desvalorização da tomada de políticas públicas essenciais ao desenvolvimento do país, ganhou significativa força, ao longo dos tempos, um setor destinado a preencher a fenda denominada saúde pública: a saúde privada. E, com ela, também e paralelamente surgiram e se desenvolveram programas privados de acesso a uma saúde com um mínimo de qualidade e respeito ao ser humano. Tais programas tiveram como ponto principal de sucesso os chamados Planos de Saúde, hoje responsáveis pelo oferecimento de acesso à saúde privada a milhões de brasileiros e, outrossim, não menos responsáveis pela formação de um novo direito à saúde no Brasil, o qual vem se ancorando não mais apenas no que o Estado pode oferecer, mas também no que o setor privado pode proporcionar.

¹² WEBER, Demétrio. *Má gestão do SUS ameaça atendimento em hospitais*. O Globo, Rio de Janeiro, 25 de março de 2007, O País, p. 01-04. A reportagem, propositalmente do ano de 2007, mostra que, anos depois, os problemas se mantêm e a saúde pública brasileira continua representando um dos vários e graves empecilhos ao desenvolvimento do país, o qual vê liberdades fundamentais simplesmente serem abandonadas e desrespeitadas pelo Estado.

Os Planos de Saúde, assim, inseridos em um mercado ávido por saúde de qualidade, abocanharam fatia considerável da população brasileira e trouxeram consigo a necessidade de normatização e de mudanças no enfrentamento do direito à saúde, com consequências claramente identificáveis nos três Poderes da Federação. O presente e breve artigo, caminhando rumo aos seus propósitos, passará a examinar questões pontuais ligadas aos Planos de Saúde, sobretudo no que tange à questão das responsabilidades pré e pós-contratuais dos Consumidores, beneficiários do Sistema mediante pagamento, e das Operadoras de Planos de Saúde.

Entretanto, antes de neste ponto chegar-se, tecer-se-ão breves comentários gerais sobre a existência dos Planos de Saúde e sobre a natureza especial de suas normas e de sua aplicação e incidência no mercado.

Estas as considerações reservadas para o capítulo seguinte.

3. Os Planos de Saúde, especificidades e responsabilidades pré e pós-contratuais

Conforme antecipou-se, a saúde é direito social e função social de toda e qualquer cidade do país, sendo, portanto, fundamental para a qualidade de vida e o bem-estar social. De acordo com o bem aduzido até aqui, não se pode cogitar de desenvolvimento sem a garantia da saúde e a tutela de seu direito, assim como, paralelamente, para serem atingidos patamares mínimos de preservação e manutenção da saúde no país, não há como se abrir mão do desenvolvimento nacional.

No entanto, em que pese a veracidade do que acima se assevera, o quadro de falência do sistema de saúde brasileiro conduziu ao surgimento de alternativas privadas para o colapso das instituições públicas de saúde, o que levou ao oferecimento à sociedade, amplamente considerada, de produtos específicos voltados para a cobertura de necessidades médicas e hospitalares.

Se por um lado não houve avanços significativos e dignos de nota no que tange à disponibilização de serviços públicos de saúde à sociedade, por outro, a saúde privada veio tentar preencher um vácuo, uma fenda, um vazio no que diz respeito ao oferecimento desses serviços à população. Baseadas nas regras inerentes à economia de mercado e ao regime capitalista, as Operadoras de Planos de Saúde ao mesmo tempo em que passaram a proporcionar serviços de saúde a seus clientes, de acordo com as possibilidades financeiras de cada um, não se esqueceram de seus interesses de crescimento e de lucro necessário para sua sobrevivência no mercado. E, ressalte-se, tal visão de crescimento representou um grande avanço em termos de captação de

clientes, sendo as Operadoras de Planos de Saúde, hoje, conforme anteriormente salientado, responsáveis pela disponibilização de saúde privada a milhões de brasileiros.

No entanto, o vasto avanço dessas Operadoras no mercado nacional gerou a necessidade cada vez mais premente de serem criadas normas oficiais de limitação de suas atividades e de tentativa de lucro, em prol de um melhor e mais adequado funcionamento do sistema e de um mais eficaz controle e proteção dos direitos do amplo e variado rol de clientes beneficiários dos múltiplos Planos de Saúde a eles oferecidos. Assim, o crescimento da saúde privada, sobretudo em razão do desenvolvimento das Operadoras de Planos de Saúde, levou à inevitável criação da Lei 9.656, de 03 de junho de 1998, a qual pode ser reputada um marco legislativo no que tange à regulação dos Planos Privados de Assistência Médica no Brasil. Não se olvide, da mesma forma, a importância da criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), a qual, seguindo a tendência do país de criação de Agências Reguladoras com o objetivo claro de fiscalização, controle e regulamentação de uma série de atividades, vem complementando a atuação legislativa de normatização do sistema¹³.

Não é objetivo deste breve trabalho aprofundar-se em questões ligadas à formação desse novo sistema de saúde, nem mesmo perscrutar os poderes e prerrogativas das agências reguladoras, sobretudo da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). No entanto, o surgimento dessa nova realidade, na qual a saúde privada ganha notável e considerável força no seio das relações sociais brasileiras, faz com que um novo mercado se expanda e clame por normatização, seja ela pública, decorrente de normas oriundas do Estado, seja ela privada, decorrente de normas contratuais. O Contrato de Plano de Saúde, nesse contexto, adquire substancial relevância, uma vez que passa a reger as relações entre Operadoras de Planos de Saúde e beneficiários. Suas especificidades, entretanto, são claras e conduzem à necessidade de cada dia maior atenção ser a eles conferida, garantindo-se um crescente e imprescindível acesso à informação pela sociedade no que diz respeito aos novos conceitos, institutos e instrumentos trazidos ao âmago das relações privadas entre Operadoras de Planos de Saúde e seus clientes. As particularidades destas relações levam à especialidade dos Contratos delas decorrentes, gerando, assim, a cada dia, mais intensa necessidade de conhecimento e discussão de suas peculiaridades.

¹³ Trata-se da regulamentação técnica e institucionalizada da matéria, sobre a qual especialistas em saúde - no caso, logicamente, da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), - se debruçam e em relação à qual pouco ou nenhum domínio detêm a sociedade civil em geral, assim como legisladores e os próprios magistrados quando da necessidade de julgamento de casos concretos. Nesse sentido, o poder normativo das Agências Reguladoras, se bem exercido e executado, além de respeitado pela sociedade amplamente considerada, possui importante papel para o funcionamento e prestação de serviços essenciais variados.

Os Contratos de Planos e seguro-saúde são contratos de longa duração, de trato sucessivo e que implicam numa obrigação de resultado, pois se espera da empresa que oferece os denominados “Planos de Saúde” um ato preciso, um “prestar coberturas de serviços médicos”, um “reembolso de quantias”, um “fornecer cobertura para exames e medicamentos”. Por essa razão cria-se uma expectativa de segurança ao consumidor, que acredita estar protegido, não se podendo, logicamente, confundir conceitos, expectativas, finalidades e objetivos, conforme ao longo deste texto especificado e demonstrado.

Nesse sentido, os Contratos de Planos de Saúde têm natureza especial, principalmente em função de suas peculiaridades, muitas das quais contempladas pelas acima citadas legislações. A título meramente ilustrativo, institutos específicos estão ligados a estes Contratos de Planos de Saúde, tais como a carência e a preexistência, sem as quais, atualmente, dificilmente se vislumbra a existência de um Contrato dessa natureza. A carência nada mais é do que a necessidade de ao contratante ser imposta uma suspensão de determinadas cláusulas contratuais, relativas a certas coberturas, por prazo determinado e em respeito ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato. Em outras palavras, suspendem-se coberturas médicas e hospitalares específicas previstas em Contrato nos primeiros meses após sua celebração¹⁴, no intuito de evitar fraude ao sistema, tal como a contratação apenas quando se necessita de atendimento médico-hospitalar. Pode-se imaginar qual seria a sobrevivência de Operadoras de Planos de Saúde se uma pessoa que acabasse de sofrer um infarto contratasse um Plano de Saúde e já pudesse ter direito a internações e cirurgias de tamanho custo e complexidade. De forma não menos lesiva ao sistema, o que dizer de uma pessoa que no terceiro mês após a contratação do Plano descobre ser portadora de hérnia de disco e decide imediatamente se submeter a uma cirurgia, destaque-se, com apenas três mensalidades pagas à Operadora de Plano de Saúde escolhida! Note-se, assim, que a carência é indispensável à sobrevivência das Operadoras de Planos de Saúde, às quais não se pode impor um dever maior do que sua capacidade de suportá-lo.

Por outro lado, mas intimamente ligada à carência, a noção de preexistência, também particular a Contratos de Planos de Saúde, é exemplo claro de sua natureza especial. Doença ou lesão preexistente é aquela cujo contratante já era portador antes da celebração do Contrato. Para tais situações as Operadoras de Planos de Saúde têm facultada (Art. 11 da Lei 9.656/98) a imposição de um prazo máximo de 24 meses de carência. Certamente, o prazo a que se refere a lei é

¹⁴ De acordo com os Arts. 11 e 12 da Lei 9.656/98, os prazos de carência têm duração variável conforme estipulado em cada Contrato, com a previsão legal de um mínimo de 24 horas, normalmente para casos de acidentes pessoais, e um máximo de 24 meses, comumente ligado a doenças e lesões preexistentes.

o máximo, podendo, em âmbito privado, ser diminuído de acordo com a vontade das Partes¹⁵. No entanto, sobre a preexistência, alguns detalhes merecem o devido realce.

Primeiramente, é mister destacar que, embora o legislador tenha feito expressa menção ao vocábulo preexistência, o Art. 11 da Lei 9656/98 deve ser interpretado em sua totalidade. Isto é, além de preexistente, deve a doença ou lesão ser conhecida do contratante, vale dizer, pré-ciente à data de celebração do Contrato. Não se pode exigir submissão ao prazo de carência máximo previsto em lei, nem mesmo admitir alegação de ausência de boa-fé objetiva¹⁶ por parte do contratante à época da contratação, se este não sabia ser portador de doença preexistente.¹⁷ Notadamente, é claro, se havia meios de o contratante saber ser portador de doença sem qualquer parecer médico, deve estar sujeito ao prazo de carência previsto em Contrato. Caso o parecer médico se mostre indispensável, pode o contratante alegar, em eventual defesa, impossibilidade de ciência da doença por si só e sem exame médico mais detalhado.¹⁸

O instituto da preexistência, juntamente com o da carência, demonstram, de forma inequívoca, a natureza especial dos Contratos de Plano de Saúde. Não se deve olvidar, ainda no tocante à preexistência, que o contratante, ciente de ser portador de doença ou lesão na data de celebração do contrato, tem o dever de informar à Operadora de Plano de Saúde escolhida sua condição física, sob pena de configuração, até mesmo, de fraude ao contrato, podendo a Operadora tomar as medidas legais cabíveis.¹⁹ Tal dever de informação gera uma responsabilidade ao contratante, para a qual serão guardados maiores detalhes adiante.

De qualquer forma, a citação a apenas dois institutos ligados aos Contratos de Plano de Saúde²⁰ já é suficiente para demonstrar sua especialidade e peculiaridade e, por conseguinte, sua

¹⁵ Normalmente, conforme vontade das Operadoras de Saúde, tendo em vista que os Contratos de Planos de Saúde são, geralmente, de adesão, não permitindo aos contratantes, pessoas físicas, a discussão de suas cláusulas.

¹⁶ Sobre esta, serão tecidas específicas considerações, a seguir.

¹⁷ Corroborando o trecho “(...) cabendo à respectiva operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário” previsto no Art. 11 da Lei 9.656/98, a Resolução CONSU 2, publicada no Diário Oficial do dia 04.11.1998, melhor definiu as doenças ou lesões preexistentes, assim estatuiu seu Art. 1º: “Definir que doenças e lesões preexistentes são aquelas que o consumidor ou seu responsável, saiba ser portador ou sofredor, à época da contratação de planos ou seguros privados de assistência à saúde, de acordo com o art. 11 e o inciso XII do art. 35-A da Lei 9.656/1998 e as diretrizes estabelecidas nesta Resolução”.

¹⁸ É sabido de todos, ainda que leigos em matéria médica, que muitas doenças não apresentam sintomas externos e perceptíveis por seu portador. Por isso é que, em muitos casos, não se pode presumir que o contratante saiba ser portador de doença preexistente sem um parecer médico adequado.

¹⁹ O Art. 13 da Lei 9.656/98 (mais precisamente, o inciso II, de seu parágrafo único) permite a suspensão ou denúncia do Contrato, o que pode resultar no cancelamento final do negócio jurídico e em demais consequências decorrentes da lei.

²⁰ Vários outros institutos e questões poderiam ter sido citados, tais como a dos reajustes do valor das mensalidades dos Planos de Saúde; a da possibilidade de rescisão contratual unilateral pela Operadora de Plano de Saúde em caso de falta ou atraso de pagamento; a das situações de urgência e emergência etc. A título de mais um acréscimo ao que ora se

importância no atual quadro social brasileiro. Vale lembrar que o escopo maior do presente esboço é o exame de situações concretamente predefinidas, recortadas dentro de uma gama de exemplos e ocorrências fáticas, que versam sobre possíveis responsabilidades pré e pós-contratuais de consumidores²¹ e Operadoras de Planos de Saúde. Conforme adiante se verá, duas situações distintas serão enfrentadas, enaltecendo-se a já citada peculiaridade dos Contratos de Planos de Saúde: a primeira, relativa ao dever de boa-fé quando da contratação do Plano de Saúde, sobretudo nos momentos que antecedem o ato formal de contratação; e, a segunda, referente à posição de beneficiários após o término da participação em Contratos chamados Coletivos e, outrossim, após a extinção destes mesmos Contratos. Entretanto, após os comentários até aqui tecidos e antes de nesse ponto chegar-se, far-se-á mister tecer, ainda, de forma breve, considerações acerca da boa-fé e dos Contratos Coletivos.

Contemporaneamente, quando se pensa em contratos pensa-se, paralelamente, em um novo paradigma, “*cujo conceito não se restringe aos aspectos ligados à formação e à manifestação da vontade individual, passando a exigir o recurso aos chamados ‘novos princípios’ – boa-fé objetiva, equilíbrio econômico e função social*”.²² O modelo clássico de contrato, calcado na autonomia de vontade e em seus princípios básicos evolui para o apenas mencionado modelo contemporâneo. Assim é que vem à tona, com força e importância significativas, o princípio da boa-fé objetiva, o qual passa a ser encarado como fundamental à nova axiologia contratual. Sua análise, entretanto, deve passar pela da boa-fé em sentido *lato*, a partir da qual melhor se delimitará o primeiro. Sobre esta boa-fé, amplamente considerada, não é difícil entender nem perceber que deve permear e

exemplifica, a realidade brasileira atual faz ganhar notoriedade a problemática ligada ao cancelamento dos Planos de Saúde de consumidores, por parte de Operadoras de Planos de Saúde. É certo que os consumidores brasileiros são marcados por uma tendência de “superendividamento”, o que leva a um quadro de gravidade política, jurídica e econômica incontestável. Por outro lado, é a lei que, no caso de endividamento do consumidor, permite às Operadoras de Planos de Saúde cancelarem Contratos individuais, nos termos do já mencionado Art. 13 da Lei 9.656/98. Sobre a teoria do consumidor superendividado, imprescindível a obra de: CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli, MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

²¹ Aproveita-se o momento para trazer à baila concepção particular, mas de suma relevância teórica, relativa à figura do consumidor. Mais precisamente, chama-se a atenção para a prestação de serviços públicos como enquadrável na categoria de relação de consumo. Na linha da aproximação entre Direito Público e Privado, a qual auxilia de perto o presente estudo, vale citar Karine Monteiro Prado, para quem “(...) não há dúvida de que o CDC (Código de Defesa do Consumidor) se aplica à prestação de serviços públicos. Não se poderia chegar a outra conclusão, a não ser que se considerasse letra morta as disposições dos artigos 3º, caput, 4º, inciso VII, 6º, inciso X, e 22 do CDC, que tratam da temática”. E, a mesma autora, mais adiante conclui, no tocante ao por ela denominados serviços públicos não privativos: “Indiscutível, também, a vulnerabilidade fática no tocante à prestação dos serviços públicos não privativos, como a saúde e a educação, quando prestados pelo setor público” (PRADO, Karine Monteiro. *A qualificação jurídica da prestação de serviços públicos como relação de consumo*. In: CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli, RIBEIRO, Cláudio Rezende (Org.). *Paisagem urbana e direito à cidade*. Rio de Janeiro: Editora PROURB, 2010, p. 267-268.).

²² NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 02. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, p. 111.

nortear as relações privadas e, no que se refere aos contratos, especificamente, deve surgir como um dever de conduta e pressuposto de validade da avença.

No entanto, para melhor e mais adequadamente se compreender a importância da boa-fé como premissa básica de qualquer contrato, mostra-se indispensável um detalhamento de nuances, todas ligadas ao que ora se examina. Neste sentido, as noções de boa-fé subjetiva e objetiva passam a ser necessárias para o fiel cumprimento do que ora se propõe com o presente trabalho. Não há dúvidas, primeiramente, de que a boa-fé objetiva se distingue da boa-fé subjetiva, estando esta ligada a uma análise subjetiva do estado de consciência do agente por ocasião da avaliação de um dado comportamento.²³ Como bem salienta Teresa Negreiros, já preocupada com a delimitação conceitual da boa-fé objetiva:

“Ontologicamente, a boa-fé objetiva distancia-se da noção subjetiva, pois consiste num dever de conduta contratual ativo, e não de um estado psicológico experimentado pela pessoa do contratante; obriga a um certo comportamento, ao invés de outro; obriga à colaboração, não se satisfazendo com a mera abstenção, tampouco se limitando à função de justificar o gozo de benefícios que, em princípio, não se destinariam àquela pessoa”.

E, em conclusiva abordagem, destaca:

“No âmbito contratual, portanto, o princípio da boa-fé impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido da recíproca cooperação, com consideração dos interesses um do outro, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a existência jurídica do contrato celebrado”.²⁴

Consoante definido por um dos autores deste ensaio em outra obra, “a boa-fé, no sentido objetivo, é um dever de comportamento das partes, dentro de uma relação jurídica, tomando por fundamento a confiança que deve existir, de maneira correta e leal; mais especificamente, caracteriza-se como retidão e honradez, dos sujeitos de direito que participam de uma relação jurídica, pressupondo o fiel cumprimento do estabelecido”.²⁵

É sob estas considerações, assim, que se entende ser o princípio da boa-fé objetiva, atualmente, de incidência e aplicação inevitável nas relações contratuais brasileiras, impondo-se por sua própria aceitação e validade. Correção, lisura e lealdade nas relações contratuais são deveres indispensáveis e que devem ser cumpridos pelas partes envolvidas em um contrato.

²³ NEGREIROS, Teresa. *Obra citada*, p. 119-120. É importante salientar que o contraponto da boa-fé subjetiva é a má-fé. Se não ajo com boa-fé, em seu sentido subjetivo, ajo com má-fé. Ao passo que, se a uma conduta falta a boa-fé objetiva, não necessariamente se estará lesando a outra parte.

²⁴ *Idem*, p. 119-121.

²⁵ MARTINS, Flávio Alves. *A boa-fé objetiva e sua formalização no Direito das Obrigações Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 73.

E caberá ao Julgador, em uma futura lide, levar em conta não só os interesses decorrentes do contrato, mas sim a totalidade dos interesses envolvidos. Nesse sentido, além do dever de prestação há também o dever de conduta, sendo que: “(...) aqueles são destinados a preparar o cumprimento ou assegurar a perfeita execução da prestação; enquanto estes, também chamados laterais, correlatos ou acessórios, são os que, não interessando diretamente à prestação principal, são importantes ao correto processamento da obrigação”.²⁶

Entretanto, conforme inicialmente anunciado, outras abordagens passam a ser necessárias para que se possa, ao final, atingir os fins desejados. Além do acima dito sobre os Contratos de Planos de Saúde e sobre a boa-fé, mostra-se profícua breve análise da possibilidade de alguns Contratos de Planos de Saúde terem natureza coletiva. Em outras palavras, pode-se admitir a existência de pessoas jurídicas contratarem Planos de Saúde coletivos, os quais alcançam um grupo determinado ou determinável de pessoas. Segundo Maury Ângelo Bottesini e Mauro Conti Machado, em comentário específico sobre os planos coletivos por adesão:

“A distinção entre plano coletivo e plano individual não apresenta dificuldade. As definições estão na Resolução CONSU 14, de 03.11.1998. O plano de contratação coletiva por adesão é aquele que, embora oferecido por pessoa jurídica para massa delimitada de beneficiários, tem adesão apenas espontânea e opcional de funcionários, associados ou sindicalizados, com ou sem a opção de inclusão do grupo familiar ou dependentes, segundo o Art. 4º, da Resolução CONSU 14”.²⁷

Qualquer que seja, assim, a espécie de plano coletivo²⁸, terá como características chave o alcance de um número de pessoas determinado ou determinável, conforme já salientado, e, além disso, a possibilidade de as partes envolvidas no negócio jurídico, pessoas jurídicas, dentro dos limites normativos, discutirem as cláusulas do Contrato e estipularem regras particulares para cada relação contratual. Esta é a razão pela qual preços e prazos de carência são normalmente reduzidos nestes tipos de Contrato e também o motivo por que reajustes e variações nos preços de mensalidades tornam-se mais comuns. No primeiro caso, o poder de negociação de certas sociedades comerciais ou sindicatos perante Operadoras de Planos de Saúde, sobretudo em virtude da garantia de um comumente elevado número de pessoas contratarem e se filiarem ao plano coletivo, faz com que o valor individual das mensalidades seja significativamente reduzido, assim

²⁶ Idem, p. 102-103.

²⁷ BOTTESINI, Maury Ângelo, MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos e seguros de saúde*. 02. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 386.

²⁸ Não é o objetivo do presente trabalho o exame das espécies de planos coletivos. No entanto, vale lembrar que podem ser patrocinados, sem patrocinador ou operados por autogestão, além de poderem ser de contratação por opção ou decorrentes do próprio vínculo empregatício (BOTTESINI, Maury Ângelo, MACHADO, Mauro Conti. *Obra citada*, p. 448).

como, em alguns casos, prazos de carência, fato que, indiscutivelmente, é indubitável e louvável estímulo ao acesso menos custoso e com menores ônus, à saúde privada. Já no segundo caso, a inserção nos contratos coletivos de cláusulas permissivas de reajustes técnicos, tais como os decorrentes de variação em índices de sinistralidade, faz com que o valor das mensalidades possa ser alterado em períodos curtos de tempo, dependendo da relação entre receita e despesa. Isto é, se em determinado período de tempo previamente estabelecido em contrato, as despesas da Operadora de Plano de Saúde aumentarem de maneira a ultrapassarem a receita, máxime em razão da maior utilização do Plano pelos beneficiários do contrato coletivo, pode o valor individual das mensalidades sofrer um reajuste, objetivando a retomada do equilíbrio econômico e financeiro do Contrato.

É importante ressaltar que os contratos coletivos, principalmente em razão de suas incontestáveis vantagens, algumas das quais acima já aduzidas, vêm crescendo neste setor ligado aos Planos de Saúde, representando um facilitador do acesso à assistência médica e hospitalar privada no Brasil. Por esta razão, a própria Lei 9.656/98 contemplou situações em que a proteção do beneficiário final mostrava-se importante, fosse para a própria sobrevivência do sistema, fosse para a defesa dos interesses dos próprios beneficiários finais, pessoas físicas e integrantes da extremidade da cadeia. Nesta linha, por exemplo, previu nos Arts. 30 e 31 regras de transição ou de adaptação para ex-beneficiários de Planos de Saúde coletivos que continuam vigentes após a saída de beneficiários²⁹, esquecendo-se, contudo, o legislador, de normatizar a situação de ex-beneficiários de ex-planos coletivos. Na primeira situação acima exposta, foi o legislador pontual e específico, embora não tenha sido completo e preciso. Trouxe normas que regulam a situação de demitidos e aposentados, após a extinção do contrato de trabalho e depois da aposentadoria, em relação aos Planos de Saúde que possuíam em razão do vínculo empregatício existente. Já no segundo caso, a análise conjunta da Lei 9.656/98 e de diversas resoluções – existentes, pelo menos, até o momento da conclusão deste artigo, tendo em vista que normas técnicas são constantemente elaboradas em prol da regulação de situações que surgem, dia após dia e decorrentes da experiência

²⁹ Assim estatui o Artigo 30 e seu § 1º, da Lei 9.656/98: “Art. 30. Ao consumidor que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, é assegurado o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assumo o seu pagamento integral. § 1º O período de manutenção da condição de beneficiário a que se refere o caput será um terço do tempo de permanência nos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, com um mínimo assegurado de seis meses e um máximo de vinte e quatro meses”. E assim estatui o Art. 31: “Art. 31. Ao aposentado que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do Art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, pelo prazo mínimo de dez anos, é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assumo o seu pagamento integral”.

cotidiana com a administração de planos coletivos - não conduz a conclusões precisas acerca da posição de ex-beneficiários após o cancelamento do contrato coletivo de Plano de Saúde. O que fazer com a massa de beneficiários que, em pouco tempo, fica completamente desguarnecida de cobertura médica e hospitalar? E, ademais, o que fazer com a carteira de aposentados e inativos? Deve ser assumida pela provável próxima Operadora de Plano de Saúde contratada ou é de responsabilidade da antiga Operadora?

Diante das indagações acima expostas e da ausência de manifestação adequada do legislador é que se entende a necessidade de, teoricamente, serem apresentados caminhos para a proteção de ex-beneficiários e de Operadoras de Planos de Saúde. O momento se torna assim propício para o exame do que se decidiu chamar de responsabilidade pré e pós-contratual de consumidores e Operadoras de Planos de Saúde. No que tange à primeira, ou seja, à responsabilidade pré-contratual de consumidores, ver-se-á que está ligada a atos que antecedem, de forma imediata, à contratação do Plano de Saúde, estando diretamente relacionada ao dever de informação correta do contratante sobre seu estado e histórico de saúde. No tocante à segunda, vale dizer, à responsabilidade pós-contratual das Operadoras de Planos de Saúde, poder-se-á conferir que está ligada às situações de término de permanência de beneficiários em Contratos Coletivos e de cancelamento de contratos coletivos com suas repercussões individuais e coletivas. O exame destas questões, por razões metodológicas, iniciar-se-á pela responsabilidade pós-contratual de Operadoras de Planos de Saúde e será seguida da análise da responsabilidade pré-contratual dos consumidores. Valendo sempre lembrar que tal avaliação levará em conta situações concretas e determinadas, não se afastando a existência de outros exemplos e hipóteses de responsabilidade pré e pós-contratual de consumidores e Operadoras de Planos de Saúde.

Assim, no tocante à responsabilidade pós-contratual acima destacada, vale desde logo assinalar que está ligada, para os contornos aqui aduzidos, apenas aos casos carentes de previsão legal. Quando a lei trouxer qualquer previsão expressa de responsabilidade após a extinção do Contrato, para os fins ora pretendidos, repita-se, não se entenderá presente a responsabilidade pós-contratual que ora se objetiva apontar. Assim, as situações analisadas deverão trazer hipóteses de responsabilização pós-contratual depreendidas, pelo menos, das entrelinhas da lei, uma vez que, verificada expressa e clara previsão legal, não se encarará o caso como sendo enquadrado no que neste ensaio se objetiva também demonstrar.

De qualquer forma, é imperioso ressaltar que, no que tange às relações obrigacionais, merece especial destaque o que se convencionou chamar de deveres principais e deveres

secundários. A formação de uma relação obrigacional leva, normalmente, à criação de um dever principal, sem que sejam desconsiderados, no entanto, os deveres ditos secundários, decorrentes da mesma relação obrigacional. Com relação ao primeiro, está ligado à prestação principal e nada impede que existam várias prestações, todas reputadas principais. No que tange aos últimos, estão ligados aos primeiros e têm por finalidade a complementação daqueles.

No entanto, além dos deveres chamados principais e secundários, existem os deveres para os quais se deu o nome de acessórios. Estes, na verdade, nada mais são do que deveres de conduta e comumente estão associados aos deveres de informação, proteção e lealdade, derivados lógicos do princípio da boa-fé objetiva. Para estes deveres é que se deve conferir toda a atenção neste momento, pois daí decorreria importante faceta da responsabilidade pós-contratual. Neste sentido, desrespeitado dever acessório de conduta, ligado à informação, proteção ou lealdade, sem que exista previsão legal deste dever, poder-se-á estar diante da responsabilidade pós-contratual com que ora se procura, de forma específica e compartimentalizada, trabalhar. Conforme com precisão se manifesta Rogério Ferraz Donnini:

“É mister esclarecer, contudo, que se o dever de informação, proteção ou lealdade estiver previsto em lei, de maneira específica e que se enquadre ao caso concreto, ou ainda contratualmente, não será hipótese de responsabilidade pós-contratual, mas exato cumprimento de determinação legal que estende os efeitos do contrato, ou disposição contratual que estabelece uma certa produção de efeitos”.

E, em continuação, caminhando para a identificação da responsabilidade pós-contratual, conclui:

“Se essa pós-eficácia da obrigação (legal ou contratual) representa um dever genérico de comportamento como, por exemplo, na exigência de boa-fé, sua violação representa a ruptura dos deveres acessórios, o que faz retratar a responsabilidade pós-contratual ou a pós-eficácia em sentido estrito”.³⁰

Por consequência, de acordo com o já anteriormente anunciado, há casos em que a rescisão de um contrato de trabalho, na vigência do qual fazia *jus* o empregado a um Plano de Saúde, poderia levar, concomitantemente, à extinção da relação existente entre Operadora de Plano de Saúde e empregado. Entretanto, para estes casos, atento o legislador, o Art. 30 da Lei 9.656/98³¹

³⁰ DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade pós-contratual no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 102.

³¹ Com algumas ressalvas, semelhante entendimento adotou o legislador no que se refere aos aposentados, nos termos do Art. 31 da Lei 9.656/98.

trouxe solução, ainda que, de certa forma, incompleta³². Por outro lado, nos casos em que se verifica a rescisão do próprio contrato denominado coletivo, não foi o legislador infraconstitucional tão atento, abrindo-se um complexo e perigoso espaço para interpretações variadas, muitas das quais carecedoras da devida consistência jurídica.

Seguindo-se assim a linha apenas traçada, percebe-se que a rescisão de Contratos Coletivos, seja por vontade das Operadoras de Planos de Saúde, seja pelo desejo das Pessoas Jurídicas contratantes, traz uma série de consequências, uma das quais a perda do Plano de Saúde por parte dos empregados e ex-empregados (ainda contemplados) de uma Sociedade³³. O que fazer com uma, muitas vezes, enorme quantidade de pessoas que eram beneficiárias de determinado Plano de Saúde e que, por decisão alheia à vontade individual de cada um, deixam de sê-lo, sem qualquer perspectiva inicial de aquisição de um novo Plano?

Em alguns casos, tal situação é facilmente resolvida com a contratação, pela Sociedade Empregadora, de nova Operadora de Plano de Saúde, para a qual migram como beneficiários não apenas os funcionários em atividade, mas também os demitidos e aposentados. Também não são comuns problemas quando a antiga Operadora de Plano de Saúde decide aceitar a migração dos beneficiários do antigo plano coletivo para planos individuais, desde que observadas as mesmas coberturas contratuais e condições de pagamento. No entanto, existem casos em que não somente a antiga Operadora de Plano de Saúde não tem interesse em manter como clientes os antigos beneficiários do também antigo contrato coletivo, mas também a própria Sociedade Empregadora decide não mais oferecer tal benefício a seus empregados ou, ainda, quando a nova Operadora de Plano de Saúde impõe como condição de viabilidade do negócio a não absorção de parte do quadro de antigos beneficiários, tais como a carteira de demitidos e aposentados. Nestes casos, tem-se constatado uma indubitável insegurança social, a qual não vem encontrando uma garantia de solução junto ao Poder Judiciário. E, sobretudo, não se tem encontrado norma legal com força capaz de pacificar tal questão. É comum que se invoque a Resolução nº 19, de 23 de março de 1999, do Conselho de Saúde Suplementar, que assim estabelece em seu Art. 1º:

“Art. 1º - As operadoras de planos ou seguros de assistência à saúde que administram ou operam planos coletivos empresariais ou por adesão para empresas que concedem esse benefício a seus empregados, ou ex-empregados, deverão disponibilizar plano ou seguro de assistência à saúde na modalidade individual ou familiar ao universo de beneficiários, no

³² Conforme a seguir aduzido, após o término do prazo previsto no dispositivo em comento não se verifica previsão legal adequada para a continuidade da cobertura contratual aos até então beneficiários do Plano de Saúde.

³³ Mesma conclusão deve ser dada ao caso dos aposentados.

caso de cancelamento desse benefício, sem necessidade de cumprimento de novos prazos de carência”.

A Resolução é clara no tocante à desnecessidade de cumprimento de novos prazos de carência, contudo, sem grandes precisões no que se refere às coberturas contratuais e ao preço a ser pago após a migração para o plano individual.

Todavia, o vazio jurídico na matéria não deve significar uma ausência de solução consentânea e capaz de equilibrar interesses tanto dos beneficiários finais, quanto das pessoas jurídicas envolvidas. Neste sentido, sob a ótica dos deveres acessórios de conduta e da responsabilidade pós-contratual e, considerando, ainda, a acima já bem delineada natureza especial dos Contratos de Planos de Saúde, seria recomendável, prudente e, enfim, em consonância com a boa-fé, que as Operadoras de Planos de Saúde aceitassem a migração dos ex-beneficiários dos planos coletivos para planos individuais com as mesmas coberturas e condições de pagamento. Ou, pelo menos, caso tal solução se mostre economicamente inviável em alguns casos (contratos coletivos com número elevado de beneficiários e com alta despesa mensal), que houvesse a aceitação mencionada com as mesmas coberturas, mas ainda que sob condições distintas no tocante ao valor das mensalidades, o qual poderia ser objeto de nova negociação entre as Operadoras e as pessoas físicas desejosas de continuar com o mesmo Plano de Saúde.

Contudo, as anunciadas inseguranças jurídica e social aguçam-se no momento em que se passa a levar em conta a situação de demitidos, protegidos pelo Art. 30 da Lei 9.656/98, após o prazo neste dispositivo contido. Em outras palavras, após o término do prazo do Art. 30, aplicado no caso concreto, como legalmente proteger o ex-beneficiário, uma vez que não mais fará *jus* ao Plano de Saúde nas mesmas condições anteriores ou, muitas vezes, sequer conseguirá sua permanência no Plano?

Tentando encontrar normas que contemplem tal situação, assim estatui o § 7º do Art. 2º da Resolução nº 20, de 23 de março de 1999:

“§ 7º - O exonerado ou demitido, a seu critério e segundo regulamento do plano, contrato ou apólice coletiva, pode permanecer no plano por prazo indeterminado, considerando como condição mínima o contido no § 5º do Art. 30 da Lei nº 9.656/98”.³⁴

No entanto, como facilmente se percebe, tal norma não traz um dever para a Operadora de Plano de Saúde, uma vez que estabelece que a permanência no Plano por prazo indeterminado

³⁴ Assim estatui o § 5º, do Art. 30, da Lei 9.656/98: “§ 5º - A condição prevista no caput deste artigo deixará de existir quando da admissão do consumidor titular em novo emprego”.

dependerá da vontade do exonerado ou demitido e, também, da vontade da Operadora (“*segundo regulamento do plano*”). E, se o demitido, muitas vezes beneficiário do Plano de Saúde há muitos anos, não obtiver a concordância da Operadora com sua permanência, terá que procurar outra Operadora de Plano de Saúde para a contratação de novo Plano, ficando sujeito a novas condições, as quais incluem novos preços, coberturas e, principalmente, novos prazos de carência. Portanto, em respeito aos deveres acessórios de proteção e lealdade, poder-se-ia estar diante de responsabilidade pós-contratual das Operadoras de Planos de Saúde, no sentido de aceitar a continuação do demitido como beneficiário, ainda que sob novas condições, tais como preço e coberturas contratuais.³⁵

Assim, não há dúvidas de que tal responsabilidade deve ser assumida pelas Operadoras de Planos de Saúde nos casos acima destacados, a fim de que se respeite, incondicionalmente, o princípio da boa-fé objetiva já anteriormente explanado, sabendo-se e se ressaltando, entretanto e, em conclusão, que a devida, mais direta e objetiva regulação por parte do legislador, ou seja, por lei, trará, em favor e benefício de quem quer que seja, maior segurança jurídica e a certeza de que responsabilidades pós-contratuais, nos moldes do aqui exposto, poderão ser mitigadas ou, até mesmo, eliminadas diante de mais aguçada precisão jurídico-legislativa.

E, a observância de tal princípio conduz também ao exame da segunda análise inicialmente levantada e proposta, referente à responsabilidade pré-contratual³⁶ de consumidores quando da contratação de Planos de Saúde. Tanto o antigo quanto o novo Código Civil do país trouxeram previsões que demonstram a assunção da responsabilidade pré-contratual pelo direito positivo brasileiro.³⁷ Apenas a título exemplificativo, até porque o objetivo do presente ensaio não versa

³⁵ No que tange aos prazos de carência, não parece razoável imporem-se novos prazos, uma vez que se estaria diante de migração interna, isto é, de planos oferecidos por uma mesma Operadora de Plano de Saúde. Cabe também ressaltar que muitas vezes é sobremaneira interessante e vantajoso para um beneficiário manter-se na mesma Operadora de Plano de Saúde, ainda que com condições contratuais renegociadas. Na verdade, após algum tempo de vínculo com a Operadora de Plano de Saúde, é comum que o beneficiário possua clínicas, hospitais e médicos preferidos, com os quais já guarda enorme confiança e prazeroso contato. Assim, privilegiar a manutenção do beneficiário na mesma Operadora é medida de salutar justiça, sobretudo se se levar em conta princípios como o da qualidade de vida, bem-estar social e, em última instância, da própria dignidade da pessoa humana. Por conseguinte, o oferecimento, pela Operadora de Plano de Saúde, da possibilidade de permanência do demitido no Plano de Saúde após o prazo previsto no Art. 30 da Lei 9.656/98 e definido de acordo com o caso concreto, é exemplo do que aqui se decidiu denominar responsabilidade pós-contratual, fundada nos deveres acessórios de lealdade e proteção.

³⁶ Responsabilidade esta denominada pela doutrina alemã de *culpa in contrahendo*. Para aprofundamento, conferir, entre outros: BENATTI, Francesco. *A responsabilidade pré-contratual*. Tradução de Vera Jardim e Miguel Caieiro. Coimbra: Livraria Almedina, 1970.; VARGAS, Valmir Antônio. *Responsabilidade civil pré-contratual*. Curitiba: Editora Juruá, 2006.; e CHAVES, Antonio. *Responsabilidade pré-contratual*. 02. ed. São Paulo: Lejus, 1997.

³⁷ Segundo Rogério Ferraz Donnini: “A culpa in contrahendo surgiu na Alemanha por intermédio de Rudolf von Ihering, em 1861. Na realidade, foi essa teoria sistematizada nessa data por esse doutrinador tedesco, uma vez que o direito romano, posto de forma limitada, já tratava da responsabilidade pré-contratual, o que se acentuou no período justiniano, em que a atitude inadequada, incorreta de um dos contraentes na fase de negociações, portanto antes da celebração do contrato, era punida por meio da *actio ex contractu*” (DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade pós-contratual no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 46-47).

sobre uma análise aprofundada das responsabilidades pré e pós contratual, os Arts. 94, 1.108 e 1.121 da antiga legislação civil brasileira e, entre outros, os Arts. 113, 187, 430, 461 e, sobretudo, 422 do novo Código Civil trataram de manter ativa a responsabilidade pré-contratual no Direito nacional.

Neste sentido, assim estatui o Art. 422 do atual Código Civil:

“Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Sustentada a presença de tal responsabilidade, não há dúvidas de que consumidores e Operadoras de Planos de Saúde, ainda quando da fase de informações, decisões e negociações, prévia à celebração³⁸ do Contrato, devem agir com lealdade, correção e lisura entre si. Neste sentido, vem imediatamente à tona a necessidade de os consumidores informarem corretamente seu estado de saúde, comunicando a Operadora de Plano de Saúde sobre doenças presentes e pretéritas. Certamente, no que tange a tal dever de informação, estão os consumidores vinculados apenas à declaração de doenças das quais tenham conhecimento. Doenças silenciosas, as quais não manifestam sintomas externos claros e convincentes, podem levar o contratante a responder negativamente itens do questionário denominado ‘Declaração de Saúde’, sem que se reste configurada qualquer atitude contrária à boa-fé. De qualquer forma, o dever de informação por parte do consumidor é indispensável, sob pena de, em caso de declarações inverídicas, poder a Operadora de Plano de Saúde suspender e, até mesmo, cancelar o Contrato celebrado³⁹, uma vez que configurada estará a fraude, decorrente de violação do dever de informação, ainda que na fase pré-contratual⁴⁰.

³⁸ Em conformidade com o que ora se examina, entende-se que a celebração do Contrato somente ocorre quando ambas as partes envolvidas assinam o contrato, ato este comumente consubstanciado na assinatura da proposta de adesão ao Plano de Saúde, a qual inclui anexa declaração de saúde e eventuais aditivos ao contrato. Portanto, no momento do preenchimento dos dados e das condições de saúde, mas antes da assinatura final, está-se em fase pré-contratual, no decorrer da qual, conforme já salientado, devem as partes agir com respeito mútuo, em atendimento à boa-fé objetiva.

³⁹ Assim estatui o inciso II, do parágrafo único, do Art. 13 da Lei 9.656/98: “Art. 13. Os contratos de produtos de que trata 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. Parágrafo único. Os produtos de que trata o caput, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas: (...) 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”.

⁴⁰ Relativamente às chamadas doenças preexistentes, inúmeros são os casos submetidos, já há tempos, ao Poder Judiciário, sobretudo mediante ações judiciais propostas por consumidores que se sentem prejudicados por uma negativa de cobertura, por parte da Operadora de Plano de Saúde, sob a alegação, desta última, de estar o beneficiário no cumprimento de prazo de carência específica e legalmente previsto para a situação concreta. A grande maioria das decisões judiciais, nos mais variados cantos do país e, tanto em 1º, quanto em 2º grau de jurisdição, revelam uma posição bastante protecionista, em favor do consumidor, pela Justiça brasileira. Por exemplo, mesmo diante de falha e

Assim, fica evidente que a boa-fé objetiva deve nortear os contratantes de Planos de Saúde desde antes da celebração do Contrato, sob pena, de acordo com expressa previsão legal, de possibilidade de responsabilização daquele que indevida e ilicitamente praticou sua conduta. E, frise-se, norteammento que, conforme já acima também destacado, deve alcançar a fase pós-contratual, de maneira a se construir, nas relações privadas do país, a mentalidade e, sobretudo, a concepção de que os deveres contratuais não se limitam ao período de vigência de contrato, expandindo-se para os momentos prévios e posteriores à celebração da avença.

Nos Contratos de Planos de Saúde, os exemplos recortados e escolhidos mostram, com clareza, que tanto consumidores, quanto Operadoras de Planos de Saúde devem guardar, entre si, respeito mútuo, o qual abrange as condutas de lisura, correção, lealdade, proteção e informação antes, durante e após a contratação.

A nova realidade brasileira no tocante ao direito à saúde, para a qual se dedicou atenção especial na primeira etapa deste breve artigo, torna este comportamento obrigatório, uma exigência social, a qual, uma vez não cumprida, sujeitará o infrator à responsabilização civil em âmbito judicial, desde que, como já bem destacado, aja o Judiciário com isenção e no fiel cumprimento de suas atribuições, abandonando interpretações e condutas assistencialistas e contrárias ao próprio interesse público.

falta do consumidor no ato de informação de uma doença preexistente e, principalmente, também pré-ciente, se estiver presente uma situação de urgência e/ou emergência, tenderá o Judiciário a deferir a pretensão autoral e condenar a Operadora de Plano de Saúde. Também é comum encontrarem-se decisões judiciais transferindo a responsabilidade para a Operadora de Plano de Saúde, sob a argumentação de que a esta última caberia realizar e exigir dos contratantes exames prévios, os quais poderiam comprovar eventual doença preexistente. De qualquer forma, conforme já bem anunciado, aqui se entende que o dever de lealdade pelo consumidor não pode ser afastado, estando-se realmente diante da existência de clara responsabilidade informativa deste último, no momento que antecede a contratação do Plano de Saúde. Como exemplo, veja-se Decisão, do ano de 2014, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a partir da qual, senão reconhecida na integralidade a falta de boa-fé do consumidor, foi determinada culpa concorrente de Operadora de Plano de Saúde e consumidor: “0026869-48.2012.8.19.0204 – APELACAO. DES. ANTONIO CARLOS BITENCOURT - Julgamento: 28/05/2014 - VIGESIMA SETIMA CAMARA CIVEL CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. NEGATIVA DE COBERTURA PARA CIRURGIA BARIÁTRICA. Alegação da apelante de que a negativa estaria fundada na preexistência da doença omitida pela apelada no momento da contratação do plano de saúde. Hipótese sob análise que se trata de relação de consumo, sendo assim, a responsabilidade do prestador pela ocorrência de danos aos consumidores é objetiva, nos termos do art. 14 do CDC. *Existência de má-fé da autora, que prestou informação falsa no momento da contratação*, negando ser portadora de qualquer doença preexistente, declarando pesar 72 kg, quando na verdade, a mesma possuía 120,3 kg. Ré, que por sua vez, *não realizou prévio exame pericial*. Razão que não assiste a nenhuma das partes, uma vez que ambas não cumpriram os seus deveres. Violação de condutas e princípios intrínsecos a qualquer relação contratual, tais como a transparência, boa-fé, honestidade e lealdade, paralelamente à eticidade como regra geral de conduta. Obesidade mórbida que está catalogada, desde 1996, na listagem da Associação Médica Brasileira dentre as enfermidades cobertas obrigatoriamente pelo seguro, não podendo, desta forma, ser inculcado à autora o pagamento de cirurgia com valor tão alto, não podendo também, em contrapartida, ser a apelada obrigada a arcar integralmente com o referido procedimento cirúrgico, quando na verdade, foi lesada pela autora no momento em que a mesma faltou com a verdade quando da contratação. Ocorrência de culpa recíproca, sendo às duas partes determinado que suportem, de igual, por suas falhas, os gastos expendidos com o procedimento. Custas e honorários pro rata. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO”.

O assentamento de tais questões perdurará e somente a evolução do enfrentamento de problemáticas, tais como as aqui examinadas, poderá conduzir as relações sócio-jurídicas ligadas à saúde à pacificação e ao respeito equânime dos variados princípios estampados na Constituição brasileira.

4. Conclusão

As responsabilidades pré e pós contratuais de consumidores e Operadoras de Planos de Saúde são o reflexo do crescente aumento da juridicidade das questões ligadas à saúde privada no Brasil. A aplicação de princípios jurídicos distintos, tal como o da boa-fé objetiva na formação, vigência e extinção de Contratos de Planos de Saúde, assim como o constante desenvolvimento teórico e jurisprudencial sobre questões variadas ligadas aos Planos de Saúde, são comprovação cabal de que o universo jurídico brasileiro foi ampliado para receber novos conceitos, interpretações, institutos e instrumentos, todos diretamente vinculados à prestação de serviços médicos, laboratoriais e hospitalares por Operadoras de Planos de Saúde, pessoas jurídicas de direito privado hoje responsáveis pela disponibilização de acesso à saúde minimamente qualitativa a uma considerável massa de brasileiros.

Os problemas, vícios e as inúmeras deficiências da saúde pública no país fomentaram a criação e desenvolvimento desse mercado, atualmente voltado para as mais variadas classes sociais e detentor de um indiscutível e significativo potencial. Se as políticas públicas foram e são escassas e ineficientes, coube ao setor privado inteligentemente suprir a fenda criada pelos governantes, proporcionando à população o que, de fato, parecia distante e inalcançável.

Infelizmente, o crescimento desta saúde privada não serviu de estímulo para que ocorresse fenômeno concomitante no tocante à saúde pública, a qual continua estagnada e, sob focos diferenciados, até mesmo, em curva descendente. Conforme bem salientado no curso deste breve artigo, não há como se almejar o desenvolvimento de uma nação sem que estejam asseguradas as liberdades substanciais a que cada cidadão tem direito. Educação, saúde, moradia, entre outros, são direitos que devem ser garantidos e tutelados pelo Estado, sob pena de, caso assim não se proceda, não consiga o país desenvolver-se adequadamente.

Na mesma medida, o desenvolvimento do país será o fomentador da maior garantia das citadas liberdades, entre as quais a própria saúde e o direito dela decorrente. A saúde como

liberdade, da forma como anunciada, é o anúncio da conclusão de que, sem a tutela e garantia de saúde de qualidade à população, não haverá como se vislumbrar maior e mais ampla liberdade real e substancial, sem o que não se poderá cogitar de desenvolvimento com um mínimo de sustentabilidade e qualidade.

Que o crescimento da saúde privada, com a sedimentação da figura dos Planos de Saúde signifique também o estímulo e o impulso necessário para que sejam tomadas medidas emergenciais e necessárias à melhoria da saúde pública.

5. Bibliografia

- APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Editora Juruá, 2006.
- ÁVILA, Humberto. *Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*. Revista Trimestral de Direito Público (RTDP) 24/159-180. São Paulo, Editora Malheiros, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 04. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.
- BENATTI, Francesco. *A responsabilidade pré-contratual*. Tradução de Vera Jardim e Miguel Caieiro. Coimbra: Livraria Almedina, 1970.
- BONIZZATO, Luigi. *Propriedade urbana privada & direitos sociais*. Curitiba: Editora Juruá, 2007.
- BOTTESINI, Maury Ângelo, MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos e seguros de saúde*. 02. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- CARVALHO, José Carlos Maldonado. *Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005.
- CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli, MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- CHAVES, Antonio. *Responsabilidade pré-contratual*. 02. ed. São Paulo: Lejus, 1997.
- DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade pós-contratual no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías: la ley del más débil*. 03. ed. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2002.
- FIGUEIREDO, Antônio Macena de, LANA, Roberto Lauro (Coord.). *Temas de direito médico*. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2004.

- HART, Herbert L.A. *O conceito de Direito*. 03. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 03. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LUCAS, Javier de. *El concepto de solidaridad*. México: Fontamara, 1993.
- MARTINS, Flávio Alves. *A boa-fé objetiva e sua formalização no Direito das Obrigações Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- MARZAL, Antonio. *Protección de la salud y derecho social*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1999.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 02. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997.
- PRADO, Karine Monteiro. *A qualificação jurídica da prestação de serviços públicos como relação de consumo*. In: CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli, RIBEIRO, Cláudio Rezende (Org.). *Paisagem urbana e direito à cidade*. Rio de Janeiro: Editora PROURB, 2010.
- REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 02. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- WEBER, Demétrio. *Má gestão do SUS ameaça atendimento em hospitais*. O Globo, Rio de Janeiro, 25 de março de 2007, O País, p. 01-04.
- VARGAS, Valmir Antônio. *Responsabilidade civil pré-contratual*. Curitiba: Editora Juruá, 2006.