

# **O ABUSO DE PODER ECONÔMICO NO ÂMBITO DA SAÚDE PRIVADA NO BRASIL: APONTAMENTOS SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A DEFESA DO CONSUMIDOR**

## **THE ABUSE OF ECONOMIC POWER UNDER THE PRIVATE HEALTH IN BRAZIL: NOTES ON JUDICIALIZATION HEALTH AND CONSUMER PROTECTION**

Felipe Guimarães de Oliveira<sup>1</sup>  
Juliana Coelho dos Santos<sup>2</sup>

### **RESUMO**

Os autores almejam, no presente estudo, analisar as práticas abusivas decorrentes das relações consumeristas no âmbito da saúde privada, em especial, as operadoras de plano de saúde e seus reflexos no direito do consumidor. Tratando-se de atividade econômica regulada e exercida de forma paralela ao Estado, ainda assim, atualmente, são evidentes as enormes discrepâncias decorrentes do abuso de poder econômico privado no Brasil, o que, fatalmente, devido à ineficiência dos órgãos reguladores existentes e do Ministério Público, ocasiona de maneira progressiva o aumento da judicialização da saúde privada no país. O presente trabalho tem como objetivo analisar justamente, como esse abuso de poder econômico se opera no mercado e as eventuais formas de combate ao mesmo, por meio da tutela coletiva de defesa do consumidor através do Ministério Público e da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

**PALAVRAS-CHAVE:** Abuso de Poder; Judicialização; Saúde Privada; Consumidor; Tutela Coletiva.

### **ABSTRACT**

The authors aims in this study to analyze the abusive practices from consumers relationships in the private healthcare ambit, specially, the operators of health plan and its effects on consumer rights. In the case of regulated economic activity and prosecuted in a parallel way to the State today is still evident the huge discrepancies arising from abuse of private economic power in Brazil, which, inevitably, due to the inefficiency of regulators organs and the Public Ministry, causes progressively increasing legalization of private healthcare in the country. This study aims to analyze precisely how this abuse of economic power operates in the market and possible ways to combat this through the collective safety of consumer's protection through the Public Ministry and the National Health Agency (ANS).

**KEY-WORDS:** Abuse of Power; Judicialization; Private Health; Consumer; Collective Protection.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Pesquisador no Grupo de Pesquisa “*Direito Econômico, Intervenção Estatal e Políticas Públicas*” vinculado ao Diretório CAPES/CNPq do Mestrado em Direito do CESUPA. Advogado. E-mail: fguiima.oliveira@hotmail.com.

<sup>2</sup> Graduanda em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Membro do Grupo de Pesquisa “Acesso à Justiça e Democracia”, vinculado ao Diretório CAPES/CNPq. E-mail: julianna-coelho@hotmail.com.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como ponto nevrálgico a análise do abuso de poder econômico das empresas que atuam na seara da saúde privada brasileira, abordando, deste modo, as principais práticas abusivas perpetradas em desfavor do consumidor-usuário de plano de saúde e os reflexos desta problemática constatados, notadamente, a partir do fenômeno da judicialização da saúde no âmbito privado.

Este tema auferiu grande destaque nos últimos anos, sobretudo, em razão do aumento exponencial de demandas envolvendo o direito à saúde no Brasil. Diante do expressivo número de litígios, o Supremo Tribunal Federal (STF) realizou audiência pública, no ano de 2009, para debater a judicialização do direito à saúde, tendo sido criadas, na ocasião, diretrizes para nortear a resolução eficiente dos conflitos relativos, especialmente, à saúde pública.

Tais diretrizes foram aprimoradas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através da aprovação da recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, que traça um rol de medidas a serem adotadas pelos Tribunais de Justiça dos Estados e pelos Tribunais Regionais Federais. No mesmo ano, o CNJ editou a resolução nº 107, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde (Fórum Nacional da Saúde)<sup>3</sup> e também criou um sistema eletrônico de acompanhamento processual dessas demandas, o sistema resolução 107.

Consoante dados extraídos recentemente desse sistema eletrônico<sup>4</sup>, até junho de 2014, as ações de saúde que tramitam nos Tribunais Estaduais e Tribunais Regionais Federais brasileiros, alcançam o alarmante patamar de 330.630 (trezentos e trinta mil e seiscentos e trinta) ações judiciais.

Convém mencionar que no ano de 2011, por exemplo, o montante de demandas ajuizadas alcançava o montante de 240.980 (duzentos e quarenta mil e novecentos e oitenta), ou seja, constata-se um aumento aproximado de 38% do ano de 2011 para o ano de 2014, o que evidencia o crescimento progressivo da judicialização da saúde no país.

---

<sup>3</sup> Art. 1º. Fica instituído, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Fórum Nacional para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, com a atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos. (Artigo 1º, da Resolução nº 107, de 06 de abril de 2010).

<sup>4</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Demandas nos Tribunais: Fórum Saúde**. Disponível em [http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnostribunais.forum Saude.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnostribunais.forum_Saude.pdf). Acesso em 10/07/14.

Neste contexto, estão inseridas não somente as ações que tratam da saúde pública, mas também as ações promovidas por consumidores em face das empresas prestadoras de saúde suplementar no Brasil. As demandas atinentes ao acesso à saúde privada, da mesma forma, ocupam a pauta nacional na busca por medidas que visem à redução do número de ações judiciais e à prevenção de litígios. Segundo recomendação feita pelo CNJ no ano de 2013, os tribunais pátrios devem priorizar o julgamento das ações envolvendo planos e seguros de saúde<sup>5</sup>.

Com efeito, o presente artigo debruça-se sobre um tema de alcance nacional, que possui diversos desdobramentos e tem sido objeto de grandes debates e reflexões entre os estudiosos do direito. Destarte, o foco do presente trabalho será o estudo da causa que fomenta a judicialização da saúde no âmbito privado, a saber, o abuso de poder econômico das empresas prestadoras do serviço de saúde suplementar no Brasil e os possíveis agentes de combate a tal abuso, a saber: Ministério Público, no âmbito da tutela coletiva de defesa do consumidor e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

O estudo em comento apresentará, inicialmente, uma breve análise acerca da prestação do direito à saúde pelo Estado e a necessidade da atuação da iniciativa privada neste setor, que se opera de forma complementar ou suplementar. Neste ínterim, serão apresentados os diplomas legais que regulamentam o mercado de saúde privado e o dirigismo contratual presente nas relações consumeristas relativas à saúde no Brasil.

A seguir, far-se-á uma abordagem das principais práticas abusivas cometidas pelas prestadoras de saúde suplementar em detrimento dos consumidores. Ato contínuo, será apresentada a problemática da judicialização da saúde privada como um reflexo do exercício irregular do poder econômico das empresas atuantes no mercado brasileiro.

Por fim, almeja-se demonstrar como o Ministério Público no âmbito da tutela coletiva de defesa do consumidor, em especial pelo ajuizamento de ações civis públicas, e a ANS, podem se tornar instrumentos eficazes para o combate às mazelas existentes no setor de saúde privado, dentre as quais destacam-se: o abuso de poder econômico das operadoras de plano de saúde, as falhas do poder público no controle das atividades exercidas por estas empresas no exercício da exploração da atividade econômica e o aumento de litígios que sobrecarregam os tribunais pátrios decorrentes da judicialização da saúde suplementar.

---

<sup>5</sup>INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (IDEC). **Tribunais devem priorizar julgamentos sobre saúde decide o CNJ**. Disponível em: <http://www.idec.org.br/em-acao/noticia-do-consumidor/tribunais-devem-priorizar-julgamentos-sobre-saude-decide-cnj>. Acesso em 25.07.2014.

## 1. AS OPERADORAS DE SERVIÇO DE SAÚDE PRIVADA NO BRASIL: PODER ECONÔMICO, PRÁTICAS ABUSIVAS E JUDICIALIZAÇÃO

Consagrado como um direito social, o direito à saúde está previsto no artigo 6º da Carta Magna brasileira de 1988 e, posteriormente, no artigo 196, em que o constituinte asseverou 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.

A fim de garantir o acesso universal, igualitário e gratuito a este direito fundamental, foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS)<sup>6</sup>, regulado pela Lei 8.080/90. Ademais, concomitantemente, a própria Constituição Federal de 1988, no artigo 199, também assegurou que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”, ou seja, conquanto haja a previsão de todo um aparato estatal para promover e fiscalizar o exercício deste direito, com o objetivo de possibilitar a sua melhor fruição, também está prevista a atuação da iniciativa privada, uma vez que “a saúde suplementar é um *plus*, isto é, a iniciativa privada atua como um *a mais* à atuação ao Estado sob o ponto de vista constitucional.”<sup>7</sup>.

Neste diapasão, consoante afirma José Luiz Toro da Silva<sup>8</sup>, esta atuação poderá se dar de forma complementar ao Sistema Único de Saúde (SUS), seguindo suas diretrizes, mediante contrato de direito público ou convênio (...) ou então, a iniciativa privada poderá atuar diretamente, sem vinculação ao SUS.

Assim sendo, subsistem duas formas de participação da iniciativa privada no âmbito da saúde: a complementar e a suplementar, sendo que a primeira ocorre quando a livre iniciativa promove a prestação do serviço de saúde pública a toda população, em conjunto com o Estado (vide artigo 199, §2º da CRFB/88), ao passo que, de forma suplementar, atua quando disponibiliza o serviço de saúde paralelamente ao Estado, por meio da exploração direta da atividade econômica e não mais como prestação de um serviço público.

O mercado de saúde suplementar, por mais que represente a exploração de uma

---

<sup>6</sup>“O SUS consiste no conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, incluídas as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos e medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.” (STF, Ag. Reg. 47 PE/2010, p.12).

<sup>7</sup>PINHO, Cláudio A. A agência Nacional de saúde suplementar: 10 anos depois do marco regulatório – Avanços e desacertos. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (Coord.). **Direito Econômico – Evoluções e Institutos**: Obra em homenagem ao professor João Bosco Leopoldino da Fonseca. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 335-336.

<sup>8</sup>SILVA, José Luiz Toro da. **Manual de Direito da Saúde Suplementar**: a iniciativa privada e os planos de saúde. São Paulo: Mapontes, 2005, p. 23.

atividade econômica, está condicionado à fiscalização, controle e regulamentação por parte do poder público, justamente por ser um serviço de relevância pública, nos termos do artigo 197, da Constituição Federal, bem como imperativo da ordem econômico-financeira, à luz do artigo 174, do mesmo diploma.

Observa-se uma intervenção mais efetiva do Estado no setor privado de saúde, primeiramente, a partir da criação do Código de Defesa do Consumidor, por meio da Lei nº 8.078/90, posto que este diploma “começou a criar o sistema de freios e contrapesos para os serviços médico-hospitalares e de planos de saúde”<sup>9</sup>. Neste sentido, ensina Cláudia Lima Marques<sup>10</sup>, que a aplicação das diretrizes e princípios do CDC aos contratos de seguro-saúde representou um importante caminho para se conseguir o equilíbrio, respeito e lealdade no setor.

Desta forma, consolidando o entendimento de que a relação fixada entre as empresas fornecedoras de saúde privada e os consumidores é consumerista, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou a súmula nº 469, *in verbis*:

**STJ Súmula nº 469** - Aplicabilidade - CDC - Contratos de Plano de Saúde  
Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.

No entanto, o diploma legal que representa o verdadeiro marco regulatório deste setor no Brasil é a Lei nº 9.656/98, denominada lei dos planos de saúde. Esta lei especial, dentre outras disposições, estabelece os requisitos de funcionamento das operadoras de planos de saúde, preceituados no artigo 8º; determina e exige clareza quanto ao conteúdo mínimo dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos no artigo 16 e institui o Conselho Nacional de Saúde Suplementar (CONSU), órgão colegiado integrante do Ministério da Saúde que também é responsável por regulamentar as atividades das operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde consoante o artigo 35-A da norma.

Ademais, a Lei nº 9.961/2000 criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), autarquia especial, vinculada ao Ministério da Saúde, constituída como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde, vide artigo 1º, da lei em comento.

Exsurge, neste contexto, o dirigismo contratual no setor de saúde privada, em que o

---

<sup>9</sup>PINHO, Cláudio A. op. cit., p. 338.

<sup>10</sup>MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: O novo regime das relações contratuais. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 455.

Estado passa a intervir e regulamentar os serviços de saúde suplementar disponibilizados no mercado, não somente por meio de legislação específica, mas também através das normas que regem o CDC. Assim:

(...) não se pode prescindir de eficaz fiscalização e de competente intervenção estatal para criar, no ambiente de relações jurídicas de natureza privada – estabelecidas entre uma empresa vinculada à assistência médica, de um lado, e o consumidor-aderente, de outro – regras que, de maneira obrigatória, imponham o restabelecimento do equilíbrio desejável e que garantam o respeito aos direitos básicos do consumidor<sup>11</sup>.

Neste particular, denota-se a regulamentação das relações privadas relativas à prestação do serviço de saúde suplementar pelo poder público, haja vista o interesse público e coletivo envolvido. Assim, é evidente que a interpretação das cláusulas contratuais e o exame acerca da responsabilidade pela execução adequada dos serviços de saúde deve submeter-se à dupla incidência da proteção fundamental do consumidor e do titular do direito à saúde<sup>12</sup>.

Malgrado a tentativa do poder público de controlar a forma pela qual é prestado o serviço de saúde suplementar, verifica-se, notadamente, ao longo dos últimos anos, uma série de práticas abusivas realizadas pelas operadoras de assistência à saúde privada. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), o setor de planos de saúde foi o que liderou o *ranking* de reclamações no ano de 2013, com 26,66% das demandas recebidas<sup>13</sup>.

*Prima facie*, cumpre ressaltar que constituem práticas abusivas os atos exercidos de maneira contrária aos princípios norteadores da relação consumerista. O CDC traz em seus artigos 39, 40 e 41, um elenco exemplificativo de práticas abusivas.

Segundo Cavalieri Filho<sup>14</sup>:

A expressão *práticas abusivas* é, evidentemente, genérica e, portanto, assim deve ser interpretada, para que nada lhe escape. Deve, pois, ser considerado abusivo tudo o que afronte a principiologia e a finalidade do sistema protetivo do consumidor, bem assim se relacione à noção de abuso do direito.

Assim, ao cometerem os atos supramencionados, as operadoras de saúde suplementar

---

<sup>11</sup>SCAFF, Fernando Campos. **Direito à saúde no âmbito privado**: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde. São Paulo: Saraiva, 2010, p.59.

<sup>12</sup>SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *In: Revista de Direito do Consumidor*, n. 67. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set/2008, p. 147.

<sup>13</sup>IDEC. **Planos de saúde lideram ranking de queixas do IDEC em 2013**. Disponível em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-03/planos-de-saude-lideram-ranking-de-queixas-do-idec-em-2013>. Acesso em 26/07/2014.

<sup>14</sup>CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas S.A, 2008.p. 88 (grifo do autor).

incorrem no abuso de direito, o qual, inobstante as divergências teóricas existentes acerca do seu alcance (corrente subjetivista e objetivista)<sup>15</sup>, pode ser entendido como o “exercício anormal do direito”<sup>16</sup>.

Ainda assim, o abuso de direito, levado a efeito pelas operadoras de planos de saúde, pode ser compreendido como verdadeiro abuso de poder econômico, decorrente de posição dominante exercida no mercado pelas prestadoras de serviço de saúde privada.

É neste sentido que Washington Albino ensina:

Destacando-se nas “relações de poder” a modalidade do **poder econômico**, teremos aquelas relações jurídicas já permeadas de sentido de **relações econômicas**, cujas motivações deverão ajustar-se ao objetivo de **justiça**, sob pena de se contraporem aos **direitos** que devem assegurar. O exercício do **poder econômico**, portanto, far-se-á em obediência a um equilíbrio de interesses postos em jogo de acordo com uma linha traçada como delimitadora do **justo** e do **injusto** e que, definida pela lei jurídica, coincidirá com o **lícito** e o **ilícito**. A conduta **lícita** ou **ilícita** na prática do poder econômico, definirá, por sua vez, o seu **uso** ou o seu **abuso**. Em sentido circunstancial, um mesmo ato pode ser considerado como lícito ou ilícito, ou seja, como **uso** ou como **abuso do poder econômico**, conforme os dispositivos legais. Estes, porém, não de ter como substrato elementos mais consistentes e duradouros, que se identificam nos princípios fundamentais e nas modalidades dos Direitos Humanos, tais como a **dignidade** e a **personalidade** do seu sujeito. (grifo do autor).<sup>17</sup>

O abuso do direito consiste, portanto, na falta praticada pelo titular de um direito, que ultrapassa os limites ou que deturpa a finalidade do direito que lhe foi concedido<sup>18</sup>. Contudo, este não se confunde com o ato ilícito, haja vista que o abuso do direito incide em um ato pautado nos ditames da lei, porém exercido de forma anômala, gerando, assim, um resultado ilícito; por sua vez, o ato ilícito, muito embora seja praticado sem qualquer amparo legal, acarreta o mesmo resultado do abuso do direito.

Neste ínterim, no que se refere às cláusulas abusivas, convém mencionar, primeiramente, que esta abusividade tem origem na falta de transparência, precisão e informação dos contratos vigentes no mercado brasileiro<sup>19</sup>. Segundo Valéria Galdino, as cláusulas abusivas são aquelas que estabelecem obrigações iníquas, colocando o consumidor

---

<sup>15</sup>Segundo os subjetivistas, a intenção de prejudicar constitui o elemento essencial do abuso de direito. (...) Para os objetivistas, os elementos caracterizadores do abuso do direito são o seu exercício irregular, em desacordo com o seu destino, ou a inexistência de interesse legítimo. *In*: GALDINO, Valéria Silva. **Cláusulas Abusivas**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 07. No mesmo sentido *Cf.* PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O Abuso do Direito e as Relações Contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.464.

<sup>16</sup>GALDINO, Valéria Silva. **Cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 09.

<sup>17</sup>SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Estudos de Direito Econômico**. vol. I. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1995. p.108.

<sup>18</sup>MARQUES, Cláudia Lima, *op. cit.* p. 404.

<sup>19</sup>*Ibid.* p. 458.

em desvantagem exagerada, causando um desequilíbrio contratual entre as partes, ferindo a boa-fé e a equidade<sup>20</sup>.

Cláusulas abusivas, deste modo, entendidas como uma forma de abuso do direito nas relações contratuais que tratam do serviço de saúde, são disposições nulas de pleno direito, em virtude de causarem verdadeiro desequilíbrio contratual em detrimento do consumidor, desrespeitando, assim, os princípios que regem a relação consumerista, previstas de forma exemplificativa, no artigo 51 do CDC.

Dessarte, importante destacar a Portaria n.º 4, de 13 de março de 1998, editada pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça, que complementa a lista de cláusulas abusivas constantes no CDC. Para os fins do presente estudo, trazem-se à baila os itens 1, 2 e 14, *in verbis*:

Divulgar, em aditamento ao elenco do art. 51 da Lei n.º 8.078/90, e do art. 22 do Decreto n.º 2.181/97, as seguintes cláusulas que, dentre outras, são nulas de pleno direito:

1. estabeleçam prazos de carência na prestação ou fornecimento de serviços, em caso de impontualidade das prestações ou mensalidades;
2. imponham, em caso de impontualidade, interrupção de serviço essencial, sem aviso prévio;
14. imponham limite ao tempo de internação hospitalar, que não o prescrito pelo médico.

Dentre as práticas irregulares perpetradas pelas operadoras de saúde suplementar, as que mais se destacam e são expressivamente responsáveis pelo aumento exponencial da judicialização, são:

- I – estipulação de cláusulas abusivas, notadamente, aquelas que limitam o tempo de internação hospitalar e preveem o reajuste de mensalidade do plano em razão da faixa etária;
- II – negativa de cobertura, tendo como justificativa a alegação de doença pré-existente e período de carência;
- III – rescisão contratual imotivada; e
- IV – exigência de caução para prestação de assistência à saúde.

Com relação ao item I epigrafado, o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é de que a cláusula contratual que limita o tempo de internação do segurado é abusiva, uma vez que objetiva a redução dos custos suportados pelos planos de saúde sem levar em consideração o estado de saúde do consumidor, prejudicando sua inteira recuperação, bem como eliminando a eficácia do contrato de prestação de saúde, o que é vedado pelo artigo 13, do Decreto-Lei n.º 73/1966.

---

<sup>20</sup>GALDINO, Valéria Silva, op. cit., p. 12.

Tendo em vista os reiterados precedentes judiciais reconhecendo a abusividade da cláusula em apreço, o STJ editou a súmula nº 302, em prol dos princípios da boa-fé objetiva, função social dos contratos e solidariedade social<sup>21</sup>:

**STJ Súmula nº 302 - Cláusula Abusiva - Plano de Saúde - Tempo a Internação Hospitalar**

É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.

A seu turno, o reajuste contratual baseado exclusivamente na mudança de faixa etária também constitui uma cláusula abusiva<sup>22</sup>, pois as empresas oneram de forma excessiva a contraprestação pecuniária ante o inevitável aumento dos custos, uma vez que quanto mais idosa é a pessoa, mais cuidados são necessários e, por conseguinte, mais gastos são despendidos.

A referida cláusula, conforme ensina Cláudia Lima Marques, é um exemplo típico de “cláusula-barreira”, entendida como uma disposição contratual que impõe dificuldades ao exercício de direitos e deveres contratuais<sup>23</sup>, haja vista que tal reajuste excessivo torna-se um empecilho à manutenção do contrato por parte do segurado, pois este, em desvantagem exagerada quando comparado à operadora de plano de saúde, passa a não mais suportar o desmedido ônus que lhe é imposto.

Assim, convém mencionar que o artigo 14 da Lei nº 9.656/98 veda esta prática, aduzindo que: “em razão da idade do consumidor, ou da condição de pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde.”. Além disto, o próprio Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/2003, no artigo 15, parágrafo 3º, prevê que: “É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.”.

Ademais, quanto ao segundo ponto concernente às práticas abusivas, tem-se a injusta negativa de cobertura<sup>24</sup>, justificada pelas prestadoras de saúde privada, no mais das vezes, pela alegação de doença pré-existente do segurado. Assim, as enfermidades anteriormente adquiridas são, amiúde, utilizadas como uma forma de excluir a cobertura assistencial de

---

<sup>21</sup> ANDRIGHI, Fátima Nancy. Os planos de saúde privados e o Código de Defesa do Consumidor: principais questões geradoras de conflito entre planos de saúde e consumidores. *In*: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 67.

<sup>22</sup>Entendimento também consolidado no STJ, conforme REsp nº 1.106.557/SP (Dje, 21/10/2010) e REsp nº 989.380/RN (3ª turma, Jje, 20/11/2008).

<sup>23</sup>MARQUES, Cláudia Lima, op. cit., p. 541.

<sup>24</sup>A cobertura apresenta o rol de procedimentos a serem abrangidos pelo plano ou seguro de saúde contratado.

procedimentos, dentre os quais, tratamentos e internações aos consumidores.

A negativa de cobertura sustenta-se, ainda, no período de carência, que é entendido como o espaço de tempo pelo qual o usuário do plano de saúde ficará impossibilitado de utilizar determinado serviço até que este lapso temporal tenha transcorrido.

Neste contexto, tem-se de um lado, as empresas fornecedoras que alegam que estas enfermidades anteriormente adquiridas encontram-se excluídas da cobertura contratual, em razão do período de carência ainda não ter transcorrido, conforme prevê o artigo 11, da Lei nº 9.656<sup>25</sup>. De outro, há, majoritariamente, casos emergenciais, de pacientes que necessitam urgentemente do tratamento negado pelo plano de saúde.

Em situações emergenciais, em que há o risco iminente de morte ou de lesões irreparáveis ao paciente, além da previsão expressa do artigo 35-C, da Lei nº 9656/98<sup>26</sup>, a jurisprudência pátria é pacífica no sentido de lhe assegurar amplo e irrestrito atendimento até o momento em que cesse a urgência e o consumidor esteja recuperado da lesão. Afasta-se, deste modo, o período de carência suscitado pelos planos de saúde, tendo em vista o direito à vida, saúde, dignidade humana e integridade do consumidor.

Deste modo, o judiciário brasileiro consolidou este entendimento nos seguintes precedentes: STF, AI 784267 SE, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 30/08/2010; STJ - REsp: 1074546, RJ 2008/0156091-2, Relator: Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma; TJ-RJ - APL: 0131932-94.2009.8.19.0001, Relator: Des. Ismenio Pereira de Castro, Décima quarta Câmara Cível; TJ-RS - AC: 70041197658 RS, Relator: Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, Sexta Câmara Cível; TJ-SP – AC 270.041-2/0, Relator: Des. Roberto Bedran.

Consoante entendimento de Cláudia Lima Marques<sup>27</sup>, o melhor caminho não é impor aos planos de saúde uma cobertura total, mas melhorar a forma pela qual determinadas exclusões são feitas, de modo a assegurar uma escolha possível e informada do consumidor, ou seja, é lícito às empresas fornecedoras dos serviços de saúde privado limitarem o alcance da cobertura do plano de saúde, porém, desde que o adquirente seja informado e esteja ciente

---

<sup>25</sup>Art. 11. É vedada a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei após vinte e quatro meses de vigência do aludido instrumento contratual, cabendo à respectiva operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário.

<sup>26</sup> Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos: I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente.

<sup>27</sup> MARQUES, Cláudia Lima, op. cit., p. 459.

das exclusões do seguro contratado.

Desta forma, ainda que prevista na lei a exclusão da cobertura, pelo lapso temporal de dois anos, das enfermidades anteriormente adquiridas pelo consumidor, subsiste o dever das empresas fornecedoras de informarem de forma clara e objetiva todas as limitações inerentes ao contrato, ou seja, o consumidor deve estar ciente de quais procedimentos serão e quais não serão cobertos pelo seguro de saúde, tal como preleciona o artigo 46, do CDC.

De qualquer modo, havendo dubiedade e imprecisão quanto ao alcance de determinada cláusula contratual, o CDC assegura, em seu artigo 47, que a sua interpretação será de maneira favorável ao consumidor.

Outra prática abusiva perpetrada pelas operadoras de planos de saúde é a rescisão arbitrária do contrato, sob a justificativa de inadimplemento do consumidor. *A priori*, é importante ressaltar que o artigo 13, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 9.656/98, prevê:

Art. 13. Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação

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;

Assim, em caso de inadimplemento, é lícito à empresa promover a suspensão ou rescisão contratual, desde que sejam satisfeitas duas condições, a saber: a) a inadimplência deve ser superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência contratual, e b) deve ser comprovado que o consumidor foi notificado até o 50º dia de inadimplência.

No entanto, novamente constata-se o abuso de direito cometido pelas operadoras demandadas em juízo, posto que, no mais das vezes, a suspensão ou rescisão contratual é feita sem a observância destes dois requisitos. Deste modo, as empresas extrapolam os limites legais e, assim, estabelecem uma desvantagem exagerada em detrimento do consumidor, que necessita da manutenção do contrato para ter acesso ao serviço de saúde nos moldes contratados.

Por fim, a exigência de caução a fim de assegurar a prestação do serviço também compõe o rol de práticas abusivas em detrimento do consumidor-usuário de plano de saúde.

Comumente, esta cobrança de garantia está relacionada aos casos em que as operadoras suscitam o período de carência como óbice ao fornecimento do serviço, ou seja, alegam que a carência ainda está em curso e, assim, o consumidor não teria direito ao tratamento pretendido, salvo se realizar o depósito de caução.

Contudo, observa-se que algumas medidas foram adotadas com o objetivo de coibir esta prática. A ANS editou a resolução normativa nº 44/2003, cujo artigo 1º aduz que:

Art. 1º Fica vedada, em qualquer situação, a exigência, por parte dos prestadores de serviços contratados, credenciados, cooperados ou referenciados das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde e Seguradoras Especializadas em Saúde, de caução, depósito de qualquer natureza, nota promissória ou quaisquer outros títulos de crédito, no ato ou anteriormente à prestação do serviço.

Este tema ainda foi objeto da Lei nº 12.653/2012, a qual acrescentou o artigo 135-A ao Código Penal Brasileiro no intuito de tipificar o crime de condicionar o atendimento médico-hospitalar a qualquer espécie de garantia, conforme se verifica abaixo:

Art. 135-A. Exigir cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial:  
Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.  
Parágrafo único. A pena é aumentada até o dobro se da negativa de atendimento resulta lesão corporal de natureza grave, e até o triplo se resulta a morte.

Conforme salientado alhures, o presente artigo não tem a pretensão de abordar a totalidade das práticas abusivas desempenhadas pelas operadoras de plano de saúde no Brasil, mas tão somente aquelas verificadas na *práxis mercantil* e ensejadoras da judicialização da saúde suplementar.

No Direito brasileiro moderno, tem-se constatado frequentemente a atuação pró-ativa do Poder judicante em diversos setores, tais como na economia, política e vida social. *Lato sensu*, costuma-se denominar este fenômeno de **judicialização**, cujo conceito é delimitado por Luís Roberto Barroso<sup>28</sup>:

*Judicialização* significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.

---

<sup>28</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. In: **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, Vol. 12, nº 96. Fev/Mai 2010. p.6. grifo do autor.

Com efeito, o aumento vertiginoso das práticas abusivas das prestadoras de saúde privada em desfavor dos consumidores reflete não somente a falha quanto ao exercício da função regulatória pelo poder público, o que será melhor analisado abaixo, mas, sobretudo, a crescente intervenção do Poder Judiciário, de forma protagonista, haja vista que os consumidores lesados recorrem precipuamente aos tribunais brasileiros na tentativa de obter o pleno gozo do direito à saúde.

Consoante salientado no introito, no Brasil, existem dados expressivos no sentido de configurar a judicialização dos conflitos de saúde no país. Reitere-se que, em junho de 2014, o número de demandas judiciais que tramitam nos Tribunais Estaduais e Tribunais Regionais Federais brasileiros envolvendo a saúde pública e privada é de 330.630 (trezentos e trinta mil e seiscentos e trinta), o que demonstra que, cada vez mais, recai sobre o Poder Judiciário a responsabilidade de solucionar o impasse entre consumidores e prestadoras de planos de saúde privado.

A maioria destas demandas, senão todas, possui como eixo central de discussão o seguinte contraponto: em um primeiro plano, tem-se o fornecedor do serviço (operadora de plano de saúde), que defende os seus interesses patrimoniais pautados nos princípios que regem o direito obrigacional, a saber, *pacta sunt servanda*, donde se depreende a ideia de que os pactos devem ser respeitados e, noutros, como inadimplemento financeiro do consumidor, a *exceptio non adimpleti contractus*, que consiste na exceção do contrato não cumprido, prevista no artigo 476, do Código Civil de 2002. No outro plano, há o consumidor-adquirente, que suscita a proteção ao direito à vida, saúde e dignidade humana.

Neste particular, segundo Cláudia Lima Marques<sup>29</sup>:

(...) na balança entre o valor saúde e vida do consumidor e os direitos patrimoniais (contratuais) do fornecedor, que escolheu o consumidor como seu parceiro, deve prevalecer o primeiro, como impõe o princípio da boa-fé objetiva e os princípios constitucionais de defesa do consumidor.

O sopesamento realizado pelos juízes entre estes dois pontos de vista antagonísticos – as alegações do polo ativo (em geral, os consumidores) e do polo passivo (normalmente, as empresas fornecedoras do serviço de saúde) – ocasiona, na maioria esmagadora das demandas, à prevalência do direito à saúde do consumidor em detrimento dos interesses patrimoniais das operadoras de plano de saúde.

Interessante notar que, no intuito de consolidar e uniformizar o entendimento em

---

<sup>29</sup> MARQUES, Cláudia Lima, op. cit., p. 472.

determinadas questões que envolvem planos de saúde, os Tribunais Estaduais do Rio de Janeiro e de São Paulo aprovaram súmulas jurisprudenciais. A iniciativa inédita tem o condão, ainda, de tornar mais céleres os litígios, possibilitando, assim, o seu desfecho ainda na instância de 1º grau.

Os referidos tribunais estaduais estão entre os órgãos judiciais que mais concentram as ações relativas à saúde. A tabela constante no relatório de demandas relacionadas à saúde nos tribunais do sistema resolução 107, revela que existem 46.883 ações em tramitação no TJRJ e 44.690 demandas em tramitação no TJSP.

Trazem-se à baila algumas destas súmulas:

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO:**

**Súmula TJ Nº 112** – É nula, por abusiva, a cláusula que exclui de cobertura a prótese que integre, necessariamente, cirurgia ou procedimento coberto por plano ou seguro de saúde, tais como stent e marcapasso. (Referência: súmula da jurisprudência predominante nº 2006.146.00003 – julgamento em 11/09/2006 – votação: unânime – Relatora: Desembargadora Maria Henriqueta Lobo).

**Súmula TJ Nº 210** – Para o deferimento da antecipação da tutela contra seguro saúde, com vistas a autorizar internação, procedimento cirúrgico ou tratamento, permitidos pelo contrato, basta indicação médica, por escrito, de sua necessidade. (Referência: processo administrativo nº. 0013657-24.2011.8.19.0000 - julgamento em 22/11/2010 - Relator: Desembargadora Leila Mariano. Votação unânime).

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO:**

**Súmula 103** - É abusiva a negativa de cobertura em atendimento de urgência e/ou emergência a pretexto de que está em curso período de carência que não seja o prazo de 24 horas estabelecido na Lei n. 9.656/98.

**Súmula 105** - Não prevalece a negativa de cobertura às doenças e às lesões preexistentes se, à época da contratação de plano de saúde, não se exigiu prévio exame médico admissional.

Decerto, a judicialização da política no Brasil é uma realidade, que se mostra de forma mais expressiva no âmbito da saúde. A judicialização da saúde e, mais especificamente, da saúde suplementar “traduz a existência recorrente de legítimas expectativas frustradas”<sup>30</sup>, o que pôde ser constatado no presente trabalho no tocante às práticas abusivas cometidas pelas operadoras de planos de saúde face aos consumidores.

Contudo, impera investigar como é possível reduzir e prevenir os litígios na área da saúde suplementar e quais são os agentes de combate ao abuso de direito destas empresas, de modo que os consumidores tenham seus direitos resguardados de maneira eficaz, sem que haja a necessidade de recorrer ao poder judicante.

---

<sup>30</sup> OLIVEIRA, Amanda Flávio. Lei de Planos de Saúde (Lei 9.656/98): dez anos depois. *In: Revista de Direito do Consumidor*, n. 67. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set/2008, p. 60.

## 2. O MINISTÉRIO PÚBLICO E A TUTELA COLETIVA DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Alguns doutrinadores, ao tratarem sobre a tutela coletiva, utilizam o termo “interesses” com significação distinta do termo “direitos”. Nesse sentido, portanto, tratam de interesses difusos, coletivos ou individuais, e não de direitos, propriamente ditos.

Embora exista essa distinção terminológica, ela não será alvo deste trabalho, mormente, porque, o próprio Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (CDC – Lei nº 8.078/90) não o faz, tratando em seu artigo 81 dos interesses e direitos, difusos, coletivos e individuais homogêneos. Portanto, para fins deste trabalho, interesses e direitos são sinônimos.

Nesse sentido esclarece Kazuo Watanabe:

Os termos ‘interesses’ e ‘direitos’ foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os ‘interesses’ assumem o mesmo *status* de ‘direitos’, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles.<sup>31</sup>

Já a respeito do tema, é preciso enfatizar a sua delimitação. Rodolfo de Camargo Mancuso aponta 05 (cinco) categorias diferentes de interesses. Essa classificação, denominada por ele de escalonamento, considera o nível do interesse tutelável em relação à coletivização. Para o autor os interesses seriam escalonados do individual para o coletivo na seguinte ordem: a) interesses individuais; b) interesses sociais; c) interesses coletivos; d) interesses gerais ou públicos; e) interesses difusos<sup>32</sup>.

O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, adotou a classificação tripartite, preceituada no artigo 81, incisos I, II e III respectivamente: a) interesses ou direitos difusos; b) interesses ou direitos coletivos (em sentido estrito); e c) interesses ou direitos individuais homogêneos.

Não obstante, o atual sistema processual brasileiro ainda não possui um código próprio destinado à tutela dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, é possível identificar no ordenamento jurídico um microsistema legal que intenta suprir tal necessidade.

Por microsistema legal, entende-se:

---

<sup>31</sup> WATANABE, Kazuo. *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: Comentado pelos autores do Anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. p. 819.

<sup>32</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para Agir**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 74.

(...) a instrumentalização harmônica de diversos diplomas legais (Constituição Federal, Códigos, Leis especiais, Estatutos, etc.), destinados ao trato particular de determinada matéria, cuja amplitude e peculiaridade exijam aplicação conjunta dos comandos normativos para efetiva aplicação de seus ditames<sup>33</sup>.

Destarte, para efeito do presente trabalho, será analisado o microssistema de tutela coletiva de defesa do consumidor, constituído, notadamente no Brasil, pelo CDC e pela Lei de Ação Civil Pública (LACP - Lei nº 7.347/1985), no artigo 1º, inciso II, com a atuação do Ministério Público, artigo 82, inciso I do CDC, como “*Ombudsman*”<sup>34</sup> do consumidor na defesa da tutela coletiva dos direitos do sistema tripartido consagrado pelo mesmo código em seu artigo 81 e incisos.

A atuação do Ministério Público no ordenamento jurídico pátrio está legitimada no artigo 127, *caput*, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual:

Artigo 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos **interesses sociais e individuais indisponíveis**. (grifo nosso).

Ainda sobre o tema, importante salientar o disposto no artigo 129, III, da CRFB/88:

Artigo 129. São funções institucionais do Ministério Público:  
III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros **interesses difusos e coletivos**. (grifo nosso)

Outrossim, no âmbito da tutela do consumidor, o artigo 82, inciso I do CDC, elenca com legitimidade concorrente, o Ministério Público para ingresso das ações coletivas, buscando a salvaguarda dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos assim estabelecidos pelo artigo 81, incisos I, II e III do mesmo diploma, incluído portanto, os direitos individuais homogêneos ausentes no texto constitucional. Por isso, embora a lei infraconstitucional tenha passado a definir os interesses coletivos em sentido estrito, e a distingui-los dos interesses individuais homogêneos, essa distinção não limita abrangência da

---

<sup>33</sup>AZEVEDO, Júlio Camargo de. **O Microssistema de Processo Coletivo Brasileiro**: uma análise feita à luz das tendências codificadoras. *In*: Revista Jurídica da Escolar Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. vol. II, 2012. p.117.

<sup>34</sup>Muito se falou na época da Assembleia Nacional Constituinte, o artigo 36, por exemplo, da Comissão Afonso Arinos, vide notas nº 4 e 5 ao Capítulo 1 da criação de um correspondente do Ombudsman do Consumidor do Direito sueco em nosso país, o qual teria a denominação de “Ouvidor-Mor” ou “Ouvidor-Geral” ou ainda “Defensor do Povo”. (...) É indispensável a *presença* do procurador, do ouvidor de queixas, o *ombudsman*, a atuar por imperativo de lei e com a energia que a lei lhe possa conferir. *In*: FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 125. No mesmo sentido: MORELLO, Augusto M.; STIGLITZ, Gabriel. **Tutela Procesal de Derechos Personalísimos e Intereses Colectivos**. La Plata: Platense, 1986. p.201.

atuação ministerial em defesa de interesses transindividuais uma vez que a expressão “interesses coletivos” tem alcance constitucional próprio.<sup>35</sup>

Portanto, inegável, para fins de tutela coletiva de defesa do consumidor, a atuação do *Parquet* na defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, compreendidos individualmente a seguir por meio de Ação Civil Pública.

Segundo o artigo 81, inciso I do CDC, os direitos ou interesses difusos são: “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. Os chamados “direitos difusos” são aqueles cujos titulares não são determináveis. Isto é, os detentores do direito subjetivo que se pretende regram e proteger são indeterminados e indetermináveis<sup>36</sup>.

No âmbito da saúde suplementar, a defesa dos interesses difusos não é uma novidade, constitui-se, inclusive, como uma forma abstrata de defesa dos interesses dos consumidores pela atuação do Ministério Público no combate às cláusulas abusivas, hipótese prevista no artigo 51, parágrafo 4º do CDC, que reza o seguinte:

Artigo 51, § 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

Já os direitos coletivos previstos no código de defesa do consumidor no artigo 81, inciso II, os titulares do direito também são indeterminados, porém determináveis. Isto é, para a verificação da existência de um direito coletivo não há a necessidade de se apontar concretamente um titular específico e real. Todavia, esse titular é facilmente determinado, a partir da verificação do direito em jogo.<sup>37</sup>

Nota-se que ambos os direitos supramencionados (difusos e coletivos) são transindividuais, ou seja, ultrapassam a esfera da individualidade, bem como são indivisíveis. A diferença entre um e outro reside no fato de que os titulares dos direitos coletivos são determináveis e tais direitos advêm de uma relação jurídica existente entre os membros do grupo, classe ou categoria de pessoas ou entre estes e a parte contrária.

Sobre essa atuação do Ministério Público na defesa dos direitos difusos e coletivos, aplicada no âmbito dos contratos de operadoras de plano de saúde, esclarecedora a Ação Civil

<sup>35</sup>MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 107.

<sup>36</sup>NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 787.

<sup>37</sup>Ibid. p. 790.

Pública proposta pelo Ministério Público de São Paulo em face de Assistência Médica Internacional LTDA (AMIL), citada por José Geraldo Brito Filomeno:

**FICHA R Nº 233/97 - CENACON - “CONTRATOS - PLANO DE SAÚDE - CLÁUSULAS ABUSIVAS QUE ESTABELECEM A SUSPENSÃO DO DIREITO DE COBERTURA E RESSARCIMENTO EM CASOS DE ATRASO NO PAGAMENTO DAS MENSALIDADES, ESTABELECENDO PERÍODO DE CARÊNCIA APÓS O PAGAMENTO EM ATRASO, BEM COMO O NÃO RETORNO DOS DIREITOS À COBERTURA E AO RESSARCIMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA OBJETIVANDO A DECLARAÇÃO DA NULIDADE DAS ESTIPULAÇÕES”**

(...)

A presente *actio* tem por escopo a proteção dos **direitos coletivos e difusos** de consumidores que **contrataram** ou **virão a contratar** com a ré, direitos esses que estão sendo ou serão violados em razão da existência de **cláusulas abusivas que estabelecem a suspensão dos direitos de cobertura e ressarcimento em casos de atraso no pagamento das mensalidades, estabelecendo período de carência após o pagamento em atraso, bem como o não retorno dos direitos à cobertura e ao ressarcimento para eventos iniciados ou ocorridos durante o período de atraso,** tudo conforme se verá adiante.

Atualmente, há inúmeros consumidores (no país inteiro) que já contrataram com a ré e estão expostos à aplicação das cláusulas abusivas em consideração. No futuro, muitos outros consumidores virão a contratar com a requerida e também estarão expostos às mesmas cláusulas.

(...)

Bem se amolda à espécie, na parte que se refere ao *controle judicial* das cláusulas abusivas, o seguinte escólio de INOCÊNCIO GALVÃO TELLES:

“O controlo das cláusulas abusivas pode ser **preventivo ou repressivo**. O primeiro assume carácter *legal*, traduzindo-se na proibição pelo legislador das cláusulas que ele considera abusivas, ou carácter *administrativo*, consubstanciando-se na adopção de modelos elaborados ou revistos por autoridades isentas legalmente, dotadas de competência para tanto, ou ainda carácter *judicial*, cifrando-se na proibição pelos tribunais de cláusulas predispostas para utilização generalizada, antes e independentemente da sua concreta ou efetiva inclusão em contratos singulares. O controlo será *repressivo* na medida em que, suscitado um litígio sobre determinado contrato estandardizado, o tribunal declare sem valor certa ou certas cláusulas dele constantes.

O controle preferível é, em princípio, o *preventivo*, pois lá diz o velho rifão que ‘mais vale prevenir do que remediar’, se bem que a prevenção legislativa não dispense a repressão judiciária sempre que as proibições decretadas pelo legislador se mostrem na prática desrespeitadas”.

Entre nós, NELSON NERY JUNIOR, um dos destacados redatores do Código de Defesa do Consumidor, preleciona que “uma das formas de tutela contratual do consumidor é a que se realiza mediante o controle das cláusulas gerais dos contratos. Esse controle pode ser efetivado administrativamente ou ***pela via judicial***. Tanto num como noutro caso, o controle pode ser abstrato ou concreto”. No caso dos autos, o controle é ***abstrato***, visto que se busca alcançar a declaração de nulidade de cláusulas contratuais manifestamente abusivas, incluídas em contratos singulares de consumo padronizados (de adesão).

Como tal controle está sendo deduzido perante o Judiciário, refoge ele à esfera administrativa e se torna judicial. Caberá ao aludido Poder, como ato de

controle judicial abstrato, proclamar a nulidade das cláusulas opugnadas e inibir sua aplicação nos contratos já concluídos e sua inclusão nos contratos que a demandada venha a celebrar.<sup>38</sup>

A presente ACP, portanto, é um exemplo muito claro de como uma mesma situação de fato, a depender dos interesses envolvidos ou do tipo de pedido, poderá reclamar a proteção coletiva tanto de direitos difusos quanto de direitos coletivos. Ou seja, a proteção dos direitos difusos resta evidente nos contratos que potencialmente poderiam vir a ser celebrados, enquanto a proteção coletiva, reside nos contratos já firmados, com grupo de consumidores determináveis e atingidos pela cláusula abusiva questionada em juízo.

Ademais, ainda atuará o Ministério Público na defesa coletiva dos chamados direitos individuais homogêneos, consagrados no artigo 81, inciso III do CDC, entendidos como aqueles com sujeito ativo determinado e plural, em uma relação jurídica na qual o estabelecimento do nexo entre os sujeitos ativos e os responsáveis pelos danos se dá numa situação jurídica (fato, ato, contrato) que tenha origem comum para todos os titulares do direito violado, com objeto divisível.

Ainda assim, é importante ressaltar, em que pese parte da doutrina aduzir pela impossibilidade de atuação do MP na defesa dos direitos individuais homogêneos, preferimos a corrente que defende sua plena atuação na defesa de tais interesses, assim como capitaneado pelo Superior Tribunal de Justiça em diversos julgados sobre a temática, envolvendo inclusive interesses individuais homogêneos de consumidores em contratos de planos de saúde com reajuste de mensalidade claramente abusivo, como no REsp 177965-PR, *in verbis*:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Ação coletiva. Ministério Público. Legitimidade. Interesses individuais homogêneos. Plano de Saúde. Reajuste da mensalidade. UNIMED. O Ministério Público tem legitimidade para promover ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos quando existente interesse social compatível com a finalidade da instituição. Reajuste de prestações de Plano de Saúde (UNIMED). Art. 82, I, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Precedentes. Recurso conhecido e provido.

(STJ - REsp: 177965 PR 1998/0042342-7, Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Data de Julgamento: 18/05/1999, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 23.08.1999 p. 130RSTJ vol. 123 p. 317).

Citam-se ainda como precedentes os seguintes julgados: STJ, REsp 105.125-DF, relator Ministro Salvo de Figueiredo Teixeira, DJe 24-06-1997; STJ, REsp 509654-MA, relator Ministro Menezes Direito, DJe 16-11-2004; STJ, REsp 805277-RS, relator Ministra Nancy Andrighi, DJe 08-10-2008; RE 500.879-AgR, relatora Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 26-05-2011; RE 472.489-AgR, relator Ministro Celso De Mello, Segunda Turma, DJe de 29-08-2008.

---

<sup>38</sup> FILOMENO, op. cit. p. 674-675.

Trata-se, diferentemente, da defesa dos interesses difusos e coletivos, estudados acima, de legitimação extraordinária do Ministério Público na defesa dos interesses individuais homogêneos, sendo caso de substituição processual, haja vista, que o MP na situação, pleiteará em nome próprio direito alheio.

Nesse sentido, transitada em julgado a mesma sentença, a liquidação será promovida pela vítima e seus sucessores, e será por artigos, podendo ser proposta no foro do domicílio do liquidante a quem cabe provar, tão somente, o nexo de causalidade e dano e seu montante.<sup>39</sup>

Constitui-se, portanto, o Ministério Público, como mais um instrumento de busca pela satisfação plena dos direitos dos consumidores, sejam estes de interesse difuso, coletivo ou individuais homogêneos.

A seguir será estudado ainda, como a intervenção do Estado na economia e a regulação econômica da atividade empresarial pode constituir-se como meio hábil à proteção e defesa do consumidor.

### **3. A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA, O PODER REGULATÓRIO E A AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR**

No Brasil, durante um período de grande processo de privatizações<sup>40</sup>, em especial, o Governo Fernando Henrique Cardoso (1995-1998/1999-2002), se iniciou a criação das chamadas agências reguladoras, com a finalidade precípua de disciplinar e fiscalizar os diversos segmentos na área da economia, mercado e das formas de atuação dos agentes econômicos. Nesse aspecto, a regulação, no campo econômico, corresponde a dois fenômenos distintos. Em primeiro lugar, a redução da intervenção direta do Estado na economia, e em segundo, o crescimento do movimento de concentração econômica.<sup>41</sup>

Na doutrina econômica, é usual apontar a regulação estatal como instrumento para suprir as deficiências do mercado. Essa visão foi sendo alterada ao influxo dos acontecimentos, especialmente na segunda metade do século XX. No entanto, pode-se dizer que a alteração consistiu muito mais numa ampliação da dimensão da regulação do que numa revisão essencial das concepções iniciais.<sup>42</sup> Nesse sentido, a regulação econômica se traduz

---

<sup>39</sup>FILOMENO, op. cit. p. 405.

<sup>40</sup> Este processo, que tem na Inglaterra de Thatcher um dos seus exemplos mais eloquentes, também se fez notar no Brasil, onde a intervenção regulatória passou de sete casos, na Constituição de 1969, para mais de vinte na Carta atual. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Sociedade, Estado e Administração Pública**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1996. p. 91.

<sup>41</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica: Princípios e Fundamentos Jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 21.

<sup>42</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 460.

como uma limitação ao exercício da liberdade empresarial.<sup>43</sup>

Ocorreu na verdade uma grande remodelagem de todo o sistema político estatal, com forte apelo ideológico de desestatização de empresas e incentivo do exercício do poder econômico ao setor privado, o que inclusive, como já mencionado acima, fez o legislador constituinte incluir no capítulo da ordem econômico-financeira da Constituição Federal de 1988, no artigo 173, o substrato do princípio da subsidiariedade do Estado na exploração direta da atividade econômica, reservando ao particular o privilégio e amplo campo de atuação no setor econômico do país, ressalvados os casos de relevante interesse coletivo ou imperativos de segurança nacional, quando então o ente estatal assumiria a posição de agente econômico na forma direta. Na realidade, a intervenção pública na economia pretende no mais das vezes chegar ao correto funcionamento do mercado.<sup>44</sup>

É neste sentido que o governo, ao prometer a proteção contra externalidades<sup>45</sup> e ao promover interesses sociais difusos, propõe “direitos” (saúde, segurança e proteção do meio ambiente e do consumidor), que por sua vez, são formulados na forma de “objetivos”. A partir desses objetivos, o governo formata “modelos” legislativos e regulatórios.<sup>46</sup>

Consoante Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>47</sup>, quatro aspectos fundamentais sobre a autonomia das agências reguladoras devem ser exaltados para o seu pleno funcionamento:

- 1) Independência política o primeiro é a independência política dos dirigentes, a serem nomeados pelo Chefe do Poder Executivo, mas sobre aprovação do Poder Legislativo, com mandatos estáveis, durante um prazo determinado, e preferentemente defasado dos períodos dos mandatos políticos do Executivo;
- 2) Independência técnica de decisão, com predomínio da discricionariedade política-administrativa e sem recurso hierárquico impróprio de suas decisões para o Poder Executivo;
- 3) Independência normativa, necessária para disciplina autônoma dos serviços públicos e das atividades econômicas submetidos à sua regulação e controle;
- 4) Independência gerencial, orçamentária e financeira, preferencialmente ampliada por meio de contratos de gestão (acordos de programa) celebrados com o órgão supervisor da Administração Direta.

---

<sup>43</sup> GONZÁLES, José Ignacio Hernández. **Derecho Administrativo y Regulación Económica**. Caracas: Jurídica Venezolana, 2006. p. 177.

<sup>44</sup> CABRAL DE MONCADA, Luís S. **Direito Económico**. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 36.

<sup>45</sup> Uma externalidade surge quando uma pessoa se dedica a uma ação que provoca impacto no bem-estar de um terceiro que não participa dessa ação, sem pagar nem receber nenhuma compensação por esse impacto. Se o impacto sobre o terceiro é adverso, é chamado de *externalidade negativa*; se é benéfico, é chamado de *externalidade positiva*. Quando há externalidades, o interesse da sociedade em um resultado de mercado vai além do bem-estar dos compradores e vendedores que participam do mercado; passa a incluir também o bem-estar de terceiros que são indiretamente afetados. In: MANKIN, N. Gregory. **Introdução à Economia**. 3. ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005. p. 204.

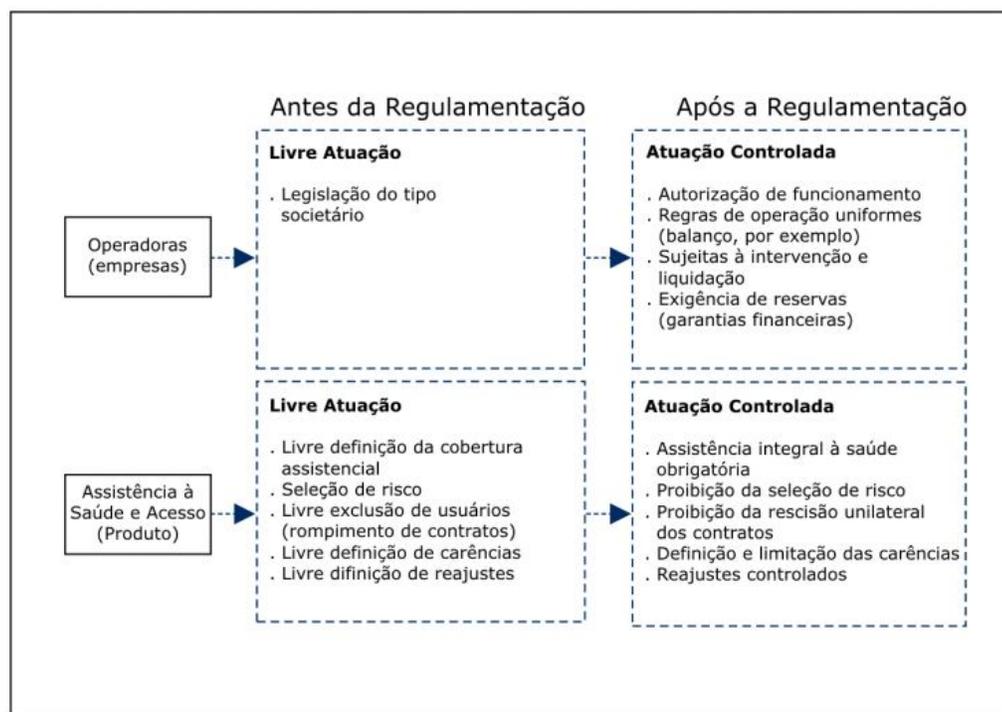
<sup>46</sup> REICH, Norbert. A Crise Regulatória: Ela Existe e pode ser Resolvida?. In: MATTOS, Paulo Todescan L. (coord.). **Regulação Económica e Democracia: O Debate Europeu**. São Paulo: Singular, 2006. p. 25.

<sup>47</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 447; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 148.

No âmbito da saúde privada suplementar, foi criada, através da Medida Provisória nº 2.012-2/1999 e, posteriormente, pela Lei nº 9.961/00, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), com a finalidade institucional de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regular a atividade empresarial das operadoras de planos de saúde, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, e ainda, contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no país.<sup>48</sup>

Porém, a criação da ANS e seu marco regulatório no auge do neoliberalismo e o consenso de Washington, trouxe por um lado, um temor de que o capital estrangeiro ingressasse no Brasil fazendo um estrago no mercado da saúde suplementar, afinal, a criação de uma agência reguladora no modelo neoliberal seria justamente para definir regras claras para a fluidez dos capitais.<sup>49</sup> Na verdade, o que se buscou mais uma vez, foi a proteção do consumidor contra eventuais abusos de poder econômico, decorrentes da abertura do mercado e da nova ideologia constitucionalmente adotada pela Carta de 1988.

O quadro a seguir, demonstra algumas dessas novas ferramentas de controle e fiscalização por parte da ANS sobre o mercado regulado da saúde privada suplementar:



Fonte: Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)

<sup>48</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Missão Institucional**. Disponível em: [www.ans.gov.br](http://www.ans.gov.br). Acesso em: 10/06/2014.

<sup>49</sup> PINHO. Cláudio A. A Agência Nacional de Saúde Suplementar: 10 anos depois do marco regulatório – avanços e desacertos. In: Oliveira, Amanda Flávio de. **Direito Econômico: Evolução e Institutos**. 1. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2009. p. 338.

O que existia antes da regulação, era a liberdade de iniciativa em seu grau máximo, na qual as empresas tinham livre campo de atuação na exploração da atividade econômica, sujeitando-se apenas às regras societárias existentes, o que, após a regulamentação, logicamente, foi alterada, já que passaram a necessitar de autorização para funcionamento, sujeição à intervenção e liquidação e a prova de existência de reservas (garantias financeiras), configurando assim, um novo modelo mercadológico a ser seguido pelos agentes.

Essa extensão de garantias também se estendeu ao próprio serviço prestado, com a assistência integral à saúde, vedação à exclusão de pacientes com grau elevado de risco de morte e enfermidades graves, rescisão unilateral de contratos, definição de prazos de carência e, também de reajustamento das parcelas, seguindo a normatização e a forma específica de reajuste estabelecido pela Agência Reguladora.

Porém as dificuldades de implementação não são uma novidade, e frequentemente, têm ocasionado o aumento do número de demandas judiciais (judicialização), como reflexo da ineficácia regulatória Brasileira.

A dificuldade enfrentada pela ANS para se justificar perante o setor da saúde suplementar e perante os consumidores pode ser explicada por vários motivos. O principal deles é a falta de cultura regulatória no direito brasileiro. A atividade regulatória no Brasil foi desenvolvida não como uma consequência natural do direito ou uma necessidade dos consumidores. Ela foi criada por uma adaptação às regras do neoliberalismo. Assim, como em tantos exemplos no direito brasileiro, importamos os institutos e copiamos os modelos sem a adaptação necessária à nossa cultura histórica e jurídica. Mais especificamente no caso das agências reguladoras, copiamos em parte o modelo europeu, mas principalmente o modelo norte-americano, já consagrado e inserido numa cultura social diversa.<sup>50</sup>

Utilizando dos desafios a serem enfrentados elencados por Angélica Carlini, sobre o tema, todos essenciais para que o setor atinja a qualidade e a eficiência que dele se espera, citamos os seguintes, *in fine*:

O primeiro desafio é trabalhar com pessoal qualificado, em número suficiente, motivado e bem remunerado. (...) O segundo desafio da ANS é consolidar a agência como um interlocutor coletivo para incentivar o combate a soluções individualizadas. O terceiro é promover ações estratégicas de esclarecimentos sobre direitos e deveres dos consumidores e fornecedores para evitar conflitos e, em especial, conflitos judiciais. É fundamental que a ANS organize estratégias que permitam difundir aos consumidores de saúde suplementar que eles não podem tudo, ainda que muitas vezes sejam levados a acreditar que podem. É imperioso que os consumidores de saúde suplementar se apercebam que não existem direitos absolutos quando se trata de uma mutualidade. Nesse caso, todos os direitos são relativos e limitados.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> PINHO, Cláudio A. op. cit. p. 341.

<sup>51</sup> CARLINI, Ângela. A ANS e a Efetividade de sua Missão – Dificuldades, Perspectivas, Controle Eficaz de Fornecedores. *In*: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias. (Orgs). **O CNJ e os**

Na verdade, o que se percebe, ainda que de forma perfunctória sobre a análise da atuação das Agências Reguladoras no Brasil, em destaque, a Agência Nacional de Saúde Suplementar, é a necessidade de busca da legitimidade e de poder regulamentar, notadamente ineficaz e desprovido de caráter pedagógico sobre a conduta das empresas atuantes no mercado, o que por via de consequência acentua em grande parte dos casos, o fenômeno da judicialização da saúde privada no país.

A insuficiência regulatória é significativamente refletida nos espaços democráticos de controle pela sociedade civil dos processos decisórios das agências, como agentes normativos e reguladores, que só poderão tornar-se efetivos se for considerado o aparato jurídico-institucional disponível, tendo em vista a realidade brasileira. Em outras palavras, é preciso indagar em que medida a fundamentação das decisões das agências reguladoras, como órgãos administrativos colegiados, pode ser indagada pela sociedade civil. A exigência de fundamentação jurídica racional e pública das decisões dos integrantes dos conselhos deliberativos das agências deve, então, ser analisada à luz de suas garantias jurídico-institucionais.<sup>52</sup>

A globalização e a crise de financiamento dos Estados contemporâneos lhes impõe a revisão de suas estratégias intervencionistas e regulatórias, o que todavia, pode se dar no sentido de um maior absentismo estatal ou não. Tanto é assim, que no Brasil as agências reguladoras têm sido criadas, tanto para disciplinar a prestação de serviços públicos desestatizados, como para propiciar uma forte incidência regulatória sobre as atividades econômicas da iniciativa privada. Destarte, serão, enfim, os controles sociais, a responsabilidade e o espírito público dos agentes estatais e privados envolvidos na regulação que determinaram a manutenção e a potencialização das entidades reguladoras independentes, dotadas de real autonomia ou, ao revés, o lamentável retorno à Administração Pública unitária, hierarquizada e, já a conhecemos, ineficiente e patrimonialista.<sup>53</sup>

Por fim, ainda é importante salientar o exame de desempenho das agências, constatado por Carlos Ari Sundfeld:

Penso que nas grandes agências ainda não se implantou a convicção de que regular é produzir Direito, já que envolve o cumprimento de fins com o emprego de instrumentos estritamente jurídicos (a edição e aplicação de normas). O espírito realmente forte nas agências é o de que regular seria tratar questões técnicas e econômicas, além de muito tomar cuidado com a opinião pública. (...) Mas é certo que, nos embates que já se vem travando na regulação, os discursos jurídicos tem encontrado poucos ouvidos. (...) Alguns reguladores também não se têm mostrado sensíveis à ideia de processo

---

**Desafios da Efetivação do Direito à Saúde.** Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 23-24.

<sup>52</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Regulação Econômica e Democracia. *In*: FARIA, José Eduardo (Coord.) **Regulação, Direito e Democracia.** São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002. p. 60-61.

<sup>53</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico.** 2. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2006. p. 446.

administrativo. Explico-a em poucas frases. As agências, especialmente quando punem as empresas reguladas e resolvem disputas entre elas, são obrigadas a realizar processos cuja estrutura básica é em alguma medida inspirada nos processos judiciais. (...) Mas os reguladores ainda não incorporaram totalmente a cultura processual, ao menos no que ela tem de positivo. Assim, o déficit que vejo na regulação econômica é o mesmo que ainda afeta a Administração Brasileira como um todo: o puro e simples déficit de Direito Administrativo.<sup>54</sup>

A ideia de uma regulamentação do mercado<sup>55</sup>, a nosso ver, não constitui um rompimento ao neoliberalismo, às novas diretrizes previstas na ideologia constitucionalmente adotada, muito pelo contrário, vai justamente ao encontro dela, já que tenta de uma forma ainda que precária, garantir o apaziguamento dos conflitos intersubjetivos advindos da relação contratual de consumo e os interesses mercadológicos dos agentes econômicos de planos de saúde no país, reflexo, portanto, dos princípios insculpidos na ordem econômico-financeira da Constituição Federal de 1988, no artigo 170, incisos, II, IV e V, quais sejam, propriedade privada, livre concorrência e defesa do consumidor.

## CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 outorgou à livre iniciativa a atuação complementar ou suplementar na prestação do serviço de saúde, o que representou uma via a mais para a sociedade obter o acesso a este direito essencial, que mesmo prestado pelas empresas privadas (operadoras de plano de saúde), através de exploração direta da atividade econômica, com finalidade lucrativa, ainda assim, possui o caráter de relevância pública, pelo que se justifica a regulamentação, controle e fiscalização desta atividade por parte do poder público, o que inclusive é ratificado pela ideologia constitucionalmente adotada na ordem econômico-financeira da CRFB/88, no artigo 174.

Contudo, muito embora haja previsão constitucional e infraconstitucional quanto ao controle do Estado na forma pela qual as operadoras de planos de saúde promovem a prestação deste serviço, são cada vez mais frequentes as práticas abusivas cometidas por estas empresas em prejuízo do consumidor. Ao longo deste artigo, verificou-se que a negativa de cobertura em casos de urgência, limitação ao tempo de internação hospitalar e reajuste

---

<sup>54</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 37-38.

<sup>55</sup> Assim, a opção por um mercado livre, hoje, apenas não corresponde a uma aspiração de volta ao passado porque, em verdade, os mercados jamais funcionaram livremente. A noção de mercado livre tem sentido única e exclusivamente enquanto expressiva de um tipo ideal. O entrelaçamento que une mercado capitalista e Estado é vigoroso, pois o Estado moderno, em última instância, é produzido pelo capitalismo. Daí porque o capitalismo é essencialmente jurídico, na medida em que não prescinde de uma ordem jurídica estatal, voltada, como vimos, à superação das crises e à preservação dos mercados. *In*: GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 127.

contratual excessivo em razão da mudança de faixa etária são alguns exemplos das práticas abusivas que dão ensejo às demandas judiciais, haja vista que violam os princípios e diretrizes basilares que regem as relações consumeristas, tais como a função social do contrato, a boa-fé objetiva e o equilíbrio contratual.

Destarte, o aumento da litigiosidade envolvendo o serviço de saúde privada nos tribunais pátrios é corolário do abuso do poder econômico perpetrado pelas empresas que atuam neste setor em detrimento do consumidor-usuário do plano de saúde, e que, sobremaneira, assoberbam cada vez mais o Poder Judiciário brasileiro, mais uma decorrência quase que lógica da ineficiência dos órgãos públicos de proteção e defesa do consumidor, como o Ministério Público na tutela coletiva, e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) no controle e fiscalização das atividades desempenhadas pelo poder econômico privado.

Como se verificou, o Ministério Público goza de ampla legitimidade para tutela de defesa coletiva do consumidor, albergando não apenas direitos difusos ou coletivos, como também, a defesa dos interesses individuais homogêneos, todos estes previstos no artigo 81, incisos I, II e III do Código de Defesa do Consumidor, legitimidade esta ratificada pelo STJ e STF em diversas ocasiões, o que se constitui como verdadeiro instrumento de combate às práticas abusivas perpetradas pelas operadoras de plano de saúde, bem como de defesa ainda que abstrata, da parte hipossuficiente na relação jurídica, qual seja, o consumidor.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar, nesse sentido, também passa a figurar como uma válvula de escape importantíssima no combate às práticas abusivas e controle do poder econômico privado, porém, o panorama atual da regulação brasileira não o permite, necessitando assim, de uma reformulação institucional profunda, consistente na contratação de pessoal qualificado, motivado e bem remunerado, o resgate de legitimidade democrática das agências reguladoras no Brasil, ações estratégicas de esclarecimento e diálogo com a sociedade civil sobre os direitos e deveres de ambas as partes no curso da relação jurídica contratual e a necessidade de incorporação do direito administrativo e suas especificidades à cultura regulatória econômica.

Reflete sobre o tema, dessa forma, a contribuição de Washington Albino<sup>56</sup>, em que a competência do Estado nesse cenário, para a regulação e a fiscalização, submete igualmente todos os participantes dos negócios e os integra na política econômica geral. Não se trata de

---

<sup>56</sup>SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.449.

uma negativa a “economia de mercado”, ou de comprometê-la, mas tão somente de tratá-la pela ótica da ideologia adotada pelo constituinte de 1988, tomada como neoliberal ao seu modo e à falta de uma clara tipificação da mesma, e não pela da ideologia liberal pura.

## **REFERÊNCIAS**

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Missão Institucional**. Disponível em: [www.ans.gov.br](http://www.ans.gov.br). Acesso em: 10/06/2014.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Os planos de saúde privados e o Código de Defesa do Consumidor: principais questões geradoras de conflito entre planos de saúde e consumidores. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2006.

AZEVEDO, Júlio Camargo de. **O Microssistema de Processo Coletivo Brasileiro**: Uma análise feita à luz das tendências codificadoras. In: Revista Jurídica da Escolar Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. vol. II, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. In: **Revista Jurídica da Presidência**. vol. 12, n 96, Brasília: Fev/Mai 2010.

CABRAL DE MONCADA, Luís S. **Direito Econômico**. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2007

CARLINI, Ângela. A ANS e a Efetividade de sua Missão – Dificuldades, Perspectivas, Controle Eficaz de Fornecedores. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias. (Orgs). **O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Demandas nos Tribunais**: Fórum Saúde. Disponível em [http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnoTRIBUNAIS\\_forumSaude.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnoTRIBUNAIS_forumSaude.pdf). Acesso em 10/07/14.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2007.

GALDINO, Valéria Silva. **Cláusulas Abusivas**. São Paulo: Saraiva, 2001.

GONZÁLES, José Ignacio Hernández. **Derecho Administrativo y Regulación Económica**. Caracas: Jurídica Venezolana, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (IDEC). **Planos de saúde lideram ranking de queixas no IDEC em 2013**. Disponível em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-03/planos-de-saudelideram--ranking--de--queixas--do--idec-em--2013>. Acesso em 26/07/2014.

\_\_\_\_\_. **Tribunais devem priorizar julgamentos sobre saúde decide o CNJ**. Disponível em: <http://www.idec.org.br/em-acao/noticia-do-consumidor/tribunais-devem-priorizar-julgamentos-sobre-saude-decide-cnj>. Acesso em 25.07.2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para Agir**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MANKIN, N. Gregory. **Introdução à Economia**. 3. ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Regulação Econômica e Democracia. *In*: FARIA, José Eduardo (Coord.) **Regulação, Direito e Democracia**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Sociedade, Estado e Administração Pública**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1996.

\_\_\_\_\_. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MORELLO, Augusto M.; STIGLITZ, Gabriel. **Tutela Procesal de Derechos Personalísimos e Intereses Colectivos**. La Plata: Platense, 1986.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Amanda Flávio. Lei de Planos de Saúde (Lei 9.656/98): dez anos depois. *In*: **Revista de Direito do Consumidor**, n. 67. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set/2008.

OLIVEIRA, James Eduardo. **Código de Defesa do Consumidor**: Anotado e Comentado. Doutrina e Jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O Abuso do Direito e as Relações Contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHO, Cláudio A. A agência Nacional de saúde suplementar: 10 anos depois do marco regulatório – Avanços e desacertos. *In*: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (Coord.). **Direito Econômico – Evoluções e Institutos**: Obra em homenagem ao professor João Bosco Leopoldino da Fonseca. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O Abuso do Direito e as Relações Contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REICH, Norbert. A Crise Regulatória: Ela Existe e pode ser Resolvida?. *In*: MATTOS, Paulo Todescan L. (coord.). **Regulação Econômica e Democracia**: O Debate Europeu. São Paulo: Singular, 2006.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica**: Princípios e Fundamentos Jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *In*: **Revista de Direito do Consumidor**, n. 67. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SCAFF, Fernando Campos. **Direito à Saúde no Âmbito Privado**: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde. São Paulo: Saraiva, 2010, p.59.

SILVA, José Luiz Toro da. **Manual de Direito da Saúde Suplementar**: A Iniciativa Privada e os Planos de Saúde. São Paulo: Mapontes, 2005.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

\_\_\_\_\_. **Estudos de Direito Econômico**. vol. I. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2006

WATANABE, Kazuo. *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: Comentado pelos autores do Anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.