

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PLANOS DE SAÚDE¹

*Eneida Tavares de Lima Fettback**

SUMÁRIO: *Introdução; 2 Histórico dos Planos Privados de Saúde; 3 Da Saúde Complementar; 4 Dos Órgãos Reguladores; 5 Da Natureza dos Contratos; 6 Das Espécies de Contratos; 7 Da Responsabilidade Civil; 7.1 Da Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual; 7.2. Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo; 8 Responsabilidade Civil nos Planos Privados de Saúde; 9 Conclusão; Referência.*

RESUMO: O presente artigo trata dos Planos Privados de Saúde e a responsabilidade civil frente aos consumidores e fornecedores. O histórico de Saúde Suplementar no Brasil, as Leis que a regulamentaram, a intervenção da Agência Nacional de Saúde Suplementar e suas Resoluções alteram de maneira significativa a interpretação pelos operadores do direito.

PALAVRAS CHAVE: Planos Privados de Saúde; Regulamentação; Tipos de Contratos; Responsabilidade Civil; Poder Regulamentar.

CIVIL LIABILITY OF HEALTH INSURANCE

ABSTRACT: This article deals with a private health insurance and the liability front of consumers and suppliers. The history of Supplemental Health in Brazil, the laws that regulated the National Health and Supplemental agencies and its resolutions change in a significant manner of interpretation by the law operators.

KEYWORDS: Private Health Insurance; Regulations; Types of Contracts, Liability, Regulatory Power.

*Mestre pela Universidade Estadual de Maringá – UEM; Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pelo Imbrape; Pós graduada em Administração Hospitalar pela Faculdade São Camilo; Advogada. E-mail: fettback@onda.com.br

¹ Artigo apresentado na matéria de Responsabilidade Civil, sob coordenação do Dr. Clayton Reis.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PLANES DE SALUD

RESUMEN: Este artículo trata de los Planes Privados de Salud y de la responsabilidad civil frente a los consumidores y abastecedores. El histórico de Salud Suplementar en Brasil, las leyes que la reglamentan, la intervención de la Agencia Nacional de Salud Suplementar y las resoluciones alteran significativamente la interpretación por los operadores de derecho.

PALABRAS-CLAVE: Planes privados de salud; Reglamentación; Tipos de Contrato; Responsabilidad Civil, Poder Reglamentar.

INTRODUÇÃO

O tema referente aos planos de saúde vem despertando grande interesse na sociedade, devido à grande expansão da previdência privada, consequência da falência do sistema público de saúde social, bem como, em face da recente regulamentação que alterou profundamente as relações jurídicas entre os referidos planos privados de saúde e os consumidores.

Nesse particular, os múltiplos questionamentos atualmente existentes, concentram-se, sobretudo, na relação jurídica e na responsabilidade civil presentes nos contratos celebrados entre os usuários e os inúmeros planos de assistência e seguro privado.

Todavia, a questão ganhou novos contornos no plano da responsabilidade civil, em face da Lei número 9.656 de 03 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde².

A promulgação da Lei 9656, de 03 de junho de 1998, seguida da Medida Provisória de n. 1665, de 04 de junho de 1998, serviu como resposta à sociedade que, desde 1977, reivindicava uma regulamentação para esse setor da iniciativa privada e que, segundo dados da Agência Nacional de Saúde Complementar – ANS movimentava anualmente 23 (vinte e três) bilhões de reais.

Como profissional no campo da atividade jurídica, enfrente dificuldade para amoldar os casos apresentados diante do cipoal de resoluções editadas quase que mensalmente.

² Publicada no Diário Oficial da União, de 04 de junho de 1998. O Decreto nº 3.964, de 10 de outubro de 2001, dispõe sobre o Fundo Nacional de Saúde. Vide artigo 1º, IV, da Portaria nº 5, de 27 de agosto de 2002. A Resolução Normativa nº 24, de 04 de julho de 2003, da Agência Nacional de Saúde Suplementar, estabelece os requisitos para a celebração dos instrumentos jurídicos firmados entre as operadoras de planos de assistência à saúde e prestadores de serviços hospitalares. A Resolução nº 44, de 24 de julho de 2003, da Agência Nacional de julho de 2003, da Agência Nacional de Saúde Suplementar, dispõe sobre a proibição da exigência de caução por parte dos prestadores de serviços contratados, credenciados, cooperados ou referenciados das operadoras de planos de assistência à saúde”.

Em paralelo, sinto que o judiciário enfrenta o mesmo problema nas decisões e julgamentos em face da legislação adequada, se a consumerista ou a comum; assombrado, por outro lado, pela duvidosa constitucionalidade das resolução.

Durante muito tempo os contratos de Planos Privados de Saúde, Seguros Saúde, Planos Cooperativos Médicos e de Auto Gestão, ficaram sem tutela legal, trazendo aos consumidores e usuários incertezas quanto aos benefícios contratados até então submetidos ao Decreto Lei número 73, de 21 de novembro de 1966, disciplinador do Sistema Nacional de Seguros Privados.³

O marco inicial ocorreu através da Constituição Federal de 1988 que, em seu artigo 186 e 197 e seguintes no Título VIII – Da Ordem Social, prescreveu a competência do Estado e da iniciativa Privada nas questões relacionadas com a saúde. Ao lado da disciplina normativa, constante na Lei 9656/98 de 28.01.1998, se destaca a **Agência Nacional de Saúde Complementar - ANS**, autarquia suplementar vinculada ao Ministério da Saúde, que foi, posteriormente, regulamentada definitivamente pela Lei 9961 em 28 de janeiro de 2000.

Portanto, cabe a ANS fiscalizar as atividades privadas de saúde, defendendo o interesse público e, principalmente, regulamentar, através de Resoluções da Diretoria Colegiada (RDC) todos os procedimentos, contratos de prestação de serviços e, ressarcimentos ao SUS – o interesse dos consumidores.

A partir de então, após a publicação da Lei 9656/98 e da MP 1665/98, que foram editadas até agosto de 2004, 44 (quarenta e quatro) Medidas Provisórias, 95 (noventa e cinco) Resoluções da ANS – RDC, e 26 (vinte e seis) Resoluções do CONSU.

Todavia, a Agência Nacional de Saúde , não possui condições suficientes para fiscalizar as cláusulas contratuais celebradas entre as empresas de saúde e os consumidores. A enorme quantidade de questões controvertidas se avolumam, sendo extremamente complexo estabelecer com precisão a quem cabe responsabilidade civil.

Os contratos deveriam resultar da livre manifestação de vontade das partes, ou seja, deveriam ser bilaterais, onerosos, e consensuais. No entanto, passam a ser denominados como aderentes ou, por adesão por ambos, resultando em um contrato atípico.

O fato é que, segundo preleciona o Ministro Ruy Rosado de Aguiar⁴ do Superior Tribunal de Justiça,

a previdência privada assume a cada dia maior importância no país. As dificuldades encontradas pela Previdência social para atuação eficaz no âmbito da saúde têm levado grande número

³ Segundo prelecionam Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho, “a responsabilidade dos hospitais e planos de saúde tem suscitado grande controvérsia. O tema é antigo. Já Savatier dele cuidava, responsabilizando a pessoa jurídica ou o proprietário não médico por erros cometidos pelos médicos que emprega (Traité, cit., vol. II, pp.414-415)”. E, adiante, os autores concluem, “Dúvida já não mais pode existir sobre o enquadramento dos hospitais no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, respondendo objetivamente pelos danos causados aos pacientes”. (DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao Novo Código Civil**. Obra coordenada por Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. v. XIII , p. 451.)

⁴ AGUIAR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade Civil do Médico**, RT 718/47.

de pessoas à proteção complementar na área da previdência privada, que hoje já atinge a 35 milhões de pessoas, das quais, 28 milhões de pessoas são ligadas às empresas.

Portanto, um número expressivo da população brasileira depende, hoje, da intervenção da previdência privada, fato que sobreleva a importância dessa atividade na área da saúde dos brasileiros.

2 HISTÓRICO DOS PLANOS PRIVADOS DE SAÚDE

A Portaria 3.286/86, do Ministério do Trabalho, definiu, “Empresa de Medicina de Grupo, como, ‘toda aquela pessoa jurídica de direito privado, organizado de acordo com as leis do país que se dedique a segurar a assistência médica ou hospitalar e ambulatorial, mediante uma contraprestação pecuniária preestabelecida”.

Neste ponto, se estabelece a finalidade das Empresas ou Planos Privados de Saúde, qual seja, o seu caráter financeiro e Constitucional. Para entender o perfil institucional dessas empresas, é necessário traçar um breve histórico sobre a medicina de grupo privada.

A partir dos meados de 1960 devido à precariedade dos serviços médicos que somente atendiam funcionários da administração pública, os médicos passaram a oferecer uma medicina de qualidade as empresas, mediante o estabelecimento de convênios celebrados. Todavia, a partir de 1980, O Conselho Federal de Medicina obrigou as empresas de Medicina de Grupo, a terem registro nos órgãos competentes para fiscalizarem o exercício profissional.

Com a promulgação da Constituição o Federal de 1988 em seu Capítulo II – Seção II, Da Saúde, artigo 186, a Norma Maior proclamou um marco inicial consistente no dever constitucional do Estado consistente no fato de que, “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação”.

Essa postura representou, na ordem jurídica nacional, uma alteração de rumos do Estado liberal para Estado social. Os demais artigos 197, 198, 199 e 200, estabelecem as regulamentações, descentralização e a livre participação da iniciativa privada na saúde, segundo poderá ser observado nas disposições constantes nos apontados artigos.

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

Art. 198. “As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”.

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

1º – As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

2º – É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

3º – É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde do País, salvo nos casos previstos em lei.

4º – A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I – controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produções de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II – executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III – ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV – participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V – incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI – fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII – participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Sendo assim, a iniciativa privada vem desempenhando um serviço de assistência total, e não apenas complementar, aos termos que chegar a necessidade premente de sua Regulamentação, após 30 anos.

Por sua vez, no Congresso Nacional tramitavam, desde 1989, dezoito projetos de lei sobre o assunto sendo que, em 1994, quando o Senado aprovou o Projeto do Senador Hiran Saraiva (Projeto de Lei nº 93/93), o texto seguiu para a Câmara dos Deputados, onde recebeu o nº 4.425/94, que contemplava a Resolução nº 1.401 do Conselho Federal de Medicina, editada em 1993; o qual previa a cobertura universal, pelos planos de saúde, de todas as patologias contidas no Código Internacional de Doenças (CID) da Organização Mundial de Saúde.

Devido à quantidade de projetos e a diversidade destes, em 1996 o Governo Federal criou um grupo de trabalho interministerial – Saúde, Justiça e Fazenda – que elaborou propostas de regulamentação que foram apresentadas ao Congresso Nacional. Encaminhadas ao Conselho Nacional de Saúde, formas discutidas durante um ano, em audiências públicas com todos os setores envolvidos.

Durante todo esse período, foi grande a mobilização dos órgãos de defesa do consumidor e usuários de planos de saúde, além das entidades médicas, no sentido de reivindicar ampliação de cobertura. As reclamações de consumidores, preponderantemente de planos individuais, já existiam pelo menos desde 1977, conforme registram os órgãos de defesa do consumidor de todo o País e, se referiam, na sua essência, em limitação de dias de internação; carências maiores do que a vigência dos contratos; negativa de atendimento por falta de pagamento a partir do primeiro dia de inadimplência; alegações de doenças preexistente ou crônica para exclusão de cobertura; aumento nos preços das mensalidades. Essas reclamações eram as mais frequentes.

Em 1996, a Câmara também criou uma Comissão Especial para tratar da regulamentação. A Comissão, que teve como relator o deputado Pinheiro Landim, que considerou os Projetos que tramitavam no Legislativo, as propostas do Governo e do Conselho Nacional de Saúde, além de haver recebido 24 (vinte e quatro) novos projetos e 131 (cento e trinta e uma) emendas, das quais apenas 13 (treze) foram incorporadas.

A tramitação na Câmara foi marcada por intenso debate e, o texto substitutivo ao Projeto de Lei nº 4.425/94, foi aprovado sob protestos, principalmente dos representantes dos médicos e consumidores. Nessas circunstâncias, o Projeto modificado pela Câmara dos Deputados retornou à sua origem, ou seja, o Senado Federal.

Sendo assim, tendo o senador Sebastião Rocha como relator da matéria, através da Comissão de Assuntos Sociais do Senado promoveu uma série de audiências públicas com os setores envolvidos. O texto final do relator, aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, suprimiu alguns artigos do Projeto, após negociação com o Governo e se comprometeu em editar Medida Provisória e regulamentar as questões polêmicas em seguida. No dia 12 de maio de 1998, o plenário do Senado aprovou o texto, que foi posteriormente sancionado pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, em 3 de junho de 1998.

No final de 1999, com o empenho do Ministro José Serra, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. A agência iniciou seus trabalhos comandados por uma Diretoria Colegiada, sob a presidência de Januário Montone, estando subordinada ao Conselho de Saúde Suplementar, instância deliberativa e interministerial do Governo

Federal, contando também com a Câmara de Saúde Suplementar, órgão consultivo que conta com a participação de todos os representantes do segmento de saúde.

O modelo de regulação que emerge do Congresso, depois de quase uma década de discussão, é diferenciado em relação à experiência internacional. Na maioria dos países, a regulação é feita a partir da atividade econômica entre si, atuando sobre as empresas do setor, garantindo suas condições de solvência e competitividade do mercado. No Brasil, a opção foi por regular também – fortemente – produto oferecido, ou seja, a assistência à saúde, com medidas inovadoras como a proibição da seleção de risco e de rompimento unilateral dos contratos.

Não obstante a necessidade de regulamentar o setor, a sua normatização foi adotada de uma mutabilidade crônica. Isto porque, um dia após a sua edição, o aludido texto foi alterado por força da Medida Provisória nº 1.665, de 4 de junho de 1998⁵.

Finalmente, com a entrada em vigor do Código do Consumidor, Lei 8.078, de 11.09.1990, os brasileiros se viram beneficiados por uma legislação moderna e atual e, as regras passaram a ser usadas nos demais contratos; não só relegou ao passado o aspecto contratual clássico, bem como, se deu início a adaptação em nossos Tribunais de uma nova relação contratual binomial entre a empresa e o consumidor.

Na seqüência, o Conselho Federal de Medicina, através da Resolução 1401 11/11/1993, tentou frear os abusos das administradoras e seguradoras dos Planos Privados de Saúde, obrigando-as a atender a todos os procedimentos do Código Internacional de Doenças.

Posteriormente, foi editada a Medida Provisória em 12 de maio de 1998, que foi sancionada pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso em 3 de junho de 1998. O caminho até a regularização dos Planos Privados de Saúde foi longo e, ainda, encontramos na Lei algumas alteração que estão sendo adaptadas à nova orientação legislativa.

Há de se considerar que um dia após a edição da Lei alusiva aos Planos de Saúde, o texto foi alterado por força da medida Provisória nº 1.665, 04 de junho de 1998 e, até Agosto de foram editadas 44 (quarenta e quatro) Medidas Provisórias, 82 (oitenta e duas) Resoluções da ANS – RDC (*RESOLUÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA*) e 25 (vinte e cinco) Resoluções do CONSU.

Na Reunião do Conselho Nacional de Saúde, analisado em Brasília em 6 de Junho de 2001, regularizou-se o setor definindo os pontos principais e mais importantes – a saber:

§ Assegurar aos consumidores planos privados assistência à saúde cobertura assistencial integral, e regular as condições de acesso;

§ Definir e controlar as condições de ingresso, operação e saída de empresas e entidades que operam no setor;

§ Definir e implantar mecanismos de garantias assistenciais e financeiras que assegurem a continuidade da prestação de serviços de assistência à saúde contratados pelos consumidores;

⁵ CIEFAS, A História da autogestão em Saúde no Brasil. São Paulo: [S. n.], 2001. p. 38-40.

§ Dar transparência e garantir a integração do setor de saúde suplementar ao SVS (Sistema Único de Saúde) e ao ressarcimento dos gastos gerados por usuários de planos privados de assistência à saúde no sistema público;

§ Estabelecer mecanismos de controle de abusividade de preços.

§ Definir o sistema de regulamentação, normatização e fiscalização do setor de saúde suplementar.

Portanto, os marcos fundamentais para Regulamentação dos Planos Privados de Saúde foram, respectivamente, a Lei 9656 de 98 e a Medida Provisória nº 1665 de 1998.

Os planos privados de saúde vêm procurando se adaptar às inúmeras mudanças e regulamentações, juntamente com os seus segurados, cooperados e consumidores. Por sua vez, consolidou um caráter não público da saúde, através da criação da Agência Nacional Suplementar de Saúde (ANS) em 1999 pelo Ministro da Saúde José Serra.

Dois pontos devem ser definidos com clareza - cabe ao Estado dar tutela à saúde de seus cidadãos e, cabe aos Planos Privados de Saúde complementá-los, consoante prescrição constante no artigo 196 da Constituição Federal.

Nesse sentido, o professor Luiz Fux acrescenta,

Sob esse enfoque é forçoso concluir que estatuída a responsabilidade pública quanto à saúde a atividade subsidiária particular não e, sucedâneo da ineficácia estatal não podendo atribuir-se as entidades privadas deveres além do contrato, sob pena de gerar-se insustentável insegurança jurídica⁶.

3 DA SAÚDE COMPLEMENTAR

Diante dessas considerações, cumpre focalizar de maneira clara e precisa as controvérsias e problemas apresentados pela nova legislação, principalmente em face da Constituição Federal de 1988. Procurando, dessa forma, um posicionamento uniforme e igualitário entre os Planos Privados de Saúde e os consumidores, bem como, a intervenção do Estado que passa de Liberal para um Estado social.

Os Planos Privados de Saúde, em sua grande maioria, são constituídos por sociedades empresariais que objetivam lucros, não se prestando ao assistencialismo, posto que, a Norma Constitucional prescreve que a Saúde Pública é um dever do Estado.

Com fundamento nessa ótica, os preços das mensalidades contratadas pelos usuários, os Planos de Saúde praticam valores do mercado, sempre com a finalidade exclusivamente lucrativa. Nesse particular, notícia veiculada no Jornal Folha de São Paulo, do dia 08 de julho do corrente ano, em sua coluna COTIDIANO, página C4 alude a fato que demonstra a controvérsia reinante nessa conturbada relação contratual – dentre inúmeras outras, que serão objeto de análise, em face das decisões proferidas pelos nossos Tribunais:

⁶ FUX, Luiz. **Tutela de urgência e plano de saúde**. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2000. p. 7.

‘Desde o mês passado, donos de contratos assinados até 02 de janeiro de 1999, antes da lei que regula o setor, vêm recebendo cartas sobre reajustes. Só o BRADESCO SEGURO E A SUL AMÉRICA notificaram mais de 100 mil pessoas, com índices de aumento que chegam a 82% - caso da primeira empresa’.

‘As operadoras baseiam-se em decisão do STF (Supremo Tribunal Federal) que determinou que a lei atual, que fixa reajustes controlados e autorizados pela ANS, não vale para contratos anteriores a ela. Até ali as operadoras vinham cumprindo os tetos de aumentos avalizados pelo governo – neste ano, de 11,75%’.

‘A cláusula que está dando fundamento para aos aumentos é abusiva, pois os impõe de maneira unilateral, afirma Ricardo Morishita, diretor do DPDC. Segundo ele, são considerados abusivos os contratos que alegam reajustes de custos de assistência (médicos, hospitalares) para os aumentos’.

A esse respeito, José Luiz Toro escreve⁷ que,

valendo-nos de lição da eminente Professora Vera Helena Mello Franco, aplicado *in casu* que esse setor, doravante, estará submetido ao controle e fiscalização do Estado mediante:

- A disciplina, à priori das condições gerais que integrarão os futuros contratos de seguro de plano de saúde.
- A fiscalização das atividades das empresas envolvidas.
- A imposição de contratação em determinados casos.

Vale salientar o que preleciona Maria Helena Diniz⁸,

Cumprir lembrar ainda que o contrato de assistência médica não é comutativo, em que as empresas tenham se obrigado a fazer algo equivalente à contra-prestação do conveniado. É contrato aleatório, na realidade em que a prestação das empresas depende de risco futuro e incerto, não podendo antecipar o seu montante.

Sendo uma atividade de caráter exclusivamente empresarial, essas pessoas jurídicas de direito privado respondem objetivamente pelos atos praticados, consoante expressas disposição constante no artigo 931. Aliás, a presente responsabilidade se encontra atrelada àquela prevista no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002.

⁷ SILVA, Toro José Luiz. **O Contrato de Assistência Médica Comentários à Lei dos Planos de Seguro de Saúde**. Porto Alegre, RS: Editora Síntese, 1998. p. 6.

⁸.DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. 11. ed. São Paulo, SP: Editora Saraiva, [S. d.]. v. 3, p. 75-77.

Por outro lado, segundo proclama Rui Stoco,

a empresa de assistência médica será responsabilizada não em razão de ter firmado contrato de plano de saúde com a vítima, mas porque o patrão responde, objetivamente, pelos atos culposos de seus prepostos, nos termos do artigo 932, III, c.c. o artigo 933 do Código Civil, no suposto de que os hospitais ou médicos por ele mantidos são autênticos prepostos do mantenedor⁹.

Portanto, uma responsabilidade objetiva, cumprindo ao plano de saúde os cuidados necessários na indicação dos profissionais – *culpa in elegendo* – e, a contínua vigilância sobre os atos praticados por estes profissionais – *culpa in vigilando*.

4 DOS ORGÃOS REGULADORES

Em 1999 foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar pela Lei nº9.961 de 28/01/2000, Ocorre que, o caráter dessa Agência Reguladora como das demais, traz aflorada discussão quanto ao seu caráter de constitucionalidade. Nesse sentido, será necessário um estudo mais amplo.

O professor Celso Bandeira de Mello, afirma que o Estado pode intervir no domínio e no econômico de três maneiras diversas: 1º) Como sujeito ativo, assumindo participação direta nas atividades econômicas; 2º) Na qualidade de agente regulador, disciplinando os comportamentos dos particulares por intermédio do seu poder de polícia; e 3º) através das ações fomentadora, propiciando estímulos e benefícios à atividade privada¹⁰.

A idéia foi adaptada muito recentemente, criando-se uma situação difícil para nossos doutrinadores e juristas que se dividem em dois grandes aspectos. Inicialmente, se cabe a elas, Agências Reguladoras, o poder de criar normas, e a seguir, respeitar a norma maior que é a Constituição Federal.

A esse respeito, Silvio Luiz Ferreira, escreve com clareza que,

No Brasil, o poder regulamentar, (melhor seria designa-lo dever regulamentar), atribuído ao Poder Executivo, nele compreendido o de editar resoluções tem inúmeras restrições. Vigê em nosso de direito constitucional o principio de legalidade e como conseqüência não se reconhece ao poder regulamentar a possibilidade de ultrapassar os limites impostos pela lei e, assim, criar, alterar ou extinguir direitos.

O CONSU já editou inúmeras resoluções. A análise de algumas delas indica que citado órgão, como acontece freqüentemente,

⁹ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo, SP: Editora RT, 2004. p. 555.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de A. **Curso de direito administrativo**. 12 ed. São Paulo: Malheiros 2000, p.588

além de exorbitar as suas atribuições e invadir competência atribuída a outro órgão, no caso, do CNPS, exorbitou, também, no exercício do poder (dever) de regulamentar que lhe cabia ao ultrapassar os limites da Lei 9656/98¹¹.

O setor de saúde suplementar foi classificado pela ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar, em quatro segmentos¹²:

§ **MEDICINA DE GRUPO** – opera com os chamados convênios médico-hospitalares, em que podem ser identificados três diferentes tipos:

§ As operadoras que não possuem rede própria;

§ As que possuem rede própria;

§ As associadas a hospitais filantrópicos.

§ **COOPERATIVAS** – Além dos serviços dos próprios cooperados, operam os chamados convênios médico – hospitalares, com rede própria crescente;

§ **AUTO GESTÃO** – Sistema fechado com público específico, vinculado a empresas – públicas e privadas – ou a sindicatos e associações, igualmente subdivididas entre aquelas que operam a assistência através de departamentos próprios dessas companhias e aquelas que operam através de entidade vinculadas;

§ **SEGURADORAS** – Além do Seguro Saúde propriamente dito, sujeito à regulamentação específica, operam produtos com todas as características de planos privados de assistência a saúde na forma de legislação.

Nesta relação – há pouco controle sobre as variáveis do seu relacionamento com as empresas do setor. Não há instrumentos para coibir os abusos que são cometidos contra os consumidores. Além da ANS – existem ainda a CSS – Câmara de Saúde Suplementar, criada pela ANS pela Lei nº 9.656/98.

O CONSU ou Conselho Suplementar da Saúde é um órgão composto pelo chefe da Casa Civil da Presidência da República, Presidente do Conselho, pelos Ministros da Saúde, Fazenda, Planejamento, Justiça, Orçamento e Gestão.

A CSS - Câmara de Saúde Suplementar tem caráter consultivo e permanente, podendo somente opinar. Participam também o PROCOM e o IDEC, Conselho Federal de Medicina, e os representantes das empresas de planos privados de saúde.

¹¹ ROCHA, Ferreira Silvio Luiz. **Saúde e Responsabilidade**: Seguros e Planos de Assistência Privada à saúde. São Paulo, SP: Editora RT, 1999. v. 13, p. 158-159.

¹² MONTONE Januário. Diretor Presidente da ANS – Anais da Reunião do Conselho Nacional de Saúde. Brasília ANS 2001.

5 DA NATUREZA DOS CONTRATOS

Classificar os contratos entre as empresas de Planos de Saúde privadas é uma tarefa árdua, pois se trata de um contrato ATÍPICO.

Porque atípico? Se retrocedermos ao caráter dos contratos e sua definição clássica, teoria contratual em que prevalece o princípio do direito obrigacional consistente no *Pacta sunt servanda* (os contratos devem ser cumpridos), em que as partes podem contratar livremente as suas cláusulas. Todavia, a realidade demonstra que os fatos não se encontram situados nessa linha de conduta.

José Reinaldo de Lima Lopes¹³ pontifica que, “a natureza dos contratos e das relações que se estabelecem no sistema privado de saúde e medicina, é necessário reconhecer que os planos de saúde têm uma natureza especial, cujo entendimento só é possível deixando-se de lado a simples percepção do caráter bilateral do contrato e da existência das pessoas jurídicas como verdadeiros seres humanos. Se o contrato de seguro dá-se entre segurador e segurado, ou, no caso de planos de saúde, das empresas de saúde ou prestadoras de serviços ou através de terceiros, mediante contra prestações secundárias”.

Já as seguradoras são sociedades anônimas e, organizam-se nos moldes do Decreto. Lei 73/66. Têm por finalidade a cobertura de riscos de assistência à saúde, mediante livre escolha pelo segurado do prestador do respectivo serviço e o reembolso das despesas.

A autogestão é realizada pelas entidades ou empresas que mantém sistemas próprios de assistência à saúde. São grupos fechados, de acesso restrito aos empregados, funcionários ou associados da entidade promotora. O tratamento que o Decreto Lei 73 dispensou a essa modalidade de assistência à saúde foi mais brando, excluindo-a expressamente.

As cooperativas enquadram-se nos art. 1º Par. 1º, inciso. I, da Lei 9656/98, como operadoras de planos privados de assistência à saúde.

Criou-se aqui um novo tipo de contrato, sem deixar de lado o princípio clássico existente na relação contratual consistente no *pacta sunt servanda*, devendo-se levar em conta a função social do contrato, definido, pela Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002¹⁴. Procurando manter com diretrizes e seus respectivos clientes, a operação é sempre caráter coletivo, mútuo ou solidário. Podemos remontar a uma distinção clássica em teoria contratual que permitia distinguir duas espécies de negócios: os *contratos de oposição* e os *contratos de cooperação*. Os contratos de oposição, como afirmam alguns doutrinadores clássicos, dividem ou separam os contratantes, na medida em que seus interesses são opostos: o exemplo conclusivo é o de compra e venda, pelo qual alguém quer alienar determinada

¹³ LOPES, Lima José Reinaldo. **Saúde e responsabilidade**: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo, SP: Editora Rev. Tribunais, 1999. v. 13. p. 30; 31

¹⁴ PERLINGERI, Pietro. Perfis do direito civil. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 1997. p. 27 e seg. A lude à **DESPATRIMONIALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO**, em razão conferida a constitucionalmente à dignidade humana.

coisa, e outra pessoa deseja adquiri-la. Realizada a compra e venda, as partes seguem cada uma o seu caminho. Hugo Grócio chamava esta espécie de contratos *separatórios*. Os contratos de cooperação, ao contrário, têm um objetivo comum, cuja existência pode até ter significados distintos para os contratantes, mas que só subsiste por meio de cooperação.

Grócio chamava tais contratos de *comunitários*, pois criavam comunhão entre as partes. Em princípio, a Lei 9656/98, os contratos vêm sendo analisados sob a égide dos Códigos de Defesa do Consumidor, em virtude de sua finalidade social.

Claudia Lima Marques¹⁵ através do seu magistério proclama que:

A nova concepção de contrato é uma concepção social deste instrumento jurídico, para o qual não só o momento de manifestação de vontade (consenso) importa, mas onde também, e principalmente os *efeitos* do contrato na sociedade serão levados em conta (...). A procura do *equilíbrio contratual*, na sociedade de consumo, o direito destacará o *papel da lei* como limitadora e verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. A lei passará a proteger determinados interesses sociais.

Torna-se árdua a classificação dos contratos. Não podem ser aderentes. Nesse sentido, cabe às operadoras de planos privados de saúde, a responsabilidade pelo atendimento como prestadora de serviço e, ao consumidor ou paciente, a escolha voluntária e espontânea do bem ofertado, observando o que dispõe a ANS que, através das suas Resoluções e outros instrumentos, definem e estabelecem as regras contratuais entre as partes, sem excluir a função social do contrato prescrito no artigo 421 do Código Civil.

Todavia, sempre haverá uma dúvida sobre a verdadeira natureza jurídica desse contrato.

Os sujeitos de direito passaram a ser sujeitos de crédito. O Ministro Ruy Rosado de Aguiar ensina que¹⁶, “no final do século passado, primórdios deste, o médico era visto como um profissional cujo título lhe garantia onisciência, médico da família, amigo e conselheiro, figura de uma relação social que não admitia dúvida sobre a qualidade dos seus serviços, e menos ainda a litigância sobre eles. O ato médico se resumia entre uma confiança (do cliente) e uma consciência (do médico). A realidade atual mudou de forma substancial essa circunstância. As relações sociais se massificaram, distanciando o médico do seu paciente. A própria denominação dos sujeitos da relação foi alterada, passando para usuário e prestador de serviço”.

Nessa relação médico-paciente se encontram, hoje, os planos privados de saúde, e o Estado com seu frágil e ineficaz modelo denominado SUS. Não resta ao cidadão outra alternativa, a não ser o plano privado. Pois, o Estado não cumpre

¹⁵ MARQUES, Lima Claudia. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, [S. d.]. p. 74.

¹⁶ AGUIAR, Ruy Rosado de. **Direito e medicina**– aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte, MG: Livraria Del Rey, 2000. p. 25.

seu papel e, além desse fator, tenta transferir a responsabilidade da *saúde*, para a iniciativa privada na tentativa de socializá-la.

Alguns autores definem como um negócio jurídico comutativo posto que, “a comutatividade está na correspondência de vantagens entre as obrigações dos contratantes”.¹⁷

Os direitos à saúde e a vida entre os chamados direitos classificam-se da personalidade. Não se deve esquecer, que por mais complexos de sejam os contratos, bem como sua natureza jurídica, os princípios da probidade e da boa fé, consoante prescrição inserta no artigo 422 do Código Civil.

Em relação ao tipo de contratação, regulamentos e condições gerais que serão oferecidos pelas operadoras de planos de saúde estão definidos no art. 16, inciso VII DA Lei 9656 /98, de acordo com a Resolução no 14 do CONSU:

ART. 16. DOS CONTRATOS, REGULAMENTADOS OU CONDIÇÕES GERAIS DOS PRODUTOS DE QUE TRATAM O INCISO I E O PAR. 1º DO ART. 1º DESTA LEI DEVEM CONSTAR DISPOSITIVOS QUE INDIQUEM COM CLAREZA.

Na realidade, o texto remete à um contrato em que as condições celebradas pelas partes estejam devidamente e corretamente explicitadas, não conferindo nenhuma margem de dúvidas sobre o contrato pactuado. É a lição que se extrai do contido no artigo 16, incisos I a XII da apontada Lei.

Nesse sentido, é de suma importância destacar o ensinamento de Roberto Senise Lisboa: “O aderente tem direito de conhecer todo o conteúdo da avença. Não apenas o estado no qual se encontra o objeto mediato do negócio jurídico, como inclusive o teor de todos os dispositivos inseridos no instrumento do pacto formulado¹⁸”.

‘Contrato – Adesão – Plano de Saúde – Estipulação em favor de terceiro – Com figuração – Instrumento subscrito por empresa em favor de seus funcionários – Legitimidade destes para discutir a validade das cláusulas contratuais ajustadas – Beneficiário que não tomou ciência dos termos contratados – Abusividade caracterizada – Ação procedente – Recurso não provido’.¹⁹

Segundo pontifica Carlos Roberto Gonçalves²⁰,

¹⁷ FUX, Luiz. **Direito e medicina**: aspectos jurídicos da medicina. Coordenador Teixeira Sálvio de Figueiredo. Belo Horizonte, MG: Livraria Del Rey, 2000. p. 289.

¹⁸ LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos**. 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo, SP: Revistas dos Tribunais, 2000. p. 30.

¹⁹ 2ª Câ. Civ., AC 35.796-4 SP, Rel. Des. Lineu Carvalho, j. 12-05-98, v.u., in JTJ/Lex, 213:41.

²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao Código Civil** – Parte Especial. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2003. v. 11, p. 209.

os contratos celebrados com as instituições privadas de assistência médica são tipicamente de adesão e suas cláusulas, muitas vezes, conflitam com o princípio da boa-fé e, principalmente, com as regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor. Assim, por exemplo, resta delimitar com clareza o que limita o período de internação hospitalar de seus segurados. A 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, sob esse fundamento, obrigou empresa de plano de saúde a pagar todo o tratamento de uma associada, por considerar abusiva cláusula contratual dessa espécie. Segundo o relator, Min. Sálvio de Figueiredo, a corrente que admite a validade da referida cláusula se baseia no princípio da autonomia da vontade, que assegura a liberdade de contratar, considerando obrigação do Estado, e não da iniciativa privada, a de garantir a saúde da população. Contudo, considerou mais adequada a que a considera abusiva, tendo em vista a hipossuficiência do consumidor, o fato de o contrato ser de adesão, a nulidade de cláusula que restringe direito e a necessidade de se preservar o maior dos valores humanos, que é a vida. O mencionado relator não encontrou justificativa na limitação de internação imposta pelas seguradoras, afirmando que, se a doença é coberta pelo contrato de seguro, não se mostra razoável a limitação ao seu tratamento. Até porque o consumidor não tem como prover quanto tempo durará a sua recuperação. (In REsp. 251.024-SP, j. 04.01.2000).

Portanto, as relações existentes entre o Plano de Saúde e o consumidor possuem múltiplas facetas no plano jurídico, sendo certo que, a orientação doutrinária e jurisprudencial vigente, entendem que se trata de obrigações onde prevalece o princípio da culpa objetiva do Plano prestador do serviço.

5.1 DAS ESPÉCIES DE CONTRATOS

a) Individual ou Familiar:

São considerados planos ou seguros de assistência à saúde de contratação individual aqueles oferecidos no mercado para livre adesão de consumidores, desde que pessoa física e, familiar quando for facultada ao contratante a inclusão de seus dependentes e familiares – consoante prescrito no art.2º.

b) Coletivo Empresarial :

São considerados planos ou seguros de assistência à saúde de contratação coletiva empresarial aqueles que oferecem cobertura a população delimitada, e seus dependentes legais, vinculada à pessoa jurídica mediante relação de trabalho, associativa ou sindical. Sua adesão é automática, verificando-se a partir da data de admissão no emprego ou filiação na entidade – segundo previsão contida no art.3º.

c) Coletivo ou Adesão:

São considerados planos ou seguros de assistência à saúde de contratação coletiva por adesão àqueles oferecidos por pessoa jurídica a seus empregados, associados ou sindicalizados, cuja adesão é espontânea e opcional, com ou sem a inclusão do grupo familiar ou dependente - conforme prescreve o artigo 4º da Resolução.

Os artigos 10 e 12, incisos I, II, III, e IV da Lei 9656/98, estabelecem nos Planos de Saúde os contratados, bem como, os tipos de Coberturas que cada um oferece.

6 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Desde os primórdios da humanidade, as questões relativas aos conceitos de moral e ética foram preponderantes na formação e consolidação do processo civilizatório. Harriou já proclamara que é necessário situar a lei moral fora da sociedade e do indivíduo²¹.

O princípio *Neminem Laedere* - a ninguém ofender, é uma das primeiras expressões do direito natural. Assim, os atos ilícitos são praticados quando o indivíduo comete um desvio de conduta, ou seja, age de forma contrária à ordem jurídica.

Através da evolução, desde o Código de Hamurabi (2067-2025 a.C.) e, da Lei das XII Tábuas (462 a.C.), passando em seguida a **Lex Aquília**, já existia uma noção de reparação de dano em face do ato ilícito praticado pelo agente ofensor.

O conceito romano proveniente do jurisconsulto Aquílio, consistente no preceito, *In lege aqui li et levíssima culpa venit* – Na Lei Aquiliana também se responsabiliza pela culpa levíssima; o que definia um conceito consistente na obrigação de indenizar, ainda que a culpabilidade do agente ofensor seja diminuta.

O grande marco da Responsabilidade Civil se inicia através dos artigos 1382 e 1383 do Código Civil Francês, que estabeleceram a idéia força dos direitos tutelados, que foi incorporado no Novo Código Civil Brasileiro em seu artigo 927. O código Francês se baseou nas lições dos doutrinadores franceses Domat e Pothier que, formularam uma teoria da responsabilidade civil fundada na culpa subjetiva que foi, posteriormente, absorvida pelas demais legislações nos diversos Estados.

O Código Alemão adotou a concepção de culpa, quando há violação de obrigações legais e contratuais, no caso da culpa *in abstracto* ou a culpa *in concreto*. Há, nesse caso, há uma noção subjetiva e uma delimitação objetiva de culpa.

José de Aguiar Dias²² a esse respeito ensina que, “o que interessa quando se fala de responsabilidade, é aprofundar o problema na face assinalada, de violação da norma ou obrigação diante da qual se encontra gente”.

Nesse sentido, Savatier²³ proclama que,

A culpa (*faute*) é a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. Se efetivamente o conhecia e

²¹ HARRIOU. Le droit naturel et e'Allemagne, (le correspondant III). n° 219, p. 84.

²² DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 9. ed. [S. l.]: Forense, 1994. v. 1, p. 3.

²³ SAVALTIER. René. **Traité de la responsabilité civile**. 2. ed. Paris: Générale, 1951. t. I, n. 4, p.5.

deliberadamente o violou, ocorre o delito civil ou, em matéria de contrato, o dolo contratual. Se a violação do dever, podendo ser conhecida e evitada é involuntária, constitui a culpa simples, chamada, fora da matéria contratual de quase – delito.

Para o referido jurista, a culpa comporta dois elementos: um objetivo que é o dever violado e outro, preferentemente subjetivo consistente na imputabilidade ao agente. A culpa jamais pode descartar ou mesmo desconsiderar a moral, apesar de culpa moral ser diferente de culpa jurídica.

José de Aguiar Dias²⁴ leciona que,

Da culpa caracterizada no art. 186 do Código Civil como negligência ou imprudência, decorrem outras noções, que demandam exame. Nesse título, estão, com efeito, compreendidas a negligência, a imprudência e a imperícia, que são todas formas desse elemento essencial - a falta de diligência, falta de prevenção, falta de cuidado. Na realidade, poderemos conceituar as três modalidades de culpa da seguinte forma:

§ **Negligência** é a omissão daquilo que razoavelmente se faz, ajustadas as condições emergentes às considerações que regem a conduta normal dos negócios humanos. É, ainda, o descaso, a falta de cuidados ou de atenção, a indolência, geralmente o *no facere quod debeat*, quer dizer, a omissão quando do agente se exigia uma ação ou conduta positiva.

§ **Imprudência** é a falta de cautela, o agir aodado ou precipitado, através de uma conduta comissiva, ou seja, um fazer (facere), como quando a pessoa dirige seu veículo com excesso de velocidade.

§ **Imperícia** é a demonstração de inabilidade por parte do profissional no exercício de sua atividade de natureza técnica, a demonstração de incapacidade para o mister que se propõe, como o médico, que, por falta de conhecimento técnico, erra no diagnóstico ou retira um órgão do paciente desnecessariamente ou confunde veia com artéria. Pode identificar-se a imperícia através de ação ou omissão.

De um modo geral, a culpabilidade do agente decorre da inobservância das normas que nos ordenam operar com atenção, capacidade, solicitude e discernimento.

Segundo o ensinamento de Rui Stoco²⁵,

sob outro aspecto, a culpa pode ser encarada ainda *in concreto ou in abstracto*. Na primeira, o agente falta à

²⁴ DIAS, op. cit., p. 120.

²⁵ STOCO, op. cit., p. 136.

diligência que as pessoas são obrigadas a empregar nas próprias coisas (*diligentiam quam suis rebus adhibere solet*). Na segunda, o agente falta àquela atenção que um homem atento emprega na administração de seus negócios, fazendo uso da inteligência com que foi dotado pela natureza.

Portanto, há uma idéia de comportamento do agente na sua atividade social e profissional, compatível com uma conduta que se deseja das pessoas responsáveis e probas e que, foi delineado pelos romanos como sendo um *bonus pater familiae* – ou seja, um bom chefe de família, cidadão cumpridor de seus deveres familiares, sociais e profissionais.

6.1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

Quando a origem da fonte se trata de uma relação jurídica obrigacional, estaremos diante de um contrato. A culpa será sempre a violação do acordo celebrado entre as partes, tendo em vista a disposição constante no artigo 389 do Código Civil.

Todavia, a Responsabilidade extracontratual decorre da violação de um direito que resultou em dano para uma das partes, conforme prescrição contida no artigo 186 do Código Civil. E, nesse caso, dependerá da prova – quando se tratar de culpa subjetiva – da culpabilidade do agente. Todavia, nos casos de culpa objetiva – quando se referir à culpa do fornecedor ou fabricante (artigo 14 do CDC) – será dispensada a prova da culpa.

Portanto, nas relações de consumo a culpa é objetiva. No mesmo sentido, as pessoas jurídicas de direito privado – empresas privadas de planos de saúde – a responsabilidade dessas pessoas independe da comprovação da culpabilidade, bastando apenas demonstrar o dano e o nexo causal.

Segundo entendimento de Carlos Roberto Gonçalves²⁶,

já se decidiu que a empresa locadora direta de serviços médicos, hospitalares, credenciando médicos e nosôcômios para suprir a deficiência de seus próprios serviços, compartilha da responsabilidade civil dos profissionais e hospitais que seleciona. Na hipótese, reconheceu-se a responsabilidade solidária da operadora de plano de saúde e do hospital credenciado (TJSP, Ap. 67.929.4-SP – j. 16.03.1999).

Por sua vez, a responsabilidade extracontratual subjetiva pressupõe um dano que pode ser patrimonial ou extrapatrimonial, sendo este último, denominado dano moral.

Nessa direção, Antunes Varela²⁷ pontifica que, “O dano patrimonial é susceptível de avaliação pecuniária podendo ser reparado, senão diretamente – mediante restauração natural ou reconstituição específica da situação anterior à lesão – pelo menos indiretamente – por meio de equivalência ou indenização”.

²⁶ GONÇALVES, op. cit., p. 209.

²⁷ VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral**. 8 ed. Coimbra: Editora Almedina, [S. d.]. p. 611.

O dano moral que não depende de prova, já que se trata de *dannum in re ipsa* (decorrente da coisa) é um dano imaterial, ou seja, aquele que ofende a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas – os valores da pessoa. José de Aguiar Dias²⁸ ensina que, “Quando ao dano não corresponde às características do dano patrimonial dizemos que estamos na presença do dano moral”.

Inúmeros são os preceitos legais que amparam o dano moral em nosso instituto jurídico, sendo o seu *quantum indenizatório* previsto em leis específicas, tais como, a Lei de Imprensa e o Código Nacional de Telecomunicações. Todavia, os parâmetros apontados nesses referidos dispositivos legais, foram recentemente desconsiderados pela Súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça.

A constituição Federal de 1988 em seu art. 1º inciso III preceitua que, “a dignidade da pessoa humana” é um dos fundamentos do Estado Democrático. E, em seu capítulo I, *Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*; em seu artigo 5º e incisos V e X, consagrou definitivamente a indenizabilidade dos *danos morais*.

Na mesma orientação, o Novo Código Civil, em seu artigo 186 proclamou a indenização dos danos ainda que exclusivamente morais, o que significa que a norma já se encontra atualmente consolidada em nosso ordenamento jurídico.

Clayton Reis²⁹, nesse sentido leciona que,

Por outro lado, se os interesses do estado aristotélico, na função social, sobrepõem-se ao homem, não quer isso dizer que dispensa a participação do seu criador na sua obra de edificar a sociedade organizada como um todo. Na verdade, o estado deve realizar sua função social através da valorização da personalidade do homem como indivíduo, na medida em que ele é um ser onipresente. Assim o homem através da sua personalidade, é o valor de si próprio, imprescindível na realização das tarefas almeçadas pelo Estado. A defesa da personalidade constitui dessa forma uma maneira de preservar o patrimônio dos indivíduos, que é o maior acervo que um povo pode legar na tarefa de construção da civilização.

Por seu turno, o Código Civil de 2002, através dos artigos 11 a 21 consignaram a defesa da personalidade em seu plano material e imaterial. Portanto, confirma as linhas delineadas pela Norma Constitucional na defesa dos direitos e garantias fundamentais da pessoa em sua esfera de valores.

Decorre dessa orientação doutrinária o consenso de que, os danos ao corpo da pessoa física refletem, inexoravelmente, na sua intimidade gerando repercussões na sua parte psíquica, dando ensejo à indenização pelos danos morais. É o que deduzimos na decisão,

CIVIL – DANO MORAL – INDENIZAÇÃO. O dano moral, decorrente de lesão corporal, deve ser indenizado

²⁸ DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1994. v. 2.

²⁹ REIS, Clayton. **Dano moral**. 4. ed. Rio de Janeiro, RJ: Ed. Forense, 1998. p. 83.

independentemente do ressarcimento do dano estético. Recurso especial conhecido provado. (Rep. N. 84.752/ RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ. 08.05.2000).

CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – ACIDENTE DE TRANSITO – DANO MORAL. DANO ESTÉTICO – Cumulabilidade. I. Admissível a indenização, por dano moral e dano estético, cumulativamente, ainda que derivados do mesmo fato, quando este, embora de regra subsumindo –se naquele, comporte reparação material. II. Incidência de Súmula n.73, do STF. III. Recurso conhecido e provido. (REsp.n. 68.491/ RJ,Rel.Min.Waldemar Zveiter, DJ 2705.1996).

Os Tribunais já pacificaram a questão relativa à reparação dos danos morais, em face da sua Constitucionalização no direito brasileiro. Resta, no entanto, em discussão os fatos relacionados com a fixação do *quantum indenizatório*, em face dos múltiplos e diversos entendimentos dos Tribunais relativos à avaliação e fixação do *pretium doloris*.

6.2 RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

A Constituição Federal de 1988, em seu Art. 5, XXXII proclama que, “O Estado promoverá na forma da lei, a defesa do consumidor”. Em 1991 entrou em vigor a Lei n. 8078/90, ou seja, o Código de Defesa do Consumidor, que de uma maneira ampla alterou as relações jurídicas entre as empresas prestadoras de serviços e os consumidores onde a responsabilidade passou a ser objetiva.

Os contratos antes amparados pelo Código Civil de 1916 passaram a ser regidos pela nova lei consumerista, sendo o nosso Código do Consumidor referência para outros países. A responsabilidade passou a ser objetiva pelo fornecedor ou prestador de serviço, em face do contido no artigo caput do artigo 14. O CDC adotou a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, que sempre foi considerada a parte mais frágil na relação de consumo e, por esta razão, mereceu proteção especial do legislador. Todavia, a responsabilidade civil, para estar configurada exige a presença de três requisitos formais, a saber - *culpa, dano e, relação de causalidade*.

Os profissionais liberais passaram a ser prestadores e serviço, perdendo assim aquele caráter de amizade e pessoalidade anteriormente existente nesse tipo de relação contratual. Portanto, trata-se de uma responsabilidade fundada na culpa do agente. O artigo 14, Parágrafo 4º do Código do Consumidor prescreveu a exigibilidade da culpa do agente lesionador, no que foi recepcionado pelo artigo 951 do Código Civil de 2002. Isto significa que, a demonstração da culpa (negligência, imprudência e imperícia) é indispensável que seja comprovada para o efeito da responsabilidade civil.

De todos os profissionais liberais, foi o médico que deixou de ser o conselheiro, o médico de família e tornou-se um prestador de serviços profissionais

desconhecidos. Este fato novo nessas relações se deve à socialização da medicina, bem como, aos credenciamentos médicos e hospitalares.

Os Planos de Saúde Privados, os Hospitais e as Clínicas Médicas aos quais os médicos e profissionais de saúde se encontram vinculados; na condição de proprietários, acionistas, credenciados, ou fazem parte do corpo clínico, sempre haverão de responder objetivamente em casos de danos causados a terceiros.

Nesse sentido, os Tribunais no Brasil vêm proclamando o seguinte:

INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. PLANOS DE SAÚDE. Indenização por danos materiais e morais, decorrentes de adimplemento imperfeito do contrato de prestação de serviços médico-hospitalares. Erro e indefinição de diagnóstico da real patologia, que obrigaram à associada a buscar profissional particular. Procedência mantida. Recurso da autora provido, para a elevação do valor da indenização dos danos morais, de 30 para 200 salários mínimos pleiteados. É indiscutível a responsabilidade das entidades de convênio pelos danos causados através de atos de seus prepostos, médicos, hospitais e clínicas, presumida é a sua obrigação (In TJSP – 2ª C. Dir. Privado – Ap. 259.592 – Rel. J. Roberto Bedram – j. 24.09.1996 – JTJ-LEX 192/123).”

“A empresa locadora direta de serviços médicos-hospitalares, credenciando médicos e nosocômios para suprir as deficiências de seus próprios serviços, compartilha da responsabilidade civil dos profissionais e hospitais que seleciona”. (In TJSP – 2ª C. Dir. Privado – AC. 67.929-4 – Rel. Vasconcellos Pereira – j. 16.03.1999).

“Pelo contrato firmado, obrigou-se a n”Golden Cross”, a prestar serviços a seus associados, por óbvio, adequados e seguros. Infere-se desse instrumento que a responsabilidade solidária com o médico por ela contrato resulta das obrigações nele estabelecidas. O associado, ao recorrer aos serviços médicos prestados pela “Golden Cross”, terá de valer-se de médicos por ela credenciados. Portanto, o médico credenciado age como preposto”. (In TAMG – 1ª c. – Ap. 165.656-2 – Rel. Páris Pena – j. 14.12.1993).

1. PLANOS DE SAÚDE. EMPRESA DE ASSISTÊNCIA MÉDICA – Lesão Corporal Provocada por médico credenciado – Responsabilidade solidária selecionada pelos atos ilícitos do selecionado” (TJSPE I 106.119-1, Rel. Des. Walter Moraes)

2-INDENIZAÇÃO – Responsabilidade civil – Danos materiais e morais – Médico afastado do atendimento de seu paciente,

internado em hospital, por indevida ingerência de entidade de plano de saúde – Indução do associado a só aceitar profissional conveniado como ré – Nexo causal e culpa evidenciada – Procedência mantida- Apelação não provida. (Ap. Civ.. 262.701-1-Rio Claro –2ª Câmara de Direito Privado- Rel. J. Roberto Bedran-27.08.1996-v.u.).

3-CONVÊNIO DE ASSISTÊNCIA MÉDICO – HOSPITALAR

– Exclusão de cobertura das doenças infecto-contagiosa – Contrato celebrado antes da vigência da Lei n.8.078/90-Cláusula válida –Inteligência do artigo 5º XXXVI, da C.F.. Se o contrato de assistência médico –hospitalar foi estabelecido anteriormente à Lei no 8078/90e não prevê custeio para doenças infecto –contagiosas de comunicação compulsória, o conveniado deverá arcar com as despesas ocorridas com o tratamento “ (1ª Câm. D. Privado, AC268.848-22/sp, Rel. Des. Gildo dos Santos, j. 05-11-96,v.u., in RT 738/287)

4-COOPERATIVA MÉDICA. Comercial – Cooperativa (Unimed) – Ato de assembléia. **Estatutos. I** – No Direito cooperativo, assentou a doutrina que os estatutos contêm as normas fundamentais sobre a organização, a atividade dos órgãos e os direitos e deveres dos associados frente à associação. São deposição que valem para todos os partícipes (cooperados) por isso que de natureza geral e abstrata, tal como a constituição reguladora da vida do estado rege o comportamento das sociedades personificadas. Tais normas não assumem uma característica contratual, mas regulamentar ou institucional.

II – O associado que adere à Cooperativa Médica sujeita-se ao seu estatuto. Não está obrigado a não atuar livremente no atendimento a pacientes que o procurem. Todavia não pode vincular-se a outra entidade congênere, provocando concorrência à cooperativa e desvirtuando a finalidade com que instituída.

III – Recurso conhecido e provido (Resp. n. 126.391/SP, Rel.Min. Waldemar Zveiter, DJ 27.09.1999)

7 RESPONSABILIDADE CIVIL NOS PLANOS PRIVADOS DE SAÚDE.

Com a publicação da Lei 9656/98 em 3 de junho de 1998, e seguida da Medida Provisória 1976/24 de 09.03.200, tivemos uma significativa alteração de todas as leis, normas e medidas provisórias a respeito dos Planos de Saúde. A exigência de um setor regulamentado se fazia indispensável para disciplinar de forma definitiva a questão relativa aos planos de saúde. Apesar de haver tramitado durante um longo período no Senado Federal, a Lei possui omissões e lacunas. De um lado beneficiando

indiscriminadamente o consumidor, e de outro repassando a iniciativa privada o ônus de uma Saúde Pública deficitária e falida. Ocorreu, na realidade, uma intervenção do Estado dentro do Direito Privado, seguindo as tendências do direito moderno de constitucionalização do Estado de Direito.

Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operem 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:

I – Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preços pré ou pós-estabelecidos, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limites financeiros, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso e pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.

II – Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo.

III – Carteira: o conjunto de contrato de cobertura de custos assistenciais ou de serviços de assistência à saúde em qualquer das modalidades de que tratam o inciso I e o Par. 1º, deste artigo, com todos os direitos e obrigações neles contidos.

A grande divisão do Direito entre Público e Privado, conferem ao contratante definir qual o tipo de seguro e, qual a extensão dos benefícios que poderá usufruir na condição de contratante. É, sem dúvida, de extrema importância que o cidadão possa contar com a iniciativa privada na área de saúde.

Maria Helena Diniz³⁰ nesse sentido leciona que,

Cumpra lembrar que o contrato de assistência médica não é comutativo, em que as empresas tenham se obrigado a fazer algo equivalente à contra-prestação do conveniado. É contrato aleatório, na realidade, em que a prestação das empresas depende de risco futuro e incerto não podendo antecipar o seu montante.

³⁰ DINIZ, op. cit., p. 75-77.

Sidnei Agostinho Beneti e Sidnei Agostinho Beneti Filho³¹ proclamam com clareza o que vem ocorrendo, “é dentro desse quadro imprevisível que se colocam os consumidores e empresários, fazendo com que haja ainda insegurança quanto a realidade da matéria”.

Na sua origem a “corrida legislativa protecionista” contudo, não tinha como finalidade estabelecer uma dificuldade legislativa do mercado da saúde privada. Na realidade, pretendia instituir um programa voltado para a defesa dos cidadãos, os quais eram sempre surpreendidos por alterações contratuais ou, cláusulas obscuras, que vedavam ou dificultavam a prestação do serviço contratado no momento necessário, até mesmo, no caso em que todas as obrigações haviam sido adimplidas pela parte contratante.

Nesse sentido, cumpre observar como os Tribunais se posicionam a respeito dessa questão, quando se trata de cláusula considerada abusiva ou manipulada pelos Planos de Saúde que, como restou demonstrado, possuem caráter exclusivamente empresarial aonde se destaca a finalidade eminentemente lucrativa.

PLANO DE SAÚDE. Limitação temporal de internação. Nulidade da cláusula contratual. Assistência médico-hospitalar a recém-nascido internado em UTI. Medida cautelar inominada. Cobertura do atendimento pelo plano, sob multa por descumprimento, até a solução da ação principal. Liminar concedida. Aparência do bom direito consistente na existência de prevenção contratual de tal cobertura. Perigo de demora evidente diante do risco de vida com a interrupção do tratamento. Aplicação do artigo 1º, Par. 1º, inciso II, da Lei número 9.656/98 à espécie, por ser mais favorável ao consumidor. Inteligência dói artigo 51, inciso IV e Par. 1º, incisos II e III do Código de Defesa do Consumidor. Princípio da boa-fé na conclusão e execução dos contratos, constante no artigo 765 do novo Código Civil, não observado pelo plano de saúde. Decisão mantida. Recurso não provido. (Agravo de Instrumento número 305.057-4/8 – Tribunal de Justiça de São Paulo – 6ª. Câmara de Direito Privado – 18.09.2003 – v.u. – Rel. Percival Nogueira.

O caráter protecionista da Lei decorreu do Código de Defesa do Consumidor, ao prescrever em seu artigo 14 a responsabilidade objetiva do prestador ou fornecedor de serviços, envolvendo, nesse caso, todos os Planos Privados de Saúde, bem como, os de seguro consoante se observa na decisão.

SEGURO - PLANO DE SAÚDE – PACIENTE COM AIDS. Apólice que prevê expressamente, a não cobertura dessa doença. Impossibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, no caso, em face de inexistir dúvida quanto à interpretação da cláusula. Empresas particulares atuantes na área de saúde que não estão, ademais, obrigadas a suprir as

³¹ BEBETI, Sidnei Agostinho; BEBETI FILHO, Sidnei Agostinho. **Direito e Medicina:** Aspectos Jurídicos de Medicina. Belo Horizonte, MG: Livraria Del Rey, 2000. p. 325-326.

deficiências do Estado, este sim, com o dever de assegurar, sem limites a saúde dos cidadãos. Ação procedente. Recurso provido. (TJSP –1ª Câmara de Direito Privado; Ap. Cível n. 282.269-19-São Paulo, Rel. Des. Guimarães Souza; j.13-05-1997, v.u.) (AASP2052/547).

Em relação à Responsabilidade Civil, os Planos Privados de Saúde respondem objetivamente pelos atos praticados pelos seus prepostos, (médicos, hospitalares credenciados, laboratórios, clínicas, etc.) e, todos os serviços oferecidos no contrato. Nesse sentido, Miguel Kfoury Neto³² pontifica que,

Diversas decisões, a princípio firmaram a responsabilidade solidária dos planos de saúde, pelos danos provenientes da atuação culposa dos médicos credenciados. Aos poucos, no entanto, parecia sedimentar-se entendimento contrário no sentido de caber ao associado o direito de escolher o profissional médico que prestará o serviço corresponde. Recentemente, porém, o Superior Tribunal de Justiça, pela sua 3ª Turma, firmou posição no sentido de que a responsabilidade pelo atendimento prestado ao paciente não é só dos profissionais e instituições credenciadas, mas também da prestadora de serviço do plano de saúde. O entendimento firmado pelas duas Turmas que julgam a questão de Direito Privado é o que o credenciamento não deve ser feito apenas em razão da adequação financeira à capacidade de pagamento da plano de saúde, mas, principalmente, em face da segurança da prestação de serviços contratada, que lida com

Portanto, resta inequívoco que as operadoras dos planos de saúde, bem como, as seguradoras são objetivamente responsáveis pelas indicações que realizam, cumprindo-lhes, destarte, diligenciaram com o cuidado necessário na escolha das pessoas físicas (médicos e demais profissionais da área de saúde) ou pessoas jurídicas de direito privado, que irão prestar o serviço contratado pelo usuário do sistema.

8 CONCLUSÃO

No âmbito da matéria exposta, resta concluir e destacar vários pontos importantes, em face dos grandes questionamentos sujeitos à apreciação do Poder Judiciário.

Em primeiro lugar, é mister destacar a questão da constitucionalidadados e da Lei 9556/98 que, sendo um instrumento legal e necessário, há muito tempo não vem sendo devida e corretamente aplicada.

Antes de sua publicação, o Poder Judiciário necessitava recorrer ao Código de Defesa do consumidor, para fazer frente aos problemas apresentados e decorrentes

³² KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e ônus da prova*. São Paulo, SP: RT, 2002. p. 376-377.

dos contratos com os Planos Privados de assistência à Saúde. Realmente, se fazia assistência, devido à falta de uma legislação própria, sendo o usuário considerado consumidor e, as empresas de Planos Privados de saúde como fornecedores.

Com a publicação da Lei 9626/98, seguida das resoluções do CONSU, ANS e CNS, restou indefinido a quem realmente caberia a responsabilidade civil e contratual - se às empresas privadas em saúde ou, ao Estado, já que o Estado vem legislando, de forma indiscriminada sobre saúde pública, com o propósito de transferir para a iniciativa privada a responsabilidade pela sua gestão.

Segundo a lição de Pontes de Miranda³³, em momento em que se estabelecem, alternam ou extinguem direitos não há regulamentos, há abuso do poder regulamentar, invasão de competência legislativa. O regulamento não é mais do que auxiliar das leis, que só pretende, não raro, ocupar o lugar delas. Todavia, não tendo a desenvoltura de Lei, não poderá substituí-la sob pena de ofender o princípio da hierarquia das normas jurídicas.

A Lei 9656/96 que, teoricamente veio ao encontro dos anseios de sociedade, que se encontrava completamente desprovida de regulamentação necessária, não está sendo aplicada correta e adequadamente. Nesse sentido, as RDC do CONSU e, as Resoluções do ANS, a todo instante alteram a Lei ordinária, quando não todos os meses, ficando os usuários e os planos privados de saúde sem o devido amparo legal.

Portanto, deparamos com um contrato atípico, que não é de adesão entre as partes, tampouco, bilateral ou consensual entre os contratantes. Nesse contrato, não se discute cláusulas de carência, preço e, serviços a serem prestados. No entanto, todas as empresas se encontram vinculadas e sujeitas ao CONSU e a ANS. Portanto, observa-se que nos referidos contratos foi excluído o princípio da liberdade contratual prevista no artigo do artigo 421 do Código Civil.

A Lei 9656/98 foi promulgada com o propósito de disciplinar os Planos de Saúde. Entrementes, o citado dispositivo legal trouxe vários problemas aos usuários e aos Planos Privados de Saúde, em virtude das constantes alterações das RDC, da ANS, e Resoluções do CONSU, muito embora, se encontrem subordinados à apontada norma jurídica.

Dentre as inúmeras situações, há aquelas relativas às doenças pré existentes, onde na entrevista qualificada que é feita pelos Planos Privados de Saúde, o usuário muitas vezes de má fé, omite informações importantes e necessárias. E, quando recorrem ao Poder Judiciário alegam que a doença surgiu após a contratação, restando às empresas o custo de cirurgias, tratamento e outros procedimentos necessários.

CONTRATO – SEGURO SAÚDE – EXCLUSÃO DE COBERTURA – CARACTERIZAÇÃO – DOENÇAS QUE ERA DO CONHECIMENTO DO AUTOR QUANDO DA CONTRATAÇÃO – OMISSÃO – OFENSA AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ – Elaboração do contrato sem a participação do segurado que não afasta a compreensão do seu contexto – Cláusula, ademais, incluída em todos os contratos de seguro

³³ PONTES MIRANDA. *Comentários a constituição de 1967*. Com a emenda 1 de 1969. 2. ed. São Paulo, SP: RT, 1970. Tomo 3, p. 374.

– Lei n.º 9.495/97 – Vigência suspensa pelo Colendo supremo Tribunal Federal (7ª Cam. D. Privado, AC 81738-4/SP, Rel. Des. Souza Lima, j. 29-06-99, v.u.)

Em relação às carências contratuais, a que as partes se encontram vinculadas, o artigo 16, inciso III, da Lei 9656/98 estipula períodos de carência para consultas, internações, procedimentos e exames, apesar de serem claros, não raro às vezes, em que os usuários recorrem ao Judiciário alegando completo desconhecimento e, novamente os Planos Privados de Saúde são obrigados a arcar com todos os custos.

CONTRATO – ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR NEGATIVA DE COBERTURA E RESCISÃO CONTRATUAL FUNDADA NA PREEXISTÊNCIA DA DOENÇA – AUSÊNCIA DE EXAMES PRÉVIOS E PROVAS EFETIVAS DA CIRCUNSTÂNCIA – Cerceamento de defesa não caracterizado – Ação procedente Recurso não provido. (Primeiro Colégio o Recursal dos Juizados de Pequenas Causas de São Paulo – Voto n. – Recurso n. 3389 – Central I.)

Após a publicação da Lei 9656/98 passou a incidir sobre os novos contratos, abrindo-se um precedente para aqueles usuários de Planos Privados de Saúde que já tivessem contrato anterior, a possibilidade de migração regulamentada pela Resolução CONSU n.4, de 4 de novembro de 1998 e, pelo artigo 35 da Lei. Na realidade, tratava-se de uma retroatividade de seus contratos para beneficiar os usuários em face do novo diploma legal. Todavia, apesar de amplamente divulgado, nem todos os usuários ou consumidores migraram para as novas disposições contratuais, sob a alegação de que o custo seria muito elevado, mas em compensação, a cobertura seria mais abrangente.

Todos os contratos anteriores foram extintos para o efeito de renegociação. No entanto, os benefícios adquiridos foram mantidos, isto porque, se tratava de contrato de continuação, não atingindo o direito adquirido do consumidor, em face da previsão Constitucional inserta no art. 5º XXXVI da Lei Maior de 1988.

A Lei veio para regulamentar um setor que se encontrava totalmente desamparado e, seus benefícios devem se estender às duas partes, não visando exclusivamente o consumidor mas, da mesma forma, os inegáveis interesses comerciais dos Planos de Saúde.

Ocorre que, com o passar do tempo começaram a exigir os benefícios da nova lei para os contratos anteriores a ela, recorrendo os usuários ao Judiciário. Em virtude dessa alteração, não raras vezes, os juizes através de medidas cautelares e sentenças condenaram os planos privados ao pagamento dos procedimentos médicos requeridos.

CLÁUSULA – PLANO DE SEGURO-SAÚDE – PRAZO DE CARÊNCIA DE DEZOITO MESES PARA INTERNAÇÃO HOSPITALAR E CIRURGIAS – ADMISSIBILIDADE – PACTO QUE NÃO INFRINGE QUALQUER DISPOSIÇÃO

LEGAL – Dispositivos do Código de Defesa do Consumidor invocados no apelo, ademais, que não se antepõem à pactuada carência – Recurso não provido”. (Ap. 214.090-1/9 – 5ªCâm. – j.05.08.1994 – rel Des. Marco César.)

Em relação ao Ressarcimento ao SUS – Sistema Único de Saúde, que foi estabelecido pela Lei 9656/98 e, que entrou em vigor em janeiro de 1999, estabeleceu em seu artigo 32, proclamado pela ANS - nas RDC N. 62, de 20 de Março de 2001, e pelo CONSU, na Resolução número 09 de 3 de novembro de 1998, a obrigatoriedade do repasse dessa verba devida.

O Ressarcimento ao SUS ocorre quando o consumidor possui um Plano Privado de Saúde, e é atendido pelo SUS, Serviço Público, independentemente da sua contribuição com o INSS. No caso do usuário não ser contribuinte, é atendido por algum médico ou serviço médico público e, caso possua convênio com alguma empresa privada, esta é multada, ou melhor, é obrigada a ressarcir os custos que este consumidor teve com relação ao SUS, independentemente do seu contrato cobrir ou não o procedimento executado.

Muitas vezes, o consumidor não se encontra em lugar que possua rede credenciada por seu Plano Privado de Saúde. Nesse caso, essa retroatividade vêm alcançando até os contratos antigos, que deveriam apenas ser regulares em face do Código do Consumidor, valendo-se do abuso contidos nos contratos antigos e repassando a eles os benefícios dados pela nova lei. Nesse particular, é importante apontar algumas decisões que adotam o referido entendimento .

CONTRATO – PLANO DE SAÚDE – IMPOSIÇÃO DE NOVO PRAZO DE CARÊNCIA POR ATRASO NO PAGAMENTO – ABUSIVIDADE – Consumidor colocado em condição exageradamente desvantajosa – Equilíbrio rompido (2ª Cam. Direito. Privado, AC58548-4/ Santo André, Rel. Des. Vasconcelos Pereira, j. 09-02-1999, v.u.)

CIVIL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. Não cumprimento do prazo de carência. Responsabilidade Civil Inexistência, a negativa de autorização para procedimento cirúrgico, por empresa prestadora de serviço de plano de saúde, cujo contrato prevê procedimento, para o qual o associado não cumpriu o respectivo prazo de carência II Recurso provido Sentença reformada. (T .Rec. JEC, ACJ. 68499/DF, Rel. Des. Arnaldo Camanho de Assis, j .01-06-99, v.u. in DJDF, 11-08-1999, p.39).

4ª VARA FEDERAL – PROCESSO Nº 2000.50.01.007803-0. AÇÃO ORDINÁRIA. AUTOR: UNIMED VITÓRIA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO. RÉU: AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR –

ANS. DECISÃO: A autora pede a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, visando suspender a exigibilidade de todo e qualquer crédito a título de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde, de forma geral e irrestrita, e não só daqueles figurados nos boletos discriminados (fls.224 e 228). Depreendo a verossimilhança do direito. Inspiro-me, para tanto, no raciocínio já desenvolvido pelo MM. Juiz Federal Substituto da 1ª Vara Federal, Dr. José Eduardo do Nascimento, que argúcia, na Ação Ordinária nº 2001.50.01.000234-0, pela inconstitucionalidade da Taxa de Saúde Suplementar, corresponde ao ressarcimento dos serviços de atendimento à saúde prestados por entidades integrantes dos SUS aos clientes das operadoras de planos de saúde (art.32 da Lei 9656/98).

É dever constitucional do Estado prover a saúde pública de maneira universal e igualitária, colocando em prática medidas que assegurem a prevenção e recuperação dos males causados pelas doenças (art.196 da CF). Mas a própria Constituição da República prevê a possibilidade de a iniciativa privada investir livremente nessa área (art.199).

Todavia, o dever do Estado não se desfaz pela simples participação da iniciativa privada em uma área de atuação pública que lhe compete sob a forma de dever constitucional.

Portanto, o ressarcimento previsto no art. 32 da Lei 9.656/98 o sentido constitucional dos arts. 196 e 199, ao pretender transferir para a iniciativa privada todo e qualquer encargo decorrente da prestação pública de saúde aos indivíduos que detém planos de assistência privada.

É o que basta, por ora, para denotar a verossimilhança do direito. Sem embargo, reservo para a sentença o exame exauriente da integralidade dos fundamentos jurídicos da ação.

O risco de dano de difícil reparação também está presente. Com efeito, se a autora não proceder ao recolhimento da taxa, ergue-se a potencialidade de imputação dos diversos ônus a que se sujeitam as empresas em débito com o Fisco, desde a iminente possibilidade de atuação, até o impedimento de contratar com o poder público. Por outro lado, se a autora recolher a taxa, sujeitar-se-á às agruras do mecanismo de precatório para o fim de repetir o pagamento indevido, caso a final se corrobore a prevalência do direito afirmado. Por fim, não há o risco de irreversibilidade dos efeitos do provimento antecipatório, considerando que a taxa poderá ser a qualquer tempo eficazmente cobrada.

Isto posto, determino à ré que se abstenha de exigir da autora o ressarcimento dos serviços de atendimento à saúde prestados por entidades integrantes dos SUS aos clientes da autora (Art. 32 da Lei 9656/98), tanto em relação aos boletos individuais às fls. 224 e 2228, quanto para qualquer outra cobrança lançada sob o mesmo título. Fica preservado o direito de emitir outras faturas. Apenas a respectiva exigibilidade é que fica suspensa.

Sem embargo, faculto à autora o depósito judicial do montante controvertido, com a finalidade de elidir os efeitos da mora. Vitória, 06 de novembro de 2001. ROGÉRIO MOREIRA ALVES. Juiz Federal Substituto.

Portanto, à guisa de conclusão, a Responsabilidade Civil dos planos privados de saúde será sempre objetiva, ressaltando-se os casos de culpa exclusiva da vítima ou o caso fortuito ou força maior ou ainda; na situação em que possa ser imputada ao consumidor conduta de decorrente da sua má fé; quebra unilateral de contrato e, falta de algum serviço no contrato. Nesses casos, os seus usuários deverão responder solidariamente como os médicos credenciados que, têm a responsabilidade subjetiva em relação às resoluções advindas do CONSU e da ANS onde os Planos Privados de Saúde são obrigados a cumpri-las, não atendendo assim, aos anseios dos consumidores ou usuários do sistema privado. Nesse caso, a Responsabilidade Civil objetiva será do Estado, de acordo com o art. 37, parágrafo 6º da Constituição Federal, ou então, a culpa será concorrente em virtude de serem as empresas privadas obrigadas a assumir o risco por qualquer dano que possa ocorrer.

Na realidade, o risco da atividade, é uma conseqüência inerente ao exercício de toda e qualquer obrigação de fazer ou não fazer, em face do novo comando legislativo contido no artigo 927, Parágrafo único do Código Civil de 2002 que prescrever, *in fine*, “... **quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem**”. É preciso, portanto, que os Planos de Saúde estejam conscientes dos riscos da atividade assumida para com os seus usuários, a partir do momento em que celebram com estes a prestação seus serviços médico hospitalares. Essa idéia de responsabilidade há muito se encontra consagrada através do vestuto principio romano consistente no *ubi commodum ibi onus* – ou seja, o cômodo (no caso, o interesse ao lucro) gera o ônus (a responsabilidade pelo fato da atividade).

Somente através de um sistema legislativo unificado, fiscalização compatível com a realidade dos casos e, finalmente, mediante o efetivo exercício da boa-fé e da probidade das partes nessa relação contratual, será possível alcançar um objetivo comum, consistente na harmonia nas relações negociais entre consumidores e Planos de Saúde.

REFERÊNCIA

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 2. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 1955.

BEBETI, Sidnei Agostinho; BEBETI FILHO, Sidnei Agostinho. **Direito e Medicina: Aspectos Jurídicos de Medicina**. Belo Horizonte, MG: Livraria Del Rey, 2000.

CAMARGO, Luiz Antônio. **A responsabilidade civil do estado e o erro judicial**. Porto Alegre, RS: Síntese, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 1998.

CASILLO, João. **Dano à pessoa e sua indenização**. 2. ed. São Paulo, SP: RT, 1994.

CIEFAS - Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde. **A História da Autogestão em Saúde no Brasil**. São Paulo, SP: CIEFAS, 2000.

CLOVIS, Beviláqua. **Direitos das obrigações**. 8. ed. Atualizado por Beviláqua Achilles. Rio de Janeiro, RJ: Paulo de Azevedo, 1954.

CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo, SP: Dialética, 2001.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. [S. n.]: Forense, 1994. v. 1-2.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**. 11. ed. São Paulo, SP: Editora Saraiva, [S. d.]. v. III.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2002.

FERRON, Fabiana. **Planos privados de assistência à saúde**. Lei nº 9656, de 3 de junho de 1998. São Paulo, SP: Universitária de Direito, 2002.

FUX, Luiz. **Tutela de urgência e plano de saúde**. Rio de Janeiro, RJ: Espaço Jurídico, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos**. 2. ed. ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2000.

MARQUES, Fernando de Oliveira (Org.). **Constituição federal** – Código de defesa do consumidor – Legislação de defesa comercial e da concorrência – Legislação das agências reguladoras – Constituição Federal. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo, SP: RT, 2002.

MARQUES, Claudia Lima; LOPES, José Reinaldo Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde – replico de direito do consumidor. **Revista dos Tribunais**, 1999.

KFOURINETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro, RJ: Editora Forense, [S. d.]. v. 3., n. 264.

REIS, Clayton. **Dano moral**. 4. ed. Rio de Janeiro, RJ: Ed. Forense, 2000.

RIPERT, Geoges. **A regia moral nas obrigações civis**. 1937. ed. Tradução de Osório de Oliveira. [S. l.]: Saraiva, [S. d.].

RUGGIERO, Roberto. **Instituições de direito civil**. Tradução de Ary dos Santos. São Paulo, SP: Saraiva, 1958. v. III.

SILVA, José Luiz Toro. **O contrato de assistência médica**. Porto Alegre, RS: Síntese, 1998.