



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MARÍLIA DE JESUS SILVA

**A INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR AOS PLANOS DE SAÚDE DE
AUTOGESTÃO: OS EFEITOS DA SÚMULA 608 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA.**

Salvador
2018

MARÍLIA DE JESUS SILVA

**A INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR AOS PLANOS DE SAÚDE DE
AUTOGESTÃO: OS EFEITOS DA SÚMULA 608 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA.**

Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Orientadora: Profa. Joseane Suzart Lopes da Silva.

Salvador
2018

MARÍLIA DE JESUS SILVA

**A INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS
PLANOS DE SAÚDE DE AUTOGESTÃO: OS EFEITOS DA SÚMULA 608 DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Programa Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em 15 de dezembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Joseane Suzart Lopes da Silva – Orientadora _____
Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia, UFBA, Brasil. Universidade Federal da Bahia – UFBA.

Pedro Lino de Carvalho Júnior _____
Doutor em Filosofia pela Universidade Federal da Bahia, UFBA, Brasil. Universidade Federal da Bahia – UFBA.

Tiago Silva de Freitas _____
Mestre pela Universidade Federal da Bahia, UFBA, Brasil. Universidade Federal da Bahia – UFBA.

Este trabalho é dedicado a todos os usuários de planos de saúde que se encontraram desamparados nos momentos que necessitaram da assistência contratada e foram surpreendidos com a desassistência.

AGRADECIMENTOS

Valeu a pena começar novamente. E a palavra que melhor pode expressar os meus sentimentos nesse momento é gratidão.

Agradeço a Deus, que me guiou e me deu forças para continuar, pois chegar até aqui não foi fácil.

Aos meus pais, pelo amor, instrução, dedicação, confiança e por muitas vezes abdicarem dos seus sonhos em prol dos meus.

À Sandra, irmã querida, pelo apoio e paciência, durante todos esses anos. Aos meus sobrinhos estimados, Caio e Rian, que eu possa ser exemplo para vocês.

Ao meu noivo amado Fabrício, pelo companheirismo, carinho e força, sem você esse sonho não seria realidade.

Aos amigos por todas palavras de motivação, carinho e companhia.

À família Planserv, pela compreensão e ensinamentos.

A estimada professora, Joseane Suzart, pela orientação e por ser exemplo de profissional.

E aos que não constam nestes agradecimentos, que a ausência nunca signifique o esquecimento.

“Saúde não é mercadoria. Vida não é negócio. Dignidade não é lucro. Direitos conquistados não podem ser retrocedidos sequer instabilizados”
Cármem Lúcia Antunes Rocha, Ministra do Supremo Tribunal Federal na decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 532, em 14 de julho de 2018.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso analisa a impossibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos planos de saúde na modalidade autogestão, tendo em vista a edição da Súmula 608 do Superior Tribunal de Justiça. Examinou-se, como hipótese central, as características das autogestões e a aplicação do Código Civil no ramo dos contratos, em especial os contratos de seguro. Diante desta circunstância, objetivou-se analisar esse negócio jurídico, principalmente com esteio nos princípios da boa-fé e a função social do contrato. Para isto, os métodos utilizados foram o hipotético-dedutivo e argumentativo. No decorrer do trabalho averiguou-se a origem dos planos de saúde no Brasil, suas modalidades, análise dos precedentes da súmula 608, caracterização do contrato das operadoras de saúde na modalidade autogestão, os contratos de seguro no Código Civil, e os princípios da boa-fé e função social dos contratos. Concluiu-se, através da pesquisa jurisprudencial, documental e bibliográfica, que se faz necessária a aplicação do Código Civil, buscando a aplicação dos princípios supramencionados, mas também com uma visão protecionista.

PALAVRAS-CHAVES: IMPOSSIBILIDADE; SÚMULA 608; PLANO DE SAÚDE; AUTOGESTÃO; BOA-FÉ; FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

ABSTRACT

The present work of course conclusion examines the impossibility of applying the Consumer Defense Code to health plans in the autoges-so modality, in view of the issuance of Precedent 608 of the Superior Court of Justice. As a central hypothesis, the characteristics of self-suggestions and the application of the Civil Code in the field of contracts, especially insurance contracts, were examined. In view of this circumstance, it was intended to analyze this legal transaction, mainly with the principles of good faith and the social function of the contract. For this, the methods used were hypothetico-deductive and argumentative. In the course of the study, the origin of the health plans in Brazil, their modalities, analysis of the precedents of the summary 608, characterization of the health insurance contract in the au-togestion modality, the insurance contracts in the Civil Code, and the principles of the good faith and social function of the contracts. It was concluded, through the jurisprudential, documentary and bibliographical research, that it is necessary to apply the Civil Code, seeking the application of the aforementioned principles, but also with a protectionist view.

KEY-WORDS: IMPOSSIBILITY; SUMMARY 608; HEALTH PLAN; SELF-MANAGEMENT; GOOD FAITH; SOCIAL FUNCTION OF THE CONTRACT

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 BREVE HISTÓRICO DOS PLANOS DE SAÚDE NO BRASIL.....	11
2.1 REGULAMENTAÇÃO DOS PLANOS DE SAUDE.....	13
2.1.1. Lei 9.556/98 (LPS)	14
2.1.2. Lei 9.961/00 (ANS)	16
2.2 MODALIDADES DE PLANOS DE SAUDE.....	16
2.2.1. Conceito de autogestão	18
2.2.2. Tipos de autogestão.....	20
3 A SUMULA 608 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	22
3.1 ANÁLISE SOBRE AS ORIGENS DO ENUNCIADO SUMULAR.....	24
3.2 POSICIONAMENTOS DOS MINISTROS.....	29
3.2.1. Entendimentos Favoráveis à Súmula	30
3.2.2. Pronunciamentos Contrários	31
4 A NECESSÁRIA PROTEÇÃO DO USUÁRIOS DOS PLANOS DE SAÚDE DE AU- TOGESTÃO	33
4.1 CONTRATOS DE SEGURO NO CÓDIGO CIVIL.....	34
4.2 OS PLANOS DE AUTOGESTÃO: NATUREZA CONTRATUAL DE ACORDO COM O CÓDIGO CIVIL.....	39
5 A INCIDÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL PÁTRIO EM FACE DOS PLANOS DE SAÚDE DE AUTOGESTÃO	44
5.1A CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ.....	44
5.2 A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS.....	49
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	56
REFERÊNCIAS.....	59

1 INTRODUÇÃO

Conforme previsão na Constituição Federal do Brasil, em seu artigo 196, é dever do Estado garantir a saúde. No entanto, a assistência à população brasileira nesse serviço mostra-se deficiente, não cumprindo a ordem da Carta Magna, tão pouco suprindo direitos fundamentais, tais como o direito à vida e a dignidade da pessoa humana. Diante desse baixo desempenho do sistema de saúde, o povo passa a recorrer as assistências privadas de saúde, em especial os funcionários e seus dependentes das diversas empresas e Estados do Brasil que utilizam operadoras de saúde na modalidade autogestão.

O presente trabalho monográfico analisará os efeitos da súmula 608 do Superior Tribunal de Justiça, bem como os contratos de seguro e a aplicação de princípios basilares como a boa-fé e a função social dos contratos. A matéria de contrato de seguro presente no Código Civil, a partir do enunciado sumular, passa a ter um destaque importante para a análise dos instrumentos entre os usuários e operadoras. Cabe salientar também a diferença das modalidades de planos de saúde no Brasil e a caracterização das autogestões, conforme a Lei de Planos de Saúde e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

O destaque social e jurídico, que justifica o presente trabalho de conclusão de curso, demonstra-se pela atualidade e carência de discussão acadêmica e doutrinária contemplando uma matéria tão específica que é plano de saúde na modalidade de autogestão, bem como análise de conteúdo sumular recente. Cumpre destacar, que se trate de modalidade de plano de saúde antigo, tendo em vista que surgiu no Brasil antes mesmo da atual Constituição Federal, com um outro formato, mas com base na mesma essência das autogestões atuais.

Nesse sentido ainda, a motivação por este tema para o trabalho monográfico de conclusão da graduação deveu-se a vivência da pesquisadora, como profissional da saúde e laborando em uma autogestão, em se aprofundar na temática buscando a compreensão das demandas que são levadas ao judiciário, pertinentes ao assunto das operadoras de planos de saúde, em especial, autogestões, tendo em vista a edição do recente enunciado sumular e por se tratar de uma modalidade responsável por grande parte de beneficiários no Brasil.

No que tange à abordagem metodológica, os métodos científicos escolhidos foram o hipotético-dedutivo, pois foram analisadas as informações sobre a temática para obter uma conclusão partindo de dados particulares para constatações gerais. Já para método sociológico, o monográfico, tendo em vista o estudo de determinado tema para que assim possam ser obtidas generalizações. Dentre os diversos tipos de métodos jurídicos, foram destacados os crítico-metodológico, jurídico-exploratório e jurídico-protetivo. Realizou-se também pesquisa bibliográfica, documental, através de obras, um estudo doutrinário sobre o tema, e decisões judiciais proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça.

O segundo capítulo será destinado ao histórico dos planos de Saúde no Brasil, às recentes normas pertinentes as operadoras de saúde que são: a Lei de Planos de Saúde e a Lei que estabeleceu a Agência Nacional de Saúde Suplementar. Outro ponto de destaque, ainda no segundo capítulo, é a caracterização das modalidades de planos de saúde evidenciando a autogestão e seus tipos.

No terceiro capítulo, será apresentada a Súmula 608 e quais foram as suas origens, como também os posicionamentos favoráveis e contrários dos ministros quanto ao enunciado. Serão apontadas as decisões que precederam e foram utilizados para a anulação da Súmula 469 que tratava do assunto, bem como para a edição da nova excluindo a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos planos de saúde na modalidade autogestão.

O quarto capítulo, debruça-se em expor a necessidade de proteção dos usuários dos planos de saúde de autogestão, assim como buscar, para o contexto atual, a aplicação dos dispositivos pertinentes aos contratos de seguro no Código Civil e a natureza contratual dessa modalidade de plano de saúde.

No quinto capítulo, apresenta-se novamente a aplicação do Código Civil em face dos planos de saúde de autogestão, mas, dessa vez, a utilização dos princípios basilares à matéria atinente aos contratos que são a boa-fé e a função social dos contratos.

2 BREVE HISTÓRICO DOS PLANOS DE SAÚDE NO BRASIL

No Brasil, surgem os intitulados planos de saúde no início do século XX, com a tentativa de normatizar a atividade previdenciária e de assistência médica mediante a promulgação do Decreto Legislativo 46.782/1923 de autoria de Eloy Chaves, sendo tratado como uma política governamental. A saúde ainda não era uma garantia social presente na Constituição.¹

Ainda no século XX, em 1975, com o Sistema Nacional de Saúde e a criação do Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social– INAMPS, o governo continuou tentando regulamentar a atividade inserindo um sistema de livre-escolha e prestigiando os convênios INAMPS/empresa. No entanto, por volta de 1979, foram eliminados, pois acarretavam elevados custos à previdência.²

Neste contexto, com as frustradas investidas do governo em oferecer assistência médica, surge a chamada medicina de grupo, modalidade a qual pertencem os planos de saúde, desenvolvendo-se no Brasil no meado da década de 60 na região Sudeste, tendo em vista a intensa atividade industrial na região do ABC Paulista, objetivando suprir as necessidades dos trabalhadores da região, tendo em vista ser o primeiro centro da indústria automobilística brasileira e sede de diversas montadoras.³

Diante dessa nova atividade econômica, é promulgado o Decreto-lei 73, de 21 de novembro de 1966, dispondo sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados e normatizando as operações de seguros e resseguros,⁴ criando o seguro saúde, bem como regulamentando o novo modelo de negócio jurídico, mas sem nenhuma regra governamental específica para seu funcionamento.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a saúde suplementar passou a conviver com o sistema público, consolidado pelos princípios fundamentais do

¹BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos Planos e Seguros de Saúde*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 2.

²Ibid., p. 3.

³ SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de Plano de Saúde*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 194-197.

⁴BRASIL. Decreto-lei 73. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De10073.htm> Acesso em 10 set 2018.

Sistema Único de Saúde (SUS), sendo a saúde legitimada como um direito da cidadania, assumindo assim o status de bem público.⁵ Ademais, o direito a saúde presente na Carta Magna está entrelaçada aos direitos fundamentais, tais como o direito à vida e a dignidade da pessoa humana. Todavia, é desrespeitado tanto pelo Estado, quando não promove a prevenção, promoção da saúde pelo Sistema Único, bem como pela iniciativa privada, quando não cumpre as obrigações estabelecidas em contrato, tendo em vista a quantidade de judicializações na área da saúde.⁶

Finalmente, em 1998, foi editada a Lei 9.656, conhecida como a Lei dos Planos e Seguros de Saúde, é o marco regulatório da saúde suplementar no Brasil, sofrendo diversas alterações.⁷ Em 28 de janeiro de 2000, é criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar estabelecida pela Lei 9.961, responsável pelo setor de planos de Saúde no Brasil e a criação de normas, controle e a fiscalização do segmento de mercado explorado por empresas para assegurar o interesse público.⁸

Ademais, em 2000, surge a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) que tem a competência de regular não somente para o Estado, mas para a sociedade, devendo criar normas, fiscalizar seu cumprimento e ter autonomia para impor penalidades aos infratores, regulando as relações de mercado que cercam o consumidor e o produtor/ prestador de serviço.⁹ Nesse sentido, a Agência cumpre importante papel na sociedade fiscalizando e sancionando as irregularidades informadas pelos usuários.

⁵ Agência Nacional de Saúde. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos/historico>> Acesso em: 12 set 2018.

⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. *Judicialização da Saúde. A visão do Poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 33

⁷ Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições: [...]

⁸ Art. 1º É criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro - RJ, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.

Parágrafo único. A natureza de autarquia especial conferida à ANS é caracterizada por autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes.

⁹ NUNES, Edson; RIBEIRO, Leandro Molhano; PEIXOTO, Vitor. *Agências Reguladoras no Brasil*. Observatório Universitário, documento do trabalho nº 65, Rio de Janeiro:2007. Disponível em: <<http://www.agersa.es.gov.br/arquivos/relatorios/Agencias%20Reguladoras%20no%20Brasil.pdf>>. Acesso em: 12 set 2018.

Na atualidade, a ineficiência do Sistema Único de Saúde cumulada com a baixa qualidade assistencial, induz a população a grande procura das assistências privadas, mesmo a saúde sendo garantida pela lei maior. O setor brasileiro de planos e seguros de saúde é um dos maiores sistemas privados de saúde do mundo. Dessa maneira, é de grande importância os estudos pertinentes a matéria, pois são comumente levados ao judiciário, principalmente, a aplicação das normas presentes no Código de Defesa do Consumidor e Código Civil Brasileiro.¹⁰ Insta salientar, que mesmo não sendo aplicado o Código de Defesa do Consumidor aos Planos de Saúde na modalidade autogestão, é necessário aplicar as normas pertinentes aos contratos de seguro nessa modalidade, tendo em vista se trata de um contrato de adesão¹¹.

2.1 REGULAMENTAÇÃO DOS PLANOS DE SAUDE

No Brasil, existe simultaneamente, em concordância com a Carta Maior, o Sistema Único de Saúde (SUS), que tem por finalidade prestar serviços de saúde de maneira igualitária para toda população brasileira que convive com a saúde suplementar, crescente atividade realizada por empresas privadas, financiadas por quem tem capacidade de custear. No entanto, como esses serviços prestados são sobre um direito fundamental, a regulamentação não poderia ficar a cargo apenas da Constituição Federal.¹²

“Os planos de saúde no Brasil se inserem num nicho criado pelo descompasso entre a necessidade de uma proteção universal à saúde e assistência médico-hospitalar, instituída como um direito de todos e dever do Estado” com base na Constituição Federal de 1998, que diante desse cenário de insuficiência dos serviços

¹⁰ Agência Nacional de Saúde. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos/historico>> Acesso em: 12 set 2018.

¹¹ Artigo 54: “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. § 4º. As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.”

¹² BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. *Judicialização da Saúde. A visão do Poder Executivo*. Editora Saraiva, São Paulo, 2017. p. 421.

de promoção, proteção, prevenção e recuperação da saúde cresce o chamado mercado da medicina suplementar privada, assevera Bottesini.¹³

Desde o início dos planos de saúde na década de 60 até meados da década de 90, o Brasil seguiu sem uma lei que regulamentasse a nova atividade econômica e assegurasse direitos e deveres entre as partes, tendo em vista que Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, que instituiu o seguro-saúde em seus artigos 129 a 135, bem como dispondo sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regulando as operações de seguros e resseguros, mas sem garantir os direitos e deveres entre as partes.¹⁴

A regulação da atividade só aconteceu com a criação de duas importantes Leis, a Lei 9.656, de 3 de junho de 1998, dispondo sobre os Planos e Seguros de Saúde (LPS) e a Lei 9.961 de 28 de janeiro de 2000, criando a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que com seus diversos setores Conselho de Saúde Suplementar e Diretoria Colegiada são responsáveis pela criação de regras, para fiscalização da qualidade dos serviços prestados pelas operadoras de saúde, zelando pela promoção e prevenção de agravos nos usuários.¹⁵

2.1.1. Lei 9.556/98 (LPS)

O projeto que deu origem a Lei 9.656/98, foi elaborado pela Associação Brasileira de Medicina de Grupo – ABRAMGE, entretanto o Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde – CEIFAS e anteriormente a ambas a Fundação Nacional das Empresas de Seguros Privados - FENASEG, também participaram da construção do diploma legislado. No Congresso Nacional, o Projeto de Lei iniciou Senado Federal com o número PLS 93/1993 sendo aprovado apenas em 12.05.1998 e sancionado em 03.06.1998 pelo então Presidente da República.

¹³ BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos Planos e Seguros de Saúde*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 19.

¹⁴ BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos Planos e Seguros de Saúde*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 2.

¹⁵ Ibid. p. 5.

Anteriormente, tramitou no Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar 47, de 1991.¹⁶

A Lei 9.656, de 3 de junho de 1998, conhecida como a Lei dos Planos e Seguros de Saúde (LPS), inaugurou a primeira legislação vigente no Brasil que criou um regramento estável e abrangente para tão importante objeto que deveria ser garantida pelo Estado de forma universal, conforme determina a Constituição Federal, nos artigos 196 a 200, porém foi entregue à iniciativa privada com a finalidade de complementar a assistência à Saúde. Em seu artigo 1º, inciso I, a Lei define Plano Privado de Assistência à Saúde como: “[...] prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde [...]”.¹⁷

Neste contexto, cabe salientar que a Lei foi alvo de inúmeras modificações, sendo a primeira delas a Medida Provisória 1.665, de 04 de junho de 1998, que no seu art. 1º, alterou diversos dispositivos de mais de 20 (vinte) artigos da lei, e o art. 2º da supracitada, acrescentou outros 08 (oito) artigos e o art. 5º da Medida Provisória revogou os dispositivos 5º, 6º, 7º, 16 e 31.

Importante alteração foi conferida à LPS por meio da inserção da Medida Provisória nº 2.177-44/2001, sendo incorporado o art. 35-A a Lei,¹⁸ instituindo o

¹⁶Ibid. p. 7.

¹⁷ Acerca da Lei nº 9.656/98, discorrem os seguintes autores: BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Leis dos Planos e Seguros de Saúde: comentada artigo por artigo, doutrina, jurisprudência*. 2. ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.; RIZZARDO, Arnaldo et al. *Planos de Assistência e Seguros de Saúde. Lei nº 9656, de 3 de junho de 1998*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.; FERON, Fabiana. *Planos Privados de Assistência à Saúde / Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998*. São Paulo: Universitária de Direito, 2001.

¹⁸ Art. 35-A. Fica criado o Conselho de Saúde Suplementar - CONSU, órgão colegiado integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde, com competência para:

I - estabelecer e supervisionar a execução de políticas e diretrizes gerais do setor de saúde suplementar;

II - aprovar o contrato de gestão da ANS;

III - supervisionar e acompanhar as ações e o funcionamento da ANS; IV - fixar diretrizes gerais para implementação no setor de saúde suplementar sobre:

a) aspectos econômico-financeiros;

b) normas de contabilidade, atuariais e estatísticas;

c) parâmetros quanto ao capital e ao patrimônio líquido mínimos, bem assim quanto às formas de sua subscrição e realização quando se tratar de sociedade anônima;

d) critérios de constituição de garantias de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, consistentes em bens, móveis ou imóveis, ou fundos especiais ou seguros garantidores;

Conselho de Saúde Suplementar (CONSU), como órgão ligado ao Ministério da Saúde, tendo como presidente o Ministro Chefe da Casa Civil e como membros mais quatro Ministros.¹⁹

2.1.2. Lei 9.961/00 (ANS)

A Agência Nacional de Saúde Suplementar foi estabelecida pela Lei 9.961 de 28 de janeiro de 2000, como instância reguladora de um setor da economia sem padrão de funcionamento. A exceção ficava por conta do seguro de assistência à saúde e das seguradoras, sob o controle econômico-financeiro da Superintendência de Seguros Privados (Susep).²⁰ Pertence ao Ministério da Saúde sob regime especial, sendo assim, possui uma maior independência para gerir seu patrimônio, finanças, administração e pessoal. Outrossim, papel importante é desempenhado pela agência reguladora, que é permitir participação dos usuários quanto as decisões que possam afetá-los.²¹

A autarquia tem previsão legal para atuar em todo território nacional e possui sede no Rio de Janeiro, que exerce competências e atribuições direcionadas ao controle, fiscalização, normatização e regulamentação de certas atividades e serviços relacionadas com a assistência suplementar, organizada em unidades como Presidência, Diretoria Colegiada, Secretaria Geral, Diretoria de Desenvolvimento, Diretoria de Gestão, Diretoria de Normas e Habilitação das Operadoras, Diretoria de Fiscalização e Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos, bem como órgãos vinculados que não integram a estrutura hierárquica²² conforme dispõe o art. 4º lei.²³

e) criação de fundo, contratação de seguro garantidor ou outros instrumentos que julgar adequados, com o objetivo de proteger o consumidor de planos privados de assistência à saúde em caso de insolvência de empresas operadoras;

V - deliberar sobre a criação de câmaras técnicas, de caráter consultivo, de forma a subsidiar suas decisões.

Parágrafo único. A ANS fixará as normas sobre as matérias previstas no inciso IV deste artigo, devendo adequá-las, se necessário, quando houver diretrizes gerais estabelecidas pelo CONSU.

¹⁹ BARBUGIANI, Luiz Henrique Sarmani. *Plano de Saúde*. São Paulo. Saraiva, 2015, p. 22.

²⁰ Agência Nacional de Saúde. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos/historico>> Acesso em: 12 set 2018.

²¹ BARBUGIANI, op. cit., p. 24.

²² Ibid., p. 25.

²³ BRASIL. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm> Acesso em 12 set. 2018.

2.2 MODALIDADES DE PLANOS DE SAUDE

A primeira grande divisão dos planos ocorre de acordo com a organização das pessoas jurídicas privadas que podem ser três tipos de fornecimento dos serviços de saúde: planos privados fechados de assistência à saúde, planos abertos de assistência à saúde e seguros privados de assistência.²⁴ Nesse contexto, outros autores defendem que as modalidades podem ser apresentadas em quatro modalidades, embora também se identifique modalidades híbridas formada pela fusão das categorias.²⁵

Nesse sentido, ainda quanto a classificação das operadoras de saúde, com base na Lei dos Planos de Saúde e as demais regulamentações, o autor Aurisvaldo Sampaio afirma que a classificação se apresenta em três grandes critérios, que são quanto ao regime de contratação (individual, familiar, coletivo empresarial ou coletivo por adesão), quanto a segmentação de cobertura assistencial (plano referência, ambulatorial, hospitalar, hospitalar com atendimento obstétrico e odontológico) e ainda quanto a época de contratação (antigo ou novo).²⁶

Todavia, a Lei 9.656/98 (LPS) não apresenta com clareza as modalidades das operadoras de planos de saúde, apenas faz menção às pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, conforme seu artigo 1º, incisos I, II e III. Contudo, em 2000, a Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 39, da ANS, determina as modalidades das operadoras de planos de saúde, como – administradoras, cooperativas, autogestões, filantropia e odontologia e medicina de grupo.²⁷

No que concerne as administradora de acordo com a RDC nº 196 de 14 julho de 2009, que revogou a matéria das administradoras na RDC nº 39, as define como uma pessoa jurídica que propõe a contratação de plano coletivo na condição de

²⁴ MARQUES, Claudia Lima, LOPES, José Reinaldo de Lima, PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Saúde e Responsabilidade: Seguros e Planos de Assistência Privada à Saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 65.

²⁵ GAMA, Anete Maria. *Caracterização da autogestão no processo de regulamentação do setor suplementar de saúde*. Dissertação (Mestrado) – Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca (ENSP), Rio de Janeiro, 2003.

²⁶ SAMPAIO., loc cit., p.200-217

²⁷ FERRON, Fabiana. *Planos privados de assistência à saúde/Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998*. São Paulo. Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001, p. 29.

estipulante ou que presta serviços para pessoas jurídicas contratantes de planos privados de assistência à saúde coletivos.

As cooperativas tiveram seu início na década de 70²⁸ na forma da Lei 5.764, de 16 de dezembro de 1971, como sociedade de pessoas sem fins lucrativos gerindo planos privados de assistência à saúde. São operadoras em que os profissionais médicos/odontologistas são, ao mesmo tempo, sócios e prestadores do serviço e têm o faturamento com a produção individual, bem como, ao final, o rateio do resultado obtido pela sociedade.²⁹

No que tange as autogestões, são entidades que operam serviços de assistência à saúde ou empresas que, por intermédio de seu departamento de recursos humanos ou órgão assemelhado, responsabilizam-se pelo Plano Privado de Assistência à Saúde destinado, exclusivamente, a oferecer coberturas aos seus funcionários ativos, aposentados, pensionistas ou ex-empregados, bem como a seus respectivos grupos familiares. É um sistema fechado em que a própria empresa, ou outro tipo de organização, institui e administra, sem finalidade lucrativa.

A filantropia consiste em entidades sem finalidade lucrativa que operaram planos privados de Assistência à Saúde e tenham declaração de utilidade pública estadual ou municipal junto aos Órgãos do Governos Estaduais e Municipais.³⁰ Um exemplo de filantropia são as Santa Casas.

Quanto a odontologia de grupo e medicina de grupo, baseiam-se em empresas ou entidades que operam os chamados convênios médico-hospitalares no caso das medicinas de grupo, ou planos odontológicos para odontologia de grupo, retirando-se as modalidades anteriores.³¹

2.2.1. Conceito de autogestão

²⁸ SILVA, Joseane Suzart Lopes. *Planos de Saúde e Boa-fé Objetiva*. Bahia, Editora JusPodivm. 2008, p. 85.

²⁹ SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de Plano de Saúde*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 218-219.

³⁰ BARBUGIANI, Ibid, p. 53.

³¹ FERRON, Ibid, p. 31-32.

Historicamente, é difícil não comparar as antigas caixas com as atuais operadoras da modalidade autogestão. Na contemporaneidade, a Cassi, que é o mais antigo plano de saúde no Brasil, ainda em operação, nasceu em 1944, constituído pelo Banco do Brasil como sua caixa de aposentadoria e pensão.³² Atualmente, conforme dados da UNIDAS - União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde que é uma entidade associativa sem fins lucrativos, representante do segmento de autogestão no Brasil, contabiliza 5 milhões de beneficiários atendidos por planos de assistência à saúde administrados por aproximadamente 120 instituições filiadas.³³

Nesse ínterim, a autogestão de planos privados de assistência à saúde foi inicialmente apresentada pela Lei 9.656/98 (LPS) como uma das definições de pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sendo esta Operadora de Plano de Assistência à Saúde, no entanto não demonstrou com clareza o conceito ou definição a modalidade de autogestão.

Nesta senda, a primeira regulamentação ocorreu com a Resolução do Conselho de Saúde Suplementar, CONSU nº 5, de 03 de novembro de 1998, a qual disciplinou a matéria dos planos de saúde da modalidade de autogestão, bem como a caracterização mediante a Lei nº 9.656/98 e dentro do segmento supletivo de assistência à saúde no Brasil.

Na atualidade, a disciplina da autogestão é tratada conforme Resolução Normativa nº 137, de 14 de novembro de 2006, deliberada pela ANS.³⁴ A autogestão tem um elemento caracterizador que a diferencia das outras modalidades, que é constituir sistema fechado, não disponível no mercado, sem fins lucrativos, com preços módicos aos seus beneficiários.³⁵ No entanto, discordando desse entendimento de não haver lucratividade pelas entidades de autogestão, a autora Joseane Suzart, admite que os planos de autogestão tenham caráter lucrativo.³⁶

Cabe salientar que a Resolução Normativa nº 137 não faz menção aos planos de autogestão administrados por entes públicos. No entanto, a falta de disciplina não

³² Agência Nacional de Saúde. Disponível em <http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos/historico> Acessado em 12/09/2018.

³³ UNIDAS - União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde. Disponível em <<https://www.unidas.org.br/institucional/apresentacao>> Acessado em 12/09/2018.

³⁴ SILVA, Joseane Suzart Lopes, *Planos de Saúde e Boa-fé Objetiva*. Bahia, Editora JusPodivm. 2008, p. 87.

³⁵ SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de Plano de Saúde*. São Paulo. RT, 2010, p. 219-222.

³⁶ SILVA, op. cit., p. 87

pode prejudicar a prática, porque é comum pessoas jurídicas de direito público assegurar planos de saúde aos seus servidores nos mesmos padrões contidos na norma.³⁷ Observa-se, aqui no Estado da Bahia, o Sistema de Assistência à Saúde dos Servidores Públicos Estaduais (Planserv) que compreende o conjunto de serviços de saúde no âmbito da promoção, prevenção, assistência curativa e reabilitação, prestados diretamente pelo Estado ou através de instituições referenciadas, no qual três em cada quatro servidores estaduais pagam parte do plano, formando com seus familiares, um grupo de cerca de 500 mil pessoas atendidas.³⁸

2.2.2 Tipos de autogestão

Com base nas definições da ANS, preconizada pelo artigo 12º da Resolução Normativa sob nº 137/2006,³⁹ as autogestões podem ser classificadas em três categorias: autogestão por recursos humanos (RH), autogestão com mantenedor ou autogestão sem mantenedor, no entanto, o estudo ora realizado não versará sobre um tipo específico das classificações das autogestões, mas sim apenas da modalidade autogestão.

A autogestão com mantenedor, engloba toda pessoa jurídica de direito privado de fins não econômicos, classificada como autogestão, vinculada a uma entidade pública ou privada mantenedora que garante os riscos decorrentes da operação de planos privados de assistência à saúde por meio da apresentação de termo de garantia financeiras de acordo com a regulamentação vigente.

Nesse sentido, a autogestão por RH abrange toda pessoa jurídica de direito privado, classificada como autogestão, que, por intermédio de seu departamento de

³⁷ SAMPAIO, op. cit., p. 221.

³⁸ PLANSEV - Assistência a Saúde dos Servidores Públicos Estaduais. Disponível em: <<http://www.planserv.ba.gov.br/institucional/>>. Acesso em: 12 set. 2018.

³⁹ Art. 12 Para efeito desta resolução, considera-se:

I – instituidor: a pessoa jurídica de direito privado, com ou sem fins econômicos, que cria a entidade de autogestão;

II – mantenedor: a pessoa jurídica de direito privado que garante os riscos referidos no *caput* do art. 5º mediante a celebração de termo de garantia com a entidade de autogestão; e

III – patrocinador: a instituição pública ou privada que participa, total ou parcialmente, do custeio do plano privado de assistência à saúde e de outras despesas relativas à sua execução e administração.

recursos humanos ou órgão assemelhado, opera plano privado de assistência à saúde nos termos da regulamentação vigente.

Quanta a autogestão sem mantenedor, classifica-se como toda pessoa jurídica de direito privado de fins não econômicos, que enquadra-se como autogestão, garantindo os riscos decorrentes da operação de planos privados de assistência à saúde por meio da constituição das garantias financeiras próprias exigidas pela regulamentação em vigor.⁴⁰

Insta destacar também, o entendimento da autora Joseane Suzart que a modalidade “ têm obtido bastante êxito no desempenho das metas propostas, uma vez que, normalmente, os recursos angariados são bem administrados, possibilitando a oferta de amplas coberturas para os usuários.”⁴¹ Os bons resultados demonstrados ocorreriam porque essa modalidades não possuem despesas com propaganda e publicidade como as demais operadoras, bem como a participação dos seus usuários na administração.

⁴⁰ Agência Nacional de Saúde Suplementar. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/aans/biblioteca/glossario-tematico-da-saude-suplementar>> Acesso em 12 set. 2018.

⁴¹ SILVA, Joseane Suzart Lopes, *Planos de Saúde e Boa-fé Objetiva*. Bahia, Editora JusPodivm. 2008, p. 87.

3 A SUMULA 608 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Editada a Súmula 608 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), aos onze dias do mês de abril de dois mil e dezoito, e publicada no Diário da Justiça Eletrônico do dia 17 de abril de 2018, ficou definido que: “aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão”. Nesse perspectiva, fora substituída e cancelada a Súmula 469 com o seguinte enunciado: “aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”, tendo em vista o enunciado mais recente ser mais completo, excluindo os planos de saúde da modalidade de autogestão da legislação consumerista.⁴² Os enunciados sumulares “são os resumos de entendimentos consolidados nos julgamentos do tribunal e servem de orientação a toda a comunidade jurídica sobre a jurisprudência do STJ.”⁴³

Nesse sentido, vale destacar que as operadoras de planos de saúde, constituídas sob a modalidade de autogestão, possuem inúmeras diferenças em relação às operadoras comerciais, quais sejam: não operam em regime de mercado; não visam lucro⁴⁴; os assistidos participam da gestão⁴⁵; são disponibilizados para um grupo restrito de pessoas que possuem alguma relação com o plano. Por essas distinções, o tratamento legal a ser dado na relação jurídica entre os associados e os planos de saúde de autogestão não pode ser similar aos dados às outras operadoras, sob pena

⁴²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf> Acesso em:10 out 2018.

⁴³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Notícias. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/STJ-edita-quatro-novas-s%C3%BAmulas-e-cancela-uma-sobre-planos-de-sa%C3%BAde>. Acesso em:10 out. 2018.

⁴⁴ Discorda desse pensamento a autora Joseane Suzart Lopes da Silva, em considerar que os planos na modalidade de autogestão tenham caráter lucrativo. SILVA, Joseane Suzart Lopes. *Planos de Saúde e Boa-fé Objetiva* Uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos. Salvador, JusPodivm, 2008, p. 87.

⁴⁵ Assevera diferente dessa ideia, o autor Aurisvaldo Sampaio [...] Aliás, nem mesmo a possibilidade de voto em assembleias muda esse panorama, a uma, porque nem todos os consumidores têm esse direito, a duas, porque o gigantismo dessas operadoras impede, por exemplo, que um consumidor do Amapá compareça a assembleia realizada em Brasília, o que torna a democracia desses entes apenas ilusória. Além disso, outros ardis são utilizados para minimizar o impacto da vontade dos consumidores, mesmo aqueles que têm direito de voto, como, por exemplo, a existência de diretores ou conselheiros natos ou indicados, ao lado dos eleitos. Enfim, toda estrutura dessas operadoras é montada de forma a aparentar um poder que de fato não detemos consumidores, que permanecem, como quaisquer outros, despidos de qualquer poder decisório acerca do plano, o que demonstra estarem em situação de vulnerabilidade idêntica aos demais. Nem maior, nem menor[...]. SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de Plano de saúde* regime jurídico. Proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo. Ed. RT, São Paulo, 2010, p. 260.

de se criar prejuízos e desequilíbrios, inviabilizando a instituição e desrespeitando normas e regulamentos que eles próprios (beneficiários) criaram para que o plano se viabilize.⁴⁶

O principal argumento para descaracterizar a relação de consumo foi o de que, nessa modalidade, os serviços são oferecidos para um grupo restrito de pessoas que possuem uma ligação com o plano e não estão disponíveis no mercado, de acordo com o artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor.⁴⁷ O autor Aurisvaldo Sampaio, aduz que este argumento é artificioso, pois essa modalidade possui uma carteira com muitas vidas, bem como o serviço é ofertado para pessoas que possuem relação jurídica com determinada empresa e pessoas que não mantêm, como aposentados, ex-empregados, ex-servidores, ex-administradores e alguns que nunca tiveram vínculo, como os pensionistas. Nesse sentido, quanto a não aferição de lucros, “ qualquer pessoa jurídica que opere plano de saúde, não importa qual seja a natureza, desde que preste serviços mediante remuneração, será considerada fornecedora, travando, com seus destinatários, relação de consumo.”⁴⁸

Entendimento contrário, quanto a inexistência da relação de consumo entre os beneficiários e as operadoras de saúde de autogestão, tendo em vista o argumento que não prestam serviços mediante remuneração, mas apenas administram um fundo comum, constituído pelas contribuições dos seus beneficiários, que irá subsidiar a estes a assistência à saúde, não deve prosperar, tendo em vista, que constitui característica usual as demais modalidades. Ao passo que, um “grupo de segurados ou consumidores existentes no plano se unem, em mutualidade, porque estão expostos aos mesmos riscos, às mesmas probabilidades de danos à saúde, organizam-se em uma espécie de fundo gerado pelo fornecedor que organiza uma cadeia de prestadores de saúde ou reembolsa despesas de saúde e gere as verbas.”⁴⁹

⁴⁶CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Comentários a Súmula 608 do STJ. Disponível em: < <https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2018/05/sc3bamula-608-stj.pdf>>. Acesso em: 09 out 2018.

⁴⁷ 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 [...] § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

⁴⁸ SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de Plano de saúde* regime jurídico. Proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo. Ed. RT, São Paulo, 2010, p. 259.

⁴⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 494.

3.1 ANÁLISE SOBRE AS ORIGENS DO ENUNCIADO SUMULAR

Ao realizar pesquisa relativa às referências legislativas da Súmula 608, verifica-se a Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, bem como a Resolução Normativa da Agência Nacional de Saúde Suplementar nº 137, de 20 de novembro de 2006, que estabelece sobre as entidades de auto-gestão no âmbito do sistema de saúde suplementar. Ademais, utilizou-se a Súmula 563, de lavra da mesma Corte, cujo enunciado define: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às entidades abertas de previdência complementar, não incidindo nos contratos previdenciários celebrados com entidades fechadas”.⁵⁰

Os precedentes que embasaram a normatização da Súmula foram diversos no período de 2000 a 2017, como se pode verificar da análise do Recurso Especial nº 251.024 - SP (2000/0023828-7), de relatoria do Ministro Salvo de Figueiredo Teixeira, cuja matéria versa sobre Direito Civil e do Consumidor, no qual, a ré, um plano de saúde, limitou a cobertura do tratamento a um segurado com o argumento de que já havia findado o limite temporal de doze meses para assistência, pactuado no contrato. Em decisão, o Ministro Relator conheceu o recurso e deu-lhe provimento para restabelecer a sentença, impondo à empresa ré a cobertura das despesas.⁵¹

Em um outro precedente que fundamentou a edição da Súmula 608, o Recurso Especial nº 986.947 - RN (2007/0216173-9), de relatoria da ministra Nancy Andrichi, tratando-se de Direito Civil e do Consumidor numa ação relativa à cobertura do material “stents” em um procedimento cirúrgico de urgência, negado pela operadora de saúde, requerendo o ressarcimento dos danos materiais e morais, na qual a sentença julgou procedente parcialmente o pleito excluído do pleito a indenização por danos morais. Em sede de apelação, o Tribunal de origem deu provimento à apelação do autor, para reconhecer o direito de compensação dos danos morais, fixando-os em R\$5.000,00 (cinco mil reais). O Recurso Especial interposto pela operadora sustentou-

⁵⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmulas. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 10 out 2018.

⁵¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 251.024 – SP (2000/0023828-7). Relator Ministro Salvo de Figueiredo Teixeira. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200000238287&dt_publicacao=04/02/2002>. Acesso em 10 out. 2018.

se na violação da legislação 9.656, artigo 35⁵², pois o contrato é anterior à lei que regulou os planos de saúde, não podendo ter seus efeitos por ela regidos, bem como artigo 188⁵³, Código Civil, pois não haveria dano moral indenizável. Sustentou haver dissídio pretoriano. O Recurso Especial não foi conhecido e a indenização por dano moral foi fixada em R\$20.000,00 (vinte mil reais).⁵⁴

No Recurso Especial nº 285.618 - SP (2000/0112252-5), cujo relator foi o ministro Luis Felipe Salomão, a ação versava sobre perda do direito a qualquer atendimento por motivo da mensalidade em atraso há mais de dez dias, conforme estabelecido em cláusula contratual. Julgou-se procedente o pedido declarando a nulidade da condição e a responsabilização da empresa ré com os pagamentos das despesas. Interposta apelação, foi dado provimento ao recurso por maioria. Insatisfeito, o autor interpôs recurso especial em relação à parte unânime do acórdão, qual seja, o cancelamento da indenização por dano moral, o qual foi conhecido para condenar o recorrido a indenizar os danos morais arbitrados em R\$ 12.000,00 (doze mil reais), acrescidos de juros, contados a partir do evento danoso, e de correção monetária.⁵⁵

Observa-se outro Recurso Especial nº 418.572 - SP (2002/0025515-0), de relatoria do ministro Luis Felipe Salomão, no qual o autor associado a plano de saúde desde 1978 adimplia com todas as suas obrigações. No entanto, em 1983, foi incluído em outra modalidade de contrato de forma unilateral por parte do plano que modificava a assistência ao autor apenas para prestadores credenciados a operadora. Em 1997, acometido por uma neoplasia maligna, o autor busca tratamento em um nosocômio especializado na sua patologia e foi surpreendido com a negativa do plano, por se tratar de casa de saúde não credenciado. Ingressou com ação com pedido de liminar

⁵² Art. 35. Aplicam-se as disposições desta Lei a todos os contratos celebrados a partir de sua vigência, assegurada aos consumidores com contratos anteriores, bem como àqueles com contratos celebrados entre 2 de setembro de 1998 e 1º de janeiro de 1999, a possibilidade de optar pela adaptação ao sistema previsto nesta Lei.

⁵³ Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

⁵⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 986.947 - RN (2007/0216173-9), Relatora Ministra Nancy Andrighi Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200702161739&dt_publicacao=26/03/2008. > Acesso em: 10 out 2018.

⁵⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 285.618 - SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200001122525&dt_publicacao=26/02/2009. > Acesso em: 10 out 2018.

solicitando que a operadora arcasse com os custos do tratamento no hospital escolhido que foi deferida e confirmada em sentença, bem como em sede de recurso especial foi provido para restabelecer a sentença de primeiro grau.⁵⁶

Outro precedente importante utilizado foi o Recurso Especial nº 1.106.557 - SP (2008/0262553-6) de relatoria da ministra Nancy Andrighi, interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em ação de obrigação de fazer, proposta pelos recorrentes, em face de associação e da operadora de saúde. Na inicial, os recorrentes aduziram que são associados por mais de 10 (dez) anos e que aderiram ao plano de assistência médica e hospitalar estipulado pela associação, posteriormente sucedida pela operadora de saúde. A Associação enviou correspondência aos afiliados, informando que o plano de saúde não mais renovaria as apólices coletivas dos membros, sob alegação de alta sinistralidade do grupo, decorrente de maior concentração dos segurados nas faixas etárias mais avançadas. Informou, ainda, que os filiados deveriam aderir à nova apólice de seguro, que prevê aumento de cerca de 100% (cem por cento), sob pena de extinção da apólice anterior. O recurso foi conhecido e provido, para vedar os reajustes nas mensalidades dos planos de saúde, em razão da alta sinistralidade das apólices⁵⁷

Vale salientar, outro precedente de relevância, o Recurso Especial nº 1.121.067 - PR (2009/0018858-4) de relatoria do ministro Massami Uyed, no qual foi interposto pela CAIXA DE ASSISTÊNCIA APOSENTADORIA E PENSÕES DOS SERVIDORES MUNICIPAIS DE LONDRINA - CAAPSMML com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal⁵⁸ em que se alega violação do artigo 51, inciso IV, e § 1º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor,⁵⁹ sustentando, em

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 418.572 – SP. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=200200255150&aplicacao=processos.ea> Acesso em: 10 out 2018.

⁵⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.106.557 – SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200802625536&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>> Acesso em : 10 out 2018.

⁵⁸ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

[...]

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

⁵⁹ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...]

síntese, que o termo da cláusula constante no contrato do Plano, que limita a cobertura da cirurgia de gastroplastia, não infringe as disposições do Código de Defesa do Consumidor, pois o usuário tem pleno conhecimento da referida limitação, desde a data da assinatura do contrato. O recurso foi provido com a reforma da decisão recorrida, declarando-se a legalidade da restrição, devidamente prevista no contrato, acerca da limitação de cobertura da cirurgia de gastroplastia.⁶⁰

No agravo regimental no agravo de instrumento nº 1.250.819 - PR (2009/0222990-5), de relatoria do ministro Massami Uyeda, interposto pela UNIMED DE LONDRINA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO contra decisão argumentando, em síntese, observa-se o questionamento de que a Lei n. 9656/98 não pode ser aplicada aos contratos firmados antes de sua vigência, especialmente àqueles que, a critério do segurado, não foram adequados à nova sistemática da lei de regência. Tais as circunstâncias sustentam a licitude da cláusula que exclui o material de sutura do âmbito da cobertura, especialmente quando inserta no contrato de forma clara e objetiva; o qual foi negado o provimento, tendo em vista ser abusiva a cláusula que exclui do âmbito de abrangência da cobertura de materiais, quando essenciais ao êxito de tratamento coberto pelo plano de saúde.⁶¹

Utilizado como precedente da súmula 608, o Recurso Especial nº 1.673.366 - RS (2017/0059911-4), de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, trata –se de um pedido interposto por operadora de saúde, com fundamento no art.105, inciso III, alínea “a”⁶², da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul. Nos autos a pensionista do Ministério da

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; [...]

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

[...]

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

⁶⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.121.067 – PR. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=20090188584&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>> Acesso em: 10 out 2018

⁶¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.250.819 – PR. Ministro relator Massami Uyeda. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200902229905&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>> Acesso em: 10 out 2018.

⁶² Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

Saúde ajuizou ação contra o plano alegando que é beneficiária da assistência médica por ela administrado e que, no mês de setembro de 2012, ocorreu a majoração das mensalidades em percentual superior a 100%, o que seria ilegal e abusivo. Requereu, por isso, a declaração de ilegalidade da Resolução GEAP/CONDEL nº 616/2012, que dispôs sobre o reajuste das contribuições bem como, em substituição, a revisão dos preços, que deveriam seguir os índices autorizados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) para os contratos individuais. O magistrado de primeiro grau, concluiu ser possível a invalidação da cláusula que permite o reajuste da mensalidade do plano de saúde na razão direta da simples elevação da faixa etária, praticamente dobrando o valor da mensalidade" (fl. 529), julgou procedentes os pedidos formulados na inicial. Inconformada, a operadora de plano de saúde interpôs apelação, a qual foi, por maioria, provida para julgar improcedente a demanda. Em sede de Recurso Especial, deu-se provimento para julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial.⁶³

Outro precedente importante para súmula, foi o Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 943.838, de relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti, no qual beneficiária ingressou contra decisão, prolatada pelo STJ que deu parcial provimento ao recurso especial, determinando o retorno dos autos à Corte de origem, para novo julgamento do recurso de apelação, afastando a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, na hipótese dos autos. O agravo interposto por CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL, em face de decisão que inadmitiu recurso especial, fundamentado no artigo 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal⁶⁴, contra acórdão. Nas razões do especial, além do dissídio jurisprudencial, a agravante aponta violação ao artigo 10, § 3º, da Lei 9.656/1998⁶⁵. Alega a parte agravante

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.673.366 – RS. Ministro relator Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=73447052&num_registro=201700599114&data=20170821&tipo=51&formato=PDF> Acesso em: 10 out 2018.

⁶⁴ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
 b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
 c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

⁶⁵ Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas

ser uma associação de direito privado, sem finalidade lucrativa, sob a modalidade de autogestão, de modo que as questões, que envolvam os planos de saúde administrados por ela, não sofrem a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Com efeito, por ocasião do julgamento do recurso especial 1.285.483/PB, a Segunda Seção do STJ afastou a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao contrato de plano de saúde administrado por entidade de autogestão. Dessa forma, a constituição dos planos na modalidade de autogestão possui diferença quanto à administração, forma de associação, obtenção e repartição de receitas, ou seja, não há falar em uma relação de consumo.⁶⁶

3.2 POSICIONAMENTOS DOS MINISTROS

Com o emblemático julgamento realizado pelo Superior Tribunal de Justiça, no âmbito da sua 2ª Seção, no Recurso Especial nº 1.285.483 PB, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, jurisprudência da Corte foi revista, culminando na revogação da Súmula 469 e na edição da recente Súmula 608, julgada em 11 de abril e publicada no dia 17 de abril de 2018, por entender da inexistência de relação de consumo entre beneficiários dos planos de saúde na modalidade de autogestão e as operadoras, afastando-se assim a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao contrato de plano de saúde administrado por entidade de autogestão. Nesse sentido, acompanharam o voto do relator os ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Galloti, Antônio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Boas Cueva, Marco Buzzi e Marco Aurélio Bellizze e Paulo Dias Moura Ribeiro.

3.2.1 Entendimentos Favoráveis à Súmula

Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto: [...]

§ 3º Excluem-se da obrigatoriedade a que se refere o § 2º deste artigo as pessoas jurídicas que mantêm sistemas de assistência à saúde pela modalidade de autogestão e as pessoas jurídicas que operem exclusivamente planos odontológicos.

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.250.819 – PR. Ministro relator Massami Uyeda. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=72599415&num_registro=201601705526&data=20170627&tipo=51&formato=PDF Acesso em: 10 out 2018.

O Ministro Luis Felipe Salomão, relator do recurso especial nº 1.285.483 PB que deu origem a Sumula 608, apresentou diversos argumentos embasados nos doutrinadores do Direito do Consumidor, como José Geraldo Brito Filomeno, um dos autores do anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor, Ada Pellegrini Grinover, Rodrigo Tostes de Alencar, Luiz Antônio Rizzato Nunes, no qual aponta a caracterização da relação de consumo como não se aplicando na relação entre os beneficiários dos planos de autogestão e as operadoras.⁶⁷

Seguindo esse entendimento, o Ministro Massami Uyeda, em Recurso Especial de sua relatoria confirmou o tratamento diferenciado das ações envolvendo planos de saúde na modalidade de autogestão, pois não é cabível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor por se tratar de operadora que não visa o lucro, suas diretrizes são definidas por órgão colegiado, no qual participam beneficiários e operadora. Ademais, o plano de saúde não está disponível no mercado é o principal argumento para não aplicação da legislação consumerista, que com a incidência da norma poderia inviabilizar a operadora que não seria capaz de arcar com o ônus.⁶⁸

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.285.483 PB [...]A doutrina que comenta o Código de Defesa do Consumidor vê, nessa particularidade, razão bastante para que o diploma consumerista não seja aplicado às relações constituídas com as operadoras de autogestão. Sustentam os doutrinadores, entre eles Luiz Antonio Rizzato Nunes, que o CDC exige os seguintes elementos para a caracterização do serviço "de consumo", quais sejam seu fornecimento no mercado de consumo, sua comercialização e a exigência de remuneração. Declara o autor: O Código regula situações onde bens e serviços são oferecidos ao mercado de consumo para que qualquer pessoa os adquira, como destinatária final. Há, por isso, uma clara preocupação com bens típicos de consumo, fabricados em série, levados ao mercado, numa rede de distribuição, com ofertas sendo feitas através de dezenas de veículos de informação, para que alguém em certo momento os adquira". (Curso prático de direito do consumidor. São Paulo: RT, 1992, p. 23) (grifou-se). Na trilha desse entendimento, cita-se a lição de um dos autores do anteprojeto do CDC, José Geraldo Brito Filomeno, segundo o qual "a condição de fornecedor (de produtos ou serviços) está intimamente ligada à atividade de cada um e desde que coloquem aqueles produtos e serviços efetivamente no mercado". (Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Ada Pellegrini Grinover [et al.] Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 30) (grifou-se). Noutro ponto, ainda para afastar a incidência do CDC das relações com as autogestoras, Rodrigo Tostes de Alencar assinala que, mesmo havendo retribuição dos serviços prestados por meio de remuneração, isso não parece suficiente para mudar o entendimento até aqui afirmado. É que "se a exigência de remuneração bastasse, por si só, para caracterizar a relação de consumo, as relações condominiais (em cujo âmbito diversos serviços são prestados como contrapartida ao pagamento das quotas condominiais) também estariam sujeitas ao CDC, o que com o devido respeito, seria um absurdo". (MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. A regulação da autogestão em saúde suplementar. Revista de Direito Público da Economia - RDPE. Belo Horizonte, ano 10, n. 38, p. 195-213, abr/jun. 2012).[...]

⁶⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1121067/PR, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 21/06/2011, DJe 03/02/2012) [...]o "tratamento legal a ser dado na relação jurídica entre os associados os planos de saúde de autogestão, os chamados planos fechados, não pode ser o mesmo dos planos comuns, sob pena de se criar prejuízos e desequilíbrios que, se não inviabilizarem a instituição, acabarão elevando o ônus dos demais associados, desrespeitando normas

Nessa mesma linha de pensamento, a Ministra Maria Isabel Gallotti votou no mesmo recurso especial sobre a inaplicabilidade da legislação consumerista aos planos de saúde na modalidade de autogestão, por entender que não oferecem seus serviços ao mercado, portanto não pode ser enquadrada na definição de fornecedor, conforme previsão do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Sendo assim, não seria possível a aplicação da Súmula 469, que dispõe sobre a aplicação das normas consumerista aos planos de saúde. Ademais, observa que esse entendimento é compatível com a não submissão das entidades fechadas de previdência complementar ao CDC como ficou decidido no Recurso Especial 1.536.786/MG.⁶⁹

3.2.2 Pronunciamentos Contrários

Não foram feitos pronunciamentos contrários no julgamento do Recurso Especial nº 1.285.483 PB, que motivou a modificação da jurisprudência do STJ culminando na revogação do enunciado sumular 469 e na edição da recente Súmula 608, julgada em 11 de abril e publicada no dia 17 de abril de 2018, por entender da inexistência de relação de consumo entre beneficiários dos planos de saúde na modalidade de autogestão e as operadoras, pois não estão disponíveis no mercado, não visam lucro, são administrados de forma paritária (beneficiários e operadora), afastando-se assim a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao contrato de plano de saúde administrado por entidade de autogestão.⁷⁰

Todos os Ministros acompanharam o voto do relator, o Ministro Luis Felipe Salomão, que no acórdão defendeu o seguinte entendimento quanto a temática: “as operadoras de planos de saúde na modalidade de autogestão ou fechadas não oferecem serviços no mercado; não exercem empresa com o intuito de lucro e, portanto, não se lhes aplica o conceito de fornecedor estabelecido no artigo 3º, § 2º do Código

e regulamentos que eles próprios criaram para que o plano se viabilize. Aqueles que seguem e respeitam as normas do plano arcarão com o prejuízo, pois a fonte de receita é a contribuição dos associados acrescida da patronal ou da instituidora”. [...]

⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.285.483 PB Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=63986869&num_registro=201102395952&data=20160816&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 11 out. 2018.

⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.285.483 PB Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=63986869&num_registro=201102395952&data=20160816&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 11 out. 2018.

de Defesa do Consumidor”⁷¹. Declara ainda que “ essa interpretação compatibiliza-se com o entendimento da 2ª Seção deste Tribunal que, ao examinar hipótese semelhante, afastou a aplicação do CDC e a incidência da Súmula 321 Superior Tribunal de Justiça⁷² às entidades fechadas de previdência complementar” no qual foram utilizados fundamentos a diferença do tratamento legal conferido aos regimes aberto e fechado de previdência privada, considerando, assim como no dos planos de saúde na modalidade autogestão, as distinções das respectivas atividades econômicas, quanto ao mercado de consumo que não estão disponíveis, busca do lucro e participação na administração dos planos de benefícios.⁷³

Por fim, verifica-se que a edição da nova súmula, com relação a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde da modalidade de autogestão, não afasta as obrigações das operadoras de cumprirem as cláusulas legais e contratuais, bem como observar os princípios pertinentes ao direito contratual, haja vista que os usuários não podem sofrer limitações para proteção do seu direito à vida, que é garantido pela Carta Magna.

⁷¹ 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.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

⁷² Súmula 321: O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes.

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.285.483 PB. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=63986869&num_registro=201102395952&data=20160816&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 11 out. 2018.

4 A NECESSÁRIA PROTEÇÃO DO USUÁRIOS DOS PLANOS DE SAÚDE DE AUTOGESTÃO

A Segunda Sessão do Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de não se aplicar o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de plano de saúde administrado por entidade de autogestão, haja vista a inexistência de relação de consumo conforme Súmula sob nº 608.⁷⁴ Dessa maneira, faz-se necessário ressaltar que permanece as obrigações dos planos de saúde de autogestão de cumprirem as cláusulas legais presente no ordenamento jurídico, no que tange os contratos de seguro, bem como as cláusulas contratuais.⁷⁵ “Destaca-se imperiosa a incidência das regras do Código Civil em matéria contratual, tão rígidas quanto a legislação consumerista, notadamente acerca da boa-fé objetiva e os desdobramentos dela decorrentes”.⁷⁶ Nesse sentido, o contrato para Orlando Gomes “deixa de ser um mero instrumento do poder de autodeterminação privada, para se tornar um instrumento que deve realizar também interesses da coletividade. Numa palavra: o contrato passa a ter função social”.⁷⁷

Via de regra, os convênios de planos de saúde correspondem aos denominados contratos de adesão, que se caracterizam por, preliminarmente, apresentarem todas as suas cláusulas, não permitindo aos "contratantes" a possibilidade de discutirem ou modificarem, previamente, as normas estabelecidas. Nas palavras de Antônio Carlos Lima de Jesus, “as operadoras de planos de saúde prestam um serviço a seus clientes, mediante um contrato de adesão de trato sucessivo”.⁷⁸

⁷⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=autogestao&b=ACOR&p=true&l=10&i=1>
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=autogestao&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>>
Acesso em: 11 out. 2018.

⁷⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702992428&dt_publicacao=22/08/2018> Acesso em: 11 out. 2018.

⁷⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201703310824&dt_publicacao=15/06/2018> Acesso em: 11 out. 2018.

⁷⁷ GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 310.

⁷⁸ JESUS, Antônio Carlos Lima de. Aplicabilidade do direito do consumidor no direito à saúde. In: ROSA, Corina; PIMENTEL, Diego; SILVA, Rômulo (Org.). *Direito do consumidor aplicado ao direito à saúde: análise de julgados*. Feira de Santana: Universidade Estadual de Feira de Santana, 2017, p. 222. Disponível em:

Ainda sobre a temática, afirma Cláudia Lima Marques que: “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.⁷⁹ Nesse sentido, observa-se que a relação contratual continuará existindo entre os beneficiários dos planos de autogestão e as operadoras e as obrigações firmadas em contrato devem se garantir respeitando os princípios basilares do direito.

4.1 CONTRATOS DE SEGURO NO CÓDIGO CIVIL

“O contrato de seguro era desconhecido no direito romano, surgindo na idade média para atender às necessidade da navegação marítima, aduz Espinola”.⁸⁰ Seguindo esse entendimento, Pontes de Miranda assevera que a origem ocorreu no seguro dos riscos da navegação do século XIII e o século XVIII.⁸¹ Nos ensinamentos de Orlando Gomes, “ o contrato de seguro, tal como se pratica na atualidade, pertence ao campo do Direito Comercial”.⁸² Para Arnaldo Rizzardo, o desenvolvimento da matéria de contratos ocorreu de modo mais intenso na Inglaterra, no século XVII, no entanto sua difusão só aconteceu no século XVIII, sendo adotado no final do século XVIII e o começo do século XIX.⁸³ Salienta, nesse interim, Washigton de Barros Monteiro, que no direito estrangeiro, o contrato de seguro é geralmente disciplinado pelos respectivos Códigos Comerciais.⁸⁴ Seguindo o mesmo entendimento, observa-se, im-

<http://www.uefs.br/modules/documentos/get_file.php?curent_file=3188&curent_dir=1772>. Acesso em: 11 out. 2018.

⁷⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 123.

⁸⁰ ESPINOLA, Eduardo. *Dos Contratos no Direito Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Conquista 1956, p. 469

⁸¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Parte Especial TOMO XLV Direito das Obrigações: Contrato de Transporte. Contrato de parceria. Jogo e aposta. Contrato de seguro. Seguros terrestres, marítimos, fluviais, lacustres e aeronáuticos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964, p. 273.

⁸² GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 311.

⁸³ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 12. ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 8.

⁸⁴ MONTEIRO, Washigton de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso direito Civil. Direito das Obrigações 2ª parte*. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 392.

portante destaque ao tema, do autor Silvio de Salvo Venosa, quando apresenta a disciplina dos seguros como “originando-se no espírito humano da defesa contra o risco de perda do patrimônio, da saúde e da vida.”⁸⁵

De maneira diferente, Pedro Alvim observa em sua obra que os contratos de seguro aparecem, também, em “Roma, sob a denominação de sodalitia ou collegia. Reuniam, em geral, os indivíduos mais pobres ou pertencentes a classes humildes, com o propósito de angariar meios para a assistência médica aos doentes, despesas de funeral, sepultura honrosa etc. Posteriormente, os collegia, adquiriram maior importância no meio social romano.”⁸⁶

No Brasil, o contrato de seguro foi implantado em 1808, com a vinda da família imperial. Inicialmente, surgiu na Bahia, com a Companhia de Seguros Boa-Fé. No entanto, o instituto só foi disciplinado pelo Código Comercial de 1850⁸⁷

Pamplona e Stolze observa que “com o avanço e desenvolvimento do ramo dos seguros já se fala em uma seção do direito específico para o assunto, o Direito Securitário, com matrizes publicistas, a exemplo das normas do seguro obrigatório de veículos automotores e a Seguridade Social”⁸⁸. O Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre, ou por sua Carga, a Pessoas Transportadas ou não - DPVAT, visa garantir cobertura a todas as vítimas de acidentes de trânsito. O proprietário de veículo sujeito a registro e a licenciamento, na forma estabelecida no Código Nacional de Trânsito, deve pagar o Seguro DPVAT. Já o “seguro social de acidentes do trabalho tem como segurador o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) e é realizado pelo Estado diretamente ou por via de entidades autárquicas.”⁸⁹

Conforme se observa no Código Civil Brasileiro, na matéria de contratos o artigo 757, demonstra ideia de que considera-se contrato de seguro aquele pelo qual uma das partes, denominada segurador, obriga-se, mediante o recebimento de um “prêmio”, a “garantir interesse legítimo” da outra, intitulada segurado, “relativo a

⁸⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Contratos em Espécie*. Volume 3, 11. ed. São Paulo: Atlas. 2011, p. 358

⁸⁶ ALVIM, Pedro. *O Contrato de Seguro*. 3. ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1999, p. 3.

⁸⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 12. ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 824

⁸⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Contratos em espécie*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.494.

⁸⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Contratos e Atos Unilaterais*. Volume 3. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 639

pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”.⁹⁰ “Visa, pois, o contrato de seguro, a acautelar interesse do segurado, em caso de sinistro, obrigando-se, para tanto, o segurador, ao pagamento de uma indenização cujos critérios de mensuração são previamente estabelecidos pelas próprias partes.”⁹¹

O contrato de seguro é um instrumento pelo qual a pessoa física ou jurídica se protege contra os riscos que possam estar expostas podendo causar danos a sua vida ou seu patrimônio. A essência nos contratos de seguro é o risco.⁹² O fundamento do seguro se perfaz na transferência do risco de uma pessoa a outra, e isso só acontece porque o custo é dividido com todos os segurados, ainda que o contrato seja estabelecido entre o segurador e o segurado.⁹³ As partes envolvidas nos contratos securitários são: segurador e segurado. “Segurador é aquele que suporta o risco, assumindo mediante o recebimento do prêmio”, por sua vez o “segurado é aquele que tem interesse direto na conservação da coisa ou pessoa, fornecendo uma contribuição periódica e moderada que é prêmio em troca do risco suportado pelo segurador, ensina Maria Helena Diniz.”⁹⁴

A atividade do segurador é disciplinada por uma Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), órgão responsável pelo controle e fiscalização dos mercados de seguro, previdência privada aberta, capitalização e resseguro, que só pode atuar no mercado mediante autorização de funcionamento concedida por meio de Portaria do Ministro do Desenvolvimento, da Indústria e do Comércio Exterior, mediante requerimento solicitado pelos incorporadores, encaminhado ao Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP).⁹⁵

Quanto a classificação do contrato de seguro, um importante destaque apresentado aos contratos securitários é que são estabelecidos comumente sob a modalidade de contrato de adesão,⁹⁶ aduz ainda Orlando Gomes sobre “a necessidade de

⁹⁰BRASIL. *Código Civil*. Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 11 out. de 2018.

⁹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Contratos em espécie*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 496.

⁹² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Contratos e Atos Unilaterais*. Volume 3. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p 640.

⁹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Contratos em Espécie*. Volume 3, São Paulo: Atlas. 2011. 11 ed. p. 359.

⁹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais* 30.ed., São Paulo: Saraiva. 2014, p. 548

⁹⁵Ibid., p. 549.

⁹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Contratos em espécie*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 501.

uniformizar condições para numerosos segurados possibilita a determinação do seu conteúdo pela empresa seguradora, que insere, numa apólice impressa, cláusulas habituais e invariáveis.”⁹⁷ Nessa modalidade de contrato se impõe que o beneficiário opte por determinada companhia de seguro, mas não é permitida a modificação das cláusulas. Sendo assim, a liberdade de contratar já apontada como um dos princípios fundamentais na matéria dos contratos é sacrificada.

Pode-se afirmar, que é um contrato bilateral, tendo em vista que gera entre as partes contratantes recíprocas obrigações⁹⁸, na qual o segurador deverá pagar indenização, se ocorrer o sinistro, termo técnico que significa a realização do evento incerto previsto no contrato, e o segurado deverá continuar a pagar prêmio, sob pena de o seguro caducar.⁹⁹ Para César Fiuza, é bilateral, pois ambas as partes possuem direitos e deveres.¹⁰⁰

É um contrato oneroso, porque traz prestações e contraprestações sendo que cada uma das partes procura uma vantagem patrimonial no negócio.¹⁰¹ É tipicamente conhecido como um contrato aleatório por não haver equivalência entre as prestações e por se originar em torno do risco.¹⁰² Para Orlando Gomes, são da categoria dos aleatórios “porque sua própria finalidade encerraria a probabilidade de trazer proveito apenas para o segurador. Se o sinistro não ocorre, nada tem ele que pagar ao segurado, embora haja recebido o prêmio”.¹⁰³

Quanto à forma, é considerado um contrato formal, visto ser obrigatório a forma escrita, conforme exigência do Código Civil em seus artigos 758 e 759, no qual “considerando-se perfeito o contrato desde o momento em que o segurador remete a apólice, que é o instrumento do contrato no seguro, ao segurado, ou faz nos livros o lançamento usual da operação.”¹⁰⁴ Entretanto, em entendimento distinto, César Fiuza entende que é um contrato consensual, “por não exigir o artigo 758 a forma escrita, a

⁹⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 411.

⁹⁸ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso direito Civil. Direito das Obrigações 2ª parte*. 40 ed. São Paulo: Saraiva 2013. p. 392.

⁹⁹ DINIZ, op.cit., p. 552.

¹⁰⁰ FIUZA, César. *Direito Civil - Curso Completo*. 17. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 747.

¹⁰¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Contratos em Espécie*. Volume 3, 11. ed. São Paulo: Atlas. 2011, p. 356

¹⁰² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais* 30.ed., São Paulo: Saraiva. 2014, p. 552.

¹⁰³ GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 419.

¹⁰⁴ DINIZ, op. cit., p. 552.

não ser para mero efeito de prova, que aliás, pode ser suprida por documento comprobatório do pagamento do prêmio.”¹⁰⁵

Outra característica tradicionalmente utilizada, é a natureza aleatória, “pois visa resguardar interesse jurídico do segurado, que pode eventualmente vir a não sofrer dano algum pela não consumação do sinistro, um importante esclarecimento deve ser feito quanto a incerteza prestacional diz respeito ao risco e não a expectativa do recebimento do prêmio.”¹⁰⁶ Nesse sentido, Orlando Gomes assevera que é um contrato aleatório, pois é a sua própria função econômico-social, na qual a vantagem do segurador depende de não ocorrer o sinistro ou de não se verificar o evento, em certo prazo.¹⁰⁷

Classificação importante, principalmente, utilizando como exemplo os contratos de planos de saúde, consoante a duração, consiste em um contrato de execução continuada, porque se perdura durante o tempo de permanência estabelecidos entre as partes. Note-se, outrossim, que se admite a recondução tácita, com base no artigo 774 do Código Civil¹⁰⁸, no entanto essa recondução não pode ocorrer mais de uma vez. Ainda sobre o tema, estabelece o artigo 64 da Circular da Superintendência de Seguros Privados¹⁰⁹, sobre a renovação da apólice, que deverá conter especificações nas condições gerais do procedimento, quando for o caso.¹¹⁰ Seguindo esse entendimento, Arnaldo Rizzardo, aduz que é um contrato de execução continuada, “ eis que é destinado a subsistir durante um período determinado de tempo, por menor que seja”¹¹¹

¹⁰⁵ FIUZA, César. *Direito Civil - Curso Completo*. 17. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 747.

¹⁰⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Contratos em espécie. 13. ed. Saraiva, São Paulo, 2017, p. 501

¹⁰⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 411.

¹⁰⁸ Art. 774. A recondução tácita do contrato pelo mesmo prazo, mediante expressa cláusula contratual, não poderá operar mais de uma vez.

¹⁰⁹ Sobre o tema, estabelece o artigo 64 da Circular 302 da SUSEP – Superintendência de Seguros Privados:

“Art. 64. Deverão ser especificados nas condições gerais os procedimentos para renovação da apólice, quando for o caso.

§ 1º A renovação automática do seguro só poderá ser feita uma única vez, devendo as renovações posteriores serem feitas, obrigatoriamente, de forma expressa.

§ 2º Caso a sociedade seguradora não tenha interesse em renovar a apólice, deverá comunicar aos segurados e ao estipulante mediante aviso prévio de, no mínimo, sessenta dias que antecedam o final de vigência da apólice.

¹¹⁰ GAGLIANO, op. cit., p. 502

¹¹¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 12. ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 825

Revela-se indispensável classificação quanto à pessoa do contratante, trata-se de contrato individual, por se referir a uma estipulação entre pessoas determinadas e *personalíssimo* ou *intuitu personae*, por ser celebrado em função da sua figura, que tem influência decisiva para o consentimento da outra parte¹¹², mas pode ser também coletivo, quando se segurar uma coletividade e impessoal, por não se fundar em qualquer vínculo *personalíssimo* entre as partes é o que entende Cezar Fiuza.¹¹³

4.2 OS PLANOS DE AUTOGESTÃO: NATUREZA CONTRATUAL DE ACORDO COM O CÓDIGO CIVIL

Conforme Resolução Normativa da ANS, sob nº 137/2006,¹¹⁴ a qual define os planos de autogestão como sistema fechado, não disponível para quaisquer interessados, mas restrito a determinado público e só podem operar planos coletivos de saúde. Sendo assim, “é possível dizer que todos os planos de saúde dessas são coletivos, embora o contrário não seja verdadeiro”.¹¹⁵

Quanto a natureza da obrigação, os contratos dos planos de autogestão são bilaterais também conhecidos como sinalagmáticos, tendo em vista que produz prestações para ambas as partes. Aduz, Orlando Gomes que “ nos contratos bilaterais as duas partes ocupam, simultaneamente, a dupla posição de credor e devedor. Cada

¹¹² GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Contratos em espécie*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 502.

¹¹³ FIUZA, César. *Direito Civil - Curso Completo*. 17. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.747

¹¹⁴ Art. 1º Esta resolução dispõe sobre as entidades de autogestão no âmbito do sistema de saúde suplementar.

Art. 2º Para efeito desta resolução, define-se como operadora de planos privados de assistência à saúde na modalidade de autogestão:

I – a pessoa jurídica de direito privado que, por intermédio de seu departamento de recursos humanos ou órgão assemelhado, opera plano privado de assistência à saúde exclusivamente aos seguintes beneficiários:

[...]

II – a pessoa jurídica de direito privado de fins não econômicos que, vinculada à entidade pública ou [...]

III - pessoa jurídica de direito privado de fins não econômicos, constituída sob a forma de associação ou fundação, que opera plano privado de assistência à saúde aos integrantes de determinada categoria profissional que sejam seus associados ou associados de seu instituidor, e aos seguintes beneficiários:

[...]

¹¹⁵ SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de Plano de saúde regime jurídico. Proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo*. São Paulo: RT, 2010, p. 221.

qual tem direitos e obrigações. À obrigação de um uma corresponde o direito da outra.”¹¹⁶ Nesse tipo de contrato tem-se a produção simultânea de prestações, no qual basta a culpa para a responsabilização, com a possibilidade de uma correta compensação.¹¹⁷

No que tange as vantagens, essa modalidade caracteriza como um contrato oneroso, pois o usuário efetua o pagamento através de desconto em folha ou boleto bancário e operadora de saúde por meio de prestadores de credenciados ou referenciados fornecem os serviços de saúde para os beneficiários. Afirma Carlos Roberto Gonçalves que “são dessa espécie quando impõem ônus e, ao mesmo tempo, acarretam vantagens a ambas as partes, ou seja, sacrifícios e benefícios recíprocos.”¹¹⁸ Desse modo, as prestações pecuniárias por partes dos usuários de plano de saúde na modalidade autogestão, são realizadas com desconto em folha para funcionários ativos e na modalidade boleto para os inativos. Ainda quanto a classificação da reciprocidade das prestações, quando delimitado oneroso, o contrato pode ser comutativo ou aleatório. No caso dos contratos firmados pelas operadoras de saúde, este se categoriza como aleatório, haja vista uma das partes assumir o risco do fato acontecer ou não, não sabendo, porém, se terá o retorno patrimonial.¹¹⁹

Quanto ao momento da execução, os contratos de planos de saúde na modalidade autogestão, se executam de maneira futura e sucessiva, pois apesar dos pagamentos periódicos as obrigações se perduram ao longo do tempo, o contrato pode apresentar prazo de vigência mínima, devendo, nesse caso, indicar que a renovação automática do contrato será por prazo indeterminado.¹²⁰ As regras sobre prazos de vigência dos seguros e planos de saúde estão fixadas na Lei sob nº 9.656, e na Resolução Normativa 195, de 14 de julho de 2009¹²¹, que dispõe sobre a classificação e

¹¹⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 71-72.

¹¹⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 12. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 68

¹¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Contratos e Atos Unilaterais*. Volume 3. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 115.

¹¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Contratos teoria geral*. 13. ed. Saraiva, São Paulo, 2017, p. 166.

¹²⁰ FIUZA, César. *Direito Civil. Curso completo*. 17. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 617.

¹²¹ Art. 24 Como parte dos procedimentos para contratação ou ingresso aos planos individuais ou coletivos, as operadoras, inclusive classificadas na modalidade de Administradora de Benefícios, deverão entregar ao beneficiário o Manual de Orientação para Contratação de Planos de Saúde - MPS e o Guia de Leitura Contratual – GLC.

Parágrafo único. O MPS e o GLC serão objeto de regulamentação específica da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos – DIPRO e conterão, no mínimo:

I – prazos de carência;

características dos planos privados de assistência à saúde, regulamenta a sua contratação, institui a orientação para contratação de planos privados de assistência à saúde e dá outras providências.

Com base na Lei 9.656/1998, os contratos de plano de saúde exigem a forma escrita, bem como o registro do respectivo instrumento. As exigências apresentadas são necessárias para preservar os interesses das partes, revestir o pacto de segurança jurídica, assim como dirimir os conflitos pertinentes aos contratos em possíveis judicializações.¹²²

De acordo com Aurisvaldo Sampaio, o tipo de contrato dessa modalidade, é o de adesão¹²³, identifica-se as mesmas características comuns aos demais contratos.¹²⁴ No entanto, cabe destacar que o “contrato de adesão não é uma categoria contratual autônoma, nem um tipo contratual, mas sim uma técnica diferente de formação do contrato, podendo ser aplicada a inúmeras categorias contratuais, aduz César Fiuza”¹²⁵ Os contratos de adesão trouxeram ao ordenamento jurídico brasileiro um novo conceito de contrato mercantil, capaz de maximizar as

II - vigência contratual;
 III – critérios de reajuste;
 IV – segmentação assistencial; e
 V – abrangência geográfica.

¹²² Art. 16. Dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei devem constar dispositivos que indiquem com clareza:

[...]

Parágrafo único. A todo consumidor titular de plano individual ou familiar será obrigatoriamente entregue, quando de sua inscrição, cópia do contrato, do regulamento ou das condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, além de material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, todas as suas características, direitos e obrigações.

¹²³ Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§ 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

§ 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

§ 5º (Vetado)

¹²⁴ SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de Plano de saúde* regime jurídico. Proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo. São Paulo: RT, 2010, p. 260.

¹²⁵ FIUZA, César. *Direito Civil. Curso completo*. 17. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 620.

oportunidades de negócios e reduzir a burocracia durante a negociação de bens e serviços. No entanto, essa redução de burocracia não significa abuso de direito.

É importante ressaltar que a figura do contrato de adesão, “uma das partes tem de aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo a uma situação contratual que encontra definida em todos os seus termos. O consentimento manifesta-se como simples adesão a conteúdo preestabelecido da relação jurídica, afirma Orlando Gomes.” Nessa modalidade de contrato, não é permitida a negociação das cláusulas, ao contratante não é permitido compactuar com apenas parte do contrato, ou assino o todo, ou não contrata.¹²⁶

Esses contratos são cada vez mais comuns na sociedade, os contratos *standard*, como também são conhecidos os contratos de adesão, possui “cláusulas predispostas por uma das partes, o empresário, limitando-se o aderente a aceitar em bloco, muitas vezes sem sequer examinar o conteúdo. Isto é, o contratante apenas adere às cláusulas, unilateralmente e uniformemente, predispostas pela contraparte, assevera Luiz Guilherme Loureiro.¹²⁷ Desse modo, os contratos de adesão diferenciam dos contratos comuns, pelo simples fato de não existir, em regra, a participação de ambas as partes durante a elaboração da peça contratual.

Para Pamplona e Stolze, “ a era da contratação em massa, em que o contrato de adesão é o maior veículo de circulação de riquezas, e, paradoxalmente, o mais eficaz instrumento de opressão econômica que o Direito Contratual já criou. ” Tal contrato, é reflexo do avanço da sociedade na economia, haja vista a necessidade de criação do instrumento, mas muitas vezes, “o abuso do poder econômico de uma das partes em detrimento da outra, hipossuficiente na relação jurídica. ”¹²⁸

Ainda sobre o contrato de adesão, celebrado entre duas partes, em que os direitos, deveres e condições são estabelecidos pelo proponente, sem que o aderente possa discutir ou modificar seu conteúdo ou que tem esse poder de forma bastante limitada, cabe salientar, importante destaque quanto as cláusulas leoninas, o qual devem ser extintas de todos os instrumentos contratuais, como assevera Pamplona e

¹²⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 109.

¹²⁷ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Contratos No Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2. ed, 2005, p. 55.

¹²⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Contratos teoria geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 96.

Stolze, “o banimento das cláusulas leoninas não se deve dar apenas no âmbito trabalhista ou do consumidor, mas sim em todo e qualquer contrato, civil ou empresarial, entre as partes economicamente iguais ou não. ” Nesse sentido, é necessário frisar que a liberdade de contratar deverá limitar-se aos limites do interesse social e nos valores da dignidade da pessoa humana. ¹²⁹

¹²⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Contratos teoria geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 94.

5 A INCIDÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL PÁTRIO EM FACE DOS PLANOS DE SAÚDE DE AUTOGESTÃO

Com o desígnio de alcançar o propósito do presente trabalho, busca-se demonstrar a necessidade da aplicação dos princípios contratuais que estão ligados ao respeito e proteção à dignidade da pessoa humana, conforme previsão na Constituição Federal, em seu artigo 1º, III, ¹³⁰fundamentando assim a relação jurídica dos contratantes para que se efetivem a função social da propriedade, do contrato e a justiça social.¹³¹ Nessa senda, pondera Paulo Roberto Nalin, “ tendo o homem como centro necessário das atenções, é oportuno indagar da possibilidade de localização da boa-fé enquanto princípio geral do Direito, no sistema constitucional, assim como os demais princípios então ditos fundamentais inclusos na Carta [...]”¹³² Para este fim, incumbe apresentar o princípio da boa-fé, como basilar em todo o Direito, e que deve ser utilizado para dirimir os conflitos na relação contratual entre usuários e planos de saúde na modalidade autogestão, bem como o princípio da função social do contrato, invocado para benefício de terceiros a relação contratual.

5.1 A CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ

Inicialmente, a cláusula da boa-fé, de maneira objetiva, foi incorporada ao ordenamento Brasileiro, com o Código Civil de 2002. Anteriormente, era somente relacionada como intenção do sujeito de direito, o que hoje é chamada de boa-fé subjetiva. Nesta senda, aduz Eduardo Espinola, que são elementos constantes e permanentes do contrato o consentimento, o conteúdo ou objetivo e a força obrigatória do contrato,

¹³⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

¹³¹ Sobre a temática, consultar as seguintes obras: SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *Planos de Saúde e Boa-fé Objetiva: uma análise crítica dos reajustes abusivos*. 2. ed. Salvador: Juspodivm. 2010.; SCHULMAN, Gabriel. *Planos de Saúde – saúde e contrato na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.; e FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar (manual jurídico de seguros e planos de saúde)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

¹³² NALIN, Paulo Roberto, *Ética e Boa-fé no Adimplemento Contratual*. Coordenação Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 188.

mas não afasta a influência das necessidades sociais restringindo os efeitos da declaração de vontade.¹³³ Orlando Gomes, em sua obra, apresenta a cláusula da boa-fé como um dos princípios fundamentais do regime contratual, em conjunto com a autonomia da vontade; do consensualismo; da força obrigatória, no entanto, não demonstra a divisão em boa-fé objetiva e subjetiva.¹³⁴

A noção de boa-fé, foi cunhada no o direito romano, existia a ideia da boa-fé, atrelada a conduta das partes. “Havia uma alusão à *fides*, ou seja a fé ou crença no que se esperava do outro, mas não existia um significado claro deste termo.”¹³⁵ Ainda em Roma, partindo-se de uma acentuada amplitude semântica, pode-se afirmar que: “ a *fides* seria antes um conceito ético do que propriamente uma expressão jurídica da técnica. Sua ‘juridicização’ só ocorreria com o incremento do comércio e o desenvolvimento do *jus gentium*, complexo jurídico aplicável a romanos e a estrangeiros.”¹³⁶ A partir dessa ideia de “*fides*, passa-se para então *bona fides*, quando interessam principalmente os *bonae fidei iudicia*, criados pelo pretor para fazer face a novas situações econômico-sociais, não previstas no formalismo do *Ius Civile*.”¹³⁷

Nesse interim, Judith Martins – Costa apresenta o princípio da boa-fé, no “direito canônico, no qual enfrentaria o tema, em termos semelhantes aos do direito alemão, embora introduzisse um poderoso polo de significados, que seria a boa-fé vista como ausência de pecado, ou seja, como estado contraposto à má-fé. ¹³⁸Seguindo o pensamento, César Fiuza, menciona a *bona fides* no Direito Canônico, com a ideia de ausência de pecado, o que dificultava a prescrição. No entanto, contudo, não era invocada no campo obrigacional.¹³⁹ Ainda sobre a temática, Luiz Guilherme Loureiro,

¹³³ ESPINOLA, Eduardo. *Dos Contratos no Direito Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Conquista 1956, p. 9-11.

¹³⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.

¹³⁵ SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *Planos de Saúde e boa-fé objetiva*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 420.

¹³⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Contratos teoria geral*. 13. ed. Saraiva, São Paulo, 2017, p. 103.

¹³⁷ FIUZA, César. *Direito Civil - Curso Completo*. 17. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 413

¹³⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 124

¹³⁹ FIUZA, César. *Direito Civil - Curso Completo*. 17. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 413

expõe sobre o começo do tema na era Moderna, iniciando-se na França, com o Código Civil de 1804. No entanto, afirma também, que foi embasada no Direito Canônico, bem como no direito natural, sendo um conceito basilar no direito dos contratos.¹⁴⁰

Para o Direito Germânico medieval, a boa-fé inicia-se da ideia de crença, de confiança, de honra e lealdade, diluindo-se ao longo do tempo, devido ao alargamento de seu sentido, como, relembre-se, ocorre hoje com a dignidade humana e é nesse sentido da boa-fé germânica que hoje apresenta-se o sentido objetivo do princípio.¹⁴¹ Nessa perspectiva, não causa espanto, o desenvolvimento teórico e dogmático deste instituto ter se dado entre os germânicos, por se tratar de “conceito demasiadamente aberto, que exige do jurista acentuada carga de abstração, a língua alemã, sem dúvida, dado o seu alto grau de precisão semântica, facilita a concretização linguística dos mais profundos pensamentos jurídicos.”¹⁴²

No Brasil, o vigente Código Civil, em conformidade com à eticidade e à sociabilidade consagrou nos artigos 113 sobre a interpretação da norma jurídica, 187 sobre o exercício do direito e 422 que se refere a boa-fé no contrato. No entanto, o Código Civil de 1916, em matéria contratual apresentava o princípio da boa-fé apenas no artigo 1.443, que tratava do contrato de seguro: “o segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”.¹⁴³ Insta salientar, que no Brasil, o princípio é ainda muito utilizado para interpretação do contrato, mas por outro lado, os conceitos de boa-fé e equidade são mais utilizados seja para completar o contrato, seja para limitar seus efeitos, sem que seja abertamente admitido.¹⁴⁴

O princípio da boa-fé na matéria contratual, subordina-se mais com a compreensão do contrato do que com a estrutura, significa, desse modo, que a parte literal da linguagem não deve prevalecer sobre a intenção demonstrada na declaração de vontade, ou dela deduzível. Outrossim, a interpretação não se resume a simples apu-

¹⁴⁰ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Contratos No Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2. ed, 2005, p. 66

¹⁴¹ FIUZA, César. *Direito Civil - Curso Completo*. 17. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 413

¹⁴² GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Contratos teoria geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 104.

¹⁴³ LOUREIRO, op. cit., p. 66

¹⁴⁴ Ibid., p. 69

ração da intenção das partes. Outro importante significado para o princípio, é o interesse social de segurança das relações jurídicas, no qual as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas, mesmo com interesses opostos entre as partes contratantes, mas também com a sua harmonização que constitui o objetivo.¹⁴⁵

Nesse contexto, pondera a autora Maria Helena Diniz, que o princípio da boa-fé está intimamente ligado não só a interpretação do contrato, “pois, segundo ela, o sentido literal da linguagem não deverá prevalecer sobre a intenção inferida da declaração de vontade das partes, mas também, ao interesse social de segurança das relações jurídicas.” Sendo assim, as partes deverão agir com base na lealdade, honestidade, probidade e confiança recíprocas. Não se admite quaisquer condutas abusivas que ofenda as partes ou gere desequilíbrio contratual. Destaca-se também, que o princípio deve ser observado desde a fase de negociação preliminar até após a execução do contrato.¹⁴⁶

Cabe salientar, que a boa-fé é dividida em objetiva e subjetiva, conforme maioria da doutrina. Para Luiz Guilherme Loureiro, essa distinção tem apenas finalidade pedagógica de acordo com o seu campo de atuação, pois o princípio é unitário. Ademais o autor assevera que a boa-fé objetiva é a imposição de deveres que devem ser guiados pela honestidade, lealdade, probidade e confiança em um comportamento e deve ser observado nas diversas fases do contrato, quais sejam: a formação, celebração, cumprimento e extinção. A aplicação do princípio, consiste no agir de maneira a atender os padrões morais e éticos na relação contratual.¹⁴⁷ Desta maneira, se faz necessário uma avaliação não somente da moralidade média que germina na sociedade, mas também os aspectos históricos, culturais, sociais, econômicos e políticos.¹⁴⁸

A boa-fé subjetiva para os autores Stolze e Pamplona, trata-se de uma situação psicológica, um estado de ânimo ou de espírito do agente que deriva do reconhecimento da ignorância de determinada circunstância.¹⁴⁹ Nesse contexto, o autor Carlos Roberto Gonçalves afirma que o princípio esteve presente no Código Civil de 1916,

¹⁴⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 42.

¹⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais 30. ed., São Paulo: Saraiva. 2014, p. 53.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 74

¹⁴⁸ SILVA, Joseane Suzart Lopes, *Planos de Saúde e Boa-fé Objetiva*. Bahia: JusPodivm. 2008, p. 423

¹⁴⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Contratos em espécie*. 13. Ed, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 104-105.

com a natureza de regra de interpretação. Aduz ainda, que “diz respeito ao conhecimento ou à ignorância da pessoa relativamente a certos fatos, sendo levada em consideração pelo direito, para os fins específicos da situação regulada.” Ademais, afirma que serve à proteção daquele que tem a consciência de estar agindo conforme o direito, apesar de ser outra a realidade.¹⁵⁰ Pondera, nesse sentido também, o autor Cesar Fiuza, “que a boa-fé subjetiva consiste em crenças internas, conhecimento e desconhecimentos, convicções internas. Consiste, basicamente, no desconhecimento de situação adversa.” Nessa senda, o princípio da boa-fé diz respeito a boa-fé objetiva.¹⁵¹

Quanto a boa-fé objetiva, compreende regra de comportamento, de fundo ético e exigibilidade jurídica, impõe também a observância de deveres jurídicos anexos de proteção, não menos relevantes, a exemplo dos deveres de lealdade e confiança, assistência, confidencialidade ou sigilo, informação.¹⁵² Desse modo, assevera Maria Helena Diniz, que é uma norma que requer o comportamento leal e honesto dos contratantes, sendo incompatível com conduta exorbitante, tendo como finalidade gerar na relação contratual a confiança necessária e o equilíbrio das parcelas e da divisão dos riscos e encargos, sendo proibido o enriquecimento sem causa.¹⁵³

Quanto a incidência da regra da boa-fé, como afirma o autor Carlos Roberto Gonçalves, pode ocorrer em várias situações, não só para se reclamar do contratante o cumprimento da obrigação, como também para exonerá-lo. “O princípio enseja, também, a caracterização de inadimplemento mesmo quando não haja mora ou inadimplemento absoluto do contrato. É o que a doutrina moderna denomina violação positiva da obrigação ou do contrato.”¹⁵⁴

Quanto ao tema dos planos de saúde e a boa-fé objetiva, assevera a autora Joseane Suzart Lopes da Silva, que com base no princípio “pode-se questionar os aumentos das contraprestações pecuniárias dos planos de saúde com maior força, protegendo-se a igualdade substancial entre as partes, salvaguardando os mais

¹⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. Volume 3, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 64

¹⁵¹ FIUZA, César. *Direito Civil - Curso Completo*. 17. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 747.

¹⁵² GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Contratos em espécie*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.104-105.

¹⁵³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais 30. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 548

¹⁵⁴ GONÇALVES, op. cit., p. 69

enfraquecidos economicamente. Por fim, trata-se o princípio da boa-fé objetiva, como uma cláusula geral de conceito aberto, que norteará as relações contratuais exigindo das partes um comportamento pautado nos padrões éticos e morais da sociedade, durante todas as fases do contrato, estabelecendo assim uma relação de confiança.¹⁵⁵

Dessa maneira, nos contratos no qual uma das partes possui predominância profissional, econômica ou intelectual, em sua maioria configura-se em instrumentos de adesão é imperioso clamar para o princípio da boa-fé para dirimir possíveis conflitos diante do princípio clássico que é a autonomia da vontade. Insta destacar que denegar cláusula abusiva estipulada sem a devida apresentação e esclarecimento dos seus propósitos, “principalmente no tocante à isenção de responsabilidade do estipulante ou à limitação de vantagens do aderente.”¹⁵⁶

De acordo com todos os artigos expostos anteriormente, há outros poucos artigos esparsos no Código Civil e em leis especiais, determinando regras sobre interpretação dos demais negócios: “quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente (artigo 423); a transação interpreta-se restritivamente (artigo 843); a fiança não admite interpretação extensiva (artigo 819); sendo a cláusula testamentária suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador (artigo 1.899).”¹⁵⁷

Por fim, vislumbra-se com o princípio da boa-fé objetiva na matéria contratual, principalmente no que tange aos contratos dos planos de saúde na modalidade autogestão, requerer a aplicação, para que assim garanta-se um comportamento ético e moral pactuado pelas partes assegurando o equilíbrio das prestações e resguardar o mais enfraquecido na relação.

5.2 A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

¹⁵⁵ SILVA, Joseane Suzart Lopes. *Planos de Saúde e Boa-fé Objetiva*. Bahia: JusPodivm, 2008, p. 422.

¹⁵⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. Volume 3, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 79

¹⁵⁷ Ibid., p. 79

O contrato como instrumento jurídico reservado a dar segurança as relações mercantis, desdobrou-se a partir do desenvolvimento econômico da sociedade. No entanto, com tantas transformações no âmbito econômico e principalmente no social, o instrumento não poderia ser submetido aos princípios clássicos do contrato, este não mais serviria de instrumento de dominação dos mais fracos pelos mais fortes. Ademais, sem o contrato a economia e a sociedade não poderia evoluir por completo.¹⁵⁸

A função social é expressamente apontada no ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com o artigo 421 do Código Civil de 2002,¹⁵⁹ no entanto, “ a função social do contrato decorre da doutrina que se opôs ao liberalismo decorrente da Revolução Industrial e que veio a ser adotada pela Constituição Federal do Brasil de 1988, a partir do direito da propriedade¹⁶⁰ no artigo 170, inciso III”¹⁶¹, mas no momento que o Estado passou a ter uma atuação mais social e intervencionista, deixando o papel de coadjuvante nas relações econômicas, a função social do contrato ganhou contornos mais específicos.¹⁶² Cumpre salientar, que tal princípio é dirigido para atender os interesses da sociedade e não de uma das partes presentes na relação contratual.

Ademais, além da função social da propriedade, a função social do contrato é carregada dos conceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana artigo 1º, III, da solidariedade, artigo 3º, I e da justiça social, artigo 170, o que só confirma a natureza constitucional da cláusula. Entretanto, em oposição aos princípios contratuais tradicionais, este, visa impedir que prevaleçam perante aos interesses sociais, “principalmente no sentido de proteger o contratante mais débil e fazer prevalecer o interesse coletivo sobre o individual”, aduz Aurisvaldo Sampaio.¹⁶³

Destaque-se, entretanto, importante diferença entre o princípio da boa-fé e da função social do contrato. A primeira cláusula, requer que os contratantes mantenham

¹⁵⁸ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Contratos No Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2. ed, 2005, p. 54.

¹⁵⁹ “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

¹⁶⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 12. ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 20.

¹⁶¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

III - função social da propriedade;

¹⁶² GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Contratos em espécie*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p.85.

¹⁶³ SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de Plano de saúde* regime jurídico. Proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo. São Paulo: RT, 2010, p. 84.

ao longo do contrato um comportamento honesto, leal e respeitoso para assim, obter a confiança. No entanto, a segunda cláusula, refere-se ao resultado da prática da primeira. Dessa maneira, assumindo condutas que quebrem a boa-fé objetiva, estas geram impactos negativos a sociedade. A boa-fé decorre da interpretação do contrato, já a função social do contrato ocorre quando atendidos os interesses da sociedade.¹⁶⁴

Nesse contexto, “ o princípio da função social é, normalmente, invocado em benefício de terceiros.”¹⁶⁵ Prevalece os interesses da coletividade em detrimento do interesse individual, não sendo possível o abuso da superioridade de um dos contratantes em prejuízo de outro, ao passo que, “ o exercício de qualquer direito, inclusive o direito de contratar, que desdobra da sua função social, constitui abuso de direito, cuja constatação independe da verificação de culpa”¹⁶⁶, a teor do artigo 187 do Código Civil¹⁶⁷.

Luiz Guilherme Loureiro afirma, que para “o direito contemporâneo e o novo Código Civil torna expressa essa concepção, é abusivo todo exercício do direito que vá contra o seu destino, a sua função social, a sua razão de ser, ou ainda quando o agente é movido pela intenção de prejudicar terceiros ou age de forma contrária à boa-fé”.¹⁶⁸

Nessa esteira, o princípio clássico do direito contratual, a autonomia da vontade ou autonomia privada diante da função social do contrato não pretende exterminar o princípio tradicional, “ mas apenas, temperá-los, tornando-os mais vocacionados ao bem-estar comum, sem prejuízo do progresso patrimonial pretendido pelos contratantes, ” afirma Pamplona e Stolze. Ainda nesse sentido, “ o contrato somente terá uma função social, uma função pela sociedade, quando for dever dos contratantes atentar para exigências do bem comum, para o bem legal.”¹⁶⁹

¹⁶⁴ SILVA, Joseane Suzart Lopes. *Planos de Saúde e Boa-fé Objetiva*. Bahia: JusPodivm, 2008, p. 452.

¹⁶⁵ FIUZA, César. *Direito Civil - Curso Completo*. 17. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 410.

¹⁶⁶ SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de Plano de saúde* regime jurídico. Proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo. São Paulo: RT, 2010, p. 83.

¹⁶⁷ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹⁶⁸ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Contratos No Novo Código Civil*. São Paulo: Editora Método, 2. ed, 2005, p. 84-85.

¹⁶⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Contratos teoria geral*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p.88.

Do mesmo modo, confirma Luiz Guilherme Loureiro, “ a inclusão do conceito de função social do contrato significa que o legislador pretende, sem prejudicar a autonomia da vontade, garantir o equilíbrio contratual e preservar o interesse da sociedade quando em contraste com o interesse individual, tal como já ocorre com a previsão da função social da propriedade. ” A principal consequência jurídica do descumprimento da função social dos contratos é a ineficácia de relações que acaba por ofender interesses sociais.¹⁷⁰

Carlos Roberto Gonçalves assevera que o princípio da função social dos contratos “desafia a concepção clássica de que os contratantes tudo podem fazer, porque estão no exercício da autonomia da vontade. Essa constatação tem como consequência, por exemplo, possibilitar que terceiros, que não são propriamente partes do contrato, possam nele influir, em razão de serem direta ou indiretamente por ele atingidos.”¹⁷¹ Por sua vez, a autora Maria Helena Diniz, expõe que o princípio da função social do contrato, “ dirigida à satisfação de interesses sociais, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua o alcance, quando estiverem presentes interesses metaindividuais ou interesse individual coletivo relativo à dignidade da pessoa humana.”¹⁷²

Aduz Luiz Guilherme Loureiro, que o instrumento contratual não se limita a blindar passivamente as operações econômicas de uma base legal, porém deve guiar as operações econômicas de forma a obedecer aos demais princípios básicos de nossa sociedade como: “ a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; a equidade; a solidariedade e a produção de riquezas, conforme artigos 1º e 3º da Constituição Federal. ” Ao passo que , toda vez que a operação econômica blindada por um contrato não atender os objetivos expostos, tem-se que ele não cumpre sua função social esperada.¹⁷³

No que tange ainda ao conceito de função social do contrato, insta destacar a impossibilidade de “submissão do interesse coletivo pelo interesse privado; luta contratual desleal, o abuso da supremacia de um dos contratantes, a eliminação da

¹⁷⁰ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Contratos No Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2. ed, 2005, p. 57.

¹⁷¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. Volume 3, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 79.

¹⁷² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais* 30. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 43.

¹⁷³ LOUREIRO, op. cit., p. 56.

equidade que deve cercar o contrato ou a conduta imoral de aproveitar-se do estado de perigo, de sua inexperiência ou da premente necessidade do co-contratante, “ menciona Loureiro em sua obra. Nesse sentido, seria antagônico um contrato que infrinja a ordem econômica, pois estaria em desacordo com o princípio.¹⁷⁴

Nesta senda, a autora Joseane Suzart assevera que, “ não se pode conceber a função social como instituto que se vincula apenas às relações contratuais que abarcam um razoável número de interessados ou que tratem de questões relativas à dignidade dos indivíduos, ” ao passo que os planos e seguros de saúde, então dentro da ótica que preconizada pelo terceiro grupo, cujas as ideias ora se defendam, devem atender à função social do contrato por constituírem relações jurídicas que não podem ser dicotomizadas da realidade socioeconômica e acarretam consequências diante esta, mormente pelo fato de prestarem serviços de relevância pública.¹⁷⁵

Contudo, de acordo com o que asseveram os outros pensadores, “os planos de saúde, ademais, deverão cumprir a função social, uma vez que são formalizados com vários usuários, e a relação jurídica tem por objetivo a vida das pessoas. ” Cumpre salientar ainda, que é no momento em que a vida do ser humano está fragilizada pela doença é que os planos de saúde exercem o seu papel principal, não cabendo nesse momento espaço para o abuso e direito. Vale dizer ainda que os planos de saúde sempre exercem consequências em face do ambiente da realidade social. “Os adeptos da concepção de que o contrato deverá cumprir uma função social quando tratar de aspectos que digam respeito à dignidade humana nela incluiriam, indubitavelmente, os planos de saúde.”¹⁷⁶

Dessa maneira, o objeto negociado entre as operadoras de planos de saúde e os seus usuários, qual seja, o “desejado equilíbrio orgânico” dos indivíduos, constitui “um bem de extrema importância, caracterizando-se, as relações contratuais que tratam da saúde dos indivíduos com bem supremo que permite a sobrevivência destes, afetando, assim, a sua dignidade como seres humanos”, não podem ser examinadas da mesma forma que os pactos que dispõe sobre bens materiais e disponíveis. A consideração da função social do contrato de planos de saúde é

¹⁷⁴ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Contratos No Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2. ed, 2005, p. 60

¹⁷⁵ SILVA, Joseane Suzart Lopes. *Planos de Saúde e Boa-fé Objetiva*. Bahia: JusPodivm, 2008, p. 488.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 488.

indiscutível por ser indispensável. “As empresas que atuam no ramo da saúde suplementar lidam com a vida dos usuários e devem, portanto, agir dentro de um patamar de lisura que não cause prejuízos desmedidos para os beneficiários dos serviços. ” A importância e a essencialidade da saúde exigem que os contratos estejam respaldados em cláusulas sadias, que não agridam os interesses dos usuários.¹⁷⁷ “É a essa luz que deve ser interpretado o dispositivo que consagra a função social do contrato, a qual não colide, pois, com os livres acordos exigidos pela sociedade contemporânea, mas antes lhes assegura efetiva validade e eficácia.”¹⁷⁸

Tendo em vista “os contratos de plano de saúde não serem formalizados com apenas um único interessado, mas com uma grande massa de pessoas, qualquer prática considerada abusiva deferida pelas empresas que atuam no ramo da saúde suplementar prejudicará todos os usuários inseridos na espécie contratual afetada”. Destarte, os efeitos danosos causados por cláusulas contratuais desprovidas de legalidade ou por práticas infundadas, desempenhadas pelas operadoras de planos de saúde na modalidade autogestão, “não se restringem a uma pessoa somente e nem a um pequeno círculo de indivíduos, alastrando-se em desfavor de toda uma categoria, cujos interesses estão ligados por uma situação fática que acarreta a qualificação destes interesses como transindividuais.”¹⁷⁹

Por fim, aduz Luiz Guilherme Loureiro “a função social do contrato resgata esta nova realidade e obriga que os contratantes cooperem entre si para que o negócio seja útil como meio de produção e circulação de riquezas, não só para uma ou ambas as partes, mas para toda a comunidade”. Sendo assim, a função social do contrato simboliza um poder-dever positivo, exercício no interesse da sociedade. Pela mesma razão, os contratantes devem se privar de quaisquer condutas que coloquem em risco a finalidade maior do direito e do próprio instituto do contrato, que é o bem comum.¹⁸⁰ Principalmente, nos contratos de planos de saúde, no qual o bem comum é o direito à saúde e a vida.

¹⁷⁷ SILVA, Joseane Suzart Lopes. *Planos de Saúde e Boa-fé Objetiva*. Bahia: JusPodivm, 2008, p. 489.

¹⁷⁸ REALE, Miguel. A Função Social do Contrato. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>> . Acesso em: 12 out. 2018.

¹⁷⁹ SILVA., op. cit., p. 489.

¹⁸⁰ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Contratos No Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2. ed, 2005, p. 60

Ademais, os instrumentos contratuais devem cumprir sua função econômica, realizar o valor da utilidade que é o próprio, mas sempre com vistas à realização da justiça e a preservação da dignidade da pessoa humana, que é o verdadeiro sujeito de direito. Em suma, os princípios da boa-fé e da função social do contrato na confecção e na exteriorização do contrato, deve se harmonizar com os demais princípios contratuais. Portanto, constitui a perfeita integração entre os interesses privados e o interesse social, cabendo ao Juiz a delicada e difícil tarefa de, no caso concreto, estabelecer este equilíbrio entre os princípios.¹⁸¹

¹⁸¹ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Contratos No Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2. ed, 2005, p. 59.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Elaborado o presente trabalho monográfico por meio de quatro capítulos, em conformidade com o exposto na introdução, verificou-se o problema a partir da edição da Súmula 608 do Superior Tribunal de Justiça não mais submeter os planos de saúde de autogestão ao Código de Defesa do Consumidor. Nesse caso, restou-se evidente a necessidade de recorrer a matéria dos contratos no Direito Civil em especial os contratos de seguro, bem como à aplicação dos princípios basilares do direito que são a boa-fé e a função social do contrato.

2 Após o entendimento da história dos planos de saúde no Brasil, suas modalidades, em especial, a modalidade de autogestão, resultou claro que, por suas principais diferenças, quanto a não lucratividade, administração exercida também pelos beneficiários e não ser oferecida no mercado, conforme compreensão do Superior Tribunal de Justiça, não pode se submeter ao Código de Defesa do Consumidor, por não haver relação de consumo, mesmo com a contraprestação dos beneficiários as operadoras.

3 A legislação pertinente é recente, a Lei 9556/98 que dispõe sobre os Planos e Seguros de Saúde (LPS) inaugurou a primeira norma vigente no Brasil e não apresenta com clareza as modalidades das operadoras de planos de saúde.

4 Ademais, há Resolução do Conselho de Saúde Suplementar, CONSU nº 5, de 03 de novembro de 1998, a qual disciplinou a matéria dos planos de saúde da modalidade de autogestão.

5 A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que foi instituída pela Lei 9.961/00, e através da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 39 da ANS realizou as distinções das modalidades das operadoras de planos de saúde.

6 Analisada a jurisprudência que embasou o cancelamento da Súmula 469 com o seguinte enunciado: “aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”, para edição da nova Súmula 608, que exclui as autogestões da incidência da legislação consumerista, não foram apresentados apenas casos com operadoras dessa modalidade. No entanto, foram utilizados julgados como precedentes, operadoras de distintas modalidades em casos de cláusulas abusivas dos contratos.

7 O processo emblemático para a edição da nova súmula obteve todos os votos favoráveis para a não aplicação da legislação consumerista aos planos de saúde na modalidade autogestão, sendo feitas inúmeras referências da Corte manter ao mesmo entendimento para o que já se aplicava a previdência privada.

8 No que tange ao enquadramento dos contratos das operadoras de saúde de autogestão conforme o Código Civil Brasileiro de 2002, trata-se de contrato de seguro, na modalidade adesão, oneroso, bilateral e formal.

9 Dessa maneira, devidamente classificados, se faz imperioso abordar os princípios da boa-fé objetiva na matéria contratual, bem como a função social do contrato, para que, desse modo, assegure-se o direito a saúde não mais com a visão de que apenas o contrato faz lei entre as partes.

10 A boa-fé objetiva, por sua vez sendo um princípio amplo, subordina-se mais com a compreensão do contrato do que com a estrutura. Requer um comportamento baseado nos padrões éticos e morais estabelecidos na sociedade, para assim alcançar a confiança para as partes contratantes.

11 O princípio é ainda muito utilizado para interpretação do contrato, mas por outro lado, os conceitos de boa-fé e equidade são mais utilizados seja para completar o contrato, seja para limitar seus efeitos, sem que seja abertamente admitido.

12 Desse modo, trata-se o princípio da boa-fé objetiva, como uma cláusula geral de conceito aberto, que norteará as relações contratuais exigindo das partes um comportamento pautado nos padrões éticos e morais da sociedade, durante todas as fases do contrato, para que possa se estabelecida assim, uma relação de confiança.

13 A função social do contrato, por sua vez, decorre da doutrina que se opôs ao liberalismo decorrente da Revolução Industrial e que veio a ser adotada pela Constituição Federal do Brasil de 1988, a partir do direito da propriedade.

14 Destaque-se, entretanto, importante diferença entre o princípio da boa-fé e da função social do contrato. A primeira cláusula, requer que os contratantes mantenham ao longo do contrato um comportamento honesto, leal e respeitoso para assim, obter a confiança. No entanto, a segunda cláusula, refere-se ao resultado da prática da primeira.

15 Nessa esteira, o princípio clássico do direito contratual, a autonomia da vontade ou autonomia privada diante da função social do contrato não pretende exterminar o princípio tradicional, apenas moderar sua aplicação.

16 Ademais, cumpre salientar que os princípios da boa-fé e da função social do contrato devem ser respeitados na confecção e na exteriorização do contrato, devendo se harmonizar com os demais princípios contratuais, para que assim, possa salvaguardar os direitos dos contratantes em especial, dos usuários de plano de saúde na modalidade de autogestão.

17 Por fim, restou claro com a pesquisa, que mesmo com a impossibilidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos planos de saúde de autogestão é possível garantir a proteção dos beneficiários com a normas positivadas na matéria contratual em vigor no Código Civil.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Pedro. *O Contrato de Seguro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 6023: informação e documentação- referências – elaboração*. Rio de Janeiro, 2002.

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sarmani. *Plano de Saúde*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Leis dos Planos e Seguros de Saúde: comentada artigo por artigo, doutrina, jurisprudência*. 2. ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF, 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 22 jan. 2018.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 12 de set. 2018.

_____. Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF, 03 de junho de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm Acesso em 12/09/2018>. Acesso em 12 de set. 2018.

_____. Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Brasília, DF, 28 de janeiro de 2000. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm Acesso em 12 de set. 2018.

_____. Constituição Federal da República Federativa do Brasil (1988). Brasília, DF, 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: janeiro de 2018.

BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. *Judicialização da Saúde. A visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAVACANTE, Márcio André Lopes. Comentários a Súmula 608 do STJ. Disponível em: < <https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2018/05/sc3bamula-608-stj.pdf>>. Acesso em: 09 out 2018.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ESPINOLA, Eduardo. *Dos Contratos no Direito Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Conquista, 1956.

FERRON, Fabiana. *Planos privados de assistência à saúde/Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001.

FIUZA, César. *Direito Civil Curso Completo*. 17. ed. Revista, ampliada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. *Novo Curso de Direito Civil: Contratos em espécie*. 9. ed. revista, ampliada e atualizada de acordo com o novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Novo Curso de Direito Civil: Contratos teoria geral*. 13. ed. revista, ampliada e atualizada de acordo com o novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

JESUS, Antônio Carlos Lima de. Aplicabilidade do direito do consumidor no direito à saúde. In: ROSA, Corina; PIMENTEL, Diego; SILVA, Rômulo (Org.). *Direito do consumidor aplicado ao direito à saúde: análise de julgados*. Feira de Santana: Universidade Estadual de Feira de Santana, 2017, p. 222. Disponível em: <http://www.uefs.br/modules/documentos/get_file.php?curent_file=3188&curent_dir=1772>. Acesso em: 11 out. 2018.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Contratos no novo Código Civil*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2005.

LUBISCO, Nídia Maria Lienert; VIEIRA, Sônia Chagas. *Manual de Estilo Acadêmico*. 5. ed. revista e ampliada. Salvador: EDUFBA, 2013.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Claudia Lima, LOPES, José Reinaldo de Lima, PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Saúde e Responsabilidade: Seguros e Planos de Assistência Privada à Saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Parte Especial TOMO XLV Direito das Obrigações: Contrato de Transporte. Contrato de parceria. Jogo e aposta. Contrato de seguro. Seguros terrestres, marítimos, fluviais, lacustres e aeronáuticos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964.

MONTEIRO, Washigton de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso direito Civil. Direito das Obrigações 2ª parte*. 40. ed. São Paulo: Saraiva 2013.

NALIN, Paulo Roberto, *Ética e Boa-fé no Adimplemento Contratual*. Coordenação Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro: Renovar, 1998

NUNES, Edson; RIBEIRO, Leandro Molhano; PEIXOTO, Vitor. *Agências Reguladoras no Brasil*. Observatório Universitário, documento do trabalho nº 65, Rio de Janeiro:2007. Disponível em: <
<http://www.agersa.es.gov.br/arquivos/relatorios/Agencias%20Reguladoras%20no%20Brasil.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2018.

REALE, Miguel. A Função Social do Contrato. Disponível em: <
<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>> . Acesso em: 12 out. 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 12. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, Décio Luiz José. *Plano de Saúde*. São Paulo: Ícone, 2008.

SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de Plano de Saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA, Joseane Suzart Lopes, *Planos de Saúde e Boa-fé Objetiva*. Bahia: JusPodivm, 2008.

_____. *Lei dos Planos de Saúde*. Lei nº 9.656/1998. Bahia: JusPodivm, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em espécie*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.