



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CIVIL**

FÁBIO SOKOLONSKI DO AMARAL

REVISÃO DE CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE DE AUTOGESTÃO

Salvador – BA

2018

FÁBIO SOKOLONSKI DO AMARAL

REVISÃO DE CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE DE AUTOGESTÃO

Trabalho de Conclusão de Pós Graduação em Direito Civil apresentado à Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para a obtenção do grau de especialista em Direito Civil.

Salvador – BA

2018

RESUMO

Este trabalho é o resultado de um estudo sobre a revisão de contrato dos planos de saúde de autogestão a partir da concepção contemporânea de contrato e a flexibilização do *pacta sunt servanda*. Tem como objetivo identificar e analisar os critérios utilizados pelo poder judicial nas ações de revisão de contratos de plano de saúde de autogestão, para verificar a possibilidade de utilização da interpretação analógica da legislação aplicada aos contratos de plano de saúde individuais, bem como em diferenciar as diferentes espécies de contrato de plano de saúde, identificando as suas peculiaridades. Em um primeiro momento se estudou a concepção contemporânea de contrato e a teoria da revisão. Em um segundo momento os contratos de plano de saúde em espécie e atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) na regulação das seguradoras. Na sequência foi realizado o levantamento de decisões de três tribunais pátrios, quais sejam, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Tribunal de Justiça de São Paulo e Tribunal de Justiça da Bahia, para a análise das decisões tomadas pelos desembargadores. Por último, concluiu-se pela possibilidade de, diante da averiguação de abusividade, aplicação analógica da limitação percentual de aumento imposta pela ANS aos planos individuais também para os planos de autogestão.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato. Plano de Saúde. Autogestão. Revisão de contrato.

ABSTRACT

This work is the result of a study about the contract review of self-managed health insurance from the contract contemporary outline and the flexibility *pacta sunt servanda*. Aims to identify and analyze the criteria used by the judiciary in the actions of contract review of self-managed health insurance contracts to verify the possibility of using the analogue interpretation of the legislation applied to individual health insurance contracts, as well as differentiate different kinds of health insurance contracts, identifying their peculiarities. At first we studied the contract contemporary outline and the theory of revision. In a second step health insurance contracts in kind and the procedure of the National Health Agency in regulations of insurers. Following, the survey was conducted decisions of three patriotic courts, namely the Court of Justice of the Federal District and Territories Court of São Paulo and Bahia for a review of decisions made by judges. Finally, it was concluded by the possibility, given the fact-finding unconscionability, analogous application of the percentage increase limitation imposed by the ANS to individual plans also for self-managed health insurance plans.

KEYWORDS: Contract. Health insurance. Self-managed. Contract review

SUMÁRIO:

1	INTRODUÇÃO.....	5
2	DA TEORIA DA REVISÃO DOS CONTRATOS NO ESTADO CONTEMPORÂNEO.....	10
2.1-	DA EVOLUÇÃO DA CONCEPÇÃO DE CONTRATO.....	10
2.2-	DOS CONTRATOS DE CONSUMO E DAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....	17
2.3-	A REVISÃO DE CONTRATO NO CÓDIGO CIVIL E NOS CONTRATOS DE CONSUMO.....	22
3	CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE.....	30
3.1-	DO PAPEL DA ANS.....	31
3.2-	DOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE EM GERAL.....	35
3.3-	DO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE DE AUTOGESTÃO.....	40
3.4	3.4 – DA VIRADA JURISPRUDENCIAL DO STJ.....	43
4	A REVISÃO DOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE DE AUTOGESTÃO NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS.....	48
4.1-	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL.....	50
4.2 -	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.....	53
4.3 -	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA.....	56

5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	61
6	REFERÊNCIAS.....	65

1 – INTRODUÇÃO

Com o passar dos anos o conceito de contrato tem sofrido alterações até chegar a concepção adotada hoje no Estado Contemporâneo, tendo alguns dos seus princípios balizadores sofrido mitigações e flexibilizações. É dessa flexibilização que surgirá a teoria da revisão de contratos e seus fundamentos. No trabalho, buscamos demonstrar em linhas gerais a evolução da concepção de contrato, a flexibilização do *pacta sunt servada* e o surgimento de uma teoria da revisão de contratos no Estado contemporâneo, com foco à sua aplicação aos contratos de consumo e em especial aos contratos de plano de saúde.

É dentro de uma nova concepção de contrato, que desempenhe a sua função social exigida pela sociedade e Estado moderno que iremos aplicar o instituto da revisão dos contratos aos planos de saúde, para assegurar o princípio geral da conservação dos contratos. Para tanto, abordamos o contrato como um conceito para além de tão somente sua dimensão jurídica, mas como um instrumento legal que possibilita a circulação de riqueza, como defende Enzo Roppo, ao passo que deve desempenhar uma função social contextualizada com a igualdade material e as perspectivas individuais de cada caso concreto.

Dessa forma, os contratos de plano de saúde devem ser compreendidos como instrumentos geradores de riqueza para as seguradoras de saúde, mas que atendem a um fim de relevante valor social, que é assegurar a saúde dos seus segurados. É diante disso que se deve primar pelo princípio da conservação dos contratos amparado pelo fundamento da menor onerosidade ao consumidor. O caráter sinalagmático do contrato de plano de saúde deve ser defendido para que o consumidor possa usufruir do tão importante seguro de saúde, em especial nas idades mais avançadas.

O objetivo desse trabalho é identificar e analisar os critérios utilizados pelo poder judicial nas ações de revisão de contratos de plano de saúde de

autogestão, para verificar a possibilidade de utilização da interpretação analógica da legislação aplicada aos contratos de plano de saúde individuais. E ainda, identificar os fundamentos/princípios que sustentam a teoria da revisão dos contratos, no que tange os planos de saúde de autogestão, bem como diferenciar os contratos de plano de saúde de autogestão dos demais contratos de plano de saúde (Individual e Coletivo), nos seus aspectos formais e materiais.

A preocupação com esta temática surgiu no ano de 2013, no meu estágio no Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria pública do Estado da Bahia, onde são recorrentes as ações de revisão de contrato e ações contra de planos de saúde. Dessa forma, na atuação diária da Defensoria, diante do surgimento de casos de Revisão de Contrato de plano de saúde na modalidade Auto Gestão, existe uma dificuldade muito grande na definição dos limites e parâmetros para a revisão desse contrato, tendo em vista que não existe nenhuma regulamentação específica que limite o valor do aumento. Considerando ainda que a norma constante no Código de Defesa do Consumidor, referente à possibilidade de revisão (art. 6, V), trata tão somente do termo “excessivamente onerosa”, trata-se de uma norma aberta, que não fornece as ferramentas necessárias para definir, na realidade fática, os parâmetros para essa revisão.

Nestes termos surge como possibilidade para o parâmetro revisional a interpretação analógica da legislação aplicada aos planos individuais, contudo, carece o tema de jurisprudência farta e determinante que ratifique inquestionavelmente tese. Mais fácil se torna a situação quando trata-se de plano consignado, com desconto em folha, que acabe, após o aumento, a ultrapassar o valor de 30% do rendimento do consumidor, entretanto, é caso muito específico e aplicável a poucos casos fáticos, o que não resolve o questionamento aqui lançado.

Diante dessas inquietações, busco estudar as seguintes questões: Cabe a interpretação analógica da legislação aplicada aos planos de saúde

coletivos? O plano de saúde de Auto Gestão atende aos parâmetros principiologicos do direito do Consumidor?

O presente trabalho tem a relevância de discutir um assunto pouco debatido no âmbito jurídico nacional, mas que atinge a vida de milhares de consumidores que possuem plano de saúde na modalidade de autogestão e se veem impossibilitados em continuar adimplindo as mensalidades diante de grandes aumentos, que fogem completamente à sua previsão. É certo que no campo dos planos individuais e coletivos a discussão sobre a revisão dos contratos é mais fértil, ficando em segundo plano os planos de autogestão, muito devido a sua menor incidência na totalidade dos contratos de plano de saúde, e sua maior complexidade na definição de parâmetros para a revisão.

Aqui, será adotada a pesquisa bibliográfica, definida por João Maurício Adeodato (1997, p. 4) é aquela “desenvolvida a partir de um material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos”. Trata-se de uma pesquisa jurídica, a ser realizada também com estudo de documentos como leis, jurisprudências, sentenças, dentre outros.

Toma-se como referência para este estudo bibliográfico os trabalhos realizados por Enzo Roppo (1947), que se posiciona no sentido de afastar a o contrato de sua dimensão puramente jurídica, trazendo uma visão crítica da existência do contrato na esfera material, com todas as intervenções exteriores existentes para além da mera realidade autônoma do livro.

Do estudo de Paulo Lôbo (2012), traz-se a visão clássica do contrato e seus princípios instituidores, bem como da análise do início da flexibilização da obrigatoriedade do contrato. Já Fábio Ulhoa Coelho (2012) e Ruy Rosado de Aguiar (2002) irão trazer a visão contemporânea do contrato, a sua flexibilização frente às novas necessidades do mundo moderno, e a concepção de função social a ser atendida pelos contratantes.

De Alan Schwartz e Robert Scott (2003), traz-se uma perspectiva da legislação estrangeira sobre a teoria dos contratos, se posicionando sobre os limites da legislação contratual, e as omissões propositais que tais

regramentos constroem, e a regulamentação tão somente quando as partes não contratam.

Paulo Luiz Netto Lôbo (2002) e o seu estudo sobre os novos princípios sociais do Código Civil, assim como sobre a função social do contrato, posicionamento fundamental para a explicação das novas formas de contrato e possibilidades de revisão, fundamentais para o presente estudo. E de Cláudia Lima Marques (2007) e Sérgio Cavalieri Filho (2011), que fornecerão os subsídios necessários para a discussão no âmbito do direito do consumidor, se posicionando favorável para as possibilidades de revisão de contrato de consumo diante da existência de cláusula excessivamente onerosa para o consumidor.

Quanto a pesquisa documental, teremos como principal material de estudo as decisões judiciais, com foco no Tribunais de Justiça dos Estados, na busca da definição dos critérios definidos pelos magistrados para a revisão contratual. Ainda, para além dos Códigos serão estudadas as legislações específicas pertinentes ao tema, como a Lei 9.656/98 (lei dos planos de saúde) e as Resoluções da ANS, como a de nº 195 que versa sobre a contratação e troca de plano e a nº 309 que trata do reajuste de preço.

Para a análise dos conteúdos, o caminho a ser adotado no presente estudo é o levantamento das bases teóricas, a partir da seleção dos autores destacados acima. Posteriormente o estudo comparado das teorias levantadas, analisando os seus posicionamentos e os situando no seu contexto histórico. No caminho proposto, faremos então a pesquisa documental, através do levantamento de decisões judiciais sobre o tema, no Tribunal da Bahia, do Distrito Federal e de São Paulo, além do STJ, nos anos de 2010 até 2014, com foco na análise dos critérios definidos pelos magistrados para a revisão dos contratos, além do estudo das legislações pertinentes ao tema, como a Lei 9.656/98 (lei dos planos de saúde) e as Resoluções da ANS. Em seguida, se dará o estudo das decisões coletadas frente às teorias colhidas e o desenvolvimento de conclusões.

Este estudo está organizado em três itens. O primeiro trata da teoria da Revisão dos Contratos no Estado Contemporâneo, onde iremos abordar a evolução histórica da concepção de contrato, assim como definir contratos e relações de consumo, com o escopo final de analisar a revisão de contrato no Código Civil e nos contratos de consumo. O segundo trata especificamente dos contratos de plano de saúde, aqui será feita a definição e diferenciação dos contratos de saúde individuais, coletivos e de autogestão. No terceiro e último item, após a delimitação da teoria da Revisão dos Contratos abordada, e nos diferentes tipos de contrato de plano de saúde, o estudo deságua na análise específica da revisão dos contratos de plano de saúde de autogestão, onde serão estudadas as decisões judiciais sobre o tema.

2 – DA TEORIA DA REVISÃO DE CONTRATOS NO ESTADO CONTEMPORÂNEO.

O contrato, como instrumento de exteriorização de vontade das partes é um conceito que sofreu modificação com o decorrer dos anos, e teve os seus princípios fundadores flexibilizados e mitigados. O surgimento da Teoria da Revisão dos Contratos se deu a fim de garantir o princípio geral da conservação, modificando-o para não extingui-lo, ao tempo em que permitiu revisar cláusulas que, por ventura, tenham se tornado excessivamente onerosa para uma das partes, por fato imprevisível e superveniente.

Todavia, é diante do surgimento dos contratos de adesão, em especial nos contratos de consumo, que a revisão de contrato se torna uma ferramenta capaz de conter os desmandos dos fornecedores de produtos e serviços, restaurando o equilíbrio contratual, mesmo quando a cláusula abusiva já o era á época da manifestação de vontade exteriorizada através da celebração contratual.

É no Estado contemporâneo, por meio do surgimento da função social do contrato, e das novas concepções norteadoras do direito contratual, que se possibilitou a emergência de legislações, em especial o Código de Defesa do Consumidor que, ainda que incipientes, são capazes de declarar a nulidade de cláusulas sob o argumento de onerosidade excessiva para uma das partes, como será observado mais adiante.

2.1 – DA EVOLUÇÃO DA CONCEPÇÃO DE CONTRATO

É tradição doutrinária desenvolver o conceito de contrato em torno da noção de acordo de vontades. Fábio Ulhoa Coelho (2012), em *Curso de Direito Civil, Volume 3, Contratos*, aponta que o contrato é resultado do encontro de vontades entre os contratantes, que desenvolve para eles efeitos

jurídicos. Diante disso, é instrumento que cria, modifica ou extingue direitos ou obrigações.

Em uma perspectiva crítica desenvolvida por Enzo Roppo (1947), em *O contrato*, o conceito de contrato não pode ser entendido profundamente se o consideramos tão somente em uma dimensão jurídica, como se fosse dotado de uma realidade autônoma nos livros de Direito. Assim, infere o jurista, que o contrato é, em última análise, “um instrumento legal da circulação de riqueza” (ROPPO, 1947, p. 18), que constitui, antes de mais nada, uma intervenção positiva e deliberada do legislador, destinada a satisfazer determinados interesses a que querem tutelar. De afirmar que:

[...] e se, conseqüentemente, se pode e se deve falar do contrato-conceito jurídico, como de algo diverso e distinto do contrato-operação econômica, e não identificável pura e simplesmente com este último - é, contudo, igualmente verdade que aquela formalização jurídica nunca é construída (com os seus caracteres específicos e peculiares) como fim em si mesma, mas sim com vista e em função da operação econômica, da qual representa, por assim dizer, o invólucro, ou a veste exterior [...] (ROPPO, 1947, p.9)

Destaca este autor que a concepção de contrato não se encerra apenas na acepção restrita de um instrumento técnico-jurídico da circulação dos bens, mas possui um significado muito mais amplo. Trata-se de um símbolo de uma ordem social Liberal, que carrega consigo os seus valores e princípios, como o da livre iniciativa individual, tornando-se um instituto legitimador de uma nova sociedade burguesa que ascendia da era das revoluções.

Ora, sabe-se que no liberalismo impera o primado da vontade, que à época constituiu o fundamento do instituto do negócio jurídico. Observa-se dessa forma que o liberalismo eleva o princípio da autonomia da vontade à diretriz norteadora de todos os aspectos da vida civil, dispensando a intervenção estatal das relações econômicas individuais.

Nas palavras de Roxana Borges (2008):

Esse modelo clássico de contrato tinha, em seu conceito, uma idéia de oposição entre as partes, pois, o contrato era definido como acordo jurídico entre sujeitos portadores de interesses opostos, ou, na expressão voluntarista, o contrato era um acordo de vontades entre interesses opostos. As partes atuavam em antagonismo, como nas tradicionais categorias opostas: credor x devedor, sujeito ativo x sujeito passivo. As situações jurídicas eram observadas isoladamente, sem alcançar a interação entre esses interesses. (BORGES, 2008 p.3)

É cediço que no nosso ordenamento jurídico, os contratos, uma vez celebrados, devem permanecer incólumes, imutáveis pela vontade unilateral de um dos contratantes, vigendo a máxima do *pacta sunt servanda*. Nos ensinamentos de Paulo Lôbo (2012) sobre os pactos contratuais, é o princípio da força obrigatória do contrato que garantem a estabilidade e a previsibilidade da relação contratual, sendo esta uma força oponível até mesmo ao legislador.

O contrato obriga as partes contratantes, como se fosse lei entre elas. Seu não cumprimento enseja ao prejudicado a execução forçada pelo Poder Judiciário, quando possível, ou o equivalente em perdas e danos. A força obrigatória é assegurada pelo Estado, ainda que as cláusulas e condições do contrato não sejam normas jurídicas por ele editadas. O princípio é consectário natural da autonomia privada negocial. (LÔBO, 2012 p.62)

Nesse sentido, em uma concepção liberal, contexto no qual se consolida a teoria clássica dos contratos, o fundamento último do instituto é a autonomia da vontade. Isso se dá, em última análise, devido ao poder dado as partes de convencionar livremente as cláusulas contratuais, sem a interferência do Estado, ou a preocupação de estabelecer qualquer tipo de justiça e equidade contratual. Isso só é possível se observarmos que a teoria clássica prevê a igualdade formal entre as partes como princípio orientador da liberdade de contratar.

Nesse cenário liberal, o direito contratual foi criado à época, com omissões propositais para que se possibilitasse o livre acordo entre as partes sem a intervenção do Estado. É nessa esteira que Alan Schwartz e Robert E. Scott (2003) desenvolvem a sua argumentação no artigo *Contract Theory and the limits of Contract Law*, indicando que o direito contratual possui mais normas do que necessário para efetuar as funções de execução e interpretação. Tais regras regulam vários aspectos da relação contratual, mas comumente existem omissões, regulando apenas quando as partes não contratam. Assim, a criação de boas omissões é largamente acreditada como a principal função do direito dos contratos.

Se observamos então que a concepção clássica de contrato está associada ao contexto do Estado liberal, não intervencionista, mas assegurador da circulação de riqueza, compreendemos os seus princípios balizadores da imutabilidade das cláusulas por vontade unilateral, e do *pacta sunt servanda*, como garantidores da ordem econômico-social.

Marcos Catalan (2013), em “*A morte da Culpa na Responsabilidade Contratual*”, dirá:

O individualismo é outro traço marcante nesse período. As relações negociais – conduzidas pelo império da autonomia da vontade – eram informadas por uma racionalidade prática que via no contrato – e na propriedade – a chave, a porta e o caminho de acesso à ascensão social e política.

A liberdade de contratar significava livre possibilidade, para a burguesia empreendedora, de adquirir os bens das classes antigas, detentoras improdutivas da riqueza, e livre possibilidade de fazê-los frutificar com o comércio e a indústria.

Agora, o acesso às condições necessárias à acumulação de bens materiais – especialmente de imóveis – ocupam, o lugar outrora reservado aos títulos da nobreza no processo de distribuição do poder. (CATALAN, 2013, p. 22)

Todavia, principalmente com o advento do Estado de bem-estar-social, surge a necessidade de intervenção pública na atividade econômica, para conter os abusos entre os contratantes. Infere Paulo Luiz Netto Lôbo

(2002), no seu artigo *Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil*, que enquanto os princípios liberais do contrato (liberdade de contratar, imutabilidade, *pacta sunt servanda*), contribuíram para o controle dos poderes públicos, foram insuficientes para controlar os abusos dos poderes privados.

Nessa esteira, muda-se o paradigma do Estado Liberar para o Estado provedor. Em outras palavras, as relações sociais que antes privilegiavam a iniciativa do indivíduo, passam a assumir uma perspectiva global no sentido de bem estar da coletividade. Essa concepção atinge seu ápice no Brasil com a promulgação da Constituição de 1988 e do novo Código Civil de 2002, onde a tônica passa a ser então a ordem social, repelindo o individualismo exacerbado do Código de 1916, com a então novidade legislativa da Função Social do Contrato.

Neste contexto contemporâneo, Roxana Borges (2008) dirá que o destinatário do conceito de contrato é variável, *in verbis*:

O sujeito de direito idealizado como destinatário do conceito contemporâneo de contrato é um molde flexível, que pode ser composto por diferentes modos e contextos de atuação contratual, como as representações do consumidor, do fornecedor, do empregado, do empregador, da empresa, da microempresa, do Estado, do particular, do aderente, do predisponente. Não há só *um* sujeito, mas uma diversidade deles, atuando em papéis muito distintos entre si, em contextos variáveis.

Substitui-se o contratante-proprietário-pai de família-burguês por uma pluralidade de sujeitos com perfis variados. (BORGES, 2008, p.7)

Sobre as inovações que traria o novo Código Civil, promulgado em 2002, Ruy Rosado de Aguiar, em seu artigo, *Projeto de Código Civil – As Obrigações e os Contratos*, infere que o projeto do novo código representou grande inovação na visão geral do contrato como “um ato que deve atingir finalidade social, regulado pelos princípios da boa-fé, da moralidade, da lealdade, dos bons costumes, da ordem pública.” (Aguiar Jr., 1999). Assim, forneceu para o juiz civil, as ferramentas necessárias para a realização da

justiça material e para a efetivação dos seus princípios. Diante disso, o novo Código, após a sua promulgação, constitui um inegável avanço do qual não mais podemos retroceder.

Ao observarmos o contrato sob uma perspectiva civil-constitucional, Pablo Stolze (2012), destaca que o contrato deve ser compreendido como um instrumento de “conciliação de instrumentos contrapostos”, com o fim de alcançar a pacificação social e o desenvolvimento econômico. Aqui, ainda que entendamos a pacificação social como utopia não alcançável pelas vias do direito, observamos que deve o contrato ser materializado como instrumento de realização social de ambas as partes, não de opressão de uma sobre a outra.

Tratando do contexto do Estado moderno, Alan Schwartz e Robert E. Scott (2003) demonstram que um bom direito contratual se tornou uma importante prioridade em muitos países, a medida em que eles formam compromissos com o mercado. Assim, é consenso que um bom direito contratual é condição *sine qua non* para o desenvolvimento da economia comercial moderna, motivo pelo qual a criação de novas concepções que atendam aos anseios sociais atreladas ao desenvolvimento econômico se faz imprescindível.

A Função Social do Contrato nada mais é do que uma limitação subjetiva da liberdade contratual sob uma racionalidade coletiva. Sustente-se então que o contrato deve atender a interesses para além de unicamente aqueles relacionados aos interesses das partes. A racionalidade individual não mais consegue direcionar a ordem contratual, é preciso, antes de tudo, observar que o contrato será executado em um meio social específico que deverá delimitar o seu equilíbrio e a sua medida. Será essa nova concepção de contrato que permeará a teoria da Revisão de Contrato aqui estudada.

Nesse sentido, Pablo Stolze (2012) observa que o contrato passa a ser considerado, para além de um instrumento de circulação de riquezas,

como um vetor de desenvolvimento social. Assim, a figura do contrato deve ser concebida dentro da conjuntura social que lhe dá ambiência.

Em um esforço histórico, observa-se que o Código Civil de 1916 ignorou a função social do contrato. Isso é compreensível se inferirmos que a elaboração do seu projeto se deu em 1899, em um contexto econômico-social pós-escravocrata. Ainda, aqui no Brasil, o Estado Social só viveu a sua consolidação e gerou os seus reflexos após a ditadura militar e a promulgação da Constituição Federal.

É certo que com o advento da Constituição Federal de 1988 e do desenvolvimento de um novo Código Civil a luz dos princípios lá consagrados é que foi possível se desenvolver conceber um novo modelo de contrato, para além do clássico modelo liberal, voltado para uma concepção social e integrada a realidade material, com busca da realização mútua dos contratantes.

Inovou o Código de 2002, ao trazer no seu artigo 421 que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Assim, instituiu uma nova condição de validade dos acordos, os subordinando a observâncias de diretrizes de probidade, lealdade e sociabilidade. Contextualiza-se o contrato à observância da igualdade material e das perspectivas individuais de cada caso concreto e suas peculiaridades locais.

Hamid Charif Bdine Jr (2006), na obra *“Direito dos Contratos”*, coordenada por Antonio Jorge Pereira Júnior e Gilberto Haddad Jabur, dirá:

O contrato é meio de proporcionar a circulação de riquezas, o que, em si mesmo, exerce uma função social.

Mas também se concebe a função social do contrato como um modo de conciliar interesses convergentes ou divergentes, cumprindo-lhe, de toda maneira, para prestigiar o interesse social, ser justo e útil, como pondera Nelson Nery Junior, que registra que a função social impõe ao contrato o dever de estar em conformidade com os valores consagrados pela Constituição Federal, tais como a solidariedade, a justiça

social, a livre iniciativa e a dignidade da pessoa humana. (BDINE JR, 2006, p. 93).

Diante disso, Venosa (2012) destaca que o contrato não mais se subjugava unicamente ao dever moral de manter a palavra empenhada, mas também e com grande importância, se coloca sob a égide da realização de um bem comum, ou seja, da mútua realização dos desejos contratuais, e de sua finalidade social. Essa mútua realização se torna forte vetor dos contratos de consumo, que devem observar os interesses do fornecedor sempre em consonância com os interesses do consumidor. Interesses desse último que se efetivam através da admissão de vulnerabilidade de uma das partes contratuais, e por conseguinte, de proteções diferenciadas para as partes, fato esse impensável na lógica antiga.

Sob um viés crítico, Lênio Streck (2013), em seu artigo *Constituição ou barbárie? - A lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de Direito*, indica que a função do Direito instituída pelo Estado Democrático de Direito, representa um “*plus normativo*” em relação ao Estado Social, ou seja, dispõe aos juristas os instrumentos e mecanismos para a implementação das políticas do *welfare state*. Dessa forma, a Função Social do Contrato, encontra guarida na Constituição e na legislação infraconstitucional os mecanismos para que possa ser aplicada e instrumentalizada na garantia de uma nova concepção de contrato. Com efeito, a busca pelo equilíbrio contratual se desenvolve através de contornos materiais, distanciada da fria subsunção norma – fato.

2.2 – DOS CONTRATOS DE CONSUMO E DA RELAÇÃO DE CONSUMO

De início cabe ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor não disciplina especificamente nenhum contrato dentro de suas normas. De fato, difícil seria para o legislador disciplinar todos os contratos existentes no mundo de direito que geram uma relação de consumo, vez que na nossa

sociedade atual muitas são as relações contratuais que formam, de uma maneira ou de outra, uma relação de consumo.

Dito isso, importa definir relação de consumo, no entendimento de Sergio Cavalieri Filho (2011), a relação de consumo tem como objeto a prestação a qual tem direito o consumidor e à qual está obrigado o fornecedor. Nesse sentido, Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final; enquanto que fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços, tal qual disposto nos artigos 2º e 3º do CDC.

As relações de consumo encontram-se submetidas à observância do princípio da boa-fé objetiva, reconhecido pelo art. 113 do atual Código Civil, que estabelece que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e também no art. 4º, III, do CDC, o qual estabelece que as relações entre consumidores e fornecedores sempre serão com base na boa-fé e equilíbrio. Estes dispositivos são complementados pelo art. 421 do Código Civil, que determina que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Nesse sentido, a confiança é requisito norteador da relação contratual, Marcos Catalan (2013), ao tratar do assunto discorrerá:

Infira-se que, enquanto valor essencial ao tráfego negocial, a confiança faz atuar, permitindo abandonar a inércia, quadro que se reforça na realidade contemporânea, no interior do qual, paradoxalmente, as relações se multiplicam ao mesmo tempo – e talvez na mesma proporção – em que as pessoas se distanciam.

Confiar é condição básica de convivência pacífica na vida em sociedade, valor que, muito antes de lastrar-se em pilares de ordem ética ou moral, se apresenta como uma necessidade social. Por isso, exige conformação jurídica, pois, relevante destacar, também que, apesar de a figura sob análise, historicamente, formatar-se a partir da análise de estados

pessoais, na atualidade, não há como fugir de sua objetivação.

É possível imaginar que a supressão da confiança dessa moldura seria trágica. É bastante provável que o volume dos negócios sofreria imensa redução, e o custo das negociações aumentaria, até porque o ato de valorizar a confiança implica a redução dos custos da atividade. (CATALAN, 2013, p. 260).

Na concepção de Rizzato Nunes (2009), a boa-fé é princípio que prima pelo comportamento fiel e leal entre as partes, se traduzindo na garantia da lide se desenvolver sem abusos, obstruções ou lesões às partes. *In verbis*.

A boa-fé objetiva é, assim, uma espécie de pré-condição abstrata de uma relação ideal (justa), disposta como um tipo ao qual o caso concreto deve se amoldar. Ela aponta, pois, para um comportamento fiel, leal, na atuação de cada uma das partes contratantes, a fim de garantir o respeito ao direito da outra. Ela é um modelo principiológico que visa garantir a ação e/ou conduta sem qualquer abuso ou nenhum tipo de obstrução ou, ainda, lesão à outra parte ou partes envolvidas na relação, tudo de modo a gerar uma atitude cooperativa que seja capaz de realizar o intento da relação jurídica legitimamente estabelecida. (NUNES, 2009, p.135)

Nessa linha, ao se tratar de relação de consumo não se pode deixar de reconhecer a parte mais frágil da relação, o consumidor. E, em razão disto, foi reconhecido em linha de princípio basilar, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (art. 4º, I, CDC).

Nessa esteira, o princípio da vulnerabilidade do consumidor não pode ser visto como mera intenção, ou norma programática sem eficácia. Ao contrário, como dito por Marcelo Junqueira Calixto no artigo *O princípio da vulnerabilidade do consumidor*, tal princípio é o justificador da própria existência da lei protetiva.

Na formação dos contratos entre consumidores e fornecedores o novo princípio básico norteador é aquele instituído pelo art. 4º, caput, do CDC, o da Transparência. A ideia central é possibilitar uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor.

Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo.

Como afirmamos anteriormente, transparência é clareza, é informação sobre os temas relevantes da futura relação contratual. Eis porque institui o CDC um novo e amplo dever para o fornecedor, o dever de informar ao consumidor não só sobre as características do produto ou serviço, como também sobre o conteúdo do contrato. Pretendeu assim, o legislador evitar qualquer tipo de lesão ao consumidor, pois sem ter conhecimento do conteúdo do contrato, das obrigações que estará assumindo, poderia vincular-se a obrigações que não pode suportar ou simplesmente não deseja.

Dito isso, voltemos aos contratos de consumo. Tais contratos podem ser definidos então como aqueles em que figuram em um dos polos o consumidor e em outro o fornecedor, tendo por objeto o fornecimento de produtos ou serviço. Assim, podem se dar em qualquer área do direito, mas uma vez definida a relação de consumo, será regido pelo CDC e seus princípios.

Dentre os diversos contratos aplicáveis a legislação consumerista, como o contrato bancário e o de transporte, destaquemos o contrato de seguro, mas especificamente o de seguro de saúde, que é o objeto principal desse trabalho.

O contrato de Seguro, definido no artigo 757 do Código Civil, é aquele em que uma parte do contrato, o segurador, se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo da outra parte, o segurado, relativo a pessoa, ou coisa, contra riscos predeterminados.

Sergio Cavalieri (2011), indica que existem três elementos essenciais ao contrato de seguro, o risco, a mutualidade e a boa-fé. O risco nada mais é do que o perigo, a possibilidade da ocorrência de dano futuro, independente da vontade das partes. É o elemento material do seguro, de modo que onde

não houver risco não há contrato de seguro. A mutualidade então é a operação coletiva de poupança, ou seja, se dá quando um grupo de indivíduos, expostos aos mesmos riscos, formam um fundo com o objetivo de cobrir os prejuízos que possam sofrer. Por último, a boa-fé é o vetor do contrato de consumo, ela define o comportamento das partes, como dito anteriormente, definem os deveres de lealdade, informação e proteção.

No que tange a boa-fé no contrato de seguro, Cláudio Mauricio Boschi Pigatti (2006), em *“Direito dos contratos”* dirá:

A boa-fé é um dos principais princípios do contrato de seguro.

Este princípio deve estar presente em todas as fases do contrato de seguro.

O referido princípio obriga os contratantes a agir com a máxima honestidade e lealdade na interpretação dos termos do contrato de seguro e na determinação das obrigações assumidas.

O artigo 765 do NCC estatui que o segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.

Falar em seguro sem se referir a boa-fé é desconsiderar o seu elemento primordial. A boa-fé é a alma do contrato de seguro. (PIGATTI, 2006, p.332).

O seguro de saúde é espécie de seguro de pessoas, que se opera por companhia de seguro mediante regime de livre escolha de médicos e de hospitais, e reembolso das despesas médico-hospitalares, ressalte-se que o reembolso se dá nos limites da apólice. Sobre essa espécie, leciona Cavalieri,

Com efeito, médicos e hospitais credenciados formam uma rede de serviços médicos hospitalares eficiente, atrativa e competitiva para atender à cativa clientela dos planos de saúde. Na verdade, há um pacto proveitoso para ambas as partes; médicos e hospitais aumentam a clientela, e a empresa credenciadora, além de tornar os seus serviços mais eficientes, suportará menor encargo financeiro, pagando despesas de hospitalização e honorários médicos previamente estabelecidos numa tabela. Por sua vez, segurados ou contratados procuram os médicos e hospitais

credenciados (ou referenciados) não só porque não têm nada a pagar, mas também porque confiam na indicação, acreditando tratar-se de instituições e profissionais competentes, criteriosamente selecionados pela empresa seguradora ou operadora do serviço. (CAVALIERI, 2011, p.239)

Essa é a razão pela qual o consumidor paga o plano de saúde, anos a fio, sem nunca o utilizar, apenas pela segurança de saber que, na ocorrência de algum problema de saúde, estará protegido e terá acesso ao tratamento médico que possibilite a busca pela solução do seu problema, sem encargos financeiros adicionais.

Maria Stella Gregori (2007), dirá que a natureza dos contratos de plano de privados de assistência à saúde, é de relação de consumo, submetendo-se dessa forma, às regras do CDC, mas que, devido a sua especificidade, deverá ser possuir uma legislação específica para que seja devidamente regulado, e seja a sua matéria melhor disciplinada.

Os contratos de prestação de assistência à saúde são contratos de adesão, aqueles cujas cláusulas foram estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor (aderente) possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo, mas simplesmente as aceita, adere sem oportunidade de discutir os seus termos, face às suas necessidades. Sobre as espécies específicas de plano de saúde trataremos mais a frente em capítulo próprio.

2.3 - A REVISÃO DE CONTRATO NO CÓDIGO CIVIL E NOS CONTRATOS DE CONSUMO

É dentro da nova concepção de contrato, que desempenhe a sua função social exigida pela Sociedade e Estado moderno, que se opera uma mitigação do princípio geral da conservação do contrato. É certo que, no mundo moderno, as circunstâncias da vida se modificam a todo momento, em

especial as circunstâncias econômicas dos mercados globalizados, podendo provocar onerosidade para uma das partes contratantes, que se observa pela cláusula *rebus sic stantibus*, ou Teoria da Imprevisão. Ressalte-se que tal cláusula está presente nos contratos de execução continuada e diferida (contratos não instantâneos). Assim, não será possível se falar em revisão quando se tratar de contrato unilateral ou gratuito deverá então, forçosamente, ser contrato bilateral ou sinalagmático.

Nesse sentido, Mariza Rotta (2008), em seu artigo *O Pacta Sunt Servanda – Cláusula Rebus Sic Stantibus e o equilíbrio das relações contratuais na atualidade*, argumenta que ambos os temas estão intrinsecamente ligados, vez que levam ao mesmo destino, que é o cumprimento do contrato, a necessidade de, em suas palavras, “cumprilo, incondicionalmente, ou de, condicionalmente, alterá-lo.”. Diante disso que não é possível se falar em *pacta sunt servanda* ou em *rebus sic stantibus*, sem mencionarmos a revisão dos contratos. É tanto que Rotta afirma que

[...] é evidente que o resgate e a consequente aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* não provocaram o desaparecimento do princípio da força obrigatória do contrato, tão somente, rompeu com seu caráter quase absoluto. Com efeito, cumpre observar que ambos os princípios não se excluem, mas se complementam, tendo como fim último, possibilitar a perfeita execução do contrato, sem alterar a vontade inicial das partes, muitas vezes afetada por fato imprevisível e superveniente. (ROTTA, 2008)

Nesse contexto, se não admitirmos a flexibilização do princípio da obrigatoriedade das convenções, observaremos uma grande taxa de inadimplemento contratual. Dessa forma, para que se evitem as quebras de contrato e se permita a sua conservação é que se admite a revisão do contrato, extirpando ou modificando as suas cláusulas excessivamente onerosas ou aquelas eivadas de ilegalidade.

O código Civil trará a hipótese de revisão de contrato em dois momentos, no seu artigo 317, no título III do Livro do Direito das Obrigações,

que trata do Adimplemento das Obrigações, e nos artigos 478 a 480, que tratam especificamente da extinção dos contratos. É o artigo 317 que inovou primeiro, prevendo a revisão de contrato a pedido da parte prejudicada, mas tão somente quando a prestação se tornar desproporcional em relação ao valor da celebração do contrato. Já o artigo 478 e seguintes, indica a hipótese da revisão quando a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, mas com o advento de vantagem extrema para a outra, e em virtude de acontecimentos imprevisíveis e extraordinários. Ressalte-se que a solução inicial dada pelo código para casos como esse é o pedido de resolução do contrato, tratando no artigo seguinte sobre a hipótese de se oferecer ao réu a revisão do contrato.

A obra “*Direito dos Contratos*” (2006), coordenada por Antonio Jorge Pereira Júnior e Gilberto Haddad Jabur, ao tratar sobre a conservação dos negócios jurídicos, dirá:

Finalmente, em lugar de resolver o negócio que provocar onerosidade excessiva a uma das partes, a decisão judicial deve preferir reestabelecer o equilíbrio das prestações (art. 473 do código civil).

Como se vê, é inegável que a intervenção judicial nas relações contratuais deve, tanto quanto possível, agir para evitar seu desfazimento. Deve, portanto, optar pela conservação dos efeitos do contrato, o que atende, sobretudo, à segurança da relação jurídica, tutelando a confiança das partes e dos terceiros que confiam em sua validade, e, conseqüentemente, o interesse social na validade e preservação dos contratos, cuja função de circulação de fazer circular riquezas é fundamental para o desenvolvimento econômico (JUNIOR e JABUR 2006)

Assim, comprovada a superveniência de um fato imprevisível que trouxe ao negócio um desequilíbrio que quebre o caráter sinalagmático do contrato, deverá este ser revisado, buscando se restaurar o equilíbrio contratual entre as partes. Essa hipótese de revisão contratual foi recepcionada pelo Código de Defesa do Consumidor, que será o foco desse trabalho, no seu artigo 6º, inciso V, todavia, para a Lei consumerista, deverá

se configurar a onerosidade excessiva para o consumidor hipossuficiente, alvo da proteção do referido diploma legal, para que se proceda com a revisão.

O próprio CDC, no seu artigo 51, nos seus incisos I, IV e XV, indica que são cláusulas nulas do contrato de consumo, aquelas que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor. Sendo cláusulas nulas, configurada uma dessas hipóteses, é passível a proposição de ação de revisão de contrato para extirpá-las da relação contratual. Isso se dá porque seguindo a inteligência das nominadas leis intervencionistas, o CDC fixou parâmetros mínimos de boa-fé e transparência nas relações de consumo, os quais o julgador não poderá prescindir de considerar na apreciação do caso concreto.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2008), sobre o tema assevera:

Recentemente, percebe-se, na jurisprudência, o entendimento de que a revisão por onerosidade excessiva pode ser feita em relação a qualquer contrato, seja consumerista ou formalmente paritário, por uma exigência de justiça contratual. Apesar de o Código Civil, no seu art. 478, na seção que trata “Da resolução por onerosidade excessiva”, exigir os requisitos tradicionais da teoria da imprevisão – mesmo quando a jurisprudência não mais os exigia todos -, a interpretação é de que, como expressa o título dado a seção, basta a onerosidade excessiva para a correção contratual, tendo em vista a principiologia axiológica do Código Civil de 2002, assim como da Constituição Federal de 1988. Vale o *pacta sunt servanda*, desde que a balança esteja equilibrada. (BORGES, 2008, p.14).

Nessa mesma toada, o professor Marcos Catalan (2013), em sua obra “*A morte da culpa na responsabilidade contratual*”, dirá:

Aparentemente, é relevante resgatar, ainda, que o contrato não pode ser descrito como uma foto – que permite a quem se põe diante dela recordar um passado distante -, devendo ser pensado como um filme, no qual a valorização da confiança e da(s) expectativa(s) de cada personagem é premissa inafastável. E, em cada um desses roteiros, ao se considerar que a manutenção do equilíbrio na relação contratual atua como

base ética do direito obrigacional, quaisquer distorções não de ser corrigidas – antes da tentativa de identificação da violação de dever contratual – de modo a manter o contrato, mas sem agravar a situação do parceiro negocial. (CATALAN, 2013, p. 305).

Em outras palavras, defende o supracitado autor o afastamento da visão do contrato como figura fixa e imutável, que deverá ser mantido incólume, à revelia da realidade fática e das distorções geradas pelo tempo. Assim, o fim último da revisão contratual não é desequilibrar a balança para uma das partes, nem violar o *pacta sunt servanda*, mas pelo contrário, garantir a manutenção do instrumento contratual e promover o reequilíbrio da relação negocial.

Diante disso, nas relações de consumo reguladas pelo CDC, a consequência que o sistema dá quando observada a onerosidade excessiva, não é a resolução do contrato de consumo, mas a revisão e modificação da cláusula que ensejou a onerosidade, mantendo-se o contrato (princípio da conservação contratual). Dessa forma, o juiz não substitui, mas integra o negócio jurídico, redigindo nova cláusula.

Cláudia Lima Marques (2007), em seu “*Comentário ao Código de Defesa do Consumidor*”, assevera que a abusividade das cláusulas do contrato de consumo se dão, ou por desequilíbrio das prestações, ou por violação ao princípio da boa-fé e aos direitos estabelecidos no CDC. Assim, a legislação consumerista, diante de cláusulas abusivas garante ao consumidor a manutenção do contrato, alterando as regras do direito civil tradicional, já tratadas acima, que preveem a resolução do contrato quando houver onerosidade excessiva ou prestações desproporcionais, privilegiando dessa forma a continuidade do vínculo contratual, daí o supracitado código ter assegurado ao consumidor o direito de revisão.

Observe-se que a maioria dos contratos celebrados no âmbito do Direito do Consumidor, em especial os contratos de plano de saúde e de financiamentos bancários são Contratos de Adesão, assim, tais contratos

contêm inúmeras cláusulas redigidas prévia e antecipadamente, de forma unilateral pelo fornecedor, com rara ou nenhuma percepção e entendimento delas por parte do consumidor aderente.

Verifica-se que esses contratos se revelariam como contrato de adesão ainda que o consumidor ajustasse a data de vencimento. Dado estágio de desenvolvimento legislativo e doutrinário sobre o tema, não há que se falar em argumentação contrária, sob o risco de desfigurar o conceito de contrato de adesão. Observe-se que a mera inserção de uma cláusula no formulário de adesão não desfigura a sua natureza (§1º, art. 54, CDC).

É certo então que, diante da existência de contratos de adesão, cujos quais o consumidor não pode modificar, existam proteções mínimas contra o abuso do fornecedor, nesse sentido, Martijn W. Hesselink (2011), no seu artigo *Unfair Term In Contracts Between Businesses* (Cláusulas abusivas nos contratos entre as empresas), indica que o primeiro princípio que concerne à proteção dos interesses econômicos do consumidor é que os consumidores de produtos e serviços devem ser protegidos contra o abuso de poder do fornecedor, em particular contra os contratos de adesão e a injusta exclusão de direitos essenciais nos contratos.

Carlos Roberto Gonçalves (2013), em *Contratos e atos unilaterais*, define o contrato de adesão como aquele em que as cláusulas são previamente estipuladas por um dos contratantes, no caso do direito do consumidor, o fornecedor, sem que a outra parte, o consumidor, possa discutir as condições ou modificar o quanto ali estipulado, ou seja, ou aceita o contrato por inteiro ou o recusa por inteiro, sendo patente a falta de negociação que gerada pela disparidade econômica entre o fornecedor e o consumidor.

Diante dessa realidade, se configura ainda mais necessário ao instituto da revisão dos contratos de consumo, vez que o consumidor, hipossuficiente técnica e economicamente, adere ao contrato, seduzido por supostas vantagens patrimoniais, e observando tão somente se a prestação

cabia em seu orçamento à época da celebração do contrato. Dai a necessidade do Código de Defesa do Consumidor interferir nas relações privadas, prevendo hipótese de revisão desses contratos se, por ventura, se tornarem excessivamente onerosos ao consumidor. Observe-se que essa revisão se dará, tanto se a onerosidade excessiva se der por fato superveniente, quanto se ela já estiver presente nas condições fáticas e contratuais da celebração do contrato.

No caso dos contratos de saúde, objeto desse trabalho, a revisão é fundamental para a garantia da manutenção contratual e, por conseguinte, das suas garantias à saúde. Vale ressaltar, ainda, que o direito à saúde deriva do direito à vida, o qual é guarnecido pela Constituição da República, bem como alçado a nível constitucional é a proteção do consumidor, ambos direitos fundamentais. Dessa forma, sendo certo que o direito à vida e a manutenção da saúde é um direito absoluto, que deve prevalecer sobre estipulações contratuais que limitam a sua abrangência, são abusivas cláusulas contratuais, ainda que inseridas com destaque no contrato, que causem manifesta desvantagem ao usuário. Tal espécie de direito é guarnecido por normas de ordem pública, inseridas na Constituição da República (art. 5º, inciso XXXII, art. 170, inciso V e no art. 48 do ADCT) e no Código de Defesa do Consumidor.

Inclusive, quanto a ponderação na judicialização desses contratos, Hamid Charaf Bdine Junior (2006), dirá:

Além dos elementos genéricos e conhecidos que se recomendam ao aplicador do direito – razoabilidade, proporcionalidade, equilíbrio, etc – um critério objetivo pode servir de parâmetro para a atuação judicial nesta matéria.

Esse critério foi proposto por Teresa Negreiros, e consiste – em síntese – em afirmar que a intervenção judicial deve ser mais incisa e plena quando o contrato tiver por objeto bens de maior valor (que, especialmente, digam respeito a valores fundamentais ao desenvolvimento da pessoa humana), e deve ser mais parcimoniosa e menos invasiva dos ajustes contratuais, quando seu objeto econômico for menos relevante para a preservação e a dignidade da pessoa humana. (BDINE JR, 2006, p. 103).

Em outras palavras, quando se trata de contrato de plano de saúde, que tem como objeto fim a vida e a saúde do contratante, a atuação do magistrado deverá ser mais abrangente para assegurar que o bem tutelado pelo instrumento contratual seja protegido adequadamente.

3 - CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE

O direito à saúde é um direito social consagrado no artigo 6º da Constituição Federal, sendo, nos termos do artigo 196 da Carta Magna, “direito de todos e **dever do Estado**” (grifo nosso). Nesse sentido, a assistência à saúde se dá inicialmente por meio de prestação estatal, através do Sistema Único de Saúde (SUS), integrado em uma rede regionalizada e hierarquizada, que tem como diretrizes a descentralização, o atendimento integral e a participação da comunidade (art. 198).

Temos então que a regra é o atendimento estatal, gratuito e universal, que vise à redução do risco de doença, bem como promova a proteção e a recuperação daqueles que venham a necessitar do atendimento assistencial de saúde. Tal atendimento é de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, como se infere da inteligência do Artigo 23, II da CRFB, e no entender de Jeferson Ferreira Barbosa (2014), “A finalidade da norma constitucional é a cooperação produtiva entre as diversas esferas da federação.”.

Apesar de ser uma prestação devida pelo Estado, a assistência à saúde pode dar-se de maneira suplementar pelo sistema privado de saúde. A livre iniciativa privada é autorizada pelo artigo 199 da Constituição, mas sob a regulamentação, controle e fiscalização do poder público (art. 197).

Essa atuação regulatória e fiscalizatória do Estado dá-se por meio da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), autarquia sob regime especial criada pela Lei n. 9.961/00, que tem atuação em todo o território nacional e funciona como “órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde”, que será melhor estudada no tópico subsequente.

Nestes termos o sistema de assistência à saúde no país tem dois segmentos que coexistem, um público, universal e gratuito, e outro privado e oneroso, que se dá mediante a livre contratação entre as partes, mas que é

fiscalizado, controlado e regulamentado pelo poder público. Este último segmento é o objeto do presente trabalho.

Importantes as palavras de Daniela Batalha Trettel (2010) sobre o assunto:

A constituição não versa separadamente sobre os serviços de saúde público e privado, dando a eles regimes distintos. Não há a opção do constituinte de criar regimes diferenciados, um público – pautado pelo direito à saúde – e outro privado – regido tão somente pelas normas de direito econômico. Ao contrário, optou-se por inseri-los sob a mesma lógica e na mesma seção, em capítulo dedicado à seguridade social. (TRETTEL, 2010, p. 62).

Dito isso, em linhas gerais, definimos os contratos de plano de saúde como um contrato aleatório, submetido ao Código de Defesa do Consumidor, que visa, nas palavras de Linney Rodrigues de Carvalho Sobrinho (2001) à “segurança e proteção para prováveis riscos à saúde, mediante o pagamento de um valor mensal”.

3.1 – DO PAPEL DA ANS

Como dito, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), é uma autarquia sob regime especial, criada pela Lei n. 9.961/00, para atuar em todo o território nacional, e funcionar como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização da iniciativa privada atuante no sistema de assistência à saúde. Diga-se que a ANS não regula todos os serviços de saúde, como a atuação de médicos, prestadores de serviço, qualificação e desempenho de hospitais, mas tão somente os aspectos das operadoras de planos de assistência à saúde.

Foi com o advento da Lei n. 9.656/98 (lei dos planos de saúde), que se fez necessário a criação de um órgão regulatório e autônomo para assegurar a o cumprimento da legislação pertinente. Dai a instituição da ANS, inicialmente por meio da Medida Provisória n. 2.012-2, posteriormente

convertida na Lei n. 9.961/00. Nesse diapasão, até a criação da Agência Nacional, a regulamentação do setor de planos de saúde passou pela Superintendência de Seguros Privados (Susep), autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda e posteriormente pelo Conselho Nacional de Saúde Suplementar (Consu), vinculado ao Ministério da Saúde.

Fábio Ricardo Loureiro Sato (2014), em seu estudo *A teoria da agência no setor da saúde: o caso do relacionamento da Agência Nacional de Saúde Suplementar com as operadoras de planos de assistência supletiva no Brasil*, dirá que na teoria da agência é estabelecido um relacionamento entre agentes nas trocas econômicas, onde um dos atores tem poder sobre o comportamento do outro ator, e o bem-estar deste último sobre as influências das decisões do primeiro. Assim se dá a relação da ANS com as operadoras de plano de saúde, onde a atuação da primeira interfere na atuação das últimas, por meio de regulação e fiscalização.

Trata-se, como visto de uma autarquia sob regime especial, que se distingue da autarquia comum por ter maiores privilégios e autonomias de forma a garantir o adequado cumprimento de suas finalidades. Assim, possui como características marcantes a estabilidade de seus dirigentes, a autônoma financeira, e o poder normativo, ou seja, a capacidade de regulamentar as matérias de sua competência, sem, contudo, invadir as reservas de lei.

Nesse sentido, destaquem-se algumas das competências da ANS definidas no artigo 4º da Lei 9.961/00, como o estabelecimento das características gerais dos instrumentos contratuais utilizados nas atividades das operadoras de plano de saúde, das normas, rotinas e procedimentos para concessão, manutenção e cancelamento de registro dos produtos das operadoras, bem como autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, ouvido o Ministério da Fazenda (inciso XVI).

Constatamos então que para a efetiva revisão contratual dos valores cobrados pelas operadoras de plano de saúde, é necessária a prévia autorização da ANS. Todavia, a Agência se nega a regular por completo o

setor, se omitindo quando se trata de contratos coletivos, antigos ou de autogestão.

Daniela Batalha Trettel (2010), em seu livro *Planos de Saúde na visão do STJ e do STF*, dirá que no tocante aos contratos antigos de plano de saúde (anteriores a lei 9.656/98), a Agência se nega a aplicar o Código de Defesa do Consumidor, como parâmetro de fiscalização e punição, mesmo com a existência de farta jurisprudência que aplica a legislação do CDC aos contratos antigos.

Sobre os planos coletivos continua a autora:

A ANS também não regula os contratos coletivos no que diz respeito a reajustes anual e por aumento de sinistralidade, e permite a rescisão unilateral do contrato. Nos contratos coletivos há, portanto, menor incidência de regulação da Agência, em especial naquilo que se refere a preços. Por conta disso, as operadoras estão concentrando suas atividades nesse tipo de contrato, sendo muito forte o crescimento da participação dos contratos coletivos no mercado de planos de saúde. Muitas operadoras têm deixado de oferecer contratos individuais [...] A ANS, justificando sua omissão em relação ao reajuste dos contratos coletivos, afirma que nestes há a contratação entre duas pessoas jurídicas, que podem negociar em condições de igualdade o percentual a ser aplicado. (TRETTEL, 2010, p.42).

Da mesma forma, A ANS não impõe limitação aos reajustes dos planos de Saúde de Autogestão, sob o argumento de que se trata de uma organização administrativa, sem fins lucrativos. Longe de se questionar a finalidade “social” dos planos de autogestão e o seu caráter restrito, bem como a necessidade dos reajustes praticados, o que se questiona é a forma em que esse reajuste é realizado e o grande impacto financeiro na vida do consumidor, mas este tema será melhor tratado no capítulo subsequente.

Têm-se então que a Agência Nacional regula basicamente os reajustes praticados nos planos de saúde individuais, espécie já em extinção no mercado, para referência, em 2006, em dados divulgados pela ANS em seu site, apenas 22,6% dos contratos de planos de saúde foram celebrados

na modalidade individual. Tal fato esvazia a atuação já restrita da Agência no campo da regulamentação e fiscalização dos reajustes das mensalidades.

Renata Maria Gil da Silva Lopes Esmeraldi e José Fernando da Silva Lopes (2015) em *Planos de Saúde no Brasil doutrina e jurisprudência* questionam a constitucionalidade da competência da ANS para autorizar o reajuste das contraprestações dos planos, *in verbis*,

Apesar do que vem contido na Lei n. 9.961/2000 no sentido de que é de competência da ANS “autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, ouvido o Ministério da Fazenda” (art. 4º, XVII) assim efetivamente não pode – e nem deve- ser, seja porque num regime proclamadamente de economia de mercado (CF, art. 170) é de duvidosa constitucionalidade qualquer norma que vincule preços a autorização direta e inafastável do poder público, seja porque num sistema contratual que prevê reajustes e revisões e seus respectivos critérios cabe aos contratantes consentir na aplicação das próprias cláusulas contratuais que adredemente estabeleceram, sem interferência do poder público, para fixar reajustes e revisões de contraprestações. (ESMERALDI e LOPES, 2015, p.173).

Permita-se a discordância do posicionamento dos renomados autores, mas a própria Constituição, no seu artigo 197, define como atividade de relevância pública as ações e serviços de saúde, submetidos inclusive à regulamentação, fiscalização e controle do poder público. Sendo comando constitucional que apesar de possuir regulamentação em legislação infraconstitucional, possui eficácia plena e imediata, não havendo que se falar em inconstitucionalidade da autorização aos reajustes concedida pela ANS. Ainda, como já tratado nesse estudo, o contrato deve atender a sua função social, sendo relativizado o *pacta sunt servanda* de modo a permitir o equilíbrio real entre os contratantes, em especial nos ditos contratos de adesão como os aqui em voga.

Em linhas gerais, observa-se que a atuação da ANS, no campo específico dos reajustes das mensalidades dos planos de saúde, é superficial e se restringe aos contratos individuais, modalidade já em desuso que tende a

ocupar fatia cada vez menor no mercado. Assim, tem recaído no poder judiciário, diante da cada vez mais frequente judicialização da matéria, o papel de revisar esses contratos, expurgando deles as ilegalidades existentes, e reestabelecendo o equilíbrio contratual.

3.2 - DOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE EM GERAL

Como já dito, os contratos de plano de saúde se definem como contratos aleatório, submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, que visam, à segurança e proteção para prováveis riscos à saúde, mediante o pagamento de um valor mensal. Ainda, se estabelecem em seus pólos, de um lado uma pessoa jurídica que oferece prestação de serviços de assistência à saúde, e de outro, um ou mais consumidores que utilizam profissionais e estabelecimentos credenciados pela operadora.

Maria Stella Gregori (2007), no já citado *Planos de Saúde – A ótica da proteção ao consumidor*, define em linhas gerais que nos contratos de plano de saúde privados, ao consumidor é imposta uma contraprestação fixa em troca de uma expectativa de prestação do serviço de assistência médico/hospitalar, em um patamar de cobertura previamente estipulado pelo fornecedor. Continua indicando que essa forma de contrato se justifica para dar segurança ao consumidor, de que terá assegurada a cobertura contrata diante da ocorrência de um evento.

Prossegue a doutrinadora:

Com efeito, uma vez que se trata de um contrato de consumo, verifica-se que a prestação de serviços de assistência à saúde é oferecida, no mercado, aos consumidores, por meio de um contrato de adesão, padronizado, em que todas as cláusulas são preestabelecidas pelo fornecedor. Essa contratação sinalagmática gera obrigações recíprocas, em que o consumidor assume o compromisso de pagar periodicamente as prestações pecuniárias correspondentes aos serviços oferecidos pelo fornecedor, ao passo que a este cabe prestar o serviço de cobertura dos procedimentos, hospitalares ou

odontológicos, quando o consumidor deles necessitar. (GREGORI, 2007, p. 132).

Como já dito no tópico 2.2 desse estudo, os contratos de prestação de assistência à saúde são contratos de adesão, aqueles cujas cláusulas foram pré-estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor, sem que o consumidor (aderente) possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo, mas simplesmente as aceita, adere sem oportunidade de discutir os seus termos, face às suas necessidades.

Sobre essa modalidade de contrato, Francisco Paulo de Crescenzo Marino (2006) em "*Direito dos Contratos*", dirá:

Algumas dicotomias fundam-se no modelo de formação dos contratos. Sob esse critério, distinguem-se inicialmente os *contratos por adesão* dos *contratos negociados*. Os primeiros são formados por meio da adesão a cláusulas gerais predispostas por uma das partes (dito predisponente). Já os negociados são formados pela composição livre e negociada do conteúdo contratual. (MARINO, 2006, p.28).

Na mesma toada, continuará o autor sobre as formas de interpretação desses contratos:

Os contratos de adesão (que podem ou não qualificar-se como contratos de consumo) interpretam-se de modo mais favorável ao aderente (art. 423 do Código Civil). Trata-se de regra a aplicar na presença de lacunas, ambigüidades ou obscuridades da declaração contratual, ou seja, no momento complementar do processo interpretativo. (MARINO, 2006, p. 70).

Inegável é a constatação de que essa modalidade de contrato de plano de saúde, ainda que não se trate de uma relação de consumo, recai na hipótese de contrato de adesão, uma vez que o contratante não possui poder para modificar ou alterar o quanto proposto pela operadora de saúde

Esmeraldi e Lopes (2015) inclusive indicam que o sistema contratual sob o qual está submetido o contrato de plano de saúde, recebe "expressiva

influência do dirigismo estatal” (p. 89), de modo a mitigar a liberdade contratual em favor do interesse social, em decorrência, em especial, da Lei n. 9.656/98.

Assim, temos um sistema contratual que é submetido ao CDC, e em algum nível ao controle e fiscalização de uma Agência Reguladora, em especial no que tange regras de cobertura e reajuste, em tempo que se trata, em regra geral, de um contrato de adesão, que não permite ao aderente modificar nenhuma regra contratual previamente e unilateralmente estabelecida pelo fornecedor.

Percebe-se que, nas relações contratuais firmadas entre planos de saúde e os usuários, a autonomia da vontade, para estes, está extremamente limitada, uma vez que, dada a massificação das relações de consumo, a proposta por aqueles ofertada apresenta-se com a roupagem de condições gerais, indiscutíveis na firmação do contrato.

Trata-se, dessa forma, de um contrato de consumo, uma vez que as empresas que prestam o serviço de assistência à saúde, mediante o pagamento de uma contraprestação, coincidem com a definição de fornecedor estabelecida pelo artigo 3º do CDC, que leciona, em linhas gerais que fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que desenvolve atividade de montagem, produção, construção, criação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Importa ainda destacar a regulamentação instituída pela Lei n. 9.656/98 (lei dos planos de saúde). Nos ensinamentos de Daniela Trettel,

A lei nº 9.656/98 regulamentou uma série de lacunas no setor de planos de saúde, criadoras de iniquidades e desequilíbrio na relação entre usuário e operadoras de planos de saúde. Estabeleceu regras para criação de reservas financeiras nas empresas, visando evitar “quebras” e descontinuidade de assistência; impediu exclusões em razão de idade, deficiências ou doenças pré-existentes; proibiu a imposição de carências adicionais em razão de inadimplência; [...]; proibiu taxativamente a rescisão unilateral de contratos individuais; e dispôs sobre alguma regulamentação de descredenciamento de prestadores (hospitais). (TRETTEL, 2010, p.36)

Todavia, prossegue a citada autora informando que alguns pontos importantes ficaram de fora da regulamentação da lei, como a limitação ao reajuste por mudança de faixa etária, ou a vedação expressa à rescisão unilateral dos contratos coletivos, ou ainda dispositivos que garantissem o fornecimento de informações ao consumidor sobre o funcionamento interno das operadoras.

É certo que a lei foi um marco regulatório que trouxe ganhos e evoluções para a área, em especial para os consumidores, todavia, os contratos anteriores a ela e não abrangidos pela normatização, criaram uma tormentosa insegurança que resulta em uma crescente judicialização dos conflitos.

Assim, com o advento da Lei n. 9.656/98, os planos de saúde passaram a ser regulados mais claramente e a se submeter a regras mais complexas e específicas, todavia, aos contratos celebrados até a entrada em vigor da lei, foram dadas duas possibilidades, a primeira é a permanência do contrato como era, a segunda é a adaptação deste à nova Lei.

Esmeraldi e Lopes (2015) indicam que devido aos dispositivos constitucionais que asseguram a intangibilidade dos contratos celebrados em conformidade com a legislação vigente à época, os contratos de planos de saúde celebrados anteriormente à vigência da nova lei continuam válidos e legais, gerando seus efeitos, direitos e obrigações nos termos em que foram pactuados, sem se submeterem a Lei 9.656/98.

Ainda que nova Lei tenha tentado estabelecer algumas regulamentações a os ditos contratos antigos (anteriores a ela), em julgamento da ADIn 1931-8, o STF suspendeu, por provimento liminar, a eficácia do art. 35-E e parte do art. 10, §2º da referida lei. Dessa forma, a lei não se aplica aos contratos anteriores a ela, e nem pode ser invocada para solucionar conflitos entre as cláusulas contratuais.

Assim, as operadoras, em relação aos contratos antigos, estão obrigadas a observarem o quanto disposto ao seu relacionamento institucional e jurídico com a ANS, mas não são obrigadas a conceder o mesmo

tratamento jurídico dispensado aos beneficiários de novos contratos àqueles cujo contrato não está regulamentado pelo supracitado diploma legal.

Dadas as definições gerais dos contratos de plano de saúde, partimos para a análise das modalidades de contrato. Assim, o contrato individual é aquele que é contratado diretamente por uma pessoa física, sem a intermediação de uma pessoa jurídica, podendo ser um plano individual ou familiar, onde o consumidor o contrata para si e seus dependentes.

Como já dito anteriormente, essa modalidade de plano de saúde está cada vez mais em desuso no mercado, por ser a mais regulada pela ANS e com menor autonomia de atuação das operadoras que a comercializam. Por se tratar de uma espécie em que teoricamente o consumidor está mais vulnerável, a própria Agência Nacional estabelece anualmente os percentuais máximos de reajustes das mensalidades.

Já nos planos de saúde coletivos existe a intermediação de uma pessoa jurídica entre o usuário/consumidor e a operadora, que pode ser a própria empresa empregadora do usuário, ou uma associação ou sindicato.

A própria ANS, em seu site oficial, indica a existência de dois tipos de planos coletivos, os empresariais, onde a assistência é oferecida ao consumidor pela empresa contratante devido ao vínculo empregatício ou estatutário, e os planos coletivos por adesão, ou seja, aqueles que são contratados por pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, como sindicatos e associações profissionais.

Pode ainda, em ambas as hipóteses, existir a figura do patrocinador. O contrato coletivo com patrocinador é aquele em que a pessoa jurídica contratante (empresa, sindicato ou associação), paga, parcial ou totalmente, a mensalidade do consumidor. Assim define Daniela Batalha Trettel:

A depender da participação da pessoa jurídica intermediária no pagamento das mensalidades do plano de saúde, o contrato é ainda classificado como “coletivo com patrocinador” – em que a mensalidade no todo ou em parte é paga pela pessoa jurídica contratante direta – ou como “coletivo sem patrocinador” – em que a mensalidade é totalmente paga pelo usuário diretamente à operadora. No primeiro grupo

geralmente estão os contratos empresariais e, no segundo, os contratos intermediados por sindicatos e associações. (TRETTEL, 2010, p.27).

Essa espécie de contrato possui regras mais flexíveis do que as estabelecidas para os planos individuais. Em relação aos reajustes de mensalidades, diferentemente da modalidade individual, onde a ANS limita o percentual anual de reajuste, na modalidade coletiva a Agência apenas acompanha os reajustes, que são negociados diretamente entre a operadora e a empresa ou o sindicato ou associação. Isso se dá sob a justificativa de que neste último há contratação entre duas pessoas jurídicas, que podem negociar em condições de igualdade o percentual a ser aplicado.

Definidas essas duas modalidades mais comuns de contrato de plano de saúde, passamos para a análise dos planos de saúde de autogestão.

3.3– DO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE DE AUTOGESTÃO

A autogestão na realidade é uma característica da operadora que comercializa o plano de saúde. Trata-se de uma espécie dentro da modalidade coletiva, na qual a empresa estabelece e gerencia o plano sem fins lucrativos. Normalmente são destinados aos empregados ativos, aposentados, pensionistas, ex-empregados, ou participantes das associações, fundações, sindicatos, entidades de classe e seus dependentes. A regulamentação e definição legal dessa espécie de operadora encontra-se disposta no inciso II do parágrafo 2º da Resolução Normativa n. 137/06 da ANS.

Define Maria Stella Gregori,

A modalidade autogestão representa as entidades que operam planos em sistema fechado, com público específico, podendo estar ou não vinculadas a empresas, públicas e privadas, a sindicatos ou associações e, em alguns casos, operando o plano por meio de departamentos, normalmente

recursos humanos, do entre ao qual estejam vinculadas.
(GREGORI, 2007, p.149)

Já Esmeraldi e Lopes dirão que as operadoras em regime de autogestão são aquelas em que o objeto principal do seu contrato é administrar e gerenciar, diretamente ou não, a cobertura de atendimento para um universo de beneficiários delimitado e a elas vinculado.

Nesse contexto, temos uma espécie de plano de saúde coletivo, mas que com ele não se confunde, onde a empresa ou entidade faz o papel da operadora de plano de saúde, desempenhando seus serviços para os seus beneficiários que a ela são vinculados, sem auferir qualquer forma de lucro.

Manoel José Brum dos Santos (2014), no seu artigo *Qual é a lógica que orienta a administração dos planos de autogestão em saúde* dirá que o modelo de autogestão dos empreendimentos pode corrigir muitas distorções geradas pelo capitalismo, por ser teoricamente um modelo menos burocrático, que visa atender as necessidades de um grupo.

Prossegue o autor informando que as operadoras de autogestão bem administradas trazem grandes resultados ao clima organizacional das organizações onde atuam, melhorando inclusive a imagem institucional externa e interna da organização, além de permitir maior eficiência no controle dos custos.

Deborah Carvalho Malta e Alzira de Oliveira Jorge, em *Modelos assistenciais na saúde suplementar: o caso de uma operadora de autogestão*, asseveram que a lógica aqui praticada é distinta da lógica de mercado, uma vez que as receitas são utilizadas para o próprio custeio da atividade, não visando a geração de lucro. Nesse contexto, a empresa mantenedora acaba por assumir o risco da variabilidade dos gastos com os serviços de saúde.

Com efeito, ressalte-se que o fato de não visarem o lucro não obstaVA a configuração de relação de consumo, os critérios estabelecidos no CDC para a caracterização de fornecedor são objetivos, sendo jurisprudência consolidada do STJ, até então, nesse sentido, como se observam os

Recursos Especiais nº 436.815 e nº 519.310, ambos de relatoria da Ministra Nancy Andrighi.

Nas palavras da Ministra:

Para o fim de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, o reconhecimento de uma pessoa física ou jurídica ou de um ente despersonalizado como fornecedor de serviços atende aos critérios puramente objetivos, sendo irrelevantes a sua natureza jurídica, a espécie de serviços que prestam e até mesmo o fato de se tratar de uma sociedade civil, **sem fins lucrativos**, de caráter beneficente e filantrópico, bastando que desempenhem determinada atividade no mercado de consumo mediante remuneração. (Grifo nosso). (REsp 519.310/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª turma, julgado em 20/04/2004, DJ 24/05/2004, p. 262).

A RN 137 define expressamente quem poderá ser beneficiário do plano de saúde de autogestão, não admitindo que a entidade ou empresa ofereça seu plano para qualquer outro beneficiário além daqueles estabelecidos no art. 2º, II da Resolução.

Essas operadoras deverão ainda submeter, anualmente, as suas demonstrações financeiras à auditoria independente, divulgando-a aos seus beneficiários, bem como deverá encaminhá-las a ANS. No mesmo sentido, o art. 10 da referida resolução, obriga a entidade de autogestão a enviar, periodicamente à ANS, suas informações econômico-financeiras, cadastrais e operacionais. Sobre a manutenção financeira do plano, ela pode se dar através da organização mantenedora, dos associados, ou de ambos, na modalidade de co-participação.

Muito devido a finalidade não lucrativa dos contratos de plano de saúde de entidades de autogestão, a ANS não limita o percentual do seu reajuste, tão somente o autoriza a sua aplicação, nos termos solicitados pelo plano de saúde, após o recebimento do relatório das demonstrações financeiras da operadora.

Aqui não se nega a importância das operadoras de autogestão, todavia o consumidor tem o direito de prever qual será a amplitude do

aumento dos preços, que deve ser realizado de forma equitativa entre os contraentes, em especial nos contratos de prestações sucessivas. Ocorre que por muitas vezes o consumidor é excessivamente onerado em razão de uma má-administração da operadora, sob o pretexto de uma readequação dos valores aplicados.

3.4 – DA VIRADA JURISPRUDENCIAL DO STJ

Como visto no tópico anterior, até o ano de 2018, o entendimento consolidado do STJ era de que os planos de saúde na modalidade de autogestão se submetiam aos regramentos do Código de Defesa do Consumidor, tratando-se de uma inequívoca relação de consumo. Dessa forma, os contratos estabelecidos entre consumidor e operadora, deveriam obedecer as regras de revisão de contrato lá estabelecidas, em especial ao que tange as cláusulas excessivamente onerosas ao consumidor. Dessa forma, havia sido editada súmula de nº 469, que assim dispunha “aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

Todavia, em 11 de abril de 2018, a 2ª Seção do STJ resolveu cancelar a supracitada súmula nº 469 e editar outra no lugar, a súmula nº 608, que terá a seguinte redação: **“aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão”**.

No julgamento do Recurso Especial nº 1.285.483, que deu origem a Súmula, o Ministro Luis Felipe Salomão, indica em seu voto:

Atento à essa perspectiva, anote-se que a jurisprudência desta Casa, até o presente momento, vem externando o entendimento de que as normas do CDC regulam as relações existentes entre filiados e operadoras de planos de saúde, ainda que estas se constituam na forma de empresa de autogestão, sem fins lucrativos, caso dos autos, uma vez que a relação de consumo se caracterizaria pelo objeto contratado, ou seja, a cobertura médico-hospitalar.

Com efeito, destaca-se do voto proferido pela eminente Ministra Nancy Andrighi, no Resp n. 519.310/SP, referenciado posteriormente em inúmeros julgamentos, que a qualificação de uma pessoa física ou jurídica ou de um ente despersonalizado como fornecedor atende a critérios puramente objetivos, sendo irrelevante a natureza jurídica adotada por eles ou a espécie dos serviços que prestam. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.285.483 - PB (2011/0239595-2))

É certo que o entendimento até então predominante no STJ era de que apesar da inexistência de finalidade lucrativa nessa modalidade, a relação de consumo se caracterizava pelo objeto do contrato, no caso específico, a cobertura médico-hospitalar. Contudo, continuou o ministro:

Acontece que, após recente julgamento realizado por esta mesma Segunda Seção, Resp n. 1.536.786/MG, em que fora analisada questão de certo modo assemelhada, consistente na incidência das mesmas regras do CDC às relações envolvendo entidades de previdência privada fechadas, penso que os aspectos lá considerados para o afastamento da legislação consumerista mostraram-se de aplicação pertinente ao caso desses autos, tendo em vista a coincidência de características entre as entidades, reclamando, a meu ver, a necessidade de renovação da discussão da matéria, sempre no intuito do aperfeiçoamento da jurisprudência. Fui convencido pelas ponderações trazidas pela eminente Ministra Maria Isabel Gallotti, a partir do debate travado na Quarta Turma, iniciado pelo Ministro Raul Araújo. A inegável diferença estrutural existente entre os planos de saúde oferecidos pelas entidades constituídas sob aquele modelo, de acesso restrito a um grupo determinado, daqueles comercializados por operadoras que oferecem seus produtos ao mercado geral e objetivam o lucro, ensejam a retomada do tema e encorajam submeter a questão ao criterioso exame desta Seção. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.285.483 - PB (2011/0239595-2))

Em realidade, o marco da virada jurisprudencial se deu pela percepção da diferença estrutural entre os planos que comercializam os seus produtos no mercado de consumo, e as modalidades de autogestão, que tem acesso restrito e não visam o lucro. Prossegue o ministro Luis Felipe Salomão:

Seguindo o estudo dessa forma particular de operar planos de saúde, importante mencionar característica indispensável

dessas pessoas jurídicas, qual seja a inexistência de fim lucrativo. Com efeito, para a empresa empregadora, a assistência médica suplementar não é o objetivo fim, seu escopo não é auferir lucro nesta operação. Justamente por isso, as autogestões foram pioneiras no desenvolvimento de mecanismos de administração eficientes, com foco na contenção dos custos da assistência de seus beneficiários. Em razão da inexistência do fim lucrativo e da necessidade de tornar eficiente a utilização do fundo arrecadado, o mecanismo de regulação implementado com maior frequência nas autogestões é a coparticipação para o pequeno risco e a autorização administrativa, tanto para procedimentos de alto custo, como para internações eletivas. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.285.483 - PB (2011/0239595-2))

Por fim, irá arrematar o Ministro:

Na linha desse raciocínio, como as empresas de autogestão não podem oferecer seus planos no mercado de consumo, sob pena de total descaracterização da modalidade, não faz sentido, para essas empresas, a exigência desse mínimo. 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.

[...]

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)

[...]

Penso, portanto, diante de tudo que foi assinalado, que as regras do Código Consumerista, mesmo em situações que não sejam regulamentadas pela legislação especial, não se aplicam às relações envolvendo entidades de planos de

saúde constituídas sob a modalidade de autogestão. Utilizando-me das palavras do eminente Ministro Massami Uyeda, retiradas do precedente citado alhures, 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 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”. (REsp 1121067/PR, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 03/02/2012). (RECURSO ESPECIAL Nº 1.285.483 - PB (2011/0239595-2))

Durante o mesmo julgamento, a Ministra Maria Isabel Gallotti fixou o seguinte entendimento:

Concluo, assim, que as operadoras de plano 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 de Defesa do Consumidor, razão pela qual as disposições dessa legislação não têm incidência nessa espécie de contrato, aos quais, pelas mesmas razões, não se aplica a Súmula 469/STJ. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.285.483 - PB (2011/0239595-2))

Nestes termos, temos então uma inequívoca virada jurisprudencial a partir da própria concepção de fornecedor adotada pelo Código de Defesa do Consumidor. O entendimento, até então majoritário e consolidado, de que também aos planos de saúde de autogestão se aplicava o CDC, caiu, e com ele diversas repercussões práticas aos contratos então firmados se fizeram surgir.

O primeiro ponto a que se deve fazer referência é a exclusão da figura de hipossuficiência do consumidor, até então instituto comumente aplicado nos processos que versam sobre revisão de contrato de plano de saúde de autogestão. A partir desse novo entendimento, os contratos de saúde

firmados com tais entidades, terão como pressuposto a paridade de forças para estabelecimento das cláusulas contratuais. Muito embora saibamos que o contrato continuará sendo de adesão, no qual o contratante não terá o poder de alterar o conteúdo pré estabelecido pela seguradora, a sua configuração ficará mais difícil, diante da paridade formal de forças que passa então a ser a regra.

Além disso, temos como grande e principal repercussão, no que tange aos contratos o afastamento dos artigos 6º, V e 51, §1º, III do CDC, que tratam sobre a regra de revisão dos contratos por força de onerosidade excessiva. Tais regramentos vedam aos fornecedores a imposição de cláusula excessivamente onerosa ao consumidor. Se refira que trata-se do fundamento principal para o ajuizamento de ações que buscam o reequilíbrio contratual dos contratos de plano de saúde, que não mais poderá ser invocado para fundamentar tais pretensões.

Dessa forma, com a edição da nova súmula, a revisão dos contratos de plano de saúde passa a ter como principal fundamento o artigo 478 do Código Civil, ou seja, terá como base a onerosidade excessiva em virtude de fato extraordinário e imprevisível.

4 A REVISÃO DOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE DE AUTOGESTÃO NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS

É certo que os tribunais pátrios tem tido dificuldade em equalizar a presente questão, a falta de legislação específica e de regulamentação por parte do poder legiferante cria uma insegurança jurídica que não é facilmente solucionada pelos magistrados.

A dificuldade se encontra na definição de critérios objetivos para a limitação do valor a ser reajustado pelo plano, bem como na necessidade de análise casuística para a averiguação da prática de aumento abusivo gerador de um desequilíbrio contratual e de uma contraprestação excessivamente onerosa para o consumidor.

Ainda, a redação aberta dos artigos do Código de Defesa do Consumidor, em especial os artigos 6, V; 47 e 51, §1º, III, que tratam sobre a interpretação mais favorável ao consumidor e a possibilidade de revisão de cláusulas excessivamente onerosas, permitem uma aplicação mais abrangente do diploma legal. Todavia, essa redação permite interpretações diferentes para casos semelhantes, gerando uma insegurança jurídica no momento da aplicação da lei.

Ressalte-se que após a modificação da jurisprudência do STJ, muito embora sem poder vinculante, torna ainda mais difícil a fixação de critérios e hipóteses para essa revisão. É importante asseverar ainda, que trata-se de uma mudança ressentida, de modo que os seus impactos nas decisões dos tribunais brasileiros ainda não se fez sentir em larga escala, motivo pelo qual os posicionamentos apresentados no presente capítulo, podem ser modificados nos próximos meses.

Nesse cenário, a atuação do magistrado ganha protagonismo na defesa dos direitos do consumidor, mas devendo ser equilibrada para evitar distorções e tornar o risco do negócio insustentável para a entidade gestora do plano de saúde. Ainda que se trate de uma modalidade especial de plano

de saúde sem fins lucrativos, a carteira oferecida pelo plano deverá ser sustentável, sob o risco de impossibilitar a própria existência do plano de saúde. Indesejável quadro, onde os beneficiários ficariam descobertos ou não teriam a efetiva cobertura contratual cumprida.

Tal realidade se agrava ao observamos as alternativas para o beneficiário descoberto. A busca pelo atendimento público de saúde, já colapsado pela grande demanda e cada vez mais crescentes gastos públicos, ou a transferência para um plano individual. Figura cada vez mais rara no comércio dos serviços de plano de saúde e de custo mais elevado para o consumidor.

Nessa senda, temos na ação revisional um remédio para a garantia da manutenção do contrato de plano de saúde, mas a partir de um reequilíbrio contratual que permita ao consumidor o pagamento de uma contraprestação adequada e justa, e ao fornecedor o custeio das suas atividades.

Inclusive, quanto a ponderação na jurisdicionalização desses contratos, Hamid Charaf Bdine Junior (2006), dirá:

Além dos elementos genéricos e conhecidos que se recomendam ao aplicador do direito – razoabilidade, proporcionalidade, equilíbrio, etc – um critério objetivo pode servir de parâmetro para a atuação judicial nesta matéria.

Esse critério foi proposto por Teresa Negreiros, e consiste – em síntese – em afirmar que a intervenção jurisdicional deve ser mais incisa e plena quando o contrato tiver por objeto bens de maior valor (que, especialmente, digam respeito a valores fundamentais ao desenvolvimento da pessoa humana), e deve ser mais parcimoniosa e menos invasiva dos ajustes contratuais, quando seu objeto econômico for menos relevante para a preservação e a dignidade da pessoa humana. (BDINE JR, 2006, p. 103).

Assim, considerando o bem jurídico tutelado nessas espécies de contrato qual seja, vida e saúde, a atuação do magistrado poderá ser mais abrangente para a correção de distorções que coloquem em risco a utilidade desses instrumentos. Contudo, isso não é uma carta branca para que a

jurisdição se dê a revelia de parâmetros justos e razoáveis, cabendo ao juiz a definição dos parâmetros aceitáveis. Por óbvio, não se constitui de fácil definição e parametrização, as dificuldades para que o julgador fixe parâmetros são significativas.

Para evidenciar essas dificuldades, propomos a análise de alguns julgados de três Tribunais do país, Distrito Federal, São Paulo e Bahia.

Tal escolha se dá pelos diferentes posicionamentos e soluções praticadas pelos tribunais e pelos argumentos construídos pelos desembargadores, como veremos adiante.

4.1 - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL

Observa-se a tendência do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal em autorizar o aumento dos planos de saúde de autogestão, desde que se tenha realizado um estudo atuarial prévio, e não se trate de um ajuste desarrazoado ou aleatório.

Nesse sentido temos o APC: 20140110013503 DF 0000268-94.2014.8.07.0001, de relatoria do desembargador Teófilo Caetano, julgado em 11/03/2015. No presente julgamento, os desembargadores entenderam que os contratos celebrados na categoria coletiva de autogestão, não podem se sujeitar a regulação destinada aos contratos individuais, nas palavras do insigne relator:

Nos planos coletivos de saúde os índices de reajuste por variação de custos é definido com observância de cálculos atuariais, conforme as normas contratuais livremente firmadas entre a operadora e o estipulante, não estando sujeitos à aprovação nem vinculados aos parâmetros firmados pelo órgão regulador - Agência Nacional de Saúde Suplementar-ANS -, que deles deverá ser simplesmente participada, donde não há como sujeitar o contrato coletivo à regulação destinada ao contrato individual, afigurando-se válido o reajuste técnico ou por sinistralidade aplicado em percentual não excessivo e

de acordo com a previsão contratual (TJ-DF - APC: 20140110013503 DF 0000268-94.2014.8.07.0001, Relator: TEÓFILO CAETANO, Data de Julgamento: 11/03/2015, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 31/03/2015 . p.: 153 - Disponível em www.tjdft.jus.br)

Dai temos um posicionamento desfavorável a possibilidade de vinculação do reajuste do plano de saúde aos parâmetros firmados pela ANS, vez que se trata de contrato livremente firmado, não submetido aos regramentos da agência reguladora. Todavia, aqui surge a indicação de o percentual de ajuste não pode ser excessivo, sem, contudo, se estabelecer nenhum parâmetro para a análise do alcance dessa excessividade, permanecendo o problema prático da limitação a ser imposta sem uma discussão efetiva pelo tribunal.

Na mesma esteira o APC: 20140110459448 DF 0010918-06.2014.8.07.0001, também de relatoria do desembargador Teófilo Caetano, de 11/03/2015, indicou ser legal o reajuste da mensalidade a partir de um estudo atuarial prévio. Infere o relator:

O reajustamento das parcelas do plano de saúde coletivo derivado de reestruturação da carteira dos planos administrados por fundação assistencial sem fins lucrativos, ou seja, entidade de autogestão, de forma a ser promovida sua adequação às disposições da Lei 9.656/98, mesmo aqueles contratados antes de sua vigência, assim como do Estatuto do Idoso e da Resolução Normativa nº. 63/03 da ANS, em especial no que tange à possibilidade de reajustes por mudança de faixa etária após os 60 anos, não se mostra abusivo ou excessivo, não contrariando as disposições do Código de Defesa do Consumidor, **sobretudo quando constatado que, a par de as alterações terem sido precedidas de estudo atuarial prévio e não de simples, injustificada e irrazoável ação da operadora, são compatíveis com os preços praticados no mercado de planos de saúde.** (TJ-DF - APC: 20140110459448 DF 0010918-06.2014.8.07.0001, Relator: TEÓFILO CAETANO, Data de Julgamento: 11/03/2015, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 06/04/2015 . p.: 130 - Disponível em www.tjdft.jus.br).

Da mesma forma temos a autorização do reajuste a partir de um estudo atuarial prévio e desde que não se trata de um aumento injustificado e irrazoável. Aqui permanece sem discussão o que se traduz por irrazoável, não se estabelecendo qualquer forma de parâmetro para a identificação de um percentual justo e razoável.

Um último julgado de importante análise é o APC: 20120610016637 DF 0001620-43.2012.8.07.0006, de relatoria da Desembargadora Gislene Pinheiro, julgado em 06/11/2013, vejamos:

A Resolução Normativa nº 19/02 da ANS limita a forma de reajuste aos contratos coletivos de autogestão sem patrocinador, sendo que para as demais modalidades de contratação coletiva de plano de saúde (via operadora e/ou com patrocínio da empresa, associação ou sindicato) não há previsão de limitação de valores a serem aplicados, sendo livremente pactuado pelas partes contratantes. (TJ-DF - APC: 20120610016637 DF 0001620-43.2012.8.07.0006, Relator: GISLENE PINHEIRO, Data de Julgamento: 06/11/2013, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 19/11/2013 . p. 127 - Disponível em www.tjdft.jus.br)

Importante a análise da RN 19/02 citada pela relatora. É fundamental a observação de que os planos em modalidade auto gestão não estão completamente dissociados da regulação da ANS, mas apenas aqueles em que o consumidor paga na integralidade a contraprestação do plano, sem que a instituição mantenedora entre com qualquer auxílio na mensalidade, ou seja, nos contratos coletivos de autogestão sem patrocinador.

Todavia, mesmo nesses casos, o papel da Agência Reguladora se limita a análise da revisão técnica fornecida pelo plano, e a autorização de um Termo Aditivo ao contrato, exigindo a manutenção da cobertura assistencial global do contrato e pelo menos uma opção de plano com a mesma contraprestação pecuniária.

Tem razão Maria Stella Gregori (2007), ao afirmar que existe uma expectativa de prestação do serviço de assistência médico/hospitalar, em um patamar de cobertura previamente estipulado pelo fornecedor e contrato.

Expectativa essa que se justifica para dar segurança ao consumidor, de que terá assegurada a cobertura contratada diante da ocorrência de um evento.

Nesse contexto temos a possibilidade de evitar um aumento de mensalidade, mas visualizamos um cenário onde o consumidor é forçado a se enquadrar em uma opção de cobertura assistencial menor do que a anteriormente possuída, pela mesma contraprestação já paga. Nestes termos, observamos que o poder da ANS é limitado e não existe previsão normativa que possibilite à Agência Nacional de Saúde Suplementar definir ela mesma o percentual de aumento, se limitando a aprovar ou não o valor estabelecido no estudo técnico.

Percebe-se então que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal tende a aceitar o percentual de aumento estabelecido pelos planos de saúde de auto gestão, tendo como critério objetivo a apresentação do estudo técnico e atuarial, e como critério subjetivo a razoabilidade desse reajuste. Todavia, não se aprofunda nesse critério subjetivo, não se lançando a discussão de parâmetros limitadores, nem vislumbrando a possibilidade da Agência Reguladora definir percentuais máximos para esse reajuste.

4.2 – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Já o Tribunal de Justiça de São Paulo tem um posicionamento diferente sobre o tema. Analisemos de início a apelação 10670928120148260100 SP 1067092-81.2014.8.26.0100, de relatoria do Desembargador Paulo Alcides, em 22/04/2015. A importância deste julgado está em estabelecer a possibilidade da relativização do *pacta sunt servanda* mesmo nos contratos celebrados com entidades de autogestão, como já discutido aqui neste trabalho, vejamos:

Irrelevante que a ré se apresente como entidade de autogestão, pois opera planos de saúde. Possibilidade de revisão das cláusulas contratuais. Relativização do princípio do *pacta sunt servanda*, diante dos princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos. (TJ-SP - APL:

10670928120148260100 SP 1067092-81.2014.8.26.0100,
Relator: Paulo Alcides, Data de Julgamento: 22/04/2015, 6ª
Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 22/04/2015 -
Disponível em www.tjsp.jus.br)

Aqui, se observa a importância da função social do contrato como relativizadora do *pacta sunt servanda*, possibilitando uma análise do contrato de plano de saúde para além de uma aceção restrita de um instrumento técnico-jurídico, como defende Enzo Roppo. Essa perspectiva permite a concreta aplicação do CDC nas pretensões de revisão de contratos de autogestão, em especial permite a efetivação do artigo 47 do citado diploma.

Tendo estabelecido essa premissa de relativização do contrato, o Tribunal de São Paulo propõe uma solução alternativa para o problema do parâmetro de revisão, enfrentando a questão que o egrégio Tribunal do Distrito Federal não aprofundou.

Para tanto, vejamos a Apelação 00109215620118260576 SP 0010921-56.2011.8.26.0576, de relatoria do Desembargador Moreira Viegas, julgada em 14/05/2014, nas palavras do relator:

Certo que a possibilidade de reajuste por sinistralidade nada tem de abusivo, desde que devidamente comprovada, uma vez que tem como objetivo manter o equilíbrio do contrato, vale dizer, manter o sinalagma contratual, na exata medida da oneração da carteira pelos próprios usuários.

Contudo, isto não significa que a ré possa unilateralmente fixar percentual sem a observância dos parâmetros legais, ou seja, em detrimento das disposições previstas no Código de Defesa do Consumidor. É necessário observar o dever de informar e a clareza dos critérios empregados para implementar o aumento. [...] Assim, patente a ilegalidade dos percentuais de reajuste deliberados em Assembleia, por inobservância aos cálculos atuariais, sendo de rigor a limitações dos reajustes realizados aos índices aprovados pela ANS para planos individuais. Isto porque, ainda que se trate de plano administrado pelo sistema de autogestão, tal medida é a que melhor evita o implemento de reajustes abusivos pela ré. (Grifo nosso)
(TJ-SP - APL: 00109215620118260576 SP 0010921-56.2011.8.26.0576, Relator: Moreira Viegas, Data de

Julgamento: 14/05/2014, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 15/05/2014 - Disponível em www.tjsp.jus.br)

Temos estabelecido aqui um importante posicionamento que pode permitir a fixação de um critério objetivo que defina um patamar para que se proceda com a revisão do valor reajustado. Se o CDC, em seu artigo 6º, inciso V, autoriza a revisão em função de uma onerosidade excessiva para o consumidor, essa decisão do Tribunal define um parâmetro para o cálculo de uma nova parcela, qual sejam, os índices aprovados pela ANS.

Nesse mesmo sentido, ao julgar apelação que versava sobre a impossibilidade do contrato coletivo de saúde na modalidade autogestão ser submetido aos reajustes estabelecidos pela ANS, se posicionou o Desembargador Cesar Ciampolini.

Desse modo, o reajuste da mensalidade do plano de saúde por aumento de sinistralidade acima do limite máximo estabelecido pela ANS para o período viola o princípio da boa-fé objetiva (Código Civil, art. 422). Assim como coloca o consumidor em situação de desvantagem exagerada, causando excessiva onerosidade na relação contratual, obstaculizando a continuidade do convênio médico e pondo em risco o próprio objeto da avença. Trata-se, enfim, de assegurar-se que o contrato seja executado segundo sua **função social**, consoante dispõe o art. 421 do Código Civil: (TJ-SP - Apelação : APL 00037858320108260045 SP 0003785-83.2010.8.26.0045, Relator: Cesar Ciampolini, Data de Julgamento: 28/07/2015, 10ª Câmara de Direito Privado - Disponível em www.tjsp.jus.br)

Reforça-se mais uma vez a importância da execução do contrato segundo sua função social. Ainda, destaque-se a associação do princípio da boa-fé objetiva com o reajuste acima do limite máximo estabelecido pela agência reguladora.

Temos uma solução para o parâmetro a ser revisado, ou seja, a limitação que deverá incidir sobre o aumento abusivo. Todavia o conceito de razoabilidade que irá definir se o reajuste praticado se trata de um reajuste

abusivo para o consumidor continua sendo um critério subjetivo de difícil e improvável fixação definitiva pelo poder judiciário ou pela doutrina. Contudo, se tratando de uma análise sobre uma cláusula excessivamente onerosa ao consumidor, nos termos do artigo 51, § 1º, III do CDC, temos claro que deverá ser feita a observação do caso concreto e das circunstâncias específicas do contrato celebrado, bem como da condição econômica do consumidor à época da celebração e do reajuste praticado.

Não se trata de conferir um super poder ao consumidor, nem interpretar o regramento consumerista a revelia das condições livremente pactuadas no mercado de consumo, nem mesmo de super onerar o risco do negócio atribuído a empresa contratada, mas de reestabelecer o caráter sinalagmático do contrato da melhor maneira possível, permitindo a sua manutenção por meio da ação revisional.

Reforça-se aqui a posição de Mariza Rotta (2008), já evidenciada neste estudo, onde se evidencia que ação revisional tem como fim último, possibilitar a perfeita execução do contrato, sem alterar a vontade inicial das partes, muitas vezes afetada por fato imprevisível e superveniente.

4.3 – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA

No cenário da Justiça baiana, encontramos um posicionamento semelhante ao do TJ SP. Aqui também se observa a tendência da aplicação do art. 47 do CDC aos contratos na modalidade de autogestão, observando a aplicação da boa-fé e a aplicação analógica da limitação de reajuste imposta pela ANS aos planos individuais.

O egrégio Tribunal, na apelação 2304752008 BA 23047-5/2008, julgada em 22/10/2008, de relatoria da desembargadora Maria Geraldina Sá de Souza Galvão, reforçou o entendimento, já explicitado neste trabalho, de que a entidade de auto gestão está enquadrada no conceito de fornecedora

de serviço, motivo pelo qual o seu contrato deve ser interpretado à luz do art. 47. Vejamos:

[...] entidade de auto-gestão. Enquadramento no conceito de fornecedor. - os planos de saúde estão amplamente sujeitos aos princípios e normas do código de defesa do consumidor, e suas cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao usuário [art. 47], tendo-se por abusivas e nulas as que o coloquem em desvantagem exagerada, ou ainda, que restrinjam direitos e obrigações inerentes à natureza do contrato [art. 51, iv, 1º, ii, do cdc]. - ainda que a cassi se estabeleça como operadora de saúde na modalidade de auto-gestão, a sua natureza jurídica não a exclui da abrangência do CDC. (TJ-BA - APL: 2304752008 BA 23047-5/2008, Relator: Maria Geraldina Sá de Souza Galvão, Data de Julgamento: 22/10/2008, quarta câmara cível - Disponível em www.tjba.jus.br)

É certo que esse é entendimento consolidado do STJ, como se observam os Recursos Especiais nº 436.815 e nº 519.310, ambos de relatoria da Ministra Nancy Andrighi. Mas aqui se reforça a interpretação mais favorável ao consumidor e a nulidade das cláusulas excessivamente onerosas ao consumidor.

Ainda, o Tribunal se posiciona no sentido de não ser um critério objetivo autorizador do reajuste apenas o estudo atuarial, como vemos no julgamento da Apelação 04119622020128050001 BA do processo nº 0411962-20.2012.8.05.0001. Nas palavras da relatora:

As cláusulas limitativas do direito do consumidor devem ser interpretadas restritivamente, em virtude do interesse público e social envolvidos. O princípio da boa-fé deve ser sempre observado nos contratos de adesão, tendo como consequência a revisão das cláusulas consideradas abusivas. Tratando-se de relação consumerista, submetida às disposições do Código de Defesa do Consumidor, aplica-se aos planos de saúde o disposto no seu art. 47 quando discorre sobre a interpretação de cláusulas contratuais mais benéficas ao consumidor. Assim, há de se exigir justificação dos reajustes expressamente previstos no contrato, não bastando para autorizá-los mera alegação de que estão conforme cálculos elaborados por atuários e que é passível de

prova a aplicação matemática aos benefícios contratados. (TJ-BA Apl 04119622020128050001 BA 0411962-20.2012.8.05.0001, Relator: Cynthia Maria Pina Resende, Data de Julgamento: 04/02/2014, Quarta Câmara Cível - Disponível em www.tjba.jus.br)

Temos então aqui reafirmado o art. 47 como vetor hermenêutico para a interpretação das cláusulas contratuais. Em especial, se reforça a incidência do princípio da boa-fé como limitador do poder de reajuste do plano de saúde a qualquer tempo, e como garantidor do equilíbrio contratual, capaz de fundamentar uma ação revisional para reestabelecer o caráter sinalagmático do contrato.

Diante da impossibilidade de identificar objetivamente o alcance do termo “onerosidade excessiva”, o Tribunal de Justiça da Bahia, assim como o de São Paulo, em uma análise casuística da lide apresentada, aplica também a interpretação analógica de limitação do valor de reajuste segundo o percentual definido pela ANS aos planos individuais.

Nesse contexto, temos o julgamento da apelação 00192617520098050274 BA, de relatoria da desembargadora Daisy Lago Ribeiro Coelho, senão vejamos:

A despeito de se tratar de plano de autogestão, aplica-se as normas do CDC, visto que a relação de consumo caracteriza-se pelo desempenho de determinada atividade no mercado consumerista, mediante remuneração. O contrato de assistência à saúde, traduz-se numa relação jurídica de trato sucessivo, que se protraí no tempo. **Assim, considerando o seu prolongamento, nasce para o consumidor uma expectativa de manutenção do equilíbrio econômico e estabilidade das regras contratadas, que não podem ser imotivadamente quebradas [...].** Oportuno ressaltar que o deferimento da medida liminar, tornada definitiva pela sentença, **resguardou a possibilidade de reajuste linearmente estabelecido pela ANS para o período.** (grifo nosso) (TJ-BA - APL: 00192617520098050274 BA 0019261-75.2009.8.05.0274, Relator: Daisy Lago Ribeiro Coelho, Data de Julgamento: 03/12/2013, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: 05/02/2014 - Disponível em www.tjba.jus.br)

De grande relevância o voto da relatora ao estabelecer a “expectativa de manutenção do equilíbrio econômico e a estabilidade das regras contratadas” como um direito do consumidor a ser protegido e observado pelas entidades que administram os planos de autogestão.

Um cenário onde a entidade passa anos sem promover um reajuste, e após muito tempo, promove um aumento significativo é profundamente maléfico ao consumidor. Isso porque a manutenção de um pagamento em um valor fixo gera uma expectativa de continuidade no consumidor, que sempre destinou aquela quantia no seu orçamento para o pagamento da mensalidade.

Aqui não se defende a defasagem no valor da mensalidade a ser assumida unicamente pela seguradora, nem mesmo que o consumidor tenha o direito de nunca ter a sua contraprestação ajustada, nem mesmo pelo valor da inflação anual. O que se defende é a previsibilidade de um reajuste adequado e equilibrado, que possibilite o ajuste orçamentário do segurado, e, por conseguinte, a sua manutenção no plano e na cobertura contratual.

Dai a importância da ação revisional, não para garantir tão somente o pagamento de uma parcela menor para o segurado mas, principalmente, para assegurar a manutenção do contrato e o seu equilíbrio, garantindo a manutenção da tutela contratual da vida e saúde.

Nesse contexto, parece ser a solução mais adequada a análise de caso a caso para se averiguar a onerosidade excessiva do aumento praticado. Observando-se a capacidade de pagamento do consumidor frente a nova contraprestação cobrada, bem como a necessidade do plano em promover um reajuste para cobrir o aumento de despesas. É forçoso que não se permita que qualquer aumento de custo seja repassado ao consumidor, sob o risco de penaliza-lo pela má gestão da seguradora.

Após essa análise do caso concreto, e a constatação da existência de um reajuste abusivo, a revisão para o patamar percentual estabelecido pela ANS para os planos individuais, parece ser a tendência dos tribunais pátrios,

como forma de estabelecer um critério objetivo para a adequação e reequilíbrio contratual.

Devemos aqui fazer uma ressalva importante. Tais decisões tinham como parâmetro argumentativo primordial, a compreensão de que, muito embora estejamos tratando de planos de saúde de autogestão, aplicava-se o Código de Defesa do Consumidor para os contratos em comento. Com a virada jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, é provável que se diminua a quantidade de decisões judiciais concedendo a revisão do contrato.

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho propôs um estudo sobre a revisão de contrato no âmbito dos contratos de plano de saúde de autogestão. Nesse contexto, se discutiu a mudança da concepção de contrato no decorrer dos anos, até a chegada do Estado Contemporâneo.

A nova concepção adotada prima pelas mitigações e flexibilizações do contrato e do seu princípio geral de conservação. É neste cenário de flexibilização que surge os fundamentos para a teoria da revisão de contratos. Demonstramos em linhas gerais a evolução dessa concepção e a flexibilização do *pacta sunt servada* com foco à sua aplicação aos contratos de consumo e em especial aos contratos de plano de saúde.

Nesse seguimento, aplicamos a teoria da revisão dos contratos a partir de uma leitura conforme a observação da função social do contrato. Tal função de observância obrigatória dado o atual desenvolvimento legislativo e doutrinário, bem como das necessidades sociais do Estado.

Com base nesse posicionamento utilizamos a doutrina de Enzo Roppo que aborda o contrato como um conceito para além de tão somente uma dimensão jurídica, mas como um instrumento legal que possibilita a circulação de riquezas.

Dessa forma, os contratos de plano de saúde devem ser compreendidos como instrumentos geradores de riqueza para as seguradoras de saúde, mas que atendem a um fim de relevante valor social, que é assegurar a saúde dos seus segurados. Diante desse motivo, deve ser feito um esforço pela conservação dos contratos amparados pelo fundamento da menor onerosidade ao consumidor.

Admitindo a sua condição de instrumento gerador de riqueza, é certo que, no mundo moderno, as circunstâncias da vida se modificam a todo momento, em especial as circunstâncias econômicas dos mercados

globalizados, podendo provocar onerosidade para uma das partes contratantes, que se observa pela cláusula *rebus sic stantibus*, ou Teoria da Imprevisão. Observamos então que não é possível se falar em *pacta sunt servanda* ou em *rebus sic stantibus*, sem mencionarmos a revisão dos contratos, uma vez que este último existe para garantir, em última análise, a manutenção do contrato, mediante a sua modificação para o reestabelecimento do seu equilíbrio.

Nesta senda, concluímos que comprovada a superveniência de um fato imprevisível para o consumidor que trouxe ao negócio um desequilíbrio que quebre o caráter sinalagmático do contrato, deverá este ser revisado, buscando se restaurar o equilíbrio contratual entre as partes

Neste estudo, ainda observamos que a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) não impõe limitação aos reajustes dos planos de Saúde de Autogestão, sob o argumento de que se trata de uma organização administrativa, sem fins lucrativos, regulando basicamente os reajustes praticados nos planos de saúde individuais.

Contudo, a própria Constituição, no seu artigo 197, define como atividade de relevância pública as ações e serviços de saúde, submetidos inclusive à regulamentação, fiscalização e controle do poder público. Sendo comando constitucional que apesar de possuir regulamentação em legislação infraconstitucional, possui eficácia plena e imediata, não havendo que se falar em inconstitucionalidade da autorização aos reajustes concedida pela ANS.

Em linhas gerais, observou-se que a atuação da ANS, no campo específico dos reajustes das mensalidades dos planos de saúde, é superficial e se restringe aos contratos individuais. Assim, tem recaído no poder judiciário, diante da cada vez mais frequente judicialização da matéria, o papel de revisar esses contratos, expurgando deles as ilegalidades existentes, e reestabelecendo o equilíbrio contratual.

Ainda, após uma virada jurisprudencial no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, as operadoras de saúde de autogestão, nos termos da

súmula 608, não mais serão submetidas ao Código de Defesa do Consumidor, afastando, dessa forma, a hipótese de revisão contratual por cláusula excessivamente onerosa ao consumidor. Dessa forma, aplicar-se-á o quanto disposto no artigo 478 do Código Civil, ou seja, a base para o pleito dessas demandas será a onerosidade excessiva em virtude de fato extraordinário e imprevisível.

Observamos ainda a dificuldade dos tribunais brasileiros em definir critérios objetivos para a limitação do valor a ser reajustado pelo plano diante da falta de legislação específica e de regulamentação por parte do poder legiferante, o que gera uma insegurança jurídica que não é facilmente solucionada pelos magistrados.

Por último, concluímos que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal tende a aceitar o percentual de aumento estabelecido pelos planos de saúde de auto gestão, tendo como critério objetivo a apresentação do estudo técnico e atuarial, e como critério subjetivo a razoabilidade desse reajuste não se lançando a discussão de parâmetros limitadores, nem vislumbrando a possibilidade da Agência Reguladora definir percentuais máximos para esse reajuste. Enquanto os Tribunais de São Paulo e da Bahia propõe, diante da onerosidade excessiva do aumento praticado, a sua limitação aos percentuais definidos pela ANS para os planos individuais.

Indicamos então que parece ser a solução mais acertada a análise de caso a caso para se averiguar a onerosidade excessiva do aumento praticado. Observando-se a capacidade de pagamento do consumidor frente a nova contraprestação cobrada, bem como a necessidade do plano em promover um reajuste para cobrir o aumento de despesas. Assim, diante da constatação da existência de um reajuste abusivo, efetua-se a revisão para o patamar percentual estabelecido pela ANS para os planos individuais.

Refira-se, que não se trata aqui de conferir ao consumidor um super proteção, nem interpretar o regramento consumerista a revelia das condições livremente pactuadas no mercado de consumo, nem mesmo de super onerar

o risco do negócio atribuído a empresa ou instituição contratada, mas de reestabelecer o caráter sinalagmático do contrato da melhor maneira possível, permitindo a sua manutenção por meio da ação revisional, mesmo após a mudança de entendimento apresentada pelo Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

REFERÊNCIAS:

ADEODATO, João Maurício. **Bases para uma metodologia da pesquisa em direito.** Disponível em <http://www.planejamentotributario.ufc.br?artigo_Bases_Metodologia_Pesquisa_em_Direito.pdf>, acessado em 10 de julho de 2018.

AGUIAR, Ruy Rosado. **Projeto de código civil – As obrigações e os Contratos. Revista CEJ, V. 3 n. 9 set./dez. 1999.** Disponível em <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/236/398>> Acesso em 13 de maio de 2018.

BARBOSA, Jeferson Ferreira. **Direito à Saúde e Solidariedade na Constituição brasileira.** Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2014.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Contrato: do clássico ao contemporâneo: a reconstrução do conceito.** Salvador. In ASSIS, Araken e GRINOVER, Ada Pellegrini (coord) **Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim:** São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **O princípio da vulnerabilidade do consumidor.** in *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*, Maria Celina Bodin de Moraes (coordenadora), Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual.** São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2013.

CAVALIERI, Sergio. **Programa de direito do consumidor.** 3.ed. São Paulo, SP: Editora Atlas, 2011.

ESMERALDI, Renata Maria Gil da Silva Lopes e LOPES, José Fernando da Silva. **Planos de Saúde no Brasil doutrina e jurisprudência.** São Paulo, SP: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume III: contratos e atos unilaterais.** São Paulo: Saraiva, 2013.

GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde – a ótica da proteção ao consumidor.** São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2007.

HESSELINK, Martijn W. **Unfair Term In Contracts Between Businesses. TOWARDS A EUROPEAN CONTRACT LAW.** Amsterdam: Amsterdam Law School Research Paper No. 2011-11, 2011. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1871130>> Acesso em 12 de maio de 2018.

JABUR, Gilberto Haddad & PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (coord.). **Direito dos Contratos**. São Paulo, SP: Quartier Latin, 2006.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil**. 2002. Disponível em < <http://jus.com.br/artigos/2796/principios-sociais-dos-contratos-no-cdc-e-no-novo-codigo-civil>>. Acesso em 12 de maio de 2014.

LÔBO, Paulo. **Direito civil - Contratos**. 1.ed. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2012.

MALTA, Deborah Carvalho e JORGE, Alzira de Oliveira. **Modelos assistenciais na saúde suplementar: o caso de uma operadora de autogestão**. Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232008000500018> Acesso em 10 de maio de 2018

MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. Revista dos Tribunais, 2007.

NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2009.

RODRIGUES, Décio Luiz José. **Planos de Saúde**. São Paulo, SP: Ícone editora, 2008.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Edições Almedina S/A, 1947.

ROTTA, Mariza. **O *pacta sunt servanda* – Cláusula *Rebus Sic Stantibus* e o equilíbrio das relações contratuais na atualidade**. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 8, n. 1, p. 193-218, jan./jun. 2008. Disponível em < <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/729/566>> Acesso em 13 de maio de 2018.

SANTOS, Manoel José Brum dos. **Qual é a lógica que orienta a administração dos planos de autogestão em saúde**. Disponível em < <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/12331/000560003.pdf?sequence=1>> Acesso em 10 de maio de 2018.

SATO, Fábio Ricardo Loureiro. **A teoria da agência no setor da saúde: o caso do relacionamento da Agência Nacional de Saúde Suplementar com as operadoras de planos de assistência supletiva no Brasil**. Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122007000100004> Acesso em 13 de maio de 2014.

SCHWARTZ, Alan; SCOTT, Robert. **Contract theory and the limits of contract Law**. New Haven: Faculty Scholarship Series. Paper 308, 2003. Disponível em <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1011&context=lepp_apers> Acesso em 12 de maio de 2018.

SETTI, Maria Estela Leite Gomes. **O princípio da função social do contrato: conteúdo, alcance e a análise econômica do direito.** In: Encontro Nacional do CONPEDI, 19, 2010, p. 416-428. Fortaleza. Anais... Fortaleza: Fundação Boiteux, 2010

SOBRINHO, Linneu Rodrigues de Carvalho. **Seguros e Planos de Saúde.** São Paulo, SP: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

STOLZE, Pablo. **Contratos, teoria geral.** 8.ed. v.4. Tomo I. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2012.

STRECK, Lênio. **Constituição ou barbárie? - A lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de Direito. 2013.** Disponível em <http://ensaiosjuridicos.wordpress.com/2013/04/22/constituicao-ou-barbarie-a-lei-como-possibilidade-emancipatoria-a-partir-do-estado-democratico-de-direito-lenio-luiz-streck/>. Acesso em 3 de junho de 2014.

TRETELL, Daniela Batalha. **Planos de Saúde na visão do STJ e do STF.** São Paulo, SP: Editora Verbatim, 2010.

ULHOA, Fábio Coelho. **Curso de direito civil.** 5.ed. v.3. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil.** 12.ed. v.2. São Paulo, SP: Editora Atlas, 2012.