

Impacto da súmula 469 do STJ sobre o mercado de planos de saúde: a possível extinção dos contratos individuais. Necessidade de aplicação sistêmica do solidarismo constitucional para efetiva tutela do consumidor.

Impact of the scoresheet 469 of the STJ over the health insurance market: the possible extinction of individual contracts. Need for systemic application of solidarismo for effective consumer protection constitutional.

Luiz Sávio Aguiar Lima¹

Antônio Jorge Pereira Júnior²

Resumo

O presente trabalho tem por objeto apresentar, para efeitos de avaliação e aprimoramento do solidarismo constitucional, um efeito negativo gerado pela súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no mercado de saúde suplementar. Ao sumular a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas contendas envolvendo empresas fornecedoras de planos de saúde e usuários/consumidores, o STJ provocou, por parte dos fornecedores de planos de saúde, a fuga da contratação na modalidade individual, em favor de planos coletivos, onde é mais ampla sua autonomia negocial. Começa-se pela abordagem da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, derivada do solidarismo constitucional, com ênfase no Direito do Consumidor. Posteriormente apresenta-se o direito à saúde como segmento protegido pela Constituição Federal. Por fim, trata-se da súmula 469 do STJ e seus efeitos no mercado de planos de saúde, especificamente seus desdobramentos sobre os contratos individuais e coletivos. A trajetória que culminou na Súmula 469 leva à conclusão de que melhor avaliação sistêmica de doutrinadores e Ministros, levando em consideração os efeitos deletérios que poderiam recair sobre o conjunto dos consumidores, poderia ter culminado em sumulado diferente ou em ação conjunta do poder regulamentador para melhor tutela do consumidor.

Palavras-Chave: Planos de Saúde. Direito do Consumidor. Eficácia dos direitos fundamentais no direito privado. Direito à saúde. Súmula 469 do STJ.

Abstract

¹ Mestrando em Direito Constitucional nas Relações Privadas pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Pós-graduado em Direito e Gestão Tributária pela Faculdade Farias Brito - FFB. Professor da Faculdade Metropolitana da Grande Fortaleza – FAMETRO. Conselheiro Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Ceará. Procurador do Tribunal de Justiça Desportiva do Ceará. E-mail: savioaguiar@costaaguiar.adv.br

² Doutor, Mestre e Bacharel em Direito (USP). Professor do Programa Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Fortaleza (PPGD-UNIFOR). Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas (APLJ), do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP), da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/CE e da OAB/SP. E-mail: antoniojorge@unifor.br.

The present work has as purpose to present, for the purpose of evaluation and improvement of constitutional solidarism, a negative effect generated by the scoresheet 469 of the Superior Court of Justice (STJ) in the health market. To sumular the implementation of the code of consumer protection in disputes involving companies providing health plans and users/consumers, the STJ led by the suppliers of health plans, the escape of the hiring individual mode in favor of collective plans, where is wider negotiating autonomy. Start by approaching the effectiveness of fundamental rights in private relations, derived from the constitutional solidarism, with emphasis on consumer law. Later presents itself the right to health as segment protected by the Federal Constitution. Finally, this is the scoresheet 469 of the Supreme Court and its effect on the health insurance market, specifically their consequences on the individual and collective contracts. The trajectory that culminated on the scoresheet 469 leads to the conclusion that better systemic evaluation of indoctrinators and Ministers, taking into account the damaging effects that might befall the set of consumers, could have culminated in simulated different or in joint action of the regulatory power to better consumer protection.

Keywords: Health plans. Consumer law. Effectiveness of fundamental rights in private law. Right to health. Scoresheet of 469 STJ.

Introdução

O preâmbulo da Constituição de 1988 define o Brasil como “Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)”. O art. 3º estabelece como objetivo fundamental da República “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (inciso I). Recria-se o Brasil, constitucionalmente, como Estado solidarista, no qual a aplicação do direito deverá atualizar a solidariedade e a fraternidade preconizados no topo da hierarquia normativa. Um dos efeitos decorrentes desse paradigma será a abertura para a extensão dos direitos fundamentais, antes restrita às relações Estado-cidadão, às avenças entre particulares, sempre que favorecer a realização da dignidade humana em perspectiva solidária e fraterna.

Nesse contexto, para superar desigualdades, justificar-se-á o intervencionismo estatal como instrumento para se realizar a justiça distributiva (MORAES, 2010, p.10). A divisão estanque entre público e privado cederá passo para a aplicação de medidas que ensejem a realização e garantia da dignidade da pessoa humana, eixo ao redor do qual se ergue toda a ordem jurídica. A Constituição representará, assim, grande avanço para atuação dos direitos fundamentais, por prever um regime jurídico de proteção diferenciado, aplicado com máximo de alcance (DUARTE, 2012, p. 421).

Nesse contexto se insere o estudo ora realizado, que aborda a questão da incidência das normas de direitos fundamentais nas relações privadas, por meio da teoria da eficácia direta e imediata, onde as disposições constitucionais seriam aplicadas em sua totalidade nas relações entre particulares. Faz-se também breve análise do Direito à Saúde, conectado ao direito à vida e ao bem-estar social, alicerçados no princípio fundante da dignidade da pessoa humana. Aborda-se então o tema central do presente trabalho, qual seja, avaliar o impacto negativo que a Súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça sobre a oferta de planos de saúde a pessoas físicas mediante contratos individuais. Em razão da postura consolidada na Súmula 469, as empresas de prestação de serviço de saúde, desestimuladas a operar esse tipo de contratação, tendem a abandonar tal fatia do mercado, o que fará que sejam mais raras as ofertas, fazendo mais caro a contratação ou piorados os serviços. Foi lastreado no solidarismo que o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 469, que afirma a aplicação integral e direta do Código de Defesa do Consumidor (CDC) nos contratos de plano de saúde. As empresas fornecedoras pleiteavam aplicação apenas subsidiária do CDC, em razão da existência de lei específica a regular a matéria.

A percepção do efeito inesperado produzido, prejudicial ao conjunto dos consumidores, ao provocar a escassez da contratação individual, pela diminuição da oferta ou aumento do preço, serve de alerta para que a aplicação do solidarismo seja realizada sopesando-se os efeitos econômicos globais sobre os pretensos beneficiários da decisão judicial, de modo que o Estado atue nas vertentes judicial e regulamentar simultaneamente. A atuação do Estado-Julgador, quando realizada sem perspectiva sistêmica que leve em consideração a necessidade de regulamentação para garantir o efeito pretendido, pode anular ou sobrepujar a decisão judicial, gerando-se perdas ao consumidor que se pretendia proteger.

1. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas

Inicialmente, para que seja possível efetuar uma análise de efeito deletério indesejado, decorrente da aplicação da Súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça nas relações entre consumidores e fornecedores de planos de saúde, é mister se trabalhe a questão da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Neste sentir, discussão antiga no campo da ciência jurídica tem sido a incidência de princípios e direitos fundamentais nas relações entre particulares, cenário dividido entre aqueles que defendem a aplicação e os que entendem não ser cabível a horizontalização dos direitos fundamentais.

Para os que negam a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, a principal doutrina de referência é do *State Action*. Em linhas gerais, essa corrente propugnava que os direitos fundamentais expressos na Constituição dos Estados Unidos da América não se aplicavam às relações travadas entre os particulares. Nesse diapasão, a estrutura norte-americana acabou por privilegiar o discurso liberal, oportunidade em que a não intervenção dos direitos fundamentais nas contendas privadas proporcionou um individualismo intenso na cultura jurídica daquele país. Afirma SARMENTO (2008, p. 196) que a doutrina do *State Action* não apresentaria a melhor tese interpretativa, uma vez que as lesões de direito não advêm apenas do Estado, sendo também as entidades privadas e os particulares responsáveis por grandes ameaças e causadores de potenciais danos.

Diferentemente ao *State Action*, surgiu entre doutrinadores germânicos a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, que sustenta em seu arcabouço a necessidade de aplicação dos direitos fundamentais para além da relação cidadão-Estado. Para esses, seria tal posição mais conforme ao Estado Social e à dignidade da pessoa humana.

No velho secular litígio sobre a questão, se a pessoa particular ou a totalidade, o estado, está no centro do direito, a decisão fundamental caiu para a dignidade e a liberdade da personalidade particular. No centro do nosso sistema de valores estão a pessoa e os valores, que somente fazem digna de viver a vida e que somente são dignos de pessoas livres. A dignidade da pessoa como valor extremo é o centro da ideia de direito, da força que torna moral no direito. (DÜRIG; NIPPERDEY; SCHWABE, 2012, p.52)

Neste sentir, observa-se que a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas no contexto dos Estados Sociais seria imprescindível para a manutenção da plena liberdade humana, principalmente pelo fato de o texto constitucional atrelar vários preceitos basilares da sociedade a esta categoria de direitos. Nos ensinamentos de DÜRIG, NIPPERDEY e SCHWABE (2012, p.52), o direito privado é um componente integrante do ordenamento jurídico total, devendo harmonizar dimensões de feito individual e social.

A ameaça da liberdade é grande. Cada ordem liberal tem de partir disto, que a liberdade é um todo e indivisível, no qual, à liberdade política, religiosa, espiritual e econômica, a liberdade humana original do particular em todos os âmbitos de vida tem de associar-se. As nações do mundo livre, que desejam guardar aquilo que por causa do conservar do seu ser vale, que não se querem perder na corrente de uma arremetida poderosa, não se poderão entregar à vontade, sim, à fúria do consumo, ao hedonismo moderno. Elas carecem do impulso moral, da renovação interior sem interrupção, da confiança, energicamente provada, na razão e nas ideias de ordem, liberais rigorosas muito firmes, para sua vivência em comum. O direito como ordem uniforme, e nela o direito privado, tem de e pode contribuir com o seu para isto, servir esses objetivos. Isso dá a ele seu valor e sua dignidade. (DÜRIG; NIPPERDEY; SCHWABE, 2012, p.70)

A teoria da eficácia direta e imediata, embora não tenha sido aceita na Alemanha, locus de seu nascimento (SARMENTO, 2008, p.216), inspirou países como Itália, Portugal, Argentina e Espanha. Foi na Alemanha também que surgiu uma teoria intermediária, denominada teoria da eficácia indireta ou mediata (SARMENTO, 2008, p. 197), a *Mittelbare Drittwirkung* - Efeito horizontal indireto. Ela foi desenvolvida originalmente no ano de 1956, e teve como precursor o doutrinador alemão Günter Dürig.

(...) [Mediante] el recurso inmediato a los derechos fundamentales amenaza con perderse la identidad del Derecho Privado, acuñada por la larga historia sobre la que descansa, en perjuicio de la adecuación a su propia materia de la regulación y de su desarrollo ulterior, para lo cual depende de especiales circunstancias materiales que no cabe procesar sin más con criterios de derechos fundamentales. Aparte de ello, correría peligro el principio fundamental de nuestro Derecho Privado, la autonomía privada, si las personas en sus relaciones recíprocas no pudieron renunciar a las normas de derechos fundamentales que son indisponibles para la acción estatal. (HESSE, 1995, p. 60-61)

A teoria da eficácia mediata nega a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas porque, segundo seus adeptos, esta incidência acabaria exterminando a autonomia da vontade (SARMENTO, 2008, p. 198). A teoria adotada pelo sistema alemão entende que ao não acolher a teoria da eficácia direta e imediata, estar-se-á controlando o poder ofertado ao Judiciário, salvaguardando assim a liberdade individual. Na verdade, a teoria da eficácia mediata é apenas uma pequena variação da teoria do *State Action*, uma vez que aquela permite uma análise e interpretação do caso concreto sob os auspícios constitucionais, situação esta não permitida pela teoria norte-americana.

No Brasil, o estudo das teorias de eficácia ainda carece de maior desenvolvimento. Por meio dos julgados e de alguns doutrinadores que se debruçaram sobre a matéria, no entanto, é possível afirmar que a teoria mais aplicada até o momento seria a da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. De certo, temos que o Brasil, por ter adotado uma constituição solidarista, acabou por trilhar caminho diverso ao modelo norte-americano do *State Action*, assim como do adotado pela teoria mediata alemã, como se verá³. O conteúdo dos direitos fundamentais se consubstanciam em bens que também integram, inexoravelmente, relações privadas. Tendo tais direitos caráter de indisponibilidade, como regra, não faria sentido que se cobrasse do Estado respeito a tais direitos e se permitisse ao particular a ofensa aos mesmos bens.

³ Qualquer posição que se adote em relação ao tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais não pode descurar da moldura axiológica delineada pela Constituição de 1988, e do sistema de direitos fundamentais por ela hospedado. Não resta dúvida, neste ponto, que a Carta de 88 é solidarista, como revela seu generoso elenco de direitos sociais e econômicos (arts. 6º e 7º, CF).

Apenas em caráter ilustrativo, vale referir alguns exemplos extraídos da Constituição Federal de 1988 e que apresentam direta relação com o Direito Privado; o direito à indenização por violação da honra, intimidade e da imagem (artigo 5º, Inciso X); a função social da propriedade e o direito de propriedade em termos gerais, que abrange também a propriedade intelectual e industrial (art. 5º, incisos XXII-XXIX); o direito à herança (artigo XXX-XXXI); a tarefa do Estado no sentido de proteger o consumidor (art. 5º, inciso XXXII); disposições sobre aquisição da propriedade por usucapião especial urbano e rural (Art. 183 e 191); proteção da família, do casamento, das uniões estáveis, assim como a vedação da discriminação entre os cônjuges e dos filhos (artigos 226 227), dentre outros que poderiam ser colacionados. (SARLET et al., 2007, p. 121)

Em outra perspectiva, SARMENTO (2008, p.318) reforça a necessidade de se utilizar a teoria da eficácia direta e imediata devido às inúmeras diferenças existentes na sociedade brasileira: injustiças e assimetrias de maior monta justificariam um reforço na tutela dos direitos humanos no campo privado. Traz Konrad Hesse (1991, p. 20) que quanto mais o conteúdo de uma Constituição corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa. O art. 5º, inciso XXXII da Constituição Federal de 1988, compõe o repertório de dispositivos referidos aos direitos e garantias fundamentais. Determina que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. Neste contexto, a realização do direito do consumidor surgirá também como mecanismo de aplicação dos direitos fundamentais e, logo, passível de ser tratado segundo os fundamentos da teoria direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, uma vez voltado à relação entre fornecedor e consumidor.

Por fim, o cidadão que contrata plano de saúde tenderá a ser qualificado como consumidor e, nessa condição, tenderá a ser especialmente protegido pela Ordem Jurídica em face do fornecedor. Sua defesa é objeto das garantias constitucionais e atualização da solidariedade preconizada pela Constituição. Cabe, no entanto analisar como se efetiva essa proteção, que pode chegar a gerar perdas, para além de benefícios, ao inibir o mercado de ofertar serviços e produtos considerados de grande importância para os cidadãos. A proteção pretendida, quando não considera todo o sistema, pode gerar perdas consideráveis.

2. Direito à Saúde

No plano internacional, o direito à saúde foi albergado no texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, por meio dos artigos 22 e 25, onde se asseguram como direitos fundamentais o direito à segurança social e à saúde. O artigo 22 convoca as forças nacionais e internacionais a se unirem para garantir os direitos sociais e demais que sejam necessários para a realização e desenvolvimento da pessoa, de acordo com

sua dignidade. *In verbis*: “Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.” Nota-se aqui o solidarismo.

No artigo 25, por sua vez, exsurge de modo expresso o direito à saúde e aos bens necessários para sua manutenção, que deve ser garantido igualmente àquele não tem como prover sua própria subsistência. Declara-se assim, de modo reflexo, o dever da sociedade e do Estado de suprirem-no subsidiariamente. Dita o artigo 25: “Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, 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 em circunstâncias fora de seu controle”.

No Brasil, a saúde é um direito constitucional assegurado pelos artigos 5º, 6º, 23, II e 196 da Constituição Federal de 1988. Trata-se de um direito fundamental e, ao mesmo tempo, direito social básico, que visa reduzir as desigualdades e promover assim o bem-estar social. O artigo 5º enuncia em seu *caput* o direito à vida. O artigo 6º apresenta a saúde como direito social. O art. 23 atribui como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (inciso II)”. Por fim, o artigo 196 estipula que 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”.

Consoante já sinalado, por mais que se queira advogar a causa dos adversários da constitucionalização de um direito à saúde (como, de resto, dos demais direitos sociais), a nossa Constituição vigente, afinada com a evolução constitucional contemporânea e o direito internacional, não só agasalhou a saúde como bem jurídico digno de tutela constitucional, mas foi mais além, consagrando a saúde como direito fundamental, outorgando-lhe, de tal sorte, uma proteção jurídica diferenciada no âmbito da ordem jurídico-constitucional pátria. (SARLET, 2007, on line)

Complementando o acima citado, SARLET (2005, p. 326) afirma que além da vinculação com o direito à vida, o direito à saúde se encontra umbilicalmente atrelado à proteção da integridade física do ser humano, igualmente a posições jurídicas de fundamentalidade indiscutível. Assim, o direito à saúde emparelha-se ao direito à vida e ao bem-estar social, como reflexos imediatos e necessários da dignidade da pessoa humana. A

qualidade de vida e a saúde são bens credores de tutela constitucional. Ainda nesta linha, VIEIRA (2006, p. 37) afirma que uma sociedade que respeita o princípio da dignidade da pessoa humana será uma sociedade muito próxima do ideal de justiça.

Conforme assinala SOARES (2009, p.85), após ter sido situado como princípio basilar no texto constitucional, a dignidade da pessoa humana passou a embasar todo o sistema constitucional, orientando assim a totalidade dos direitos fundamentais.

(...), não há dúvida alguma de que a saúde é um direito humano fundamental, aliás fundamentalismo, tão fundamental que mesmo em países nos quais não está previsto expressamente na Constituição, chegou a haver um reconhecimento da saúde como um direito fundamental não escrito (implícito), tal como ocorreu na Alemanha e em outros lugares. Na verdade, parece elementar que uma ordem jurídica constitucional que protege o direito à vida e assegura o direito à integridade física e corporal, evidentemente, também protege a saúde, já que onde está não existe e não é assegurada, resta esvaziada a proteção prevista para a vida e integridade física. (SARLET, 2007, on line).

A solidariedade constitucional também se manifesta nas competências comuns atribuídas às diversas unidades da Federação. As políticas públicas referentes à saúde são de responsabilidade conjunta da União, dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, conforme preconiza o artigo 198 da Constituição, fundamento do Sistema Único de Saúde⁴. Ou seja, entre eles existe uma responsabilidade solidária no sentido de promover a máxima proteção ao indivíduo. O Estado entendido na sua acepção de gênero deve proporcionar todos os meios capazes de viabilizar a saúde, uma vez que representa consequência do princípio da dignidade humana e do direito à vida. Sua indiferença, ou mesmo sua omissão, apresenta caráter violador da norma constitucional.

Ressalte-se que o texto constitucional brasileiro não atribuiu exclusividade à prestação de serviços de saúde por parte do Estado, oportunizando à iniciativa privada a execução de tais⁵. Por se tratar de prestação de serviços por estabelecimentos e prestadores particulares, observa-se a aplicação direta e imediata do Código de Defesa do Consumidor, por serem bem delineados os personagens da relação entabulada, ou seja, consumidor e fornecedor.

⁴ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:
I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

⁵ 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.

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.

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.

Neste ambiente de prestação de serviços entre particulares surgem os planos de saúde, que se atualizam por meio de contrato de adesão, mediante o qual consumidores e fornecedores se obrigam mutuamente a cumprirem as normas estabelecidas na avença contratual.

Entretanto, por ser modalidade de contrato de imposição, onde não é dado o direito ao consumidor de questionar ou debater as cláusulas, na grande maioria das vezes surgem os conflitos para o Judiciário resolver. Pelo fato de o consumidor ser, como regra, a parte mais fraca da relação, também chamada de hipossuficiente, acabou o Judiciário brasileiro formando um convencimento protecionista em seu favor, invocando para tanto os preceitos constitucionais e os ditames da lei 8.078/90, também chamado de Código de Defesa do Consumidor.

3. Efeitos indesejados da Súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça

Como dito no tópico anterior, a Constituição Federal, ao permitir a execução dos serviços de saúde por entes particulares, favoreceu o surgimento de um grande mercado econômico. Consolidou-se assim um robusto sistema de saúde privado, como alternativa à insuficiência do sistema público. Os planos de saúde incorporaram-se como bem necessário na vida das pessoas. Tal essencialidade advém do fato de o Estado não prestar o serviço de saúde a contento para a população, constringendo-a a contratar com empresas particulares, em garantia efetiva do bem da vida. Neste cenário, surgiu no ano de 1998, ou seja, dez anos após a edição da Constituição Federal de 1988, a Lei. 9.658.

A Lei 9.656/1998 impõe uma disciplina específica para as relações de consumo na saúde suplementar, mediante o disciplinamento da cobertura assistencial, abrangência dos planos, rede credenciada, procedimentos e eventos cobertos e não cobertos, carências, doenças e lesões preexistentes e cumprimento de cláusulas contratuais, além de estabelecer normas de controle de ingresso, permanência e saída das operadoras nesse mercado, estabelecer normas relativas à solvência e liquidez dessas operadoras a fim de preservar sua sustentabilidade e transparência (GREGORI, 2011, p. 344)

Em face de um mercado em crescente ascendência, a lidar com a vida e a saúde dos cidadãos, impôs-se a necessidade de promover sua regulação, com o fim único de evitar desequilíbrios nas relações travadas com o consumidor. Desse modo, no ano 2000, este mercado passou a ser regulado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, também chamada de ANS, onde a atribuição maior seria a promoção da defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as empresas que prestam serviços, qualificadas na condição de fornecedoras, à luz da lei 8.078/90.

São duas as grandes modalidades de oferta dos planos de saúde. Os contratos são realizados na forma individual ou coletiva. Naquela, o consumidor, pessoa física, adere a uma forma contratual, atendendo assim os ditames da legislação e das normas expedidas pela ANS. Já nos planos coletivos, a contratação ocorre por meio de uma pessoa jurídica intermediária, que se vincula primeiro à prestadora de serviços de plano de saúde. Por seu intermédio, pessoas individuais, ligadas à pessoa jurídica que contratou a prestadora de plano de saúde, realizam a contratação. A contratação coletiva pode ainda acontecer de duas formas, ou seja, pode ser em sua forma empresarial ou por adesão. GREGORI (2011, p. 345), afirma que basicamente a diferença entre um e outro modelo de contratação ocorre por conta do vínculo dos consumidores com a pessoa jurídica, sendo considerada empresarial quando os usuários estiverem vinculados a empresa na condição de empregados, enquanto será de adesão quando os usuários estiverem vinculados a uma associação, ou conselho de classe.

Como dito em linhas anteriores, o crescimento do mercado de saúde suplementar no Brasil gerou uma massificação na contratação de planos de saúde e com ela vieram também os problemas derivados da forma da contratação e da prestação do serviço, onde vários conflitos entre as empresas prestadoras de serviços e consumidores começaram a ser decididos pelo Judiciário. Neste ambiente conflituoso, a primeira grande questão debatida pelo Judiciário cingiu-se ao fato de se saber se a Lei 8.078/90 seria aplicada aos planos de saúde, uma vez que o mercado defendia a aplicação de lei própria, qual seja, a Lei nº 9.8656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.

Durante anos, julgadores dos tribunais pátrios, em constante divergência, defendiam pontos específicos de aplicação das normas suso mencionadas, oportunidade em que não se sabia de forma segura e objetiva qual lei deveria ser aplicada nas contendas envolvendo usuário e empresa fornecedora de serviço de saúde. O ponto nodal da discussão repousa no

fato do artigo 35-G6 da Lei 9.8656/98 utilizar a expressão “subsidiária” para aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações entabuladas, ao ensejo de que, sendo aquela norma especial, haveria uma sobreposição aos ditames da Lei 8.078/90.

Entretanto, tal discussão no meio doutrinário acabou sendo dissipada pelos autores consumeristas que, ao analisarem os comandos normativos, de logo defenderam a superioridade da Lei 8.078/90 sobre as demais leis, pois entenderam que ela seria uma norma de caráter principiológico. SODRE (2009, p. 68) afirma que as leis de defesa do consumidor, na exata medida em que fixaram princípios a serem perseguidos – e neste caso se tornassem leis principiológicas – teriam superioridade em relação às demais leis especiais.

O objeto principal destes Contratos é a transferência (onerosa e contratual) de riscos referentes a futura necessidade de assistência médica ou hospitalar. A efetiva cobertura (reembolso, no caso dos seguros de reembolso) dos riscos futuros à sua saúde e de seus dependentes, a adequada prestação direta ou indireta dos serviços de assistência médica (no caso dos seguros de pré-pagamento ou de planos de saúde semelhantes) é o que objetivam os consumidores que contratam com estas empresas. Para atingir este objetivo os consumidores manterão relações de convivência e dependência com os fornecedores desses serviços de saúde por anos, pagando mensalmente suas contribuições, seguindo as instruções (por vezes, exigentes e burocráticas) regulamentadoras dos fornecedores, usufruindo ou não dos serviços, a depender da ocorrência ou não do evento danoso à saúde do consumidor e seus dependentes (consumidores-equiparados). (MARQUES, 2005, p. 489).

Corroborando o acima exposto, informa TRETTEL (2010, p. 69) que o Código de Defesa do Consumidor é instrumento de promoção de justiça e de igualdade material, ficando evidente o papel do Código de transposição para as relações de consumo dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, mesmo que de diferentes ordens.

A Lei de Planos de Saúde mantém com o Código de Defesa do Consumidor uma relação de complementariedade, descendo a minúcias do setor que não precisam e não devem estar no Código, que se propõe uma lei que traça perspectiva e diretrizes. Não existe conflito de leis no tempo. Lei 9.656/98 e CDC [Código de Defesa do Consumidor] são aplicadas 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. (TRETTEL 2010, p. 69)

Neste sentir, o Superior Tribunal de Justiça, atendendo à necessidade de uniformizar os variados entendimentos sobre a matéria, decidiu no ano de 2010 exarar a súmula 469⁷, que de forma objetiva e clara informa que se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde. Tal súmula teve o condão de unificar as várias posições sobre a

⁶ 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.

⁷ Súmula 469 do STJ - Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.

matéria, oportunidade em que se chama atenção para os julgados⁸ do Superior Tribunal de Justiça que serviram de precedente à criação da súmula, uma vez que em todos os casos houve a aplicação direta da Lei 8.078/90. Assim, desde 2010, as dúvidas que ainda existiam foram dissipadas e os tribunais pátrios passaram a aplicar de forma direta os ditames da lei consumeristas sobre as relações entre usuários e empresas fornecedoras de plano de saúde, prestigiando o texto constitucional no sentido de favorecer a solidariedade e a tutela máxima da dignidade humana, por meio da melhor técnica interpretativa.

Entretanto, tal decisão desencadeou efeito colateral não vislumbrado pelos julgadores: as empresas prestadoras de planos de saúde estão encerrando as operações comerciais que culminavam nos planos individuais, para pessoas físicas, para aterem-se apenas aos contratos na modalidade coletiva, que se realiza por intermédio de uma pessoa jurídica. A prática extintiva encontra-se disseminada no mercado. Matéria publicada em outubro de 2013 denunciava a problemática suso mencionada⁹ (O GLOBO, 2013, *on line*). Com a edição da súmula, todos os preceitos e princípios da legislação consumerista passam a ser aplicados aos contratos de saúde, além dos regramentos impostos pela ANS. Com isso, as empresas concentraram suas atividades na realização de contratos coletivos, que guardam maior elasticidade negocial e maior retorno econômico. Os contratos coletivos, pela sua natureza, não estão subordinados a vários regramentos da ANS, oportunidade em que permitem maior liberdade às empresas prestadoras. Ao mesmo tempo, elas tendem a dificultar a contratação dos planos para pessoas físicas. Neste sentir, reajustes altos, quebra de contrato de forma unilateral e não aceitação de usuários com doenças preexistentes passaram a ser as principais práticas realizadas pelas operadoras dada a ausência de tipificação.

Neste sentir, o fato serve para inspirar reflexão acerca dos impactos não desejados da Súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça sobre o mercado, em face de insuficiente regulamentação acerca dos contratos coletivos. Ao pacificar que se deve aplicar o Código de Defesa do Consumidor nos contratos de plano de saúde, instigou uma migração

⁸ Precedentes da Súmula 469 do STJ – Resp 1106557, SP 2008/0262553-6 Decisão:16/09/2010, DJE DATA:21/10/2010; AgRg no Ag 1250819, PR 2009/0222990-5 Decisão:04/05/2010, DJE DATA:18/05/2010; REsp 1106789, RJ 2008/0285867-3 Decisão:15/10/2009 DJE DATA:18/11/2009; REsp 418572, SP 2002/0025515-0 Decisão:10/03/2009 DJE DATA:30/03/2009; REsp 285618 SP 2000/0112252-5 Decisão:18/12/2008 DJE DATA:26/02/2009; REsp 1046355 RJ 2008/0075471-3 Decisão:15/05/2008, DJE DATA:05/08/2008; REsp 986947 RN 2007/0216173-9 Decisão:11/03/2008 DJE DATA:26/03/2008; REsp 466667 SP 2002/0114103-4 Decisão:27/11/2007 DJ DATA:17/12/2007; REsp 251024 SP 2000/0023828-7 Decisão:27/09/2000 DJ DATA:04/02/2002.

⁹ Matéria do Jornal o Globo, publicada no dia 13/10/2013, intitulada de “Planos de saúde individuais: produto quase em extinção” retratou a problemática da escassez de planos individuais e a ampla oferta das empresas de planos de saúde em comercializar contratos coletivos.

de modelo de negócio, preferindo as prestadoras modalidades que lhes permitam maior liberdade, o que acontece nos contratos coletivos. A diminuição da oferta de planos de saúde individuais, ou o seu encarecimento, prejudicam o consumidor brasileiro. Assim, dado o atual cenário, é imperioso que se regule de forma sistêmica os contratos de plano de saúde de modo a não se anular todas as conquistas alcançadas pelos consumidores com o passar dos anos em um setor que trabalha com bens que são tutelados e protegidos constitucionalmente.

Conclusão

No Brasil, o Direito do Consumidor se constituiu mediante normas principiológicas de caráter solidarista. Além disso, está lastreado na Constituição de 1988, sendo fruto de imperativo constitucional e instrumento de afirmação e proteção da dignidade humana. Ao longo dos anos, assistiu-se, mediante ampla construção doutrinária e jurisprudencial, a implementação da cultura de tutela do consumidor nas relações desenvolvidas entre os partícipes deste mercado econômico.

O presente artigo não teve a pretensão de trabalhar institutos consagrados do Direito Constitucional, ou mesmo do Direito do Consumidor. Buscou simplesmente apresentar o cenário novo que está a se instalar no mercado de planos de saúde no Brasil após a publicação da Súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça que, dissociada de uma atuação sistêmica do Estado em sua vertente regulamentar, gera um desserviço ao consumidor. A saúde, enquanto bem tutelado pelo texto constitucional, deve ser maximamente garantida, o que exige atuação sistêmica das autoridades civis. As demandas neste setor são especialmente pungentes, devendo ser atendidas com agilidade por gestores públicos e julgadores, impedindo-se que o cidadão seja vítima de manobras ou subterfúgios nas lacunas da lei. Neste sentir, percebe-se que o atual cenário vivenciado pelos usuários de planos de saúde é preocupante e merece atenção do Poder Público, pois a lacuna de regulamentação dos contratos coletivos de prestação de serviço de saúde facilitou a migração das empresas fornecedoras para modelo de negócio mais favorável e elas, em detrimento da contratação individual pelo consumidor.

A súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça deveria ser um marco para a defesa do consumidor, pois ao se aplicar a lei 8.078/90 nos contratos de plano de saúde, o usuário passou a ser protegido e a ter a sua disposição um amplo rol de medidas protetivas, alcançando o fim da norma. Ocorre que com a não-regulamentação dos planos de saúde coletivos, as empresas fornecedoras de planos de saúde encontraram meio de se imunizarem

aos regramentos impostos pela jurisprudência, optando por reduzir a oferta de planos de saúde individuais aos consumidores, quase obrigando-os às contratações em massa. Essa postura exige como resposta uma pronta intervenção do Estado regulador, no sentido de reequilibrar o mercado, que explora um dos bens da vida tutelado constitucionalmente. Por outro lado, resta a experiência como alerta para que a atuação solidária do Estado seja sistêmica, de modo a evitar que decisões judiciais em prol do consumidor revertam em prejuízo do mesmo, pela falta de avaliação de elementos do mercado, que exigiriam, simultaneamente ao posicionamento judicial, uma atuação regulamentadora que foge da competência judicante.

Referências

BRASIL. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 16 nov. 2013.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 nov. 2013.

BRASIL. Lei 9.656 de 03 de junho de 1998. **Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde**. Brasília, DF, 03 jun. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm>. Acesso em: 16 nov. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 469**. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=34>>. Acesso em 16/11/2013.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Organização das Nações Unidas no Brasil**, Fortaleza, Rio de Janeiro, 2000. Disponível em:<http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf> Acesso em: 16 nov. 2013

DUARTE, Clarice Seixas. O duplo regime jurídico do direito à saúde na CF/88: direito fundamental de caráter social e direito público subjetivo. **Revista Pensar**, Fortaleza, v.17, n. 2, p. 420-451, 2012.

DÜRIG, Günter; NIPPERDEY, Hans Carl; SCHWABE, Jürgen. Direitos Fundamentais e Direitos Privados. In: HECK, Luís Afonso (Org.). **Direitos Fundamentais e Direito Privado: Textos Clássicos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012. Cap. 3, p. 53. Sérgio Antônio Fabris.

FREITAS, Andrea; XAVIER, Luiza. **Planos de saúde individuais: produto quase em extinção**. O Globo Online, Rio de Janeiro, 13/10/2013. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/planos-de-saude-individuais-produto-quase-em-extincao-10350876>>. Acesso em: 16 nov 2013.

GREGORI, Maria Stella. O Código de Defesa do Consumidor aplica-se aos planos de saúde. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 78, p.339-351, 2011.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Trad. De Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor – Contratos submetidos às regras do CDC – Contratos de Seguro, planos de saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na Medida da Pessoa Humana: Estudos de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

SODRE, Marcelo. **A construção do direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, 2007. Disponível em:<<http://www.direitodoestado.com.br/rere/asp>>. Acesso em 17 nov. de 2013.

_____, Ingo Wolfgang et al. A influência dos direitos fundamentais no Direito Privado: o caso Brasileiro. In: MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma Perspectiva de Direito Comparado**. Coimbra: Almedina, 2007.

SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A Nova Interpretação do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na visão do STJ e do STF**. 1 ed., São Paulo: Editora Verbatim, 2010

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.