

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE COMO CONTRATO DE CONSUMO E SUA
FUNDAMENTALIDADE

ALINE WILLIAM GUIMARÃES

RIO DE JANEIRO

2017/2

ALINE WILLIAM GUIMARÃES

CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE COMO CONTRATO DE CONSUMO E SUA
FUNDAMENTALIDADE

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Fabiana Rodrigues Barletta**

RIO DE JANEIRO

2017/2

CIP - Catalogação na Publicação

W716c William Guimaraes, Aline
CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE COMO CONTRATO DE
CONSUMO E SUA FUNDAMENTALIDADE / Aline William
Guimaraes. -- Rio de Janeiro, 2017.
62 f.

Orientador: Fabiana Barletta.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Direito do Consumidor. 2. Direito do Idoso.
3. Cláusulas Abusivas. 4. Recurso Repetitivo. 5.
Vulnerável. I. Barletta, Fabiana , orient. II.
Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

ALINE WILLIAM GUIMARÃES

CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE COMO CONTRATO DE CONSUMO E SUA
FUNDAMENTALIDADE

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Fabiana Rodrigues Barletta**.

Data da Aprovação: ____ / ____ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2017/2

AGRADECIMENTOS

De inicio agradeço à Deus por ter me abençoado durante todo a minha trajetória na Faculdade Nacional de Direito, uma vez que sem Ele nada seria possível. À Deus todas as vitórias da minha vida.

Agradeço aos meus pais, a razão de todo o meu sucesso, pelo apoio incondicional e carinho em todos os momentos. Obrigado por segurarem a minha mão em todos os passos dessa caminhada. Amo vocês.

Ao meu querido irmão, Caio, agradeço todo o apoio e confiança depositada em mim. Obrigado pela paciência e descontração durante esses cinco anos. Estarei sempre ao seu lado para aplaudir o seu sucesso como médico. Obrigado por ser o meu melhor amigo e confidente.

Ao grande amor da minha vida, Pedro, sou grata por tornar a trajetória muito mais fácil e feliz. Depois que nos conhecemos minha vida ficou completa e sem você essa formatura e apresentação dessa monografia não seriam possíveis. Obrigada por ser muito mais que meu namorado. Te amo incondicionalmente. O futuro nos aguarda.

A todos os meu amigos por estiveram ao meu lado me apoiando nos estresses pré-provas e por todos os momentos únicos compartilhados durante esses anos.

Agradeço a Defensoria Pública e ao Grupo Globo pela capacitação profissional e por contribuírem significativamente na minha formação como advogada.

Por fim, agradeço a minha orientadora por toda paciência e conselhos.

Meu muito obrigado a todos. Gratidão eterna.

RESUMO

Os contratos de plano de saúde são contratos de adesão e tipicamente consumeristas. Os negócios jurídicos praticados pelas operadoras de planos de saúde envolvem o direito à saúde e também o direito de grupos vulneráveis da sociedade, como os consumidores e idosos. Existem diversas discussões sobre as cláusulas presentes em tais contratos, sendo o reajuste por faixa etária uma das que mais ensejam divergência doutrinárias e jurisprudenciais. Dessa forma, o objetivo do presente estudo é identificar os contornos que envolvem tais cláusulas e em que medida essas disposições são abusivas ou não, tendo em mente as normas protetivas que circundam a matéria, incluindo uma análise doutrinária, jurisprudencial sobre o tema. A metodologia utilizada parte do levantamento bibliográfico sobre cláusulas abusivas, englobando as obras que retratam a abusividade nos contratos de plano saúde. A partir desse arcabouço teórico, foi procedida uma análise e síntese das principais controvérsias sobre o tema.

Palavras-chaves: plano de saúde – reajuste – faixa etária – abusividade – recurso especial repetitivo

ABSTRACT

Health plan contracts are membership contracts and typically consumer. The legal business practiced by health plan operators involves the right to health and also the right of vulnerable groups in society, such as consumers and the elderly. There are several discussions about clauses in such contracts, and the adjustment by age group is one of the most controversial doctrinal and jurisprudential. Thus, the objective of the present study is to identify the contours that involve such clauses and to what extent these provisions are abusive or not, bearing in mind the protective norms that surround the matter, including a doctrinal, jurisprudential analysis on the subject. The methodology used is part of the bibliographical survey, including the works that portray the abuse in health plan contracts. From this theoretical framework, an analysis and synthesis of the main controversies on the subject was carried out.

key words: health plan or health insurance - readjustment - age range - abusiveness - repetitive special resource

INTRODUÇÃO.....	10
1 A RELAÇÃO DE CONSUMO.....	12
1.1 O consumidor	15
1.2 O fornecedor	20
1.3 Objeto da relação consumerista.....	22
1.4 Princípios do Código de Defesa do Consumidor.....	23
1.4.1 Princípio da boa-fé.....	24
1.4.2 Princípio da transparência.....	26
1.4.3 Princípio da equidade.....	27
1.4.4 Princípio da segurança.....	28
1.5 Direitos básicos do consumidor.....	28
1.5.1 Proteção da incolumidade física do consumidor.....	29
1.5.2 Direito à informação.....	30
1.5.3 Proteção contra as práticas abusivas e cláusulas abusivas.....	31
1.5.4 Inversão do ônus da prova.....	32
2 CONTRATOS OFERTADOS PELAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE	34
2.1 Contrato de adesão.....	34
2.2 Os contratos das operadoras de planos de saúde como contratos tipicamente consumerista	37
2.3 Os contratos de plano saúde em espécie.....	39
2.4 Contratos de plano de saúde e o direito à saúde	41
3 A CLÁUSULA ABUSIVA DE RAJUSTE DE MENSALIDADE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA	43
3.1 O regime das cláusulas abusivas	43
3.2 O Código de Defesa do Consumidor e as cláusulas abusivas	46
3.3 Análise da incidência do Estatuto do idoso nas relações dos planos de saúde com os consumidores	49
3.4 Cláusula de reajuste de mensalidade por mudança de faixa etária.....	50

CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	59

INTRODUÇÃO

Pode-se afirmar que os contratos de plano de saúde são negócios jurídicos praticados em larga escala na sociedade brasileira. Diante do sucateamento da saúde pública, os cidadãos tendem a procurar a saúde suplementar como uma forma de garantir o direito de acesso à saúde.

Tais contratos são, conforme será tratado no decorrer desse projeto de pesquisa, tipicamente consumeristas incidindo as normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor na relação entre plano de saúde e consumidor.

Os negócios jurídicos ofertados pelas operadoras de planos de saúde são contratos de adesão, ou seja, contratos nos quais não há fase de modulação das cláusulas impostas no negócio jurídico, sendo inúmeras as cláusulas abusivas constantes em tais instrumentos.

Uma das cláusulas abusivas mais encontradas na prática jurídica é a cláusula de reajuste da mensalidade por mudança de faixa etária. Em tais cláusulas o valor da mensalidade é reajustado tendo como base, exclusivamente, a alteração da faixa etária do consumidor.

Diante de tal prática e à luz da legislação, como o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto do Idoso, bem como com as normas reguladoras do setor, fica claro ser necessário avaliar se tal prática configura de fato uma abusividade ou não.

Dessa forma, será analisado, neste projeto, a jurisprudência e doutrina sobre o tema, com a intenção de averiguar o enquadramento jurídico de tal reajuste. É inquestionável a relevância de averiguar tal atitude dos operadores de plano de saúde, seja pela quantidade de pessoas que utilizam a saúde complementar, seja pelas normas protetivas de vulneráveis que envolvem tal negócio jurídico, o que por fim justifica a presente monografia.

A metodologia utilizada parte do levantamento bibliográfico a respeito do que foi escrito sobre tais cláusulas abusivas no campo dogmático do direito do consumidor, bem como do direito do idoso.

A partir desse arcabouço teórico, foi procedida uma análise doutrinária, jurisprudencial e legislativa sobre os limites de tal reajuste, a fim de que se contribua com o avanço nos estudos sobre o tema.

1. A RELAÇÃO DE CONSUMO

Antes de concentrar a monografia na análise dos contratos prestados pelas operadoras de plano de saúde, bem como as cláusulas abusivas presentes nos respectivos, é necessário – mesmo que brevemente e sem qualquer intenção de esgotar a temática – abordar alguns conceitos básicos que envolvem a disciplina do direito de consumidor, para compreender os desdobramentos do tema central deste trabalho de conclusão de curso.

O direito do consumidor é destinado à proteção do indivíduo denominado consumidor em suas relações vividas no âmbito da sociedade. Inclusive, Sergio Cavalieri Filho, define que a finalidade do direito consumerista é:

“A proteção do consumidor passou assim a ser um desafio da nossa era e o Direito não podia ficar alheio a tal tarefa. A finalidade do Direito do Consumidor é justamente eliminar essa injusta desigualdade entre o fornecedor e o consumidor, restabelecendo o equilíbrio entre as partes na relação de consumo.¹”

Desde logo, percebe-se, que o ramo do direito aqui estudado tem uma finalidade social importantíssima, uma vez que apresenta como um dos seus objetivos a tentativa de eliminar as injustiças em uma relação desigual, ou seja, afastar as desigualdades entre o fornecedor e o consumidor.

Sendo assim, partindo dessa premissa de desigualdades na relação consumerista e antes de analisar os sujeitos que compõem a relação consumerista e o seu objeto, é necessário abordar o conceito da vulnerabilidade.

O consumidor é por natureza o sujeito vulnerável na relação de consumo. A vulnerabilidade é a fragilidade, seja social, técnica ou financeira, que o consumidor é submetido em uma relação desigual. Portanto, a vulnerabilidade, conforme é defendido com maestria por Sérgio Cavalieri Filho é o conceito central na fundamentação de toda a legislação consumerista:

¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 4° ed. São Paulo: Atlas, 2014, pg.8.

“A vulnerabilidade, portanto, é o requisito essencial para a formulação de um conceito do consumidor; está na origem da elaboração de um Direito do Consumidor; é a espinha dorsal que sustenta toda a sua filosofia. Reconhecendo a desigualdade existente, busca estabelecer uma igualdade real entre as partes nas relações de consumo.²”

Inclusive, a vulnerabilidade, nos termos do art. 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor é consagrada como um princípio básico da relação de consumo:

“Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; ”

Segundo, a professora Cláudia Lima Marques, a vulnerabilidade pode ser definida da seguinte forma:

“Poderíamos afirmar, assim, que a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado (assim, Rippert, *La règle morale*, p. 153), é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva (Fiechter-Boulevard, *Rapport*, p. 324), que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a “explicação” destas regras ou da atuação do legislador (Fiechter-Boulevard, *Rapport*, p. 328), é a técnica para aplica-las bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradas, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa.³”

Além disso, ao analisar a doutrina, é possível perceber que a existência de três tipos de vulnerabilidade: fática, técnica e jurídica.

A vulnerabilidade técnica surge de o fato do consumidor não participar da produção do produto ou da confecção do serviço e, do não conhecimento pelo consumidor inerente ao

² Idem.

³ MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. pg. 228/229.

processo de produção. É o fornecedor que é detentor dessa expertise. Nas palavras de Cláudia Lima Marques a vulnerabilidade técnica pode ser entendida como:

“Na vulnerabilidade técnica, o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços.”⁴

Já a vulnerabilidade fática decorre da própria realidade das transações consumeristas experimentadas no seio da sociedade. Existe uma enorme desproporção, seja econômica ou de força, entre os sujeitos que compõe a relação de consumo. Sérgio Cavalieri Filho determina que a vulnerabilidade fática é:

“A vulnerabilidade fática é a mais facilmente perceptível, decorrendo da discrepância econômica e social dos agentes econômicos – detentores dos mecanismos de controle da produção, em todas as suas fases, e, portanto, do capital e, como consequência, de status, prestígio social – e a condição de hipossuficiente dos consumidores.”⁵

Por fim, a vulnerabilidade jurídica ou científica decorre do fato de o consumidor não estar acostumado aos meandros judiciais, enquanto o fornecedor é um sujeito com mais presença em processos judiciais e, portanto, mais informado juridicamente do que o consumidor, bem como mais equipado. É a clássica distinção apontada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth entre litigantes habituais e eventuais:

“esta distinção corresponde, em larga escala, à que se verifica entre indivíduos que costumam ter contatos isolados e pouco frequentes com o sistema judicial e entidades envolvidas, com experiência judicial mais extensa. (...). Há menos problemas em mobilizar as empresas no sentido de tirarem vantagens de seus direitos, o que, com frequência, se dá exatamente contra aquelas pessoas comuns que, em sua condição de consumidores, por exemplo, são mais relutantes em buscar o amparo do sistema judicial.”⁶

⁴ Idem.

⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit. p., 50/51.

⁶ CAPPELLETI, Mauro. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998, p.83

Cláudia Lima Marques sintetiza a questão da vulnerabilidade jurídica destacando que a respectiva é representada pela falta de experiência do consumidor em relação aos seus direitos:

“Já a vulnerabilidade jurídica ou científica foi identificada e protegida pela corte suprema alemã, nos contratos de empréstimo bancário e financiamento, afirmando que o consumidor não teria suficiente “experiência ou conhecimento econômico, nem a possibilidade de recorrer a um especialista”. É a falta de conhecimentos jurídicos específicos, de conhecimentos de contabilidade ou de economia.”⁷

Logo, é de se concluir, que a vulnerabilidade, seja qualquer uma das suas formas, é fundamental para compreender toda a sistemática protetiva criada em favor do consumidor. O princípio da vulnerabilidade é um vetor explicativo de toda a relação consumerista.

1.1 O consumidor

Visto que toda a codificação consumerista foi criada a partir da perspectiva da vulnerabilidade do consumidor, é importante definir quem é essa figura. O consumidor na concepção do Código de Defesa do Consumidor é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”⁸.

A doutrina completa o conceito apresentado pela legislação de diversas formas. Por exemplo, Fábio Konder Comparato, em uma visão mais sociológica, entende que consumidores são todos aqueles “que não dispõem de controle sobre bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes”⁹.

Sob o prisma filosófico o consumidor é “o indivíduo que adquire bens sob a influência daquilo que a sociedade estabelece como necessidade, ainda que, na realidade, a coisa não seja imprescindível.”¹⁰

⁷ MARQUES, Claudia Lima. Op. Cit., pg. 229.

⁸ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

⁹ CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Direito do Consumidor: fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 23.

¹⁰ Idem.

Todavia, em que pese as diversas definições sobre a figura do consumidor, o texto legal destaca a característica destinatário final. Destinatário final é aquela pessoa que retira o produto ou o serviço da cadeia de consumo. Nas palavras da professora Cláudia Lima Marques ser destinatário final é:

“Necessário interpretar a expressão “destinatário final”. Destinatário final é o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (Endverbraucher), aquele que coloca um fim na cadeia de produção e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir ou na cadeia de serviço.¹¹”

A autora prossegue na definição do termo ao apontar que o objetivo do Código de Defesa do Consumidor foi estabelecer que o consumidor deve ser o destinatário final fático e econômico do bem, isto é, o indivíduo não pode adquirir o produto para reinseri-lo na cadeia produtiva:

“Destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria a exigida “destinação final” do produto ou serviço. Parece-me que destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física.¹²”

Entorno da discussão a respeito do conceito de destinatário final surgiram diversas correntes doutrinárias tentando estabelecer os contornos, assim como os limites da expressão.

A corrente maximalista ou objetiva interpreta o conceito destinatário final extensivamente. Aqui não há importância sobre a destinação econômica do bem, tão somente a perspectiva fática. Portanto, será consumidor aquele que adquirir o bem ou o serviço e retirá-lo da cadeia de consumo. Sergio Cavalieri Filho sintetiza a teoria da seguinte forma:

¹¹ MARQUES, Claudia Lima. Op. cit., pg. 115.

¹² Idem

“A corrente maximalista ou objetiva entende que o CDC, ao definir o consumidor, apenas exige, para sua caracterização, a realização de um ato de consumo. A expressão destinatário final, pois, deve ser interpretada de forma ampla, bastando à configuração do consumidor que a pessoa física ou jurídica, se apresente como destinatário fático do bem ou serviço, isto é, que o retire do mercado, encerrando objetivamente a cadeia produtiva em que inseridos o fornecimento do bem ou a prestação de serviço. Não é preciso perquirir a finalidade do ato de consumo, ou seja, é totalmente irrelevante se a pessoa objetiva a satisfação de necessidades pessoais ou profissionais, se visa ou não ao lucro ao adquirir a mercadoria ou usufruir do serviço.¹³”

Por outro lado, a corrente finalista ou subjetivista diverge dos apontamentos realizados pela corrente maximalista. Aqui, conforme o apontado anteriormente através dos ensinamentos da professora Cláudia Lima Marques – adepta dessa corrente – o termo destinatário final deve ser lido de forma restritiva e, portanto, é necessário observar os aspectos fáticos e econômicos do ato de consumo do indivíduo ao adquirir um bem ou serviço.

Sérgio Cavalieri Filho aponta que a corrente subjetiva ou finalista sofreu, ao longo da evolução da disciplina, um certo abrandamento teórico ao entender que se admite “excepcionalmente e desde que demonstrada “in concreto” a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor a determinados consumidores profissionais, como pequenas empresas e profissionais liberais.”¹⁴

Por fim, diante da restrição imposta pela ideia subjetivista, a doutrina informa que o Superior Tribunal de Justiça vem adotando uma terceira teoria denominada teoria finalista mitigada. Por esse entendimento é consumidor não apenas o destinatário final, mas sim a parte vulnerável em uma relação jurídica consumerista. É o desdobramento do abrandamento da teoria subjetiva.

A título de exemplo, assim como para demonstrar com mais clareza o entendimento propagado pela teoria finalista mitigada, cita-se recentíssimo – 24 de março de 2017 - julgado do Superior Tribunal de Justiça aplicando a teoria no caso concreto:

¹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p.67.

¹⁴ Ibidem, p.69.

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECURSO INTERPOSTO NA ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AÇÃO PROPOSTA POR CONSUMIDOR CONTRA EMPRESA. TEORIA FINALISTA. MITIGAÇÃO. APLICABILIDADE DO CDC. POSSIBILIDADE. VULNERABILIDADE VERIFICADA. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. 1. Aplicabilidade do NCPC a este recurso ante os termos no Enunciado Administrativo nº 3 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. 2. Esta Corte firmou posicionamento no sentido de que a teoria finalista deve ser mitigada nos casos em que a pessoa física ou jurídica, embora não tecnicamente destinatária final do produto ou serviço, apresenta-se em estado de vulnerabilidade ou de submissão da prática abusiva, autorizando a aplicação das normas prevista no CDC. 3. No caso dos autos, porque reconhecida a vulnerabilidade da autora na relação jurídica estabelecida entre as partes, é competente o Juízo Suscitado para processar e julgar a ação. 4. Agravo interno não provido.”¹⁵

Sob o ponto de vista dos consumidores pessoas jurídicas recai o mesmo debate doutrinário e jurisprudência. Em síntese os finalistas entendem que a pessoa jurídica indicada como consumidora no texto da norma é aquela que adquire bens ou adquire serviço quando os respectivos não forem contratados para cumprir a seu exercício básico. Arnold Wald conclui que a pessoa jurídica consumidora é:

“A conclusão à qual se chega é, pois, que no Direito Brasileiro, compatibilizando-se a letra e o espírito da lei e atendendo-se à lição do Direito Comparado, a pessoa jurídica, tão somente, pode ser considerada “consumidor” ou a ele equiparada, nos casos em que não atua profissionalmente, ou seja, quando a empresa não opera dentro dos seus fins sociais”.¹⁶

Já a corrente doutrinária maximalista compreende, assim como no conceito de consumidor pessoa física, que o termo pessoa jurídica deve ser interpretada de forma extensiva e, portanto, aqui não importa o aspecto econômico da pessoa jurídica, tão pouco em

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo interno no conflito de competência nº 146868/ES. Agravante: Ympactus Comercial LTDA. Agravado: Loriane Fabris Budant. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Brasília, 22 de março de 2017.

¹⁶ WALD, Arnold. **O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras**, RT, v.666, Revista dos Tribunais, abr.1991, pág 14.

qual atividade da pessoa jurídica será utilizado o produto ou o serviço. Paulo R. Roque A. Khouri pondera que sob esse viés a finalidade do consumo é desprestigiada:

“Os maximalistas entendem que o consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire bens. Não importa que seja economicamente forte ou não, se adquiriu um produto ou serviço para utilizá-lo em sua atividade ou cadeia produtiva. Ou seja, para essa corrente é desinfluyente o elemento teleológico ou a finalidade desse consumo. Na verdade, os maximalistas fazem uma interpretação literal do art. 2º do CDC, uma vez que, se o legislador não excepcionou a pessoa jurídica como consumidora, não caberia ao intérprete da lei excepciona-la”.¹⁷

No mesmo sentido, Sérgio Cavaliere Filho pondera que somente será afastada a relação de consumo, pelo entendimento da corrente objetiva, se o bem ou serviço adquirido não impuser uma destinação final e sim uma destinação intermediária:

“Para os maximalistas (ou objetivistas), o uso profissional do bem ou serviço adquirido ou utilizado pela pessoa jurídica que exerce atividade econômica apenas afastará a existência de relação de consumo se tal bem ou serviço compor, diretamente (revenda) ou transformação, beneficiamento ou montagem, produto ou serviço a ser fornecidos a terceiros, porquanto, em tais hipóteses, a destinação não será final, mas apenas intermediária”.¹⁸

E como já apontado, o Superior Tribunal de Justiça adota a teoria finalista mitigada e, portanto, deve-se levar em conta a vulnerabilidade para caracterizar a relação de consumo, como é possível observar no seguinte julgado do ano de 2016:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - BEM MÓVEL. INDENIZAÇÃO. PLEITO DE EXCLUSÃO DA CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DEFEITO DE FABRICAÇÃO - DELIBERAÇÃO MONOCRÁTICA CONFERINDO PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. IRRESIGNAÇÃO DA AUTORA. 1. Consoante precedentes desta eg. Corte Superior, se a pessoa jurídica não ostenta a condição de consumidora final - na hipótese, cuida-se de um laboratório clínico que adquiriu os produtos para insumo de sua atividade comercial (fl. 23 da inicial) - nem se apresenta em situação de vulnerabilidade, não incidem as regras do Direito do

¹⁷ KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 37.

¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p.75.

Consumidor. Precedentes do STJ: AgRg no AREsp 133253/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 09/10/2014; AgRg no AREsp 560463/GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 23/09/2014; REsp 1417293/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe de 02/09/2014; EDcl no Ag n. 1.371.143/PR, Rel. Min. Raul Araújo, DJe de 17/4/2013; REsp n. 1.297.956/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 27/2/2013. 2. Agravo regimental desprovido.¹⁹”

Por fim, o parágrafo único do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor²⁰ introduz, ao lado do conceito de consumidor *stricto sensu*, o instituto do consumidor por equiparação. Além disso, os artigos 17²¹ e 29²² do mesmo diploma normativo abordam outros sujeitos que são equiparados ao consumidor. José Carlos Maldonado de Carvalho sintetiza, com maestria, a ideia por trás do instituto do consumidor por equiparação da seguinte forma:

“Por conseguinte, além do consumidor *stricto sensu*, podem ser também atingidas pelas atividades desenvolvidas no mercado de consumo pelos fornecedores de produtos e serviços outras pessoas, que, mesmo não fazendo parte de uma relação originária de consumo, passam a ostentar a mesma posição de consumidor legalmente protegido pelas normas do CDC, independentemente de ter usado ou consumido, de forma direta, qualquer produto ou serviço na condição de consumidor final (art. 2º do CDC).”²³

1.2 O fornecedor

A relação consumerista é composta pelo consumidor em um dos polos e no outro o fornecedor. A identificação desse sujeito, assim como a definição dos seus contornos é fundamental para a compreensão de quando o respectivo extrapola os seus deveres e direitos e, conseqüentemente, utiliza-se da vulnerabilidade consumidor.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo de instrumento nº1299116/SP. Agravante: Ibérica Centro de Diagnósticos s/c LTDA. Agravado: General Electric do Brasil s/a. Relator: Ministro Marcos Buzzi. Brasília, 01 de março de 2016.

²⁰ Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

²¹ Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

²² Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

²³ CARVALHO, José Carlos Maldonado de. Op. cit., p.29.

O fornecedor é aquele que presta um serviço ou dispõe de um produto para o consumidor. O Código de Defesa do Consumidor no art. 3º²⁴ expõe um conceito amplo a respeito desse sujeito com um vasto leque de atividades que podem caracterizar uma pessoa jurídica ou física como fornecedor.

Cláudia Lima Marques, com a capacidade que lhe é comum, sintetiza o conceito de fornecedor levando em conta o fornecimento de produtos e de serviços:

“A definição do art. 3º é ampla. Quanto ao fornecimento de produtos, o critério caracterizador é desenvolver atividades tipicamente profissionais, como a comercialização, a produção, a importação, indicando também a necessidade de uma certa habitualidade, como a transformação, a distribuição de produtos. (...). Quanto ao fornecimento de serviços, a definição do art. 3º do CDC foi mais concisa e, portanto, de interpretação mais aberta: menciona apenas o critério de desenvolver atividades de prestação de serviços.”²⁵

Portanto, é fácil constatar que o legislador no que concerne aos conceitos de consumidor e fornecedor, conferiu um caráter muito mais amplo ao conceito desse último. Sérgio Cavalieri Filho induz que a estratégia do Código de Defesa do Consumidor foi de ampliar o rol de possíveis fornecedores com a intenção de garantir a segurança do consumidor que não tem conhecimentos sobre a cadeia produtiva do produto ou serviço que lhe é prestado ou vendido:

“A estratégia do legislador permite considerar fornecedores todos aqueles que mesmo sem personalidade jurídica (“entes despersonalizados”), atuam nas diversas etapas do processo produtivo (produção-transformação-distribuição-comercialização-prestação), antes da chegada do produto ou serviço ao seu destinatário final. Deste modo, não apenas o fabricante ou o produtor originário, mas, também, todos os intermediários (intervenientes, transformadores, distribuidores) e, ainda, o comerciante – desde que façam disso as suas atividades principais ou profissões, serão tratados pela lei com fornecedores.”²⁶”

²⁴ Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista

²⁵ MARQUES, Claudia Lima. Op. cit., p. 179.

²⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op.cit., p.80.

Entende-se na doutrina, como, Paulo R. Roque A. Khouri que são características fundamentais para a definição dos contornos do conceito de fornecedor apresentado pelo Código de Defesa do Consumidor, a profissionalidade e a habitualidade:

“Daí teremos sempre presente na figura do fornecedor o elemento da profissionalidade. Mas não basta a profissionalidade, que é o intuito de lucro. É necessário que a atividade não seja desempenhada esporadicamente, eventualmente. Exige-se o “desenvolver” dessa atividade. Daí que o desenvolvimento de uma atividade pressupõe a não eventualidade, ou seja, a sua habitualidade. Da conjugação da profissionalidade com a habitualidade encontra-se juridicamente o fornecedor”.²⁷

Portanto, percebe-se que o conceito de fornecedor abarcado pela sistemática consumerista é amplo e destinado a proteger o vulnerável na relação jurídica, isto é, o consumidor.

1.3 Objeto da relação consumerista

Os sujeitos da relação de consumo, conforme já apontado, são os consumidores e os fornecedores, porém, para a relação ser completa e interligar os polos é necessário existir um objeto, qual seja, um produto ou um serviço. São os elementos objetivos da relação, enquanto consumidor e fornecedor são os elementos subjetivos.

O produto como objeto da relação de consumo é definido pela codificação consumerista no art. 3º, §1º como “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.” Portanto, o conceito apresentado pelo CDC é amplo. Produto aqui é fruto da atividade humana e a princípio qualquer bem, nos moldes do texto legal, pode ser enquadrado no conceito de objeto da relação entre o consumidor e o fornecedor.

Luiz Antônio Rizzatto Nunes, diante do conceito amplo previsto na legislação, define que a concepção de produto é:

“Esse conceito de produto é universal nos dias atuais e está estreitamente ligado à ideia de bem, resultado da produção no mercado de consumo das sociedades

²⁷ KHOURI, Paulo R. Roque A. Op. cit., p. 49.

capitalistas contemporâneas. É vantajoso o seu uso, pois o conceito passa a valer no meio jurídico e já era usado por todos os demais agentes do mercado (econômico, financeiro, de comunicações etc.)”.²⁸

Partindo da mesma estratégia o legislador no art. 3, §2º do Código de Defesa do Consumidor conceitua serviço como: “é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

Insta observar que a definição de serviço envolve, como aponta o texto legal, a remuneração. É uma característica chave para identificar o serviço como objeto da relação de consumo. Nesse mesmo sentido, Sérgio Cavalieri Filho induz que a remuneração é um conceito chave para a compreensão do produto:

“Neste ponto, é de se afirmar que a característica marcante da abrangente definição de serviços, para fins de proteção do consumidor, é a de que os mesmos devem ser prestados com remuneração – com expressa ressalva daquela prestação de serviços decorrentes do contrato de trabalho, mediante vínculo de subordinação e dependência com o contratante, porque, neste caso, regida pelas leis trabalhistas.”²⁹

Por fim, destaca-se que os serviços públicos também estão sujeitos às disposições da legislação consumerista.

1.4 Princípios do Código de Defesa do Consumidor

O exame da relação de consumo revela que a respectiva é composta pelos consumidores e fornecedores em torno de um objeto, seja produto ou serviço. Porém, essa relação não pode ser analisada apenas com tais elementos, é fundamental olhar para o vínculo consumerista sob a ótica dos princípios que consubstanciam a disciplina.

Como já foi apontado anteriormente, o princípio da vulnerabilidade é essencial para compreensão da sistemática adotada pela legislação atinente ao consumidor, uma vez que o respectivo é dotado de vulnerabilidade, o que justifica a adoção de medidas para protegê-lo.

²⁸ RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.113.

²⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p.85.

Entretanto, o Código de Defesa de Consumidor não resume os princípios à questão da vulnerabilidade. Existem diversos outros princípios tão importantes quanto esse para a estabelecer os contornos, direitos e deveres dos sujeitos da relação de consumo.

1.4.1 Princípio da boa-fé

A relação consumerista não se sustenta apenas com a ideia de vulnerabilidade do consumidor. A atuação dos sujeitos que compõe o vínculo deve ser pautada no princípio da boa-fé. O Código de Defesa do Consumidor aponta para a boa-fé, expressamente, em duas ocasiões, porém, é fácil notar no microsistema diversas menções da ideia que gira em torno desse princípio.

O art. 4, III³⁰ do CDC indica que os interesses dos sujeitos de uma relação de consumo devem ser harmonizados à luz da boa-fé. A doutrina indica que se trata da face objetiva do princípio, isto é, não é uma análise das intenções do agente, e sim do comportamento exteriorizado, como, é possível perceber quando Sérgio Cavalieri Filho aborda o tema:

“Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, o termo boa-fé passa a ser utilizado como uma nova e moderna significação, para indicar valores éticos que estão à base da sociedade organizada e desempenham função de sistematização da ordem jurídica. É a chamada boa-fé objetiva que, desvincula das intenções íntimas do sujeito, indica o comportamento objetivamente adequado aos padrões de ética, lealdade, honestidade e colaboração exigíveis nas relações de consumo.”³¹

Portanto, ao analisar a boa-fé indicada, é necessário ter em mente um padrão de conduta que se espera tanto do consumidor, quanto do fornecedor enquanto estiverem ligados pela prestação de um produto ou serviço.

³⁰ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: II - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

³¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p.40.

Cumprer ressaltar que o CDC não prescindiu da boa-fé subjetiva, como, comenta Paulo R. Roque A. Khouri:

“O CDC não abdicou da boa-fé subjetiva na contratação. Esta continua com seu espaço, e é essencial na formação do vínculo, sob pena de nulidade, e também na interpretação das cláusulas contratuais, nos termos do art. 112 do novo CC. Entretanto, o CDC consagra, com princípio basilar das relações de consumo, a boa-fé objetiva.”³²

Sob o viés objetivo, a boa-fé é composta, segundo os estudiosos, de funções que orientam a sua utilização. A doutrina destaca três principais funções: criadora ou integrativa; interpretativa e de controle.

A função integrativa ou criadora é a que dá origem ao respeito de deveres anexos ao contrato e, por consequência, à relação consumerista. Independentemente do fornecedor ou do consumidor adimplirem com a prestação principal, faz-se necessário cumprir um gama de deveres anexos à relação principal. Cláudia Lima Marques comenta que sob viés da primeira função estabelece o caráter criativo da boa-fé:

“A primeira função é uma função criadora (pflichtenbegründende Funktion), seja como fonte de novos deveres (Nebenpflichten), de deveres de conduta anexos aos deveres de prestação contratual, como os deveres de informar, de cuidado e de cooperação, seja como fonte de responsabilidade por ato ilícito (Vertrauenshaftung) ao impor riscos profissionais novas e agora indisponíveis por contrato.”³³

Já sob a perspectiva da função interpretativa, a boa-fé objetiva é, normalmente, um comando ao intérprete do direito, isto é, ao magistrado. É um critério utilizado para orientar a interpretação dos negócios jurídicos entorno das relações consumeristas. O magistrado ao analisar o negócio jurídico, envolvendo o consumidor e o fornecedor, deve observar as cláusulas contratuais tendo em mente a conduta esperada por tais sujeitos.

Convém notar que a função interpretativa é fundamental na análise das cláusulas abusivas da relação consumerista, uma vez que o próprio Código de Defesa do Consumidor

³² KHOURI, Paulo R. Roque A. Op. cit., p. 60

³³ MARQUES, Claudia Lima. Op. cit., p. 234.

indica, expressamente – segunda passagem no qual o CDC faz referência a boa-fé – no art. 51, IV que as obrigações incompatíveis com a boa-fé são consideradas abusivas.

Inclusive, Paulo R. Roque A. Khouri indica que “na relação de consumo, essa função interpretativa é facilitada, conforme se verá adiante, uma vez que no art. 51, IV, é considerada abusiva, e, portanto, nula toda cláusula que viole a boa-fé.”³⁴.

Por fim, na função de controle, o princípio da boa-fé objetiva é conhecido como limitador de direitos subjetivos, ou seja, é fonte limitadora das vontades dos consumidores e fornecedores. É um limite ao clássico princípio da autonomia da vontade das partes contratantes, ou seja, as partes são livres para contratar e estipular as cláusulas do negócio jurídico, porém, essa atuação deve ser sempre balizada nos conceitos que envolvem a boa-fé.

Cláudia Lima Marques, com a destreza que lhe é peculiar, define essa função da seguinte forma:

“A segunda função é uma função limitadora (Schranken-bzw, Kontrollfunktion), reduzindo a liberdade de atuação dos parceiros contratuais ao definir algumas condutas e cláusulas como abusivas, seja controlando a transferência dos riscos profissionais e libertando o devedor em face da não razoabilidade de outra conduta (pflichtenbefreinde Vertrauensustände).”³⁵

1.4.2 Princípio da transparência

A ideia entorno do princípio da transparência está exposta no art. 4º³⁶, caput do Código de Defesa do Consumidor. É uma consequência da imposição da boa-fé nas relações consumeristas. O fornecedor deve oferecer informações sobre os produtos que insere na cadeia de consumo, bem como informar sobre os riscos da prestação do seu serviço.

³⁴ KHOURI, Paulo R. Roque A. Op. cit., p. 61.

³⁵ MARQUES, Claudia Lima. Op. cit., p. 234.

³⁶ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

Sergio Cavaliere Filho indica que a principal finalidade do princípio da transparência é “o dever de informar do fornecedor e, por outro, o direito à informação do consumidor”³⁷.

É certo que o dever de informar que advém do princípio da transparência envolve toda a relação consumerista, desde da fase pré-contratual, elucidando os riscos do produto ou serviço, bem como na fase pós-contratual.

1.4.3 Princípio da equidade

O Código de Defesa do Consumidor prevê no art. 7º³⁸ a possibilidade de se utilizar a equidade para preencher eventuais lacunas da sistemática de proteção ao consumidor. Cláudia Lima Marques, estrutura a utilização da equidade da seguinte maneira:

“O CDC é um sistema permeável, não exaustivo, daí determinar no art. 7º que se utilize a norma mais favorável ao consumidor, encontra-se ela no CDC ou em outra lei geral, especial ou tratado do sistema de direito brasileiro. Esta abertura é tanta que o art. 7º do CDC permite a utilização da equidade para preencher lacunas em favor dos consumidores. Como se sabe, esta justiça para o caso concreto, mesmo fora do sistema, só pode ser usada pelo juiz brasileiro quando autorizada pela lei (art. 4º da LICC), e aqui abre-se o sistema do CDC ao uso deste instrumento maior para alcançar a justiça e a igualdade entre os desiguais.”³⁹

Destaca-se, novamente, que o art. 51, IV do CDC prevê que as cláusulas contratuais contrárias à ideia de equidade são consideradas inválidas. O texto legal possibilita o magistrado invalidar uma disposição contratual tendo como base os conceitos de justiça e igualdade exalados do princípio da equidade.

Por fim, a doutrina aponta que o art. 7º a equidade introduzida pela Código de Defesa do Consumidor é a integrativa, enquanto a do art. 51, IV do CDC é a corretiva:

³⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p.45.

³⁸ Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

³⁹ MARQUES, Claudia Lima. Op. cit., p. 357.

“Temos também como certo que a equidade a que se refere o CDC no seu art. 7º: “Os direitos [...] que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costume e equidade”, é a equidade e sua função integrativa, no caso de lacuna no direito consumerista. (...). Temos igualmente como certo que é à equidade corretiva que se refere o CDC quando, no inciso IV, do art. 51, fulmina de nulidade as cláusulas contratuais que sejam incompatíveis com a equidade.”⁴⁰

1.4.4. Princípio da segurança

O princípio da segurança está previsto no art. 12, §1º⁴¹ e art. 14, §1º⁴² do Código de Defesa do consumidor é fundamental para compreender a responsabilidade civil dos fornecedores perante os consumidores. É a proteção do direito à vida do consumidor.

Sérgio Cavaliere Filho destaca que a interpretação dos artigos supracitados, significa que “o fundamento da responsabilidade do fornecedor não é risco, como afirmado por muitos, mas, sim, o princípio da segurança.”⁴³.

1.5 Direitos básicos do consumidor

Em primeiro lugar, embora o Código de Defesa do Consumidor utilize a expressão direitos básicos, não se tratam de direitos básicos, visto que as previsões estabelecidas na lei configuram um complexo sistema de proteção entorno da figura do consumidor e, tampouco, os direitos do consumidor se limitam ao Código. É vasto o número de direitos que envolvem essa figura em todo ordenamento jurídico.

⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p.57/58.

⁴¹ Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. § 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - sua apresentação; II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi colocado em circulação.

⁴² Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo de seu fornecimento; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi fornecido.

⁴³ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p.60.

O legislador estabeleceu no art. 6º do CDC um vasto rol de diversos direitos aos consumidores em seus incisos. Cumpre destacar, que a lista de direitos exposta nesse artigo não é taxativa, isto é, existem diversos outros direitos decorrentes destes espalhados pelo próprio Código e, também, por todo o ordenamento jurídico. É nesse sentido que se posiciona Sérgio Cavalieri Filho:

“Os direitos básicos do consumidor estão arrolados no art. 6º do CDC. Antes de examinarmos esse dispositivo, entretanto, é importante enfatizar que não deve ser visto como rol exaustivo dos direitos do consumidor. Pelo contrário, há nele apenas uma síntese dos institutos de direitos material e processual previstos no CDC, uma espécie de pauta ou ementa daquilo que será disciplinado nos títulos e capítulos seguintes.”⁴⁴

Dos diversos direitos previstos no rol do art. 6º do CDC, sem qualquer intenção de esgotar a temática, serão analisados alguns dos incisos que mais se coadunam com a intenção da presente monografia, ou seja, analisar as cláusulas abusivas nos contratos que envolvem operadoras de planos de saúde.

1.5.1. Proteção da incolumidade física do consumidor

O primeiro direito básico que se destaca é a proteção da incolumidade física do consumidor que está prevista no art. 6º, inciso I do CDC⁴⁵. O texto legal prevê a proteção da vida, saúde e segurança. A indicação é de proteção contra os riscos dos produtos e serviços disponibilizados pelos fornecedores, ou seja, os consumidores têm o direito e a expectativa de não sofrerem danos na sua esfera psicofísica em relação produtos ou serviços que adquirem.

Mais uma vez nos socorremos do professor Sérgio Cavalieri Filho para elucidar quais são os instrumentos para garantir a proteção do consumidor frente aos riscos da relação de consumo:

“O consumidor, destarte, tem o fundamental direito à proteção de sua vida, de sua saúde e de sua segurança contra os riscos do fornecimento de produtos e/ou de serviços considerados perigosos ou nocivos. O propósito da disposição foi,

⁴⁴ Ibidem, p.98.

⁴⁵ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

nitidamente, proteger a incolumidade física dos consumidores, harmonizando-se com a regra-objetivo do art. 4º, caput, que impõe o respeito à dignidade, à saúde e à segurança do consumidor. Como se alcança essa proteção? Pela observância dos princípios da segurança e da prevenção.”⁴⁶

Por outro lado, é possível destacar a expressão proteção à saúde. A proteção da sua saúde é um direito básico do consumidor e os contratos envolvendo as operadoras de planos de saúde envolvem diretamente esse direito. Portanto, quando são estipuladas cláusulas abusivas nestes contratos, há uma clara violação a um dos direitos básicos do consumidor assegurado pelo CDC.

1.5.2. Direito à informação

O consumidor tem o direito de receber as informações que deseja sobre o produto ofertado pelo fornecedor, assim como sobre o serviço prestado pelo respectivo. Não basta uma comunicação superficial, não transmitindo os reais riscos ao consumidor. Nesse sentido, a informação deve ser clara e precisa sobre todos os aspectos do produto e serviço.

O adquirente de um produto ou serviço não participa da cadeia produtiva e, portanto, não tem como obter as informações sem que os fornecedores as exponham. Tal sistemática comprova a vulnerabilidade técnica do consumidor. Dessa forma, o direito à informação, previsto no art. 6º, III do Código de Defesa do Consumidor opera como uma fonte de proteção ao vulnerável, bem como um instrumento que permite uma relação consumerista mais igualitária.

Por fim, sob o aspecto da igualdade, Cláudia Lima Marques, destaca que:

“O direito à informação, assegura a igualdade material e formal (art. 5º, I e XXXII da CF/1998) para consumidor frente ao fornecedor, pois o que caracteriza o consumidor é justamente seu déficit informacional, quanto ao produto e serviço, suas características, componentes e riscos e quanto ao próprio contrato, no tempo e conteúdo.”⁴⁷

⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p.100.

⁴⁷ MARQUES, Claudia Lima. Op. cit., p. 282.

Dado o exposto, é vital que os planos de saúde nas tratativas com os consumidores busquem informar com clareza e de forma adequada todas as cláusulas contratuais. Porém, cumpre ressaltar que o dever de informação não pode se limitar a fase pré-contratual, operadoras de planos de saúde devem manter os seus segurados informados durante todo o contrato.

1.5.3. Proteção contra as práticas abusivas e cláusulas abusivas

As cláusulas abusivas serão estudadas no capítulo 3 da monografia, entretanto, desde logo percebe-se a preocupação do legislador em formar um sistema de proteção contra essas cláusulas em favor do consumidor.

Tal sistema, começa com a previsão genérica no art. 6º, IV do Código de Defesa do Consumidor⁴⁸ que revela a proteção contra práticas abusivas e cláusulas abusivas previstas nos negócios jurídicos envolvendo uma relação de consumo.

Em síntese, Cláudia Lima Marques, aponta que a proteção contra as cláusulas abusivas surge como uma forma de restabelecer o reequilíbrio contratual. O fornecedor através de imposições que extrapolam a sistemática de proteção ao consumidor acaba gerando um desequilíbrio no negócio jurídico e, dessa forma, a previsão contra essa possibilidade restabelece as expectativas legítimas do consumidor que foi ludibriado na formação do contrato:

“As normas proibitórias de cláusulas abusivas são normas de ordem pública, imperativas, inafastáveis pela vontade das partes. Estas normas do CDC aparecem como instrumentos do direito para restabelecer o equilíbrio, para restabelecer a força da “vontade”, das expectativas legítimas, do consumidor, compensando, assim a vulnerabilidade fáticas.”⁴⁹

⁴⁸ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

⁴⁹ MARQUES, Claudia Lima. Op. cit., p. 288.

1.5.4. Inversão do ônus da prova

Muitas vezes nas relações amparadas pelo direito do consumidor a capacidade para produzir ou apresentar determinada prova em sede de processo judicial é do fornecedor, embora, genericamente, caiba ao consumidor apresentar as provas dos seus fatos constitutivos.

Nesse sentido, o instituto da inversão do ônus da prova, com base no princípio da vulnerabilidade, modifica a regra geral do processo civil de produção de provas para a facilitar a comprovação dos fatos, uma vez que o espírito do Código de Defesa do Consumidor é a defesa do consumidor.

O art.6, VIII do CDC⁵⁰ estabelece que o magistrado poderá aplicar a regra de julgamento do inversão do ônus da prova para facilitar a defesa dos direitos do consumidor. É a inversão do ônus da prova “*ope judice*”. Convém notar que o legislador fincou dois requisitos para que o magistrado possa operar a inversão do ônus da prova, a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência. A doutrina destaca que somente é necessário atender a um dos requisitos:

“Reza o art. 6, VIII do CDC que é direito básico do consumidor “facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”. Note-se que a partícula “ou” bem esclarece que, a favor do consumidor, pode o juiz inverter o ônus da prova quando apenas uma das duas hipóteses está presente no caso. Não há qualquer outra exigência no CDC (...).”⁵¹

Além disso, o Código de Defesa do Consumidor traz outra espécie de inversão do ônus da prova, a “*ope legis*”, ou seja, quando a própria lei, independente do caso concreto e da

⁵⁰ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

⁵¹ MARQUES, Claudia Lima. Op. cit., p. 291.

avaliação do magistrado, prevê, abstratamente, a inversão da sistemática das provas. São exemplos dessa modalidade o art. 12, §3⁵², 14, §3⁵³ e 38⁵⁴ do CDC.

Tendo em vista os aspectos observados, nota-se que os direitos básicos dos consumidores envolvem previsões de direito material, bem como de direito processual. Por fim, vale mencionar, novamente, que o rol não é exaustivo, mas sim exemplificativo e que das disposições previstas no art. 6 do Código de Defesa de Consumidor nascem diversos outros direitos com a finalidade de proteger o consumidor.

⁵² Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. § 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

⁵³ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

⁵⁴ Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

2. CONTRATOS OFERTADOS PELAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE

2.1. Contrato de adesão

A análise sobre os contornos do instituto denominado contrato de adesão é fundamental para a compreensão do sistema protetivo do consumidor estabelecido pelo Código, assim como das cláusulas abusivas impostas pelos planos de saúde aos seus segurados, visto que os contratos estipulados por tais fornecedores são tipicamente contratos de adesão.

Os contratos de adesão possuem como traço marcante, a contratação padronizada, ou seja, cláusulas contratuais previamente estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor. A fase pré-contratual ou das tratativas é reduzida, uma vez que a outra parte da relação negocial não tem a competência para discutir ou modificar o conteúdo de tais cláusulas. Não há uma verdadeira fase de negociações entorno do contrato, uma vez que não existe margem para diálogo entre as partes.

Nas palavras da professora Cláudia Lima Marques, o conceito dessa modalidade contratual é:

“Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente forte (fornecedor), *ne varietur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito. O contrato de adesão é oferecido ao público em um modelo uniforme, geralmente impresso, faltando apenas preencher os dados referentes à identificação do consumidor-contratante, do objeto e do preço.”⁵⁵

O contrato de adesão é típico do direito consumerista dado o consumo em massa e a celeridade na formalização de uma relação de consumo, na qual o consumidor fica sujeito às imposições do fornecedor, comprovando a vulnerabilidade daquele sujeito. Sergio Cavalieri Filho comenta que a única alternativa do consumidor, caso queria adquirir o produto ou contratar o serviço é aceitar as cláusulas previamente estabelecidas:

“E assim é porque nas relações de consumo a regra, quase absoluta, é a contratação padronizada, na qual não há margem para negociação. Se o consumidor quiser

⁵⁵ MARQUES, Claudia Lima. Op. cit., p. 1299.

contratar, resta-lhe apenas a alternativa de concordar com as condições de negócio do fornecedor.”⁵⁶

No entanto, é bem verdade, também, que os contratos de adesão permitiram o avanço das relações de consumo, ao passo que o consumo em massa exigia uma rápida resposta do direito contratual para atender as demandas da sociedade. Portanto, a contratação por adesão é instrumento indispensável na consolidação da relação consumerista.

Apesar dos avanços concedidos por essa espécie de contrato, são inúmeras as desvantagens decorrentes da adoção de cláusulas padronizadas para atender os anseios de consumidores, ou seja, pessoas com interesses, características e status social diversos. Além disso, destaca-se, novamente, a característica central do consumidor, a vulnerabilidade.

A vulnerabilidade é acentuada na relação consumerista pautada pelo contrato de adesão. Isso porque o componente fundamental do contrato de adesão é a imposição de diversas cláusulas previamente estabelecidas e, portanto, a ausência de uma fase negocial entre as partes. Cláudia Lima Marques define a situação da seguinte forma:

“O elemento essencial do contrato de adesão, portanto, é a ausência de uma fase pré-negocial decisiva, a falta de um debate prévio das cláusulas contratuais e, sim, a sua predisposição unilateral, restando ao outro parceiro a mera alternativa de aceitar ou rejeitar o contrato, não podendo modifica-lo de maneira relevante. O consentimento do consumidor manifesta-se por simples adesão ao conteúdo preestabelecido pelo fornecedor de bens e serviços.”⁵⁷

Diante da inevitável existência dos contratos de adesão, visto o consumo em massa, o Código de Defesa do Consumidor no art. 54⁵⁸ trata do instituto. Em regra, como a doutrina aponta, as cláusulas contratuais são impostas previamente pelos fornecedores, entretanto, o CDC também entende que as cláusulas contratuais podem ser estabelecidas unilateralmente pela autoridade competente, ou seja, pelas associações profissionais ou pela lei e ato administrativo, como bem pondera a professora Cláudia Lima Marques:

⁵⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p.162.

⁵⁷ Ibidem, p.163.

⁵⁸ Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

“Em regra os contratos de adesão são elaborados pelo próprio fornecedor-ofertante, mas também existem contratos oferecidos à adesão cujo conteúdo deriva de recomendações ou imposições de associações profissionais. (...). Também a lei ou um regulamento administrativo pode “ditar” o conteúdo de um determinado contrato – neste caso são denominados “contratos dirigidos” ou contrato “ditados”, como, por exemplo, no Brasil os contratos oferecidos por administradores de consórcios, ditados através de portaria ministerial, ou de algumas cláusulas nos contratos de plano saúde, ditadas por medidas provisórias.”⁵⁹

Além disso, o contrato de adesão, assim como qualquer outro negócio jurídico bilateral, só se concretiza com a manifestação da vontade de ambas das partes. Partindo desse pressuposto, o art. 54 do CDC evidencia a preocupação com a percepção do consumidor das cláusulas constantes no contrato, por exemplo, o §4º⁶⁰ determina que as cláusulas que impliquem em limitações de direitos aos consumidores sejam escritas em destaque e o §3º⁶¹ que determina a clareza da linguagem, bem como o tamanho da fonte da letra, tudo com a intenção de proteger o consumidor.

Nesse sentido, convém observar ainda que a legislação consumerista não veda a estipulação de cláusula resolutória no contrato de adesão, ou seja, aquela cláusula que prevê o encerramento do negócio jurídico devido algum inadimplemento. Todavia, o art. 54, §2º⁶² do CDC prevê um requisito para que tal cláusula seja válida, que a permissão para encerrar o vínculo seja do consumidor. Cláudia Lima Marques pontua a situação da seguinte forma:

“Sendo assim, em contratos de adesão, o §2º do art. 54 do CDC especifica que a cláusula resolutória, ou de fim de contrato, pode ser pactuada, mas desde que a alternativa ou opção de terminar o vínculo ou continua-lo caiba apenas ao consumidor.”⁶³

⁵⁹ MARQUES, Claudia Lima. Op. cit., p. 1299.

⁶⁰ § 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

⁶¹ § 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

⁶² § 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.

⁶³ MARQUES, Claudia Lima. Op. cit., p. 1300.

Dessa forma, é nítido que o sistema protetivo ao consumidor diante dos contratos de adesão perpassa por toda ideia do direito à informação. Além disso, cumpre registrar que o art. 47 do CDC⁶⁴ dispõe que as cláusulas contratuais, inclusive nos contratos de adesão, devem seguir a regra geral de interpretação à favor do consumidor.

Em vista do cenário apresentado, se verifica a imprescindibilidade da proteção contratual destinada ao consumidor pelo Código de Defesa do Consumidor. O consumidor já é qualificado juridicamente como vulnerável, porém, o contrato de adesão tem o condão de alargar a hipossuficiência do consumidor. Nesse sentido, a compreensão dessa modalidade contratual, assim como do sistema protetivo estipulado pelo consumidor e do consumo em massa, é fundamental para coibir a propagação de cláusulas abusivas, especialmente, nos contratos envolvendo operadoras de planos saúde.

2.2. Os contratos das operadoras de planos de saúde como contratos tipicamente consumeristas

Conforme apresentado as relações de consumo possuem como personagens o consumidor em um dos polos da relação e noutro polo da relação os fornecedores. Dessa forma, é possível enquadrar os contratos dos operadores de plano saúde como contrato geridos pelo Código de Defesa do Consumidor.

O contrato de plano de saúde é tipicamente qualificado na doutrina como um contrato bilateral, de longa duração, de trato sucessivo e essencialmente aleatório.

Segundo Flávio Tartuce, contratos bilaterais são aqueles nos quais “os contratantes são simultaneamente e reciprocamente credores e devedores uns dos outros, produzindo o negócio direitos e deveres para ambos os envolvidos, de forma proporcional.”⁶⁵

Por outro lado, contrato de trato sucessivo são aqueles nos quais “tem o cumprimento previsto de forma sucessiva ou periódica no tempo.”⁶⁶

⁶⁴ Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

⁶⁵ FLAVIO, Tartuce. **Manual de direito civil: volume único**. 7^o ed. São Paulo: Método, 2017, p. 615.

⁶⁶ Ibidem, p. 624.

Já os contratos aleatórios se contrapõem aos contratos comutativos e são conceituados pela doutrina da seguinte forma: “a prestação de uma das partes não é conhecida com exatidão no momento da celebração do negócio jurídico pelo fato de depender da sorte, da álea, que é um fato desconhecido.”⁶⁷

Além disso, tais características dos contratos de plano saúde são reconhecidas pela própria jurisprudência como é possível notar no seguinte trecho de um voto prolatado em 2010 pela Ministra Nancy Andrighi envolvendo operadoras de planos de saúde:

“Desse dispositivo legal, extrai-se que o plano de assistência à saúde, apresenta natureza jurídica de contrato de trato sucessivo, por prazo indeterminado, a envolver transferência onerosa de riscos, que possam afetar futuramente a saúde do consumidor e seus dependentes, mediante a prestação de serviços de assistência médico-ambulatorial e hospitalar, diretamente ou por meio de rede credenciada, ou ainda pelo simples reembolso das despesas.”⁶⁸

A doutrina e a jurisprudência discutiam a incidência do Código de Defesa do Consumidor nos negócios jurídicos envolvendo planos de saúde. Porém, em 2010 o STJ editou a súmula 469 com o seguinte teor: “ Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano saúde. ”

Dessa forma, a matéria anteriormente discutida na doutrina foi pacificada. Porém, é interessante destacar os motivos que levaram o Superior Tribunal de Justiça a sumular tal entendimento. Os precedentes originários que deram ensejo ao posicionamento adotado destacavam que:

“Tratando-se de contrato de plano de saúde de particular, não há dúvidas que a convenção e as alterações ora analisadas estão submetidas ao regramento do Código de Defesa do Consumidor, ainda que o acordo original tenha sido firmado anteriormente a entrada em vigor, em 1991, dessa Lei. Isso ocorre não só pelo CDC ser norma de ordem pública (art.

⁶⁷ Ibidem, p. 617.

⁶⁸ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão no Recurso Especial n. 1.106.557. Relator: Ministra ANDRIGHI, Nancy. Publicado no DJ de 21/10/2010. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200802625536&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>

5º, XXXII, da CF), mas também pelo plano de assistência médico hospitalar firmado pelo autor ser um contrato de trato sucessivo, que se renova a cada mensalidade.”⁶⁹

“Diante de um contrato de trato sucessivo, em que são contratantes um fornecedor e um consumidor, destinatário final dos serviços prestados, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor.”⁷⁰

Portanto, diante da análise doutrinária, bem como pelo entendimento jurisprudencial consolidado na súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça não há como enxergar o contrato ofertado pelas operadoras de saúde sem perpassar pelo filtro de proteção característico do Código de Defesa do Consumidor, sendo certo que a aplicação das normas consumeristas não afasta a aplicação de demais normas protetivas, por exemplo, o Estatuto do Idoso, em uma clara incidência da teoria dos diálogos das fontes.

2.3. Os contratos de plano saúde em espécie

Os contratos envolvendo plano de saúde podem ser classificados em diversas formas, como, coletivo ou individual, empresarial ou não, porém, nenhuma dessas modalidades é de suma importância para a compreensão do foco da presente monografia.

Todavia, a bem da verdade, é necessário destacar a classificação que leva em conta se o contrato de plano de saúde é novo ou velho, uma vez que tal distinção é importante para compreender a evolução histórica, legislativa e jurisprudencial que envolve a celeuma do reajuste por faixa etária nos contratos de plano de saúde.

Os contratos de plano de saúde anteriores a lei nº 9.659/1998 são determinados como planos antigos, não regulamentados ou não adaptados. E para tal modalidade, como foi afirmado no Recurso Especial Repetitivo 1.568.244/RJ – será devidamente analisado no capítulo 3 – quantos aos reajustes da mensalidade:

⁶⁹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão no Recurso Especial n. 418.572. Relator: SALOMÃO, Luiz Felipe. Publicado no DJ de 30/03/2009. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200200255150&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>

⁷⁰ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão no Recurso Especial n. 285.618. Relator: SALOMÃO, Luiz Felipe. Publica no DJ de 26/02/2009. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200001122525&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>

“quantos aos reajustes das mensalidades dos planos de saúde contratados anteriormente à lei 9.656/1998, apenas o que estivesse estabelecido em cada contrato, ressalvada a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC), de modo a proteger a parte hipossuficiente da relação jurídica”⁷¹

Além disso, existem os planos de saúde novos, regulamentados ou adaptados que são aqueles firmados após a Lei nº 9.656/1998. Segundo o já citado recurso especial repetitivo os reajustes de tais planos de saúde são regidos da seguinte maneira:

“Assim, para os reajustes anuais nos planos privados individuais ou familiares de assistência suplementar à saúde, condicionou-se a sua aplicação à prévia aprovação pela ANS, que divulga, também anualmente, os percentuais máximos de reajuste da contraprestação pecuniária. Nos planos coletivos, ao contrário, a atuação da Agência Reguladora restringe-se, nesse aspecto, a monitorar o mercado, de modo que os parâmetros para a majoração são decorrentes da livre negociação entre a operadora e a pessoa jurídica estipulante, possuidora de maior poder de negociação, a resultar, comumente, na obtenção de valores mais vantajosos para si e seus beneficiários. Já a variação das contraprestações pecuniárias em razão da idade do usuário, segundo as determinações legais, deverá estar prevista no contrato, de forma clara, bem como todos os grupos etários e os percentuais de reajuste correspondentes, sob pena de não ser aplicada (vide arts. 15, caput, e 16, IV, da Lei nº 9.656/1998).”⁷²

Por fim, o recurso especial repetitivo sintetiza a situação, tratando ainda dos planos novos pactuados entre 02/01/1999 e 31/12/2003, do reajuste dos planos de saúde da seguinte forma:

“a) No tocante aos contratos antigos e não adaptados, isto é, aos seguros e planos de saúde firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/1998, deve-se seguir o que consta no contrato, respeitadas, quanto à abusividade dos percentuais de aumento, as normas da legislação consumerista e, quanto à validade formal da cláusula, as diretrizes da Súmula Normativa nº 3/2001 da ANS. b) Em se tratando de contrato (novo) firmado ou adaptado entre 2/1/1999 e 31/12/2003, deverão ser cumpridas as regras constantes na Resolução CONSU nº 6/1998, a qual determina a observância de 7 (sete) faixas etárias e do limite de

⁷¹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão no Recursos Especial Repetitivo n. 1.568.244. Relator: CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Publicado no DJ de 19/12/2016. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1557394&num_registro=201502972780&data=20161219&formato=PDF

⁷² Idem.

variação entre a primeira e a última (o reajuste dos maiores de 70 anos não poderá ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para os usuários entre 0 e 17 anos), não podendo também a variação de valor na contraprestação atingir o usuário idoso vinculado ao plano ou seguro saúde há mais de 10 (dez) anos. c) Para os contratos (novos) firmados a partir de 1º/1/2004, incidem as regras da RN nº 63/2003 da ANS, que prescreve a observância (i) de 10 (dez) faixas etárias, a última aos 59 anos; (ii) do valor fixado para a última faixa etária não poder ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para a primeira; e (iii) da variação acumulada entre a sétima e décima faixas não poder ser superior à variação cumulada entre a primeira e sétima faixas.”

Em suma, é possível observar que a classificação do contrato em antigo (não regulamentado) e novo (regulamentado) é uma questão importante para resolver as situações no caso concreto. Cumpre ressaltar, que tais reajustes e a sua abusividade ou não ainda serão analisados.

2.4. Contratos de plano de saúde e o direito à saúde

Como última característica peculiar que permeia os negócios jurídicos que envolvem planos de saúde, porém, não menos importante que as demais já citadas, insta analisar o direito à saúde que envolve tais contratos, isto é, não é qualquer direito patrimonial que é afetado pelos contratos envolvendo plano de saúde, e sim o direito fundamental à saúde.

Os direitos fundamentais são aqueles direitos considerados mais caros a sociedade, ou seja, aqueles direitos mais importantes e preponderantes para os indivíduos e, portanto, positivados expressamente na Constituição com a finalidade de garantir a dignidade da pessoa humana e as liberdades individuais e coletivas de cidadão pertencente a um estado democrático de direito. Paulo Gustavo Gonet Branco, pondera:

“Correm paralelos no tempo o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima, indene às maiorias ocasionais formadas na efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem.”⁷³

⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 265.

Sob esse enfoque, é inegável que a saúde é um dos direitos fundamentais basilares da sociedade, sem o qual o bem estar dos cidadãos é afetado, nesse sentido, é possível citar que para a Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS) a saúde é “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de afecção ou doença”.

O direito à saúde pode ser encarado como um direito charneira, isto é, sem ele os demais direitos não são efetivados, uma vez que o pleno bem-estar do indivíduo é fundamental para que o respectivo possa gozar de todos os outros direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

Diante dessa lógica de direito fundamental à saúde, os negócios jurídicos ofertados pelos planos de saúde, é uma relação privada na qual ocorre a incidência direta de uma garantia fundamental, isto é, é uma aplicação horizontal dos direitos fundamentais. Nas palavras de Paulo Gustavo Gonet Branco:

“A incidência das normas de direitos fundamentais no âmbito das relações privadas passou a ser conhecida, sobretudo a partir dos anos cinquenta, como o efeito externo, ou a eficácia horizontal, dos direitos fundamentais (a drittwirkung do Direito alemão). Desse efeito vem-se extraindo desdobramentos práticos não negligenciáveis, que traçam nova perspectivas para o enfrentamento de questões quotidianas.”⁷⁴

Diante dos argumentos expostos, conclui-se que o negócio jurídico ofertado pelas operadoras de planos de saúde não é um mero contrato que envolve apenas valores patrimoniais, é uma relação jurídica que envolve um direito fundamental no exercício da cidadania, bem como é agasalhado por diversas normas protetivas, uma vez que envolve um direito fundamental tão caro a sociedade, o direito à saúde.

⁷⁴ Ibidem, p. 310.

3. A CLÁUSULA ABUSIVA DE REAJUSTE DE MENSALIDADE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA

3.1. O regime das cláusulas abusivas

O Código de Defesa do Consumidor é uma legislação voltada para a proteção do sujeito desfavorável na relação entre o consumidor e o fornecedor, ou seja, é um sistema protetivo do vulnerável e não do consumo ou dos contratos que envolvam esse vínculo.

Diante dessa ideia que guia todo o texto normativo, existem diversos mecanismos protetivos destinados aos consumidores em diferentes etapas do negócio jurídico envolvendo um produto ou serviço prestado pelo fornecedor.

Portanto, a legislação consumerista procura estabelecer medidas protetivas ao consumidor na formação do contrato, isto é, nas tratativas, assegurando, por exemplo, que o fornecedor não faça propaganda enganosa dos seus produtos. Porém, as medidas protetivas se estendem para a fase de execução do negócio jurídico celebrado pelo consumidor e fornecedor, e, é nesta fase específica que se insere as cláusulas abusivas, bem como na fase pós-contratual, o fornecedor, porém, continua responsável por zelar pelos produtos e serviços que coloca no mercado mesmo após a execução dos respectivos, como, no caso do “*recall*”.

Nesse sentido, a sempre citada Cláudia Lima Marques sintetiza a sistemática apresentada da seguinte forma:

“No primeiro, cria o Código novos direitos para os consumidores e novos deveres para os fornecedores de bens, visando assegurar a sua proteção na fase pré-contratual e no momento de formação do vínculo. No segundo momento, cria o Código normas proibindo expressamente as cláusulas abusivas nestes contratos, assegurando, assim, uma proteção a posteriori do consumidor, através de um efetivo controle judicial do conteúdo do contrato de consumo.”⁷⁵

Desta forma, o controle das cláusulas abusivas se insere no contexto de quando o negócio jurídico entre fornecedor e consumidor já está formalizado. Sergio Cavalieri Filho,

⁷⁵ MARQUES, Claudia Lima. Op. cit., p. 1112.

aponta que o controle das cláusulas abusivas é a “tarefa primordial da justiça na fase de execução dos contratos de consumo para garantir a efetividade dos direitos criados pelo CDC em favor do consumidor.”⁷⁶.

Cumprido destacar que a cláusula abusiva, portanto, coexiste com a formação contratual, isto é, a abusividade da estipulação em favor do fornecedor não surge no decorrer da execução do negócio jurídico. A abusividade não é pactuada na execução contratual, ela é umbilical à formação do contrato. A postulação abusiva de direitos nasce nas tratativas, porém, se manifesta durante a execução contratual.

Convém ainda notar, que a tutela estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor, ou seja, o controle da execução contratual choca-se com os princípios contratuais tradicionais. O antagonismo, aparente, é evidenciado quando se pretende analisar a sistemática consumerista à luz dos conceitos clássicos do princípio da autonomia privada, uma vez que o CDC ao estipular um controle judicial da fase de execução contratual está limitando as escolhas feitas pelas partes na tratativa e, portanto, o princípio clássico da autonomia privada.

Porém, como apontado, esse conflito é apenas aparente, já que o sentido da proteção não é do limitar a vontade dos contratantes sem qualquer motivo. O fundamento do controle das cláusulas abusivas é o restabelecimento das expectativas legítimas do consumidor no momento de formação do contrato, conforme, aponta Cláudia Lima Marques:

“A nova lei vai reduzir o espaço antes reservado para a autonomia da vontade, proibindo que se pactuem determinadas cláusulas, vai impor normas imperativas que visam proteger o consumidor, reequilibrando o contrato, garantindo as legítimas expectativas que depositou no vínculo contratual. (...). A vontade das partes manifestada livremente no contrato não é mais fator decisivo para o direito, pois as normas do Código instituem novos valores superiores, como o equilíbrio e a boa-fé nas relações de consumo. Formado o vínculo contratual de consumo, o novo direito dos contratos optar por proteger não só as vontades das partes, mas também os legítimos interesses e expectativas dos consumidores.”⁷⁷

⁷⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p.183.

⁷⁷ MARQUES, Claudia Lima. Op. cit., p. 1109.

Além disso, sobre a temática ainda se sobressai a discussão doutrinária a respeito do fundamento das cláusulas abusivas, ou seja, a definição de abusividade que consolidou o CDC quando legislou sobre o tema, uma vez que não há um conceito expresso na legislação. Existem duas posições dos estudiosos sobre o tema que se destacam: a aproximação subjetiva e a objetiva.

Sob a ótica da aproximação subjetiva, Cláudia Lima Marques pondera que o instrumento das cláusulas abusivas se conecta com a figura do abuso de direito:

“Para definir a abusividade da cláusula contratual, dois caminhos podem ser perseguidos: 1) uma aproximação subjetiva, que conecta a abusividade mais com a figura do abuso do direito, como se sua característica principal fosse o uso (subjetivo) malicioso ou desviado de suas finalidades sociais de um poder (direito) concedido a um agente.”⁷⁸

Entretanto, diante da massificação das relações consumeristas e das novas orientações da boa-fé objetiva, prevalece na doutrina o entendimento das cláusulas abusivas através da perspectiva objetiva:

“A tendência hoje no direito comparado e na exegese do CDC é conectar a abusividade das cláusulas a um paradigma objetivo, em especial, ao princípio da boa-fé objetiva; observar mais seu efeito, seu resultado, e não tanto repreender uma atuação maliciosa ou não subjetiva.”⁷⁹

Nesse mesmo sentido, Nelson Nery Júnior rechaça a ideia da primeira corrente ao aproximar o conceito de cláusula abusiva com a figura do abuso de direito:

“O instituto das cláusulas abusivas não se confunde com o abuso de direito do art. 187 do Código Civil. Podemos tomar a expressão “cláusulas abusivas” como sinônimas de cláusulas opressivas, cláusulas vexatórias, cláusulas onerosas, ou, ainda cláusulas excessivas.”⁸⁰

⁷⁸ Ibidem, 1112.

⁷⁹ Ibidem, p. 1115

⁸⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p.184.

Por fim, destaca-se que as cláusulas abusivas são hipóteses de nulidade absoluta do negócio jurídico. Tal característica decorre da inafastabilidade de tais cláusulas, além do fato das normas do Código de Defesa do Consumidor serem de ordem pública e interesse social. Portanto, as normas protetivas de cláusulas abusivas são cogentes.

Nesse sentido, Leonardo de Medeiros Garcia, sintetiza que a interpretação da expressão nulas de pleno direito da seguinte forma:

“A doutrina consumerista interpreta a expressão “nulas de pleno direito” como sinônima de nulidade absoluta, não só em razão do art. 166, inciso VII do Código Civil (aplicação do diálogo de fontes entre o CDC e o Código Civil), mas principalmente em consideração do caráter de tutela instituída no art. 1º do CDC: “de ordem pública e interesse social”.⁸¹

Ante o exposto e superado essas noções gerais sobre as cláusulas abusivas, é necessário analisar o texto legal, bem como os comentários da doutrina e dos posicionamentos da jurisprudência sobre as cláusulas abusivas em si, sempre sob a ótica dos contratos dos operadores de plano de saúde.

3.2. O Código de Defesa do Consumidor e as cláusulas abusivas

O legislador optou por estabelecer uma lista de cláusulas abusivas no art. 51⁸² do Código de Defesa do Consumidor. Nota-se que a doutrina é pacífica no sentido de que o rol

⁸¹ GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor : código comentado, jurisprudência, doutrina, questões, decreto 2.181/97**. 4ª ed. Niterói – RJ: Impetus, 2008. p. 265.

⁸² Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código; III - transfiram responsabilidades a terceiros; IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; V - (Vetado); VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem; VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor; IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor; X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral; XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor; XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor; XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração; XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais; XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias. § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a

apontado pelo legislador é meramente exemplificativo, ou seja, existem outras situações que podem se enquadrar no instituto de cláusulas abusivas. Sergio Cavalieri Filho define o rol como uma lista guia:

“A lista de cláusulas abusivas no art. 51 do CDC, embora exemplificativa, o que se depreende da expressão entre outras constantes do seu texto (caput), é bastante abrangente, como haveremos de ver. É chamada de lista-guia porque se presta a servir de guia para que o juiz possa identificar as cláusulas abusivas no caso concreto. Funciona como uma relação de tipos-abertos, aos quais devem ser comparadas as cláusulas suspeitas de abusivas.”⁸³

Além disso, conforme mencionado no item anterior, da análise do art. 51, caput do CDC extrai-se a consequência da cláusula abusiva estabelecida em um negócio jurídico, qual seja, a nulidade de pleno direito.

Porém, é importante frisar que a nulidade da cláusula abusiva, em regra, não invalida o contrato, conforme o princípio da manutenção do contrato expresso no art. 51, §2º do Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, existem exceções, uma vez que se a exclusão da cláusula, apesar de todo o esforço para integrar e manter o contrato, gerar um ônus excessivo para algumas das partes, isto é, impossibilitar a relação contratual, o contrato será inválido.

Humberto Theodoro Júnior leciona que:

“Desse enunciado extraem-se duas conclusões: a) se é possível isolar à cláusula abusiva do contexto contratual, sua nulidade fica restrita a seu próprio conteúdo. Segue-se o princípio clássico *utile per inutile non vitiatur*; b) ao eliminar a cláusula abusiva, cabe o juiz proceder a uma revisão do contrato para preservá-lo, sempre que possível (princípio da conservação ou manutenção do contrato). Somente quando, pela eliminação da parcela abusiva, se tornar desequilibrada de forma irremediável a relação contratual, é que se terá de optar pela completa resolução do negócio.”⁸⁴

vantagem que: I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso. § 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes. § 3º (Vetado).

⁸³ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p.189.

⁸⁴ *Ibidem*, p.210.

O rol presente no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor é extenso e dessa forma análise pontual de cada inciso e os seus devidos desdobramentos é inviável no presente projeto de pesquisa, bem como se afastaria do foco. Dessa forma, será feita uma análise dos incisos que constantemente são citados na prática jurídica, na doutrina, assim como na jurisprudência para fundamentar a abusividade das referidas cláusulas.

Os estudiosos sobre a temática costumam apontar o art. 51, IV do CDC como uma cláusula geral sobre cláusulas abusivas no CDC. O texto legal veda qualquer estipulação contratual que coloque o consumidor em uma situação de desvantagem exorbitante, seja qual for o meio empregado pelo fornecedor, sendo certo que o próprio legislador indica algumas causas, como obrigações iníquas, abusivas e incompatíveis com a boa-fé e equidade.

Cumprido citar os ensinamentos da professora Cláudia Lima Marques sobre tal dispositivo:

“Parece-se nos que a norma do inciso IV do art. 51 do CDC, com a abrangência que possui e que é completada pelo disposto no §1º do mesmo art. 51, é verdadeira norma geral proibitória de todos os tipos de abusos contratuais, mesmo aqueles já previstos exemplificativamente nos outros incisos do art. 51.”⁸⁵

Logo, conclui-se que o inciso IV do art. 51 do CDC se trata de uma norma que se aplica a qualquer relação consumerista, é um guia na análise de cláusulas abusivas, em que pese as demais hipóteses de abusividade do próprio artigo. A análise e compreensão deste inciso é fundamental, uma vez que todas as possíveis cláusulas abusivas devem passar pelo filtro desse artigo, isto é, a ideia que a disposição contratual não pode gerar uma desvantagem exagerada para o consumidor.

Outra cláusula geral apontada pela doutrina é o art. 51, XV do CDC. Tal disposição normativa afirma que é abusiva a cláusula que estejam em desacordo com o sistema de proteção do consumidor. Ao afirmar o desacordo com o sistema de proteção do consumidor deve se ter em mente não apenas o texto da lei, e sim toda a construção principiológica que envolve a proteção ao consumidor.

⁸⁵ MARQUES, Claudia Lima. Op. cit., p. 1119.

A alteração unilateral do valor da mensalidade ajustado no contrato dos planos de saúde em razão exclusivamente da faixa etária é uma disposição em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor, assim como coloca o consumidor em desvantagem exorbitante e, portanto, é uma disposição abusiva se presente nos contratos de operadoras dos planos de saúde.

3.3. Análise da incidência do Estatuto do Idoso nas relações dos planos de saúde com os consumidores

Como outrora apontado, não há uma exclusão da incidência de outros diplomas legislativos no negócio jurídico pela incidência do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, a análise das relações jurídicas pela ótica consumerista não afasta a projeção de outras normas do ordenamento jurídico nacional, sob tudo na ótica da já consagrada teoria do diálogo das fontes.

Uma dessas legislações que podem incidir na análise de uma possível abusividade nos negócios jurídicos envolvendo os planos de saúde e os consumidores é o Estatuto do Idoso.

Uma situação interessante a ser destacada é que nesses casos o indivíduo é duplamente vulnerável, uma vez que a sua vulnerabilidade decorre da própria essência de ser consumidor, bem como por ser idoso.

O Estatuto do Idoso, a lei 10.741 de 2003, é aplicável, conforme o art. 1º⁸⁶ do diploma normativo, às pessoas com idade igual ou superior a 60 anos. Tal legislação tem o escopo de conferir uma maior proteção a um grupo identificado como vulnerável na sociedade. Como pontua, Cláudia Lima Marques, “a proteção de vulnerabilidade do idoso faz nascer um direito subjetivo personalíssimo e indisponível ao envelhecimento sadio, ao qual corresponde uma multiplicidade de direitos e deveres para assegurá-los.”⁸⁷

O Estatuto do Idoso conta com diversas normas destinadas à proteção do idoso, entretanto a análise de tais normas escapa ao objetivo da presente monografia, entretanto o

⁸⁶ Art. 1º É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

⁸⁷ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. P.145.

art. 15, §3º da lei 10.741/2003 é necessário ser analisado, uma vez que é norma que tange diretamente no cerne da discussão que baseia o presente projeto de pesquisa.

O art. 15, §3º do Estatuto do Idoso informa que “É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.”⁸⁸. Portanto, o estatuto do idoso estabelece como um padrão de medida protetiva a inviabilidade de práticas discriminatórias a idosos no plano de saúde em razão da idade.

Em uma reação a tal legislação, a ANS em 2004, através da resolução número 63 com o escopo de definir os limites a serem observados para adoção de variação de preço por faixa etária nos planos privados de assistência à saúde complementar, criou dez faixas etárias para aplicação do reajuste por faixa etária:

“Art. 2º Deverão ser adotadas dez faixas etárias, observando-se a seguinte tabela: I - 0 (zero) a 18 (dezoito) anos; II - 19 (dezenove) a 23 (vinte e três) anos; III - 24 (vinte e quatro) a 28 (vinte e oito) anos; IV - 29 (vinte e nove) a 33 (trinta e três) anos; V - 34 (trinta e quatro) a 38 (trinta e oito) anos; VI - 39 (trinta e nove) a 43 (quarenta e três) anos; VII - 44 (quarenta e quatro) a 48 (quarenta e oito) anos; VIII - 49 (quarenta e nove) a 53 (cinquenta e três) anos; IX - 54 (cinquenta e quatro) a 58 (cinquenta e oito) anos; X - 59 (cinquenta e nove) anos ou mais.”⁸⁹

Diante dessa situação, diversas controvérsias surgiram na doutrina, assim como na jurisprudência, e tais questionamentos serão devidamente analisados no próximo item da presente monografia.

3.4. Cláusula de reajuste de mensalidade por mudança de faixa etária

O estudo da cláusula de reajuste de mensalidade por alteração na de faixa etária nos contratos de plano de saúde perpassa pelo estudo do recurso especial repetitivo número 1.568.244/RJ julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 14 de dezembro de 2016. Tal julgamento estabeleceu diretrizes para indicar se o eventual reajuste é abusivo ou não.

⁸⁸ Art. 15. É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos. § 3º É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

⁸⁹ Disponível em <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NzQ4>

Entretanto, antes de analisar o referido julgado, faz-se necessário observar como a jurisprudência se posicionava antes da atribuição de novos paradigmas consolidados pelo STJ.

De início, cabe ressaltar que o art. 15 da lei 9.656/1998 permite o reajuste nas mensalidades estabelecidas pelo plano de saúde em razão da variação da faixa etária:

“A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E.

Entretanto, cumpre destacar que, conforme já analisado, com a entrada em vigor do Estatuto do Idoso, os cidadãos ao completarem 60 anos de idade gozam da proteção de tal legislação, que veda o reajuste pela simples variação da faixa etária.

Dessa forma, como uma maneira de tentar manter o equilíbrio econômico financeiro do contrato, conforme já destacado, foi editado a resolução 63/2004 da Agência Nacional de Saúde que estabelece diversas faixa etárias para a realização do reajuste na contraprestação dos consumidores nos contratos ofertados pelas operadoras de saúde, sendo a última faixa etária quando o respectivo completa 59 anos de idade em consonância com a disposição do Estatuto do Idoso.

Porém, tal reajuste, embora não fira a legislação protetiva do idoso, tem o condão de infringir a essência da norma contida no Estatuto do Idoso, uma vez que na prática acontece uma antecipação dos valores quando o beneficiário completa 59 anos, o que muitas vezes gera um desequilíbrio contratual, bem como a consequente onerosidade excessiva do contrato que, como também já analisado, é uma cláusula abusiva nos moldes do art. 51, IV do Código de Defesa do Consumidor.

Aliado a isso, a mudança da mensalidade em razão da faixa etária que atinge as pessoas que completam 59 anos de idade é agravado pela provável diminuição de renda de tais indivíduos ao se aposentarem, bem como com os gastos extras com a saúde devido a idade.

Entretanto, não se nega a variação da mensalidade do plano de saúde pela faixa etária, todavia a variação não pode ser desarrazoada e injustificada, isto é, a variação não pode ser tão excessiva ao ponto de trazer uma onerosidade ao consumidor que o impeça de continuar com o contrato. É necessário observar os limites impostos pelo art. 3º da resolução 63/2004 da ANS⁹⁰.

Nesse sentido, cumpre destacar algumas decisões extraídas do poder judiciária no sentido de coibir tal prática:

“Agravo Interno. Decisão monocrática em Apelação Cível que negou provimento ao recurso da agravante. Direito do consumidor. Seguro saúde. Contrato contendo cláusula prevendo o reajuste em função de alteração de faixa etária. Abusividade. Reajuste excessivo por ter a autora completado cinquenta e nove anos de idade. Violação aos princípios da boa-fé e função social do contrato, que devem ser mantidos nas relações contratuais. Conduta abusiva da seguradora, ao expor a segurada a um reajuste de mais de cem por cento no plano contratado, causando uma onerosidade excessiva capaz de inviabilizar o pagamento. Correta a determinação de exclusão dos reajustes por implemento da faixa etária. Devolução do valor cobrado indevidamente que se impõe. Recurso desprovido.”⁹¹

“DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C REVISÃO CONTRATUAL C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO C/C PEDIDO DE DANOS MORAIS E PEDIDO ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REAJUSTE DE MENSALIDADE DE PLANO DE SAÚDE COM FUNDAMENTO NA ELEVAÇÃO DE FAIXA ETÁRIA. REAJUSTE AOS 59 (CINQUENTA E NOVE) ANOS DE IDADE. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INEXISTÊNCIA NO CONTRATO DE CLÁUSULA ESPECÍFICA ESTIPULANDO AUMENTO POR IDADE. PARTE RÉ QUE NÃO SE DESINCUMBIU DE SEU ÔNUS DE COMPROVAR QUE O AUMENTO NÃO FOI EXAGERADO. ONEROSIDADE EXCESSIVA E DESARRAZOADA. DEVOLUÇÃO SIMPLES DOS VALORES, EIS QUE NÃO HOUE MÁ-FÉ. DANO

90 Art. 3º Os percentuais de variação em cada mudança de faixa etária deverão ser fixados pela operadora, observadas as seguintes condições: I - o valor fixado para a última faixa etária não poderá ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária; II - a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas não poderá ser superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima faixas. III – as variações por mudança de faixa etária não podem apresentar percentuais negativos.

91 BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Apelação n. 0318995-63.2012.8.19.0001. Relator: CÂMARA, Alexandre. Publicado no DJ de 27/05/2013. Disponível em <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00041C5A36534953603E23F6A496BD9D359EC502271F3723&USER=>

MORAL CONFIGURADO E FIXADO EM PATAMAR ADEQUADO – QUATRO MIL REAIS. PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS PARA QUE A DEVOLUÇÃO DE VALORES OCORRA NA FORMA SIMPLES.”⁹²

Diante da enorme controvérsia a respeito da variação da mensalidade nos contratos de plano de saúde em razão da faixa etária, em 18 de maio de 2016 o Superior Tribunal de Justiça afetou o recurso especial nº 1.568.244 para a sistemática de recursos repetitivos.

Antes da análise do julgado em si, cumpre discorrer, ainda que de forma sintética, a importância do recurso repetitivo na nova sistemática processual civil. Tal instituto tem como intuito a criação de precedentes a serem seguidos pelo poder judiciário na aplicação do direito ao caso concreto. Conforme, leciona Daniel Amorim, precedente é “qualquer julgamento que venha a ser utilizado como fundamento de um outro julgamento que venha a ser posteriormente proferido.”⁹³

Além disso, o recurso repetitivo tem como objetivo a uniformização da jurisprudência. Daniel Amorim indica que a uniformização da jurisprudência é fundamental para atender o princípio da segurança jurídica:

“a uniformização da jurisprudência atende à segurança jurídica, à previsibilidade, à estabilidade, ao desestímulo, à litigância excessiva, à confiança, à igualdade perante a jurisdição, à coerência, ao respeito a hierarquia, à imparcialidade, ao favorecimento de acordos, à economia processual (de processos e despesas) e à maior eficiência.”⁹⁴

Dessa forma, o art. 927, III do Novo Código de Processo Civil enuncia a eficácia vinculante das decisões proferidas em julgamentos de recursos extraordinários e especiais repetitivos.

O recurso especial repetitivo número 1.568.244 do Rio de Janeiro firmou como tese a ser seguida pela jurisprudência os seguintes enunciados:

⁹² BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Apelação n. 0295740-42.2013.8.19.0001; Relator: ARRABIDA PAES, ANTÔNIO CARLOS. Publicado no DJ de 05/05/2016. Disponível em <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00043D532501F1F4C083E93B1FF45F26554FC5050516413E&USER=>

⁹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – volume único**. 9. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. p. 1389.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 1392/1393.

“O reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido desde que (i) haja previsão contratual, (ii) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e (iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso.”⁹⁵

Como é possível depreender da análise da tese fixada, o Superior Tribunal de Justiça referendou o que já era entendido pela jurisprudência, isto é, a possibilidade da alteração do valor da mensalidade do plano de saúde diante da alteração de faixa etária, porém, tal modificação deve seguir alguns requisitos.

Dessa forma, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a variação da mensalidade em virtude da faixa etária não é abusiva desde que respeitado as normas previstas pelo setor de saúde complementar:

“Enfim, a cláusula de reajuste da mensalidade por mudança de faixa etária do usuário não é inidônea, se devidamente respeitos os normativos do setor, podendo, inclusive os percentuais de majoração ser revisto acaso abusivos.”⁹⁶

Além disso, o ministro relator destaca que a vedação estabelecida no Estatuto do Idoso apenas impede uma variação discriminatória com o idoso:

“É que a norma do art. 15, §3º, da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) apenas inibe o reajuste que consubstanciar discriminação ao idoso, ou seja, o reajuste baseado no simples fato de a pessoa ser idosa, sem pertinência alguma com o incremento do risco assistencial acobertado pelo contrato.”⁹⁷

Ainda na análise da abusividade ou não, o julgado destaca que a questão da variação da mensalidade em razão da faixa etária deve ser verificada através de uma observação do caso concreto, ou seja, não é possível estabelecer apenas premissas objetivas para auferir se há ou

⁹⁵ Disponível em http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?l=10&i=1&tt=T

⁹⁶ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão no Recursos Especial Repetitivo n. 1.568.244. Relator: CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Publicado no DJ de 19/12/2016. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1557394&num_registro=201502972780&data=20161219&formato=PDF, pag. 20.

⁹⁷ Idem.

não uma cláusula abusiva. É necessário verificar todos os aspectos da situação daquela relação jurídica entre o consumidor e o fornecedor.

“Logo, infere-se que a abusividade dos aumentos das mensalidades de plano de saúde por inserção do usuário em nova faixa de risco, sobretudo de participantes idosos, deverá ser aferida em cada caso concreto. E tal reajuste será adequado e razoável sempre que o percentual de majoração for justificado atuarialmente, a permitir a continuidade contratual tanto de jovens quanto de idosos, bem como a sobrevivência do próprio fundo mútuo e da operadora, que visa comumente o lucro, o qual não pode ser predatório, ante a natureza da atividade econômica explorada: serviço público impróprio ou atividade privada regulamentada, complementar, no caso, ao Serviço Único de Saúde (SUS), de responsabilidade do Estado.”⁹⁸

Por fim, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva destaca que:

“Enfim, para a manutenção da higidez da Saúde Suplementar, deve-se sempre buscar um ponto de equilíbrio, sem onerar, por um lado, injustificadamente, os jovens e, por outro, os idosos, de forma a adequar, com equidade, a relação havida entre os riscos assistências e as mensalidades cobradas.”⁹⁹

Sendo assim, conforme apontado, o recurso especial repetitivo estabeleceu a possibilidade de reajuste na mensalidade em razão da modificação da faixa etária desde que exista previsão contratual nesse sentido, que as normas reguladoras do sistema suplementar de saúde sejam respeitadas, isto é, as resoluções da ANS, além de ser necessário respeitar a legislação, como o Estatuto do Idoso e o Código de Defesa de Consumidor e, por fim, respeitar os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

Embora esse tenha sido o entendimento consolidado na corte, é viável criticá-lo diante de todo o exposto no decorrer da monografia. Em primeiro lugar, o Código de Defesa de Consumidor é uma legislação voltada para defender o vulnerável e tal legislação é plenamente aplicável aos contratos de plano de saúde, como foi apontado anteriormente.

Além disso, o consumidor atingido pela interpretação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça é o consumidor idoso e, portanto, duplamente vulnerável. Em tais casos, além de

⁹⁸ Ibidem, pag. 21.

⁹⁹ Ibidem, pag. 30.

incidir as normas protetivas do consumidor, são aplicadas no caso concreto as normas protetivas do idoso.

É bem verdade que nessa etapa da vida, o consumidor se demonstra mais vulnerável, seja no aspecto físico, como no emocional e econômico. Diante dessa realidade, o caminho adotado pelos julgadores pode impor ônus excessivo a tal grupo da sociedade, prejudicando-os de sobremaneira.

Logo, mesmo sendo um recurso especial repetitivo e, portanto, um precedente vinculante a ser seguido pelos operadores do direito, é necessário observar as condicionantes do caso concreto, pois é possível que na situação prática o aumento seja abusivo ou que o aplicador do direito entenda pela preponderância do Estatuto do Idoso ou do Código de Defesa do Consumidor e aplique algumas das técnicas de superação do precedente.

Dessa forma, embora o Superior Tribunal de Justiça tenha estabelecido parâmetros objetivos para análise da abusividade de tais cláusulas contratuais, o mesmo julgado informa a necessidade de uma percepção subjetiva do caso concreto, sendo assim, é necessário verificar como será a evolução jurisprudencial e doutrinária diante do entendimento firmado no recurso especial repetitivo.

CONCLUSÃO

A questão envolvendo o reajuste por alteração de faixa etária nos planos de saúde, como exemplo de abusividade, realmente é uma questão tormentosa no cotidiano dos operadores do direito na sociedade brasileira. O tema se reveste de importância ao passo que trata de um direito fundamental, o direito à saúde.

De fato, incide em tais modalidades contratuais o Código de Defesa de Consumidor e com isso todo o seu aspecto de proteção ao vulnerável com imposições de normas de ordem público que visam equilibrar a relação jurídica que nasce desequilibrada entre consumidores e fornecedores.

Porém, tais contratos também recebem incidência de outras normas protetivas, como, o Estatuto do Idoso que cuida de outro grupo vulnerável da sociedade. Dessa forma, as pessoas que possuem 60 anos ou mais são agasalhadas pelas normas protetivas de tal legislação.

Além disso, existe todo um arcabouço de resoluções expedidas pela Agência Nacional de Saúde com a finalidade de regular o setor, bem como estabelecer diretrizes para a realização dos reajustes, assim como existe a leis dos planos de saúde.

A situação do reajuste do plano de saúde por fator de idade foi referendada pelo Superior Tribunal de Justiça, porém, tal reajuste não pode ocorrer de forma livre e desproporcional. É necessário observa uma série de requisitos para que tais aumentos não gerem uma onerosidade excessiva ao consumidor.

Dessa forma, tais reajustes devem estar previstos no contrato, devem respeitar as normas regulamentadoras sobre o tema e ainda devem ser justificados em bases atuariais idôneas que não onerem o consumidor em demasia.

Porém, a jurisprudência deixa claro que a análise não pode ser apenas objetiva, ou seja, não é uma análise com base apenas nos requisitos estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça, é preponderante o exame do caso concreto para a aferição se houve ou não abusividade.

Pela observação de todos os aspectos levantados ao longo do texto, percebe-se que é de fato uma questão ainda muito sensível que, porém, devido a sua relevância foi destacada pelo Superior Tribunal de Justiça em um recurso especial repetitivo. Diante da posição adotada em tal recurso é necessário aguardar uma resposta da sociedade se tais requisitos estabelecidos pela jurisprudência serão eficazes para coibir a histórica abusividade dos planos de saúde através da utilização de tais cláusulas de reajuste por faixa etária com o intuito de desequilibrar o contrato e onerar excessivamente o consumidor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>.

_____. Lei 9.656 de 03 de junho de 1998. Diário da República Federativa do Brasil, Brasília, 4 de jun. 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm>.

_____. Lei 10.741 de 01 de outubro de 2003. Estatuto do Idoso. Diário da República Federativa do Brasil, Brasília, 03 de out. 2003. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>.

_____. Resolução Normativa 63 de 22 de dezembro de 2003. Define os limites a serem observados para adoção de variação de preço por faixa etária nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 2004. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NzQ4>>.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão no Recurso Especial n. 285.618. Relator: SALOMÃO, Luiz Felipe. Publica no DJ de 26/02/2009. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200001122525&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão no Recurso Especial n. 418.572. Relator: SALOMÃO, Luiz Felipe. Publicado no DJ de 30/03/2009. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200200255150&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão no Recurso Especial n. 1.106.557. Relator: Ministra ANDRIGHI, Nancy. Publicado no DJ de 21/10/2010. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumero>>

roRegistro&termo=200802625536&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Apelação n. 0318995-63.2012.8.19.0001. Relator: CÂMARA, Alexandre. Publicado no DJ de 27/05/2013. Disponível em <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00041C5A36534953603E23F6A496BD9D359EC502271F3723&USER=>>>.

_____. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo de instrumento nº1299116/SP. Agravante: Ibérica Centro de Diagnósticos s/c LTDA. Agravado: General Electric do Brasil s/a. Relator: Ministro Marcos Buzzi. Brasília, 01 de março de 2016. <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=65470661&num_registro=201000665057&data=20161104&tipo=5&formato=PDF>.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Apelação n. 0295740-42.2013.8.19.0001; Relator: ARRABIDA PAES, ANTÔNIO CARLOS. Publicado no DJ de 05/05/2016. Disponível em <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00043D532501F1F4C083E93B1FF45F26554FC5050516413E&USER>

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão no Recursos Especial Repetitivo n. 1.568.244. Relator: CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Publicado no DJ de 19/12/2016. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1557394&num_registro=201502972780&data=20161219&formato=PDF>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo interno no conflito de competência nº146868/ES. Agravante: Ympactus Comercial LTDA. Agravado: Loriane

Fabris Budant. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Brasília, 22 de março de 2017. <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=70761081&num_registro=201601386350&data=20170324&tipo=5&formato=PDF>.

CAPPELETTI, Mauro. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. Direito do Consumidor: fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. 4º ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FLAVIO, Tartuce. Manual de direito civil: volume único. 7º ed. São Paulo: Método, 2017.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direito do Consumidor: código comentado, jurisprudência, doutrina, questões, decreto 2.181/97. 4ª ed. Niterói – RJ: Impetus, 2008.

KHOURI, Paulo R. Roque A. Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 4º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – volume único. 9. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3. ed.

São Paulo: Saraiva, 2007.

WALD, Arnold. O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras, RT, v.666, Revista dos Tribunais, abr.1991.