

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

KEILA PACHECO FERREIRA

VIVIANE COELHO DE SÉLLOS KNOERR

JOANA STELZER

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo [Recurso eletrônico on-line]
organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Viviane Coêlho de Séllos Knoerr, Joana Stelzer, Keila Pacheco Ferreira –
Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-049-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de
desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Globalização. 3.
Relações de consumo. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Apresentação

O presente estudo consubstancia-se em obra que reúne uma coletânea de artigos de excelência acadêmica comprovada não apenas em razão de sua seleção pelo sistema double blind peer review, mas, também por sua apresentação no Grupo de Trabalho Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo ocorrido por ocasião do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade Federal de Sergipe (UFS), na cidade de Aracaju SE, entre os dias 3 a 6 de junho de 2015, reunindo pesquisadores e estudantes oriundos de diversos Programas de Pós-Graduação em Direito do Brasil.

Dentre os traços mais marcantes desse Grupo de Trabalho, teve-se a profundidade na discussão sobre o consumo e o consumismo, o fenômeno da globalização, o superendividamento e aspectos de responsabilidade que norteiam as relações de consumo. Os trabalhos promoveram uma crítica científica de cunho altamente reflexivo sobre o cenário contemporâneo, mediante uma interlocução comprometida por parte dos expositores que demonstraram possuir qualificação para argumentar sobre essas complexas questões contemporâneas.

A diversidade dos temas apresentados também trouxe um anseio generalizado pelas novas abordagens que as temáticas merecem e que não se resumem a uma ótica exclusivamente normativa. As discussões de alto nível entre os pesquisadores de diversas partes do País trouxeram imensa satisfação às Coordenadoras desse Grupo de Trabalho que puderam vivenciar tão enriquecedora experiência.

No intuito de revisitar os temas e autores, passa-se a fazer breve descrição do conteúdo que será encontrado ao longo de toda a obra.

Os autores Marcelo Cacinotti Costa e Vinicius de Melo Lima, apresentam um estudo sobre o superendividamento e seus reflexos na sociedade contemporânea partindo da compreensão da modernidade líquida e dos novos pobres no artigo O Superendividamento como um problema de Direitos Fundamentais.

Partindo das patologias do consumo na sociedade moderna, e as diferentes implicações nas questões sociais, ambientais e econômicas as autoras Livia Gaigher Bosio Campello e

Mariana Ribeiro Santiago discorrem sobre as novas dinâmicas da locação de coisas, ressignificação da propriedade e efetivação do consumo solidário e sustentável.

Em Comércio Justo e Consumo Responsável: avanços normativos para a certificação brasileira, os pesquisadores Everton Das Neves Gonçalves e Joana Stelzer ao tratar de diagnosticar o cenário contemporâneo da certificação do Comércio Justo, especialmente no âmbito brasileiro, demonstram que os princípios jurídicos, as regras de certificação e os códigos de conduta nada mais são do que estímulos normativos para uma mudança do comportamento de consumidor para agente de transformação social.

Analisando a aplicação dos sistemas S1 e S2 de Daniel Kahneman no sistema consumista e evidenciando conceitos e origens do sistema consumista, os autores Jose Everton da Silva e Marcos Vinícius Viana da Silva buscam compreender qual dos dois sistemas é aplicado no momento da compra dos novos produtos.

Trazendo à tona e inserindo o conceito da obsolescência programada no contexto da sociedade de risco, os autores Sérgio Augustin e Daniel Bellandi realizam uma breve crítica ao pensamento econômico da era da modernidade e apontam que, se observadas a pleno o conceito de obsolescência programada, consumo, consumismo e crescimento econômico, encontraremos intrínsecas inúmeras possibilidades de atenuação da crise ambiental em nosso planeta.

Tratando em seu artigo de formas a potencializar a segurança do consumidor e ao mesmo tempo fomentar o mercado de incorporações imobiliárias, os pesquisadores Leandro de Assis Moreira e Franco Giovanni Mattedi Maziero apresentam a utilização conjunta dos dois instrumentos, ou seja, o patrimônio de afetação em sociedade de propósito específico para o desenvolvimento de cada empreendimento de incorporação imobiliária.

Já em O apelo midiático e a publicidade subliminar no atual contexto das relações de consumo: Implicações e Responsabilidades, a autora Alana Gemara Lopes Nunes Menezes traz à tona a problemática das práticas publicitárias enganosas, especialmente a técnica subliminar e o merchandising, sua tutela pelo Direito e as suas consequências para o consumidor brasileiro.

Sergio Leandro Carmo Dobarro e Andre Villaverde de Araujo, ao estudar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor, demonstram

que o mesmo deve funcionar como arcabouço de concretização de direitos e imputação de saldo benéfico ao processo, protegendo de modo mais energético àqueles que findam encaixilhados como vítimas pontuais na sociedade consumerista.

Partindo da conceituação enquanto bem jurídico supraindividual e a ausência de efetividade no plano da concretude, os autores Ângelo Maciel Santos Reis e Felipe Carneiro Pedreira da Silva em A (in)eficácia dos tipos penais do Código de Defesa do Consumidor tratam acerca dos tipos penais presentes no referido código, demonstrando que a proteção aos direitos da coletividade se torna inadequada ou insuficiente sob a perspectiva do Direito Penal.

Ao apresentar o caso do superendividamento sob o enfoque da legislação brasileira e a importância da propositura de soluções eficazes para frear tal fato, os pesquisadores Giovanna Paola Batista de Britto Lyra Moura e Manoel Alexandre Cavalcante Belo demonstram a necessidade emergencial de uma reforma no Código de Defesa do Consumidor, bem como, que o superendividamento é uma questão de ordem pública, e como tal deve ser tratado.

Em A incidência e aplicabilidade do recall nas relações de consumo brasileiras, Patricia Martinez Almeida e Vladmir Oliveira da Silveira tratam do tema citado concluindo que nas relações em que ocorre o presente instrumento ainda não são satisfatórias, tanto em relação à falta da necessária transparência nas informações, seja pela abrangência de sua incidência prática.

Relatando a atividade administrativa das audiências de conciliação no âmbito do PROCON-TO como uma tentativa de dar uma resposta do poder público satisfatória ao consumidor, as autoras Renata Rodrigues de Castro Rocha e Liliane de Moura Borges reconhecem o serviço que vem sendo prestado à sociedade pelo PROCON-TO e Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, concluindo que os Estados podem lançar mão desse tipo de mecanismo para tentar superar o obstáculo organizacional.

Abordando o dever de informação nos Contratos de Seguro-Saúde como desdobramento do Princípio da Boa-Fé Objetiva, os pesquisadores Evelise Veronese dos Santos e Roberto Wagner Marquesi expõe esse dever como de extrema importância, por isso as partes devem observar com rigor seu dever de informar, atingindo, com isso, a ideia da transparência contratual.

Discutindo sobre a crescente demanda do Direito Contratual relacionado ao Direito do Consumidor, Stefania Fraga Mendes e Roberto Alves de Oliveira Filho em seu artigo O

princípio da boa-fé como instrumento de equilíbrio e proteção nas relações de consumo no Brasil e na União Européia apresentam a aplicação do instrumento ora citado como um meio para a redução da desigualdade negocial entre consumidor e fornecedor.

Por fim, os autores Sérgio Augusto Pereira Lorentino e Leonardo Macedo Poli fazem uma análise da autonomia dos consumidores nos contratos dentro da contemporaneidade.

As discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores na área consumerista, fomentando e amadurecendo a pesquisa na área do Direito, visando ainda o incentivo a demais membros da comunidade acadêmica à submissão de trabalhos aos vindouros encontros do CONPEDI.

É com muita satisfação que apresentamos esta obra. É garantida rica leitura e reflexão a todos.

Coordenadoras do Grupo de Trabalho

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr UNICURITIBA

Profa. Dra. Keila Pacheco Ferreira - UFU

Profa. Dra. Joana Stelzer - UFSC

**O PROCESSO COLETIVO COMO ALTERNATIVA PARA UMA MELHOR
PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE PLANO DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE
NO BRASIL**

**THE CLASS ACTION AS AN ALTERNATIVE TO A BETTER HEALTH
INSURANCE SERVICE IN BRAZIL**

**Juliana Rose Ishikawa da Silva Campos
João Bosco Soares da Silva Filho**

Resumo

Este ensaio tem como objetivo demonstrar a importância do processo coletivo enquanto alternativa para uma melhor prestação dos serviços de plano de assistência privada à saúde no Brasil. Para tanto foi utilizado o método indutivo, além das técnicas bibliográfica e documental. Buscou-se demonstrar o duplo viés protetivo decorrente dos contratos de plano de saúde, que, além de versarem sobre um Direito Fundamental, possuem como contraparte o consumidor, constitucionalmente protegido. Em que pese tamanha proteção, a análise jurisprudencial feita na terceira seção evidenciou abusividades que frequentemente acometem estes contratos. Propomos, enfim, que as ações coletivas são instrumentos eficazes na defesa da saúde dos brasileiros, mesmo quando prestada através de relação contratual com a iniciativa privada.

Palavras-chave: Direito à saúde, Planos de saúde, Direito do consumidor, Processo coletivo.

Abstract/Resumen/Résumé

This essay aims at demonstrating the importance of the "class action" as an alternative to a better health insurance service in Brazil. The inductive method and also the bibliographical and documental techniques were used. We seek to demonstrate the double protective bias of these health insurance contracts, involving the Fundamental Right (Right to Health) and having as a counterpart the consumers that are protected by the Constitution. The jurisprudential analysis made in the third section clearly showed the abuses frequently imposed by the private insurance contracts. We affirm therefore that the "class actions" are effective tools to ensure the defense of the health of the Brazilians even when this depends on a contract with a private agent.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to health, Health insurance service, Consumer rights, The brazilian 'class action'.

INTRODUÇÃO

Os estudiosos do direito brasileiro parecem ter convencionado que o viés do Direito Fundamental à saúde que merece o cuidado doutrinário é o público: referente à prestação universal do Estado ao cidadão-contribuinte, que bate por algum motivo às portas do Sistema Único de Saúde, normalmente já em situação de urgência. Ocorre que a dificuldade em se exigir saúde do Estado tem feito com que muitos brasileiros busquem a prestação deste serviço através de convênios com a iniciativa privada, estabelecendo uma relação contratual. Trata-se do contrato de plano de assistência privada à saúde, que mereceu cuidados específicos do legislador, através da Lei 9.656/98.

O fato da saúde já ser admitida pelo legislador constituinte (art. 199) como objeto de contrato com a iniciativa privada não lhe retira, no entanto, o caráter de Direito Fundamental, o qual possui aplicabilidade imediata e exigibilidade típica dos direitos subjetivos. De outra banda, não podemos negar que os contratantes destes serviços possuam o *status* e a vulnerabilidade de consumidores, sujeitando-se à proteção constitucional (art. 170, V) e legal (Lei 8.078/90, mais conhecida como Código de Defesa do Consumidor) dirigidas a este grupo. Existe, portanto, um duplo matiz protetivo, a ser observado pelo prestador de serviço de saúde e pelo próprio Estado, que age através da Agência Nacional de Saúde Suplementar, dentre outras instituições.

Dentro desta lógica, destaca-se o uso do processo coletivo - instituído de maneira inovadora no sistema jurídico brasileiro através de mecanismos como a ação civil pública, a ação popular e o mandado de segurança coletivo -, o qual além de afastar do Poder Judiciário demandas repetitivas - relativas a consumidores dos serviços de saúde que estão a enfrentar os mesmíssimos problemas -, pode significar um controle externo da qualidade dos serviços de saúde prestados, através da atuação do Ministério Público, constitucionalmente independente do Executivo desde 1988 (art. 127, CRFB), da Defensoria Pública e dos próprios consumidores, na defesa de direitos coletivos ou individuais homogêneos, organizados ou não em associação civil.

Percebe-se que a jurisprudência ainda não assimilou alguns institutos do processo coletivo, como bem será demonstrado no item 3 deste trabalho. Mas o problema não se encontra só com os juristas, decorrendo também do Legislador, por vezes sensível às pressões das instituições financeiras prejudicadas em condenações coletivas. Analisar-se-á, por exemplo, dentro da proposta de se realizar revisão bibliográfica séria e analisar a temática através de julgados relevantes – o que nos remete ao método indutivo-, o caso

do art. 16, acrescentado desastrosamente à Lei de ação civil pública em 1997, regulamentando os limites da coisa julgada no processo coletivo, recebendo severas críticas dos juristas nacionais.

Embora ainda enfrente problemas, o fato é que o processo coletivo se apresenta como mecanismo aberto ao diálogo com a Lei dos planos de saúde, a ser manejado nos casos de abusividade nos contratos de plano de saúde, podendo contribuir não só para uma melhora destes serviços, mas para a evolução do direito à saúde constitucionalmente assegurado.

1. DIREITOS SOCIAIS, DIREITO À SAÚDE E DIFICULDADES DE EFETIVIDADE

1.1. DIREITOS SOCIAIS: BREVE SÍNTESE HISTÓRICA E ALGUMAS PONTUAÇÕES SOBRE A SUA EXIGIBILIDADE

O final do século XX foi marcado pela transição de um paradigma político-econômico liberal para um paradigma social. Este período de relativo abandono aos ideais liberais revelou um novo olhar sobre o papel do Estado. As distorções sociais advindas da industrialização (marcada pelo liberalismo) mostraram que o Estado mínimo, que não intervinha na economia, que ‘acreditava’ na autonomia da vontade de seus cidadãos, na liberdade, na igualdade formal e creditava ao mercado a função de criar e distribuir riquezas, já não se mostrava apto a resolver as novas demandas sociais que surgiam da relação desigual entre os proprietários das grandes indústrias (detentores dos meios de produção) e seus trabalhadores que viviam em condições terríveis em termos sociais: sem acesso à saúde, educação, moradia, assistência social, dentre outros direitos.

Nesse momento de luta de classes, surge a aspiração por ‘novos direitos’, que fossem além de liberdade, igualdade, autonomia contratual, propriedade – direitos que revelariam um novo tipo de Estado, não mais um inimigo público¹, mas um aliado e provedor que passaria a garantir os chamados direitos sociais², ou direitos de segunda

¹ Sobre a figura do Estado como inimigo público, ver, por todos BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 68, 71, 73 e seguintes.

² Sobre o conceito de direitos sociais, ver, dentre outros, SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 286-287.

geração/dimensão, ou ainda, em termos de direito internacional, os chamados direitos sociais, econômicos e culturais³ - tratava-se, portanto, do Estado social.⁴

Porto⁵ aduz que a percepção destes fatores - impactos da industrialização e da urbanização - levou à constatação de que a consagração formal da liberdade e da igualdade não pressupunha o seu efetivo gozo, justificando o surgimento dos movimentos reivindicatórios para impor ao Estado obrigações positivas que realizassem Justiça Social, ou ainda, igualdade de oportunidades. Assim percebe-se uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas.

Desta forma, surgem estes novos direitos – os direitos sociais – que, historicamente foram resultado de movimentos sociais e lutas de classes. Estes direitos operaram avanços significativos na estrutura social, mas, desde seus primórdios enfrentaram deficiências e limitações estatais decorrentes de fatores orçamentários.

Percebeu-se que a garantia dos direitos sociais implicaria, em sua essência, em investimentos públicos, uma vez que tais se caracterizavam como direitos preponderantemente positivos, que passariam a exigir do Estado não mais uma atitude de não-intervenção, mas sim uma atitude de prestação. Eram, portanto, em sua essência, direitos prestacionais.

Pieroth e Schilink defendem que esta ampliação da concepção de Direitos Fundamentais (de direitos clássicos de liberdade para direitos sociais) tem por base uma mudança em toda a teoria do Estado.⁶

³ “O modelo do direito social não é um modelo que substitua completamente ao modelo do direito privado clássico, mas um modelo corretivo do que se consideram disfunções deste último.” ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. STEPHANOV, Luiz Carlos [trad.] Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2011, p. 65

⁴ “O Estado Social é o tipo de Estado que coloca entre os seus princípios fundantes e estruturantes o princípio da sociabilidade; o princípio da sociabilidade postula o reconhecimento e a garantia dos direitos sociais; e a garantia dos direitos sociais pressupõe uma articulação do direito (de todo o direito, a começar pelo direito constitucional) com a economia intervencionista progressivamente neutralizada pela expressão de mercado global.” CANOTILHO, J. J. Gomes. O direito constitucional como ciência de direção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição social”) in: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha [coord.]. *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva: 2010, p. 18.

⁵ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Direitos fundamentais sociais: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 57-58.

⁶ Esta ampliação do entendimento dos direitos fundamentais tem por base mudanças na teoria do Estado. Para a teoria do Estado do século XIX e do início do século XX, era corrente a ideia de que o particular, o cidadão com posses e com cultura, era, como membro da sociedade civil, autossuficiente e autônomo. A sua liberdade era liberdade em face do Estado; a sociedade podia por si só cuidar dos seus próprios interesses econômicos e culturais e precisava do Estado apenas para a defesa contra perigos externos e internos: nas suas funções de exército, de polícia e de justiça. Esta concepção não correspondia à realidade já no século XIX e no início do século XX, nem era reconhecida universalmente. Caiu definitivamente em

Neste contexto de surgimento de novos direitos que atendessem às demandas sociais, restaram, para alguns, dicotomizados e diferenciados os chamados direitos de primeira geração (ou direitos civis e políticos) e os direitos de segunda geração (direitos sociais). A principal diferença entre os dois tipos de direitos era afirmada pelos juristas que defendiam a ideia de que os direitos sociais não eram Fundamentais, tais quais os direitos de primeira geração (civis e políticos). Para estes, os direitos sociais não passavam de normas programáticas, ou seja, promessas bondosas de um Estado que quer a todos proteger, mas não pode fazê-lo em razão de suas limitações de ordem orçamentária (reserva do possível).

Courtis e Abramovich afirmam que *não é raro se defrontar com opiniões que, negando todo valor jurídico aos direitos sociais, os caracterizam como meras declarações de boas intenções, de compromisso político e, no pior dos casos, de burla ou fraude tranquilizadora*⁷ e defendem a ideia (da qual compartilhamos) de que

*(...) a adoção de normas constitucionais ou de tratados internacionais que consagram direitos econômicos, sociais e culturais gera obrigações concretas ao Estado; que – assumindo suas particularidades – muitas dessas obrigações resultam exigíveis judicialmente, e que o Estado não pode justificar seu descumprimento manifestando que não teve intenções de assumir uma obrigação jurídica, mas simplesmente realizar uma declaração de boa intenção política.*⁸

Temos assim, que a doutrina jurídica, em sua parte mais expressiva, já tem dado sinais de abandono à teoria dos direitos sociais como direitos não exigíveis judicialmente ou como normas puramente programáticas, colocando-os no centro do debate jurídico mais sério a respeito de como o direito e a própria Constituição do Estado devem atuar na busca pela igualdade material concreta, ou, em outros termos, para *equilibrar situações de disparidade*.⁹

descrédito na sociedade contemporânea da guerra e do pós-guerra, tanto da Primeira como da Segunda Guerra Mundial. Das duas vezes se mostrou que o particular está fundamentalmente dependente de medidas, instituições, distribuições e redistribuições do Estado; que a sua liberdade tem condições sociais e estatais que ele próprio não consegue assegurar. Em vez da ficção do indivíduo autocrático da sociedade burguesa, surgiu a imagem de um indivíduo simultaneamente necessitado e responsável na comunidade social. A ideia de que o Estado de direito podia, como Estado liberal, intervir o mínimo possível na liberdade do particular foi complementada com a ideia de que, como Estado social, tinha em primeiro lugar de criar e assegurar as condições de liberdade. PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Direitos fundamentais. SOUSA, António Francisco; FRANCO, António [trad.]. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 68.

⁷ ABRAMOVICH, op. cit., p. 27.

⁸ Ibidem, pp. 27-28.

⁹ Ibidem, pp. 70-71.

Neste cenário de ampla exigibilidade de direitos sociais, o Poder Judiciário tem se mostrado como instituição detentora de papel extremamente relevante. A judicialização dos direitos sociais é uma tendência que tem se repetido no cenário internacional e no Brasil é uma realidade que chega a preocupar, uma vez que dia após dia novas demandas (relacionadas principalmente à saúde) são propostas, visando tutelas, que em sua expressiva maioria são urgentes.

Sobre esta tendência de exigibilidade por meio de um Poder Judiciário proativo, Abramovich e Courtis afirmam que *ainda que se possa conceder a existência de limitações à judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais, cabe concluir no sentido exatamente inverso: dada sua complexa estrutura, não existe direito econômico, social ou cultural que não apresente ao menos alguma característica ou faceta que permita sua exigibilidade judicial em caso de violação*.¹⁰

A violação de direitos sociais é indesejada pelo ordenamento jurídico e a sua positivação a nível constitucional é uma verdadeira conquista que não admite retrocessos. A inobservância destes direitos é tão rechaçável que a legislação, a jurisprudência e a doutrina têm criado caminhos para que o prejudicado tenha alternativas para fazer frente a sua ocorrência. Um destes caminhos é a via judicial, que ainda é o meio mais efetivo para se corrigir eventuais distorções, quer individuais, quer coletivas.

Tendo por pacífica a possibilidade de se exigir judicialmente direitos sociais e como incontestável sua relevância histórica e prática no ordenamento jurídico, convém seguir para a análise do direito à saúde, um dos direitos sociais mais enigmáticos e que tem gerado grandes controvérsias jurisprudenciais desde a sua constitucionalização no Brasil.

1.2. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: CONCEITOS, REGIME JURÍDICO E EFETIVIDADE

A saúde tem se mostrado ao longo dos anos e das conquistas sociais, como um dos direitos sociais mais emblemáticos, quer pela sua complexidade, quer pela dificuldade de se estabelecer limites para a prestação estatal, quer pela problemática relacionada à sua efetividade, quer até mesmo pela dificuldade de estabelecer o seu conceito.

¹⁰ ABRAMOVICH, op. cit., p. 58.

A noção de saúde, historicamente, sofreu processos de evolução. Os povos primitivos possuíam acepções bastante mágicas e ‘espiritualizadas’ de saúde, vendo o doente como alguém possuído por demônios, ou até mesmo castigado por Deus.¹¹ Na antiguidade grega, estas concepções começaram a ser questionadas em razão de observações empíricas que mostravam que havia outros fatores que poderiam se relacionar à falta de saúde, tal qual o ambiente em que o indivíduo vivia.¹² Em que pese alguns retrocessos experimentados na Idade Média, o Renascimento se opôs às tradições místicas e apontou para a necessidade de progresso e valorização da ciência em termos de saúde. Alguns autores parecem creditar a este momento histórico as raízes da atual concepção que temos de saúde.¹³

Como visto anteriormente quando se tratou dos direitos sociais, a saúde passou a ser ‘esperada’ do Estado muito em razão da industrialização e da urbanização que revelaram a patente necessidade de melhores condições sanitárias, de moradia e de vida como um todo. Daí adiante, as questões relacionadas a saúde foram cada vez ganhando mais espaço tanto nas políticas de Estado, quanto nas próprias leis, tratados internacionais e constituições.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas de 1948 (arts. 22 e 25), o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) de 1966 (art. 12) e a Convenção Americana de Direitos Humanos – ‘Pacto de São José da Costa Rica’ (arts. 4º e 5º) são os principais exemplos de diplomas internacionais que versaram sobre ‘saúde’ e que abriram espaço para que constituições, tal como a brasileira, elevassem a saúde à posição de Direito Fundamental, uma vez que já reconhecido, a nível internacional, como direito humano.

A Constituição Federal brasileira de 1988, seguindo estas tendências internacionais e o conceito de saúde da OMS (Organização Mundial de Saúde) de 1948¹⁴, erigiu a saúde a Direito Fundamental na ordem nacional (arts. 6º e 196 e seguintes), dando-lhe enfoque alargado que ultrapassou a noção puramente curativa (‘recuperação’)

¹¹ SCLIAR, Moacyr. *Do mágico ao social: trajetória da saúde pública*. 2. ed. São Paulo: Senac, 2002, pp. 14-20.

¹² FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007, pp. 77-80.

¹³ FIGUEIREDO, op. cit., p. 78.

¹⁴ “O conceito da OMS, divulgado na carta de princípios de 7 de abril de 1948 (desde então o Dia Mundial da Saúde), implicando o reconhecimento do direito à saúde e da obrigação do Estado na promoção e proteção da saúde, diz que “Saúde é o estado do mais completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de enfermidade”. SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. *PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 17 (1): pp. 29-41, 2007.

para abranger um viés preventivo (‘prevenção’) e também a busca pela qualidade de vida (‘promoção’).¹⁵ É bom lembrar que a Constituição de 1988 foi a primeira Carta brasileira a consagrar o Direito Fundamental à saúde. Os textos constitucionais anteriores possuíam apenas disposições esparsas sobre o tema, como a Constituição de 1824, que previa a garantia de ‘socorros públicos’ (art. 179, XXX).¹⁶

Como afirmam Sarlet e Figueiredo, a saúde comunga em nossa ordem jurídico-constitucional atual da dupla fundamentalidade, uma vez que é positivada pela constituição escrita, protegida das mudanças legislativas (‘cláusula pétrea’) e possui aplicação imediata (art. 5º, § 2º) (fundamentalidade formal), além de tratar de bem jurídico extremamente relevante, o que se evidencia pela importância da saúde como pressuposto para a manutenção da vida com dignidade (fundamentalidade material).¹⁷

Embora um dos grandes avanços da atual Constituição brasileira tenha sido reconhecer diversos Direitos Fundamentais, com destaque para os direitos sociais, há que se considerar que ela consagrou também Deveres Fundamentais. A todo Direito Fundamental se contrapõe, logicamente, um Dever Fundamental. Logo, a saúde, além de Direito Fundamental (individual e coletivo), é também dever do Estado (art. 196, CRFB), mas não somente dele, pois o próprio art. 197 do texto constitucional indica que *são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado*.

Percebe-se assim que o dever de garantir saúde é um Dever Fundamental cujo titular principal é e sempre será o Estado. Entretanto, é possível que a execução dos serviços de saúde seja feita por terceiros e também por pessoa física ou jurídica de direito privado. Daí se extrai a possibilidade de saúde ‘complementar’ e ‘suplementar’ (art. 199, CRFB), a qual abordaremos mais adiante.

Dizer que a saúde é um Dever Fundamental do Estado implica em afirmar que ele tem responsabilidade de executar medidas reais e concretas para vê-la efetivada, como por exemplo, legislar sobre o tema, fiscalizar, controlar, promover campanhas de

¹⁵ loc. cit., p. 81

¹⁶ Cfe. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 622.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtnier. *Algumas considerações sobre o direito fundamental à saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf Acesso em 05 dez. 2014. pp. 05-06.

vacinação, promover serviços de prevenção, construir hospitais, investir no Sistema Único de Saúde (deveres positivos – dimensão prestacional). Além disso, este Estado intervencionista tem ainda o dever de respeitar e de não permitir que terceiros violem a saúde das pessoas (deveres negativos – dimensão defensiva).

Pontua-se ainda o fato da saúde se relacionar com outros Direitos e Deveres Fundamentais, além de estar umbilicalmente ligada à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB). O próprio direito à vida abrange, a nosso ver, uma proteção à saúde. Isso sem falar em outros direitos: meio ambiente, trabalho, previdência, etc. O princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do nosso Estado constitucional, do qual decorrem os Direitos Fundamentais, pode ser claramente vislumbrado na proteção à saúde. Não há que se falar em vida digna se não houver promoção, proteção e recuperação (quando necessário) da saúde.

Como afirmamos, o direito à saúde é dos mais complexos, enfrentando ao longo da história toda sorte de ‘pedras no caminho’ no que toca à sua efetividade. Como afirma Bobbio, *o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justifica-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político*.¹⁸ Não podemos com isso negar-lhe a importância e tampouco deixar de reconhecer os avanços que os tratados internacionais, a Constituição brasileira, a legislação interna, a jurisprudência e as políticas públicas têm promovido ao longo de anos na busca por soluções para o direito à saúde, que é tão abrangente, custoso em termos orçamentários e cuja extensão se amplia a cada dia.

Resta-nos concluir, nesta senda, que, saúde, é indubitavelmente Direito Fundamental (material e formalmente), é Dever Fundamental (principalmente do Estado, mas não somente dele), se relaciona com outros direitos e deveres, além de estar intimamente ligada aos objetivos e princípios do Estado democrático de direito, dos quais ressaltamos a dignidade da pessoa humana, sendo aspiração de todas as pessoas, que, além de destinatárias de ‘recuperação’ e ‘prevenção’, são merecedoras de qualidade de vida (‘promoção’). Saúde é também um conceito que tem sofrido evolução ao longo de anos e possui hoje acepções das mais abrangentes.

Como veremos adiante, os serviços de saúde podem ser executados por outros agentes além do Poder Público, sem, contudo, perder sua essência e seu caráter de Direito Fundamental e sua relevância social, o que fará com que o Estado, mesmo não sendo

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. COUTINHO, Carlos Nelson. [trad.]. 10 tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 23.

parte direta nestas relações, as fiscalize e até mesmo nelas interfira, caso se faça necessário. Tudo isso em razão da altíssima relevância do bem da vida envolvido, o qual, embora prestado por agentes não-estatais, não perderá jamais os seus atributos, dos quais, destaca-se ser Direito Fundamental Social.

1.3. SAÚDE ‘PRIVADA’: UMA RELAÇÃO PURAMENTE CONTRATUAL?

Inicialmente convém pontuar a diferença entre a saúde prestada por particulares por meio de contratação ou convênio firmado com o Poder Público (‘modo complementar’) e a saúde prestada de forma privada fora do âmbito do SUS (‘modo suplementar’). O art. 199¹⁹ da Constituição Federal diz ser livre à iniciativa privada a assistência à saúde, o que permite concluir pela possibilidade de ambos os modelos: complementação (parágrafos do art. 199, CRFB) e suplementação (*caput*, art. 199, CRFB).

Apontamos ainda que, será objeto de nossa análise daqui em diante a prestação de serviços de saúde pela iniciativa privada por meio de plano privado de assistência à saúde²⁰ (comumente chamados de ‘planos de saúde’).

Assim, convém agora analisar um problema tormentoso: a saúde quando prestada por uma pessoa jurídica ou física de direito privado, ou até mesmo por intermédio de um plano de saúde, continua a ser um Direito Fundamental social? Ou a qualidade de Direito Fundamental Social se restringe aos bens sociais ofertados diretamente pelo Estado?

¹⁹ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

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

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

§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

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

²⁰ O conceito de plano privado de assistência à saúde pode ser extraído artigo 1º, I da Lei 9.656/1998:

Art. 1º (...)

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

Os planos de assistência privada à saúde sabidamente se submetem a um regime jurídico de regulação e dirigismo estatal (contratual). A Lei 9.656/98, por exemplo, regula os planos e os seguros privados de assistência à saúde. Ademais, independentemente de sua condição de público, privado ou misto, todo estabelecimento de serviço de saúde tem obrigatoriamente de se submeter à Lei 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Daí já se percebe que a alta relevância social dos serviços que estas empresas (bem como pessoas físicas) prestam justifica a obrigatoriedade de se submeterem a um dirigismo estatal, pois o Estado não pode se omitir de fiscalizar tais serviços, uma vez que se está a falar de bens jurídicos indisponíveis.

Desde já, afirmamos que a saúde, muito embora prestada pela iniciativa privada, não perde seu caráter de Direito Fundamental. Isso significa dizer que as pessoas que contratam planos de saúde são destinatárias de direitos e proteção da mesma forma que as pessoas que não podem arcar com tal gasto. Ambas (a pessoa que tem plano de saúde e a que não tem) são destinatárias do mesmo direito à saúde e merecem, sem sombra de dúvida, a maior proteção possível, quer seja ela concedida pelas empresas que prestam serviços de saúde, quer pelo próprio Poder Público.

É pacífico na doutrina²¹ e jurisprudência²² que a relação entre as empresas que fornecem planos de saúde e as pessoas que os contratam se trata de uma relação de consumo. Sendo assim, sabendo que a Constituição Federal de 1988 apontou a necessidade de se proteger o consumidor (art. 5º, XXXII), entre os Direitos Fundamentais, podemos afirmar que o ordenamento constitucional brasileiro conferiu dupla proteção aos usuários de planos de saúde: vez que tutela o direito à saúde (enquanto Direito Fundamental) e protege a posição de vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo (que é também Direito Fundamental).²³

Assim, tem-se que os serviços de saúde, mesmo quando prestados pela iniciativa privada, são de alto interesse do Estado, uma vez que a sua má prestação pode significar uma oneração para os serviços públicos prestados diretamente pelo poder público, além

²¹ Dentre outros, SARLET, op. cit, pp. 16-17; MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 407 e MARQUES, Cláudia Lima e SCHMITT, Cristiano Heineck. *Visões sobre os planos de Saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor*, 2011 p. 12. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/vis%C3%B5es-sobre-os-planos-de-sa%C3%BAdede-privada-e-o-c%C3%B3digo-de-defesa-do-consumidor>. Acesso em: 23 dez. 2014.

²² Dentre outros, Resp 347752 (Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Herman Benjamin) e Súmula 469 do STJ “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.”.

²³ SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *A defesa da saúde em juízo*. São Paulo: Verbatim, 2009, pp. 49-51.

de significar afronta a Direitos Fundamentais previstos na Constituição. O alto interesse público na saúde privada pode ser ainda vislumbrado pelo dirigismo estatal (contratual) e pela grande quantidade de leis, atos normativos e de fiscalização, aos quais se submete a iniciativa privada quando deseja prestar serviços de saúde. Além disso, por possuírem natureza de relação de consumo, os contratos de plano de saúde se submetem à legislação consumerista, a qual, dentre outras garantias, prevê maneiras de se mitigar a vulnerabilidade do consumidor, das quais se destaca a possibilidade de inversão do ônus da prova no caso concreto, e princípios informativos (proteção, educação, informação, *vide* art. 4º, da Lei 8.078/90).

Temos assim que, as relações privadas de fornecimento de serviços de saúde não são relações puramente contratuais, uma vez que a posição de vulnerabilidade do consumidor diante de contratos cujas cláusulas não pode negociar (contratos de adesão) revela que há uma situação de desequilíbrio não somente social, mas também econômico. Esta condição desigual pressupõe um ‘intervencionismo’ estatal no que toca à proteção do hipossuficiente. Tal proteção estatal demonstra que, embora se trate de contrato ‘privado’, a adesão a planos de saúde não se mostra uma relação puramente privada, pois não se vislumbra igualdade entre as partes. Assim, há que se ter continuamente não só o dirigismo estatal (por meio das leis, da atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar, etc), mas ainda a possibilidade de se discutir estes contratos em juízo, por meio de ações judiciais, quer individuais, quer coletivas. Tais relações, embora de natureza jurídica privada, decorrem de contrato *sui generis*, provenientes tanto da proteção advinda direito do consumidor, quanto da proteção advinda da natureza de Direito Fundamental que possui o direito à saúde.

Em que pese a relevância social e pública dos contratos que versam sobre planos privados de assistência à saúde, os direitos dos consumidores deste tipo de serviço têm sofrido toda sorte de violações. É o que tem revelado a jurisprudência dos Tribunais superiores sobre a matéria (analisada na seção 3), que é farta de exemplos de demandas individuais e coletivas, nas quais diversos temas relacionados à má prestação desses serviços têm sido discutidos.

Nesta senda, percebe-se que as demandas individuais, em que pese sua importância e necessidade de seu aprimoramento dentro do ordenamento jurídico (por ser a saúde direito subjetivo), têm se mostrado insuficientes, uma vez que as condenações impingidas a estas empresas são singelas se comparadas ao seu poder econômico. Assim, a via das ações coletivas se revela, a nosso ver, como uma possibilidade bastante concreta,

real e efetiva na busca por uma prestação mais satisfatória dos serviços de planos de assistência privada à saúde. É o que buscaremos explicitar no tópico seguinte.

2. O PROCESSO COLETIVO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.

O Brasil se notabilizou por ser o primeiro país de sistema jurídico *civil law* a possuir um sistema de processo coletivo regulamentado. Tudo começou com a Lei de ação popular de 1965, a qual, dentro do ideal - que ainda beira a utopia - de acesso irrestrito à justiça, passou a permitir que qualquer cidadão brasileiro²⁴ defendesse o patrimônio público, pertencente a ente federativo, bem como a qualquer pessoa jurídica subvencionada pelos cofres públicos. Ocorre que oportunizar a atuação do cidadão, isolado, sem acesso às instituições públicas para produzir provas e se apresentar em juízo, era insuficiente para garantir efetividade ao processo coletivo. Então, à luz da *class action*²⁵ for damages americana e da necessidade de se instrumentalizar o processo civil brasileiro, o trabalho de juristas como Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe resultou na Lei 7.347/85, mas conhecida como Lei da ação civil pública. Este instrumento, sim, revolucionou o trato dos interesses jurídicos metaindividuais pela comunidade jurídica nacional, permitindo que o Ministério Público promovesse judicialmente a tutela de interesses difusos e coletivos pertencentes à população nacional.

Não havia, porém, à época, propriamente um sistema processual coletivo brasileiro, até porque o Ministério Público ainda era identificado como uma figura atrelada ao Executivo, competindo-lhe também defender em juízo os interesses antevistos pelo administrador, nos limites de sua discricionariedade. Impossível é não citar o papel da Constituição Federal de 1988 na defesa de interesses metaindividuais, corporificados nos fatores observados por Mazzilli²⁶: a) a ampliação do papel das associações civis e dos sindicatos, na defesa de interesses jurídicos de seus associados (art. 5º, XXI); b) a extensão do rol de legitimados a propor as ações abstratas de inconstitucionalidade (art. 103); c) a reforma na ação popular, estendida à defesa da moralidade administrativa, do

²⁴ Muito embora não exista um conceito sedimentado para cidadania na Teoria Geral do Estado, a referida Lei considera, para todos os efeitos, cidadão brasileiro (art.1º, §3º) aquele que possuir título de eleitor.

²⁵ Trata-se da regra de número 23 do *Federal Rules of Civil Procedure*, criado ainda em 1938, de modo a permitir que uma só pessoa, ou um grupo delimitado, pudesse representar em juízo interesses de uma coletividade, com a qual possuísse interesse em comum.

²⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 127-128.

meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII); d) a criação do mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX); e, por fim, e) a independência funcional dos membros do Ministério Público (art. 127), aos quais foram garantidos inamovibilidade, vitaliciedade e a irredutibilidade de vencimentos. Ao rol apresentado pelo autor, acrescenta-se: a) a criação de novos instrumentos para a discussão abstrata da constitucionalidade de Atos normativos, como a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º); b) a criação do mandado de injunção (art. 5º, LXXI), a suprir a omissão legislativa que esteja obstaculizando a efetivação de direitos e liberdades constitucionais ou de prerrogativas ligadas à nacionalidade, soberania e cidadania; e a c) a previsão do surgimento de um Código de Defesa do Consumidor, no prazo de 120 (cento e vinte) dias da promulgação do texto constitucional (art. 48, ADCT).

Citar este último ponto é imprescindível, pois foi com o CDC (Lei 8.078/90) que foi instituído no Brasil o microssistema processual coletivo ora evidenciado. Não obstante o direito à proteção contratual e a defesa do consumidor já sejam matérias essencialmente metaindividuais, visto que a figura do consumidor não se restringe a um indivíduo, mas representa a coletividade, o diploma consumerista não se limitou a regulamentar os contratos de consumo, inovando em todas as modalidades de tutela coletiva, pregando sempre a integração com a Lei de ação civil pública (arts. 57, 90, 99, 100, 103, §3º, 110 e ss., e 117, principalmente). *Ab initio*, aponta-se o caráter pedagógico da Lei 8.078/90, que aborda os direitos metaindividuais - e os seus consectários processuais²⁷ - de maneira pontual, diferenciando-os ainda de uma nova modalidade de direitos, identificados como individuais homogêneos. De fato, restou sedimentado na doutrina processual brasileira²⁸ a estrutura conceitual esboçada pelo legislador no art. 81 do CDC, ou seja, entende-se hoje, pacificamente: que os interesses difusos representam os direitos *transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato* (inciso I); que os interesses coletivos traduzem os *direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe*

²⁷ MAZZILLI, op. cit., p. 583.

²⁸ A título de exemplo, cita-se: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004, p. 48; ANDRIGHI, Fátima Nancy. Reflexões acerca da representatividade adequada nas ações coletivas passivas. in: MOREIRA, Alberto Camiña et al. [coord.]. *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 338; e WATANABE, Kazuo. Do objeto litigioso das ações coletivas: cuidados necessários para a sua correta fixação. in: MILARÉ, Édís [coord.]. *A Ação Civil Pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010, p. 503.

de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (inciso II); e que os direitos individuais homogêneos, também passíveis de tutela coletiva, são compreendidos como os *decorrentes de origem comum* (inciso III).

Nada obstante certa dificuldade, doutrinária²⁹ e principalmente jurisprudencial³⁰, em se admitir a ampla tutela "coletiva" de interesses individuais homogêneos, é incontestável a evolução trazida pelo diploma de 1990, o qual modificou a discussão endoprocessual dos Direitos Fundamentais, atingindo duplamente os contratos de plano de saúde - em razão de seu objeto indisponível, relacionado a um Direito Fundamental; e em seu viés negocial, traduzido em institutos sinalagmáticos como a boa-fé objetiva (art. 422, Código Civil) e o dirigismo estatal (contratual)³¹.

Sobre os problemas relacionados aos institutos processuais coletivos, discutiremos com maior vagar *infra*. O fato é que a luta pela construção de um processo coletivo nacional aliado dos consumidores de serviços de saúde privada ainda não terminou. E talvez a derrota do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, redigido por Ada Grinover, na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJ), em 2010³², seja a maior evidência disto. Mas não é só. Há enorme esforço político, fruto de *lobbies* de grandes empresários, para se restringir a efetividade do processo coletivo. A doutrina³³ sempre aponta, como exemplo deste fenômeno, a inserção do artigo 16 na Lei de ação civil pública, limitando os efeitos de sentença prolatada por juiz aos limites de sua "competência territorial", como se o instituto da coisa julgada pudesse ser cindido.

Com efeito, ainda não chegamos ao "estado de arte" preconizado pela processualista da Universidade de São Paulo³⁴. Não temos ainda a distribuição dinâmica

²⁹ Nesse sentido, o ponto mais marcante é a defesa da restrição da atuação Ministério Público em ações coletivas, a depender da demonstração do "interesse social" das demandas, a ser "cumpridamente demonstradas pelo autor", nas palavras de ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. Revista Informação Legislativa, volume 32, 1995, p. 95. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/22/browse?value=Zavascki%2C+Teori+Albino&type=author>. Acesso em 22 dez. 2014.

³⁰ No mesmo sentido do autor citado na última nota, ver os julgados do STJ: REsp 976021/MG. Rel. Min. Nancy Andrighi e o REsp 974489/PE. Rel. Min. Luiz Fux.

³¹ Cfe. MIRAGEM, op. cit., pp. 74-75.

³² Trata-se do Projeto de Lei 5.139/09, levado à Câmara dos Deputados pelo Poder Executivo, rejeitado mesmo antes de ser submetido ao plenário, por 17 (dezessete) votos contrários contra 14 (catorze) favoráveis.

³³ Ver, por todos, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Procedimentos especiais*. (Curso de processo civil, v.5). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 339-341 e BESSA, Leonardo Roscoe *et al.* *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013, p. 498. Defendendo o malfadado dispositivo, ver: WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Liquidação da Sentença civil: individual e coletiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p. 304.

³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. in: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* [coords.]. *Direito Processual Coletivo e a o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo:

do ônus da prova (art. 10, §3º, do Anteprojeto USP), e ainda vivemos na época em que um amplo bojo recursal é previsto para as ações coletivas, à luz do processo civil individual (CPC, arts. 496 e ss.). E não temos ainda, definitivamente, um código específico para as demandas coletivas.

Entretanto, não podemos desconsiderar a existência de instrumentos hábeis a superar o individualismo do processo clássico³⁵, criado ao lume do *laissez faire*. Mesmo porque, o processo coletivo já constituído no Brasil tem significado uma ampliação do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB) e uma luta contra a morosidade do sistema judiciário (art. 5º, LXXVIII, CRFB) - que despende muito tempo julgando demandas repetitivas, relativas a lesões semelhantes causadas pelos mesmos agentes - e isto é sensível na discussão jurisdicional coletiva de contratos de plano de saúde.

Embora organizar os institutos em um código fosse algo saudável, até para fins didáticos e operacionais, não se pode negar a existência de um rol de instrumentos, que se corretamente manejado significará avanços nos contratos de plano saúde. E a análise deste desiderato não se deve restringir aos meios jurisdicionais. Deve-se citar também os instrumentos extrajudiciais. Já versava a versão original do Anteprojeto da Lei 7.347/85 sobre o Inquérito Civil; e a atuação do *parquet* em casos de violação de direitos transindividuais, nos mesmos anos 80, acabou por fazer com que o texto constitucional (art. 129, III) admitisse o termo de ajustamento de Conduta³⁶, posteriormente regulamentado pelo art. 211 do ECA e pelo art. 5º, §6º do CDC, sendo que este instrumento permite, inclusive, que o Promotor de Justiça transija com o sujeito passivo, exigindo a cessação de ilícitos, antes mesmo de eventual dano, sob pena de propositura de medidas jurisdicionais. O TAC é também um título executivo extrajudicial (CPC, art. 475-N), justificando ação executiva, sem a necessidade de discussão sobre a ocorrência de ilícito, em caso de descumprimento de suas previsões.

Saraiva, 2007, pp. 11-15. Da mesma autora, cfe. O projeto de lei brasileira sobre processos coletivos. in: MILARÉ, op.cit., pp. 15-19.

³⁵ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia. in: GRINOVER, op. cit., p. 216.

³⁶ Hugo Nigro Mazzilli faz um paralelo entre a atuação do Ministério Público Estadual paulista e o surgimento do termo de ajustamento de conduta no artigo: Notas sobre o inquérito civil e o compromisso de ajustamento de conduta (in: MILARÉ, op. cit., p. 315). Numa análise sobre a prestação privada de saúde, urge citar o artigo 29, §1º, da Lei 9.656/98, o qual prevê a suspensão de processo administrativo caso o sujeito passivo (prestadora dos serviços de saúde privada) firmar acordo com a ANS, comprometendo-se a corrigir as irregularidades apuradas. Tal como o TAC, este instituto tem força de título executivo extrajudicial, substituindo a atuação jurisdicional.

Lendo dispositivos como o art. 117 do CDC e, por consequência, 21 da Lei 7.347/85, parece-nos muito claro o acerto de Lima Marques³⁷, que entende haver um diálogo de *coerência* entre as fontes normativas do direito privado brasileiro, a envolver a Lei de ação civil pública, o CPC, o CDC, o ECA e outros diplomas³⁸ que possuam cláusulas *pro homine*, a defender indivíduos em situação de vulnerabilidade³⁹, sem o cogitar da aplicação dos postulados da antinomia jurídica previstos por Bobbio⁴⁰ para a realidade de meio século atrás (Lei 4.657/42, art. 2º, §1º). O processo coletivo nacional já é algo lógico, explicado dogmaticamente, podendo versar sobre o direito à saúde, prestado pelo Poder Público ou pela iniciativa privada.

Alguns dos notáveis juristas do século XX já colocavam a tutela de direitos difusos como uma das maiores barreiras ao acesso efetivo à justiça⁴¹, ao lado do obstáculo financeiro e da disparidade técnica entre o indivíduo comum e os litigantes contumazes, bem assessorados. Na mesma esteira, processualistas contemporâneos, como Marinoni⁴² e Bueno⁴³, já deixaram para trás a noção compartimentalizada de processo civil, priorizando a noção de tutela jurisdicional. Ora, o processo não acaba com uma sentença, com um simples pronunciamento do Estado-juiz, distante da concretude do mundo real. A prestação jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, CRFB) só acaba com a fruição do bem da vida pelo(s) indivíduo(s) lesado(s). O indivíduo que sofre com abusividade em contrato de plano de saúde não busca o Judiciário somente para obter uma indenização, e sim para ver seu Direito Fundamental resguardado. E, neste cenário, deve-se pensar na

³⁷ MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. in: MARQUES, Cláudia Lima [org.]. *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação das normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012, pp. 02-65. Na jurisprudência, a ideia dialógica parece também estar delineada, vide: REsp 1280211/SP. Rel. Min. Marco Buzzi, REsp 1009591/RS. Rel. Min. Nancy Andrighi, entre outros. Para aprofundamentos, cfe. JAYME, Erik. “Conclusions: Le droit international privé postmoderne”. *Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne*. Collected of the Hague Academy of international Law 251. Martinus Nijhoff Publishers, 1995. Disponível em: http://books.google.es/books?id=QE8x1t6jCUC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_atb#v=on_e page&q&f=false.

³⁸ A Lei 9.656/98 (art. 35-G) participa deste diálogo, apesar da impropriedade do termo *subsidiariedade*, que deve ser compreendido, a nosso ver, em conformidade com a teoria do *dialogue des sources*, como “*coerência*”.

³⁹ MARQUES, O “diálogo das fontes”...cit., p. 42.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos [trad.]. 5. ed. Brasília: ed. UNB, 1994, p. 92.

⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. NORTHFLEET, Ellen Gracie. [trad.]. Porto Alegre: Fabris editor, 1988, p. 10.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. (Curso de processo civil, v.1). 4. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013, p. 109. Para análise mais detida do fenômeno, principalmente no que tange ao papel do juiz moderno, cfe. FISS, Owen M. *The Forms of Justice*. *Havard Law Review*, Volume 93:1, pp.1-58, 1979.

⁴³ BUENO, Cássio Scarpinella. *Teoria geral do direito processual civil*. (Curso sistematizado de Direito Processual Civil, v.1). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 181.

atuação judicial antes mesmo de ocorrer algum resultado danoso: antes mesmo de um indivíduo perecer por falta de cuidados hospitalares. A doutrina brasileira mais consciente já admite, tranquilamente, a atuação do Estado-juiz-inafastável decorrente de simples violação de lei⁴⁴, sem a necessidade de dano. A tutela coletiva de direitos - consubstanciada nas *demandas molecularizadas*, para parafrasear Watanabe⁴⁵ - é um excelente instrumento, relacionado à proteção do direito à saúde, fazendo parte da paisagem não positivista do direito⁴⁶ moderno.

De qualquer maneira, os institutos desta nova modalidade de processo devem ser discutidos para afastar qualquer incompreensão. Começemos pela competência e legitimidade.

2.1. COMPETÊNCIA E LEGITIMIDADE

Não pretendemos esvaziar a discussão processual, até pelos limites de um artigo científico. Apontaremos, então, dispositivos pertinentes e, em seguida, elencaremos problemas a eles relacionados - e que estão a obstar a efetividade do processo coletivo nacional.

Iniciemos, pois, com a competência. Prevê a Lei 7.347/85 que a competência para julgamento de ação civil pública é do juiz da comarca do dano (art. 2º). Trata-se de competência absoluta, relacionada a critério territorial-funcional, fundada no *interesse público presente no processamento das demandas coletivas pelo órgão judicial mais próximo dos fatos*⁴⁷. Ocorre que o art. 93 do CDC veio a distinguir eventuais danos coletivos "locais", "regionais" e "nacionais", sendo que se o ilícito desbordasse os limites municipais, a competência para o seu julgamento se transferiria ao juiz da capital do Estado.

A crítica, aqui, recai sobre o disposto na lei consumerista, que, ao invés de facultar ao legitimado ingressar com a ação onde mais lhe aprouvesse acabou por fixar competência absoluta (causadora de nulidade absoluta⁴⁸) em comarcas que nem sempre

⁴⁴ Trata-se da tutela de remoção de ilícito, a ensejar medidas cautelares e mesmo a atuação *ex officio* do juiz. Sobre o tema, ver. MARINONI, *Teoria ...cit.*, p. 213.

⁴⁵ WATANABE, Kazuo. Do objeto das ações coletivas: cuidados necessários para sua correta fixação. in: MILARÉ, *op.cit.*, p. 501.

⁴⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. GALVÃO, Maria Ermantina de Almeida Prado. [trad.]. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 46.

⁴⁷ VENTURINI, Érico. A competência jurisdicional na tutela coletiva. in: GRINOVER, *op.cit.*, p. 96.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 103.

estão próximas aos indivíduos lesados. Lembremos que nem todo o rol de legitimados a propor ações coletivas possuem a organização e a estrutura garantidas ao Ministério Público. Viajar grandes distâncias para manejar ação judicial - buscando a tutela de direito relacionado à saúde - significa barreira imoderada à tutela de direitos - o que é reprovável (art. 5º, XXXV, CRFB).

Sobre a legitimidade, a crítica é ainda mais tenaz. Com efeito, houve notável ampliação do rol de legitimados a pleitear a tutela coletiva de direitos, à luz do propósito do Estado democrático de direito (art. 1º, CRFB). Desde a aprovação da Lei da ação civil pública, saímos do monopólio de agir dos membros do *parquet*, e passamos a um estágio em que a propositura de ação coletiva é faculdade, além do Ministério Público, da Defensoria Pública, dos entes federativos, das autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista e das associações, criadas para defender interesses coletivos (art. 2º, Lei 7347/85). E o art. 129, § 1º, da Constituição Federal parece decretar a pertinência de tal evolução.

Porém, ao compulsar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos deparamos com a figura teratológica da ADI 3.943-1, proposta em 2007 pelo Conselho Nacional do Ministério Público, com escopo de retirar a legitimidade da Defensoria Pública para pleitear a tutela de direitos difusos em juízo, sustentando, em suma, a ausência de interesse processual daquela instituição e a ocorrência de usurpação da competência do *parquet*.

Ora, não observamos nenhuma razão pragmática para se restringir a atuação da Defensoria Pública, que é órgão criado com o escopo de equiparar os litigantes comuns às mais aparamentadas bancas de advocacia. E se prender a argumentos meramente formais, tal qual a inexistência de interesse processual do defensor público a justificar a defesa de direitos difusos, parece-nos preciosismo dissonante da natureza dos institutos em comento: principalmente se considerarmos a natureza do direito à saúde. Aliás, condenamos também a tentativa temerária de se limitar a atuação do Ministério Público em causas que versem sobre direitos individuais homogêneos relacionados à saúde, aferida em julgados do STJ, como o REsp 976021/MG, analisado *infra*.

2.2. LIQUIDAÇÃO E COISA JULGADA

Apesar de mais complexo, o instituto da liquidação também foi fruto da preocupação do Legislador, que a tratou de maneira direcionada para a tutela coletiva, no

momento da elaboração do CDC. *A priori*, não devemos pensar na tutela pelo equivalente monetário, a qual significa por vezes a expropriação⁴⁹ de Direitos Fundamentais como se a indenização arbitrada em juízo fosse um preço, uma cláusula penal a ser paga para se violar a saúde: o movimento da tutela específica de direitos parece essencial à tutela deste direito. De qualquer maneira, o microssistema regula a hipótese, prevendo que as liquidações e execuções de indenizações decorrentes de ações coletivas que abordem direitos difusos e coletivos sejam propostas pelo mesmo sujeito ativo do processo de conhecimento, sendo destinadas a fundo regulamentado pelo art. 13 da Lei da ação civil pública. No caso de ações que objetivem a proteção de direitos individuais homogêneos, o CDC prioriza a execução da sentença - genérica, obtida em ação coletiva manejada por representante extraordinário - pela própria vítima dos danos causados pelo sujeito passivo, havendo só em um segundo momento a canalização deste *quantum* ao fundo previsto pelo art. 13 da Lei 7.347/85. Nesta hipótese, a indenização ocorreria na modalidade *fluid recovery*.

A crítica, aqui, recai sobre a organização e o funcionamento dos fundos antevistos pela Lei 7.347/85 e referenciados pelo CDC (arts. 99 e 100). Nas palavras de Arenhart⁵⁰, o montante a eles destinados *tem sido timidamente aplicado e com pouquíssimos reflexos para a proteção dos interesses coletivos ou de massa*. Eis mais um fato a justificar a preferência pela tutela específica, deixando a tutela pecuniária aos casos excepcionais.

E, por fim, critica-se a tentativa do legislador de limitar os efeitos da coisa julgada aos lindes jurisdicionais do órgão julgador, como se o Poder Judiciário do país não fosse um só, podendo a coisa julgada ser cindida, valendo só em alguns lugares da Federação. Lembremos que os ilícitos de natureza coletiva dificilmente coincidem com os limites entre comarcas - e que o propósito das demandas coletivas é justamente evitar o entulhamento do Judiciário com causas semelhantes, referentes à mesma causa de pedir ou ao mesmo pedido. O conteúdo do artigo 16 da Lei da ação civil pública é de inconstitucionalidade patente, podendo inviabilizar o processo coletivo no país⁵¹.

⁴⁹ MARINONI, *Teoria ...cit.*, p. 260.

⁵⁰ ARENHART, *op. cit.*, p. 226.

⁵¹ Não obstante não concordemos com o disposto na Lei, e achemos a Medida Provisória via imprópria para se legislar sobre matéria processual (CF, art. 62, §1º, b), gostaríamos de ressaltar o nosso respeito à opinião pragmática de processualistas como Luiz Rodrigues Wambier. Para aprofundamentos, cfe. WAMBIER, *op. cit.*, p. 204.

2.3. O PROCESSO COLETIVO E AS RELAÇÕES DE CONSUMO: O CASO DOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE

Depois de analisar pontos problemáticos do processo coletivo brasileiro, devemos aproximá-lo dos contratos de plano de assistência privada à saúde. Vislumbramos, com efeito, a presença de todos os elementos de uma relação de consumo no contrato firmado entre a instituição financeira prestadora do plano de saúde e o consumidor, muito embora o objeto desta relação contratual seja peculiar, ensejando, como já apontado *supra*, dupla proteção jurídica: a uma, a proteção relacionada à posição do consumidor, vulnerável⁵² na atual sociedade de massa, que exige o dirigismo estatal para conseguir transacionar dentro dos limites da probidade e boa-fé (art. 421, do Código Civil) com os conglomerados econômicos, os quais, além de poderio econômico e político, possuem o monopólio da tecnologia inerente ao produto comercializado - relacionados a medicamentos raros e a procedimentos médicos de alta complexidade; e, a duas, a proteção imposta pela natureza do direito à saúde, o qual é fundamental, possui aplicabilidade imediata⁵³ e está adstrito à atuação conjunta de todos os entes federativos (art. 198, CRFB), traduzida, inclusive, na fiscalização dos agentes privados relacionados ao tema, como já dito na seção 1.3.

Na prática, o indivíduo usuário de plano de saúde, além de ter acesso às vantagens processuais e interpretativas que lhe são garantidas pelo Código de Defesa do Consumidor, pode invocar subsidiariamente o Estado para ver a fundamentalidade do seu direito à saúde transformada no procedimento médico-cirúrgico-medicamentoso necessário para a sua convalescência/ manutenção de seu bem-estar físico ou psíquico. Como já comentado, o dirigismo estatal (contratual) é marcante quando o assunto é saúde, o que é plenamente justificável num mercado que saltou de 31.161.481 para 50.930.043 beneficiários, entre os anos de 2000 e 2014⁵⁴, crescendo mais de 60% (sessenta por cento) só neste período.

⁵² MIRAGEM, op. cit., p. 113.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 355.

⁵⁴ Trata-se de dado presente em: BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Caderno de Informação da Saúde Suplementar: Beneficiários, Operadoras e Planos*. Rio de Janeiro: ANS, 2014, p. 9. Disponível em: [https://http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/ Perfil_setor/Caderno_informacao_saude_suplementar/2014_mes09_caderno_informacao.pdf](https://http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Caderno_informacao_saude_suplementar/2014_mes09_caderno_informacao.pdf). Acesso em 22 dez. 2014.

E talvez a Lei 9.656/98 seja a tônica deste fenômeno. Ora, foi com a Lei dos planos de saúde que tivemos a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (posteriormente regulamentada pela Lei 9.961/90). Entre as incumbências desta agência, destaca-se: a) a fiscalização de "qualquer modalidade de produto, serviço e contrato" que aproxime a prestação de saúde de atividade financeira (art. 1º, §1º, Lei 9.656/98); b) a expedição de "autorização de funcionamento" para as "operadoras de assistência à saúde", bem como a fiscalização do "encerramento de suas atividades", que deve ocorrer "sem prejuízo para o consumidor" (art. 8, § 3º); e a determinação de alterações em contratos entabulados em desconformidade com as suas deliberações normativas (art. 9º, § 2º). Trata-se de instituição criada dentro do ideal de fiscalização e controle proposto pelo art. 197 da Constituição Federal como um imperativo⁵⁵.

A Lei 9.656/98 deve ser vista como um fator novo. Um fator novo que não é um fim em si mesmo⁵⁶, visto que não substitui - nem exclui - o disposto pelo legislador constituinte e do CDC, devendo ser interpretado conjuntamente a estas normas, dentro da perspectiva dialógica já referenciada (item 2), com teleologia voltada sempre para os sujeitos em situação de vulnerabilidade⁵⁷.

Deve-se citar, ainda, como inovação desta lei da década de 90, a criação de um plano-referência de assistência à saúde⁵⁸, que é de oferta obrigatória por parte da operadora (art. 10, caput e § 2º da Lei 9.656/98). Tal plano parece ter sido instituído pelo legislador com o fim de *estabelecer um limite mínimo de serviços a serem prestados aos consumidores, visando à proteção do equilíbrio contratual e à satisfação do interesse útil do consumidor*⁵⁹. Tais serviços contemplam as exigências mínimas estabelecidas no artigo 12 da mesma lei, o que também reflete um dirigismo por parte do Estado que define limites para a atuação das operadoras de planos de assistência à saúde.

⁵⁵ MARQUES, *Visões sobre...*cit., p. 30.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 36.

⁵⁷ Interessante é frisar que o Diálogo das Fontes transcende na Lei 9.656/98 (art. 10) o sistema jurídico brasileiro, englobando as disposições da Organização Mundial de Saúde, relacionadas a "Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde". No mais, a Lei antevê malfadada aplicação "subsidiária" da Lei consumerista aos contratos de saúde privada (art. 35-G). Para críticas pontuais ao termo "subsidiariamente", cfe. MIRAGEM, op. cit., p. 408.

⁵⁸ Na doutrina, a criação deste instituto gerou controvérsias. Para Cibele Gralha Mateus (*Direitos fundamentais sociais e relações privadas: o caso do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 143), o plano-referência significou uma evolução trazida pela Lei, ao passo que Cláudia Lima Marques (*Visões sobre...*cit., p. 62) o critica, frisando o seu alto preço e o seu caráter opcional, que poderia justificar contratações mínimas, com benefícios menores do que o preconizado pelo próprio texto da Lei 9.656/98 (art. 10). Esta autora ressalta que um apego irrefletido ao plano-referência poderia significar um afastamento da discussão judicial, fundada no CDC, a respeito dos contratos de plano de assistência privada à saúde.

⁵⁹ MIRAGEM, op. cit., p. 411.

Outro exemplo da ingerência estatal em matéria de saúde suplementar é o artigo 16 da citada lei, que traz os requisitos dos contratos que estipulem planos de assistência à saúde, indicando inclusive os dispositivos que devem deles constar (de forma clara, com linguagem simples e precisa), sob pena de nulidade (art. 104, III c/c art. 166, IV do Código Civil e art. 51, CDC). Dentre os referidos dispositivos, destacamos por sua importância: *as condições de admissão; o início da vigência; os períodos de carência; as faixas etárias e os percentuais de reajustes; as condições de perda da qualidade de beneficiário; os eventos cobertos e excluídos, o regime ou tipo de contratação; a área geográfica de abrangência*.⁶⁰ Da leitura do referido artigo, conclui-se, mais uma vez, pela alta relevância social de tais contratos, uma vez que restou clara a preocupação do ordenamento jurídico pátrio em não deixar tais atividades ao puro arbítrio de grupos econômicos. Afinal, como temos enfatizado, o objeto de tais contratos (a saúde), não se trata de bem disponível, mas sim de Direito Fundamental Social ligado à dignidade da pessoa humana e ao próprio direito à vida.

Daí, o duplo viés danoso dos contratos entabulados de maneira abusiva na área de saúde, que além de apenar o indivíduo com prestações abusivas e imoderadas (dano individual homogêneo), pode vir a apenar o Estado e toda a coletividade (de maneira difusa ou coletiva), visto que as prestações denegadas por plano de saúde ao indivíduo necessitado serão certamente carregadas, dentro dos limites do razoável⁶¹, ao Sistema Único de Saúde estatal, o qual é financiado por todos os contribuintes. Daí a importância da tutela coletiva ser amplamente aplicável ao tema, que pode ensejar a resposta jurisdicional prevista nos 03 (três) incisos do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor. Daí a incompreensão ante aqueles que insistem em fazer uma interpretação restritiva dos institutos processuais relacionados a esta novíssima forma de se proteger Direitos Fundamentais (direito à saúde).

3. A JURISPRUDÊNCIA NACIONAL E OS PLANOS DE SAÚDE: ANOTAÇÕES ACERCA DA APLICAÇÃO DA LEI 9.656/98 E DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR EM AÇÕES COLETIVAS

⁶⁰ Para mais detalhes, ler todo o artigo 16 da Lei 9.656/98.

⁶¹ O razoável aqui ganhou lindes objetivos, relacionados ao princípio da reserva do possível. Para aprofundamentos, cfe. SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEREDO, Marina Filchitiner, Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. in: SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* [org.]. *Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010, pp.13-50.

A jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça tem tido reiteradas oportunidades de se manifestar a respeito dos planos de saúde, especialmente no que toca à abusividade de cláusulas contratuais. Muitas destas demandas, das quais destaca-se as demandas transindividuais, chegam a respostas bastante satisfatórias em termos de proteção ao consumidor, enquanto outras não, uma vez que parecem querer limitar esta ferramenta tão eficaz que são as ações coletivas em matéria de saúde suplementar.

3.1. RESP 1.106.557 – SP (2008/0262553-6)

Trata-se de recurso especial⁶² manejado por consumidores de plano de saúde que se viram prejudicados em razão de rescisão contratual (negativa de renovação das apólices coletivas) promovida por operadora que alegava alta sinistralidade dos beneficiários (idade avançada). A decisão do referido recurso é de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que tem mostrado posicionamento bastante favorável aos direitos dos consumidores e que, dentre outros pontos, citou o art. 13, II, “b” da Lei 9.656/98, o qual veda a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, além do art. 15, § 3º da Lei 10.741/03, que veda a discriminação de idosos pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

O que ocorreu no caso concreto é que, sob a alegação de alta sinistralidade do grupo, a operadora de plano de saúde impôs a adesão dos segurados à nova apólice de seguro, a qual previa aumento de cerca de 100% (cem por cento) no valor das mensalidades.

Acontece que, das disposições da Lei 9.656/98, extrai-se o entendimento de que os planos de saúde apresentam natureza jurídica de contrato de trato sucessivo, por prazo indeterminado, que envolve transferência onerosa de riscos relacionados à saúde do consumidor. Ressalta-se ainda que tais contratos, como já mencionado, são regidos também pelo CDC, que destaca a posição de vulnerabilidade do consumidor, o qual espera segurança jurídica em suas relações contratuais, especialmente as de longa duração, nas quais se destaca o fenômeno da catividade.

A Lei 9.656/98, que nesta análise tem sido tratada como resultado da necessidade de um dirigismo estatal (contratual), ou seja, da necessidade do Estado regular, fiscalizar,

⁶² STJ. REsp 1.106.557/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi.

normatizar e controlar atividades de relevante interesse social, prevê procedimentos próprios (além da possibilidade de normatização de tal tema pela ANS) para o reajuste dos percentuais⁶³, obrigando que tais alíquotas sejam previstas no contrato inicial, além de vedar tal variação para consumidores com idade superior a 60 anos.

Assim, a conclusão não poderia ser outra que não a decisão pela ilegalidade da rescisão unilateral do contrato de plano de saúde, sob o argumento da alta sinistralidade, pois permitir tal atitude por parte das operadoras seria, sem dúvida, legitimar a discriminação do idoso, além de violar os princípios de defesa do consumidor e os próprios dispositivos da lei que regulamenta o tema.

3.2. RESP 976.021 - MG (2007/0185192-0)

Neste precedente, destaca-se a argumentação em torno da legitimidade do Ministério Público para a propositura de Ação Civil Pública na defesa da saúde de indivíduo específico: titular de direito individual homogêneo. Trata-se de aporia jurídica, ainda não sedimentada nos Tribunais. E a prova disso foi a discordância do Ministro Massami Uyeda, para quem a natureza privada do contrato de saúde - fundada na "autonomia de vontade" - afastaria a legitimidade do *parquet*. No caso, o plano de saúde apresentou recurso especial contra decisão do Tribunal de Justiça mineiro, alegando que o contrato firmado com menor (interessado no processo) não abrangeria o tratamento oncológico (quimioterapia) determinado no acórdão e que nenhuma norma de defesa ao consumidor teria sido violada no momento da lavratura do contrato.

Para rechaçar tais argumentos, a Ministra Nancy Andrigli (relatora do processo) afirmou a natureza dúbia e abusiva das cláusulas de adesão existentes no vínculo, frisando o caráter indisponível do direito à saúde, mesmo quando este decorra de agente privado. Destacou ainda o caráter protetivo da Lei 8.069/90 (ECA), que coloca o órgão ministerial como um dos responsáveis pela defesa dos interesses individuais relativos a menores (art. 201, V) - o que se estende à saúde (art. 208, VII). Logo, não haveria o cogitar de ilegitimidade *ad causam*.

⁶³ Neste sentido faz-se referência a outro julgado semelhante, qual seja o REsp 866.840/SP (STJ. Rel. Min. Luiz Felipe Salomão) o qual, dentre outras questões, ressalta a necessidade de que os reajustes por mudança de faixa etária atendam aos requisitos trazidos pela lei, dos quais destaca-se a previsão no contrato inicial e a observância ao princípio da boa-fé objetiva, que veda índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o segurado.

Em voto vencido, o Ministro Massami Uyeda apontou a natureza disponível do contrato de assistência de saúde, defendendo a extinção do processo sem resolução de mérito, nos moldes do art. 267, VI do Código de Processo Civil.

Ora, a ampla atuação ministerial na defesa de direitos individuais indisponíveis (a saúde, v.g.) está estampada no *caput* do art. 227 da CRFB, sendo desarrazoada qualquer tentativa de limitá-la. As argumentações da ministra relatora são escorreitas.

3.3. RESP 1.293.606 - MG (2011/0272086-7)

Separamos, por fim, este recurso especial manejado pelo Ministério Público de Minas Gerais. No caso, a operadora de plano de saúde estava cobrando, abusivamente, o valor referente a prótese indispensável para o sucesso de cirurgia de angioplastia. Embora tenha tido seu pedido julgado parcialmente procedente, o *parquet* interpôs o recurso com o fito de ver a recorrida condenada à indenização a título de danos morais coletivos.

Duas questões tornam este pleito interessante para esta pesquisa. A uma, o fato da operadora de saúde ser condenada por indenização na seara individual homogênea, a ser executada individualmente pelos consumidores lesados pela cobrança abusiva na modalidade *fluid recovery*, corroborando os argumentos identificados no julgado anterior (item 3.2). O segundo ponto merecedor de destaque é o caráter híbrido desta ação, na qual foram cumulados pedidos ao redor das três modalidades de tutela coletiva antevistas pelo art. 81 do CDC, quais sejam: a tutela de direitos individuais homogêneos, relativas aos consumidores que arcaram indevidamente com a prótese; a tutela de direito coletivo, pertencente ao grupo de consumidores, cujo contrato foi alterado por força do acórdão; e a tutela de direitos difusos, inerentes ao direito à saúde, com dimensões inarredáveis - que atinge vasto grupo, de indivíduos não identificáveis.

Muito embora, o STJ tenha denegado o recurso do *parquet*, não vislumbrando o dano coletivo pleiteado, é inegável a riqueza deste julgado, o qual exemplifica o potencial das ações coletivas para tutela do direito à saúde abrangido em via negocial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Direitos Fundamentais Sociais, em que pese as afirmadas dificuldades em efetivá-los, são, indubitavelmente relevantes para o Estado de direito, merecendo a

proteção e a promoção de todos os entes federativos. Não há que se falar mais em inexistência judicial dos direitos sociais. Os direitos sociais possuem uma face subjetiva, o que sugere que em casos de violações, a parte prejudicada possa se ver socorrida por um Poder Judiciário devidamente provocado.

O direito à saúde, ao longo da história, despontou como um dos direitos sociais mais problemáticos, quer pela dificuldade em estabelecer seus limites, quer pelos seus altos custos, quer até mesmo pela dificuldade em se conceituar o que seja saúde. Entre nós, o conceito prevalecente ainda é aquele elaborado pela OMS em 1948. Tanto é que a Constituição Federal de 1988, seguindo esta tendência, erigiu a saúde a Direito Fundamental (que se relaciona com a dignidade da pessoa humana) dando-lhe enfoque alargado, que não se restringe a noção puramente curativa ('recuperação'), mas abrange também um viés preventivo ('prevenção') e a busca pela qualidade de vida ('promoção'). Saúde, como visto, é também dever do Estado, embora não somente dele, uma vez que a sua prestação é possível ser feita por outros agentes de forma complementar e/ou suplementar.

Em matéria de saúde privada, concluímos, com fulcro na jurisprudência e na doutrina, pela natureza consumerista dos contratos que versam sobre planos de saúde. Em que pese tal natureza de relação de consumo (o que permite a aplicação do CDC em diálogo com a Lei 9.656/98), afirmou-se ainda que a saúde, embora prestada por entes privados, jamais perderá seu caráter de Direito Fundamental Social. Tal nos permitiu concluir por uma dupla proteção advinda destes contratos, a uma pela condição do consumidor (essencialmente vulnerável), e a duas, pela alta relevância social do bem jurídico por eles versado, qual seja, o Direito Fundamental à saúde.

Muito claro restou também o potencial do processo coletivo (cumulado com as tradicionais ações individuais) na defesa dos Direitos Fundamentais, e, por conseguinte, do direito à saúde. É inegável a existência de um inovador microssistema processual coletivo no sistema jurídico brasileiro, a compreender a ação popular, a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo, além da atuação extrajudicial, através de instrumentos como o termo de ajustamento de conduta, de órgãos como o Ministério Público, a Defensoria Pública e as agências reguladoras (dentre as quais se destacou a Agência Nacional de Saúde Suplementar).

Entretanto, alguns problemas ainda obstam a efetividade desta forma de resolução de conflitos. Ao longo deste artigo, destacou-se, *v.g.*, a malfadada tentativa de se limitar a atuação do Ministério Público na defesa direitos (da saúde) individuais

homogêneos, a qual encontrou guarida em alguma jurisprudência do STJ. Destacou-se também a ADI 3.943-1, manejada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, com o fito de impedir a atuação da Defensoria Pública na defesa de direitos difusos (que também podem relacionados à saúde) em juízo. E devemos lembrar sempre do caráter teratológico, pernicioso e obscuro, do artigo 16, acrescentado à Lei 7.347/85 em 1997, com escopo de limitar a coisa julgada das ações coletivas à "competência territorial do órgão prolator". Há também o problema de relacionar estes institutos, provenientes de diplomas diferentes, com a Lei dos planos de saúde, dentro de uma lógica jurídica aplicável, o que pode ser resolvido a partir da teoria do diálogo das fontes.

Os julgados analisados na seção 3 do trabalho demonstraram, por fim, que, embora vagarosamente, esta discussão está chegando ao Poder Judiciário e que a viabilidade do processo coletivo na defesa do direito à saúde (privada) está amadurecendo. O processo coletivo deve ser visto, de fato, como uma alternativa para uma melhor prestação (privada) de serviços de saúde à população brasileira.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. STEPHANOV, Luiz Carlos [trad.]. Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2011.
- ANDRIGHI, Fátima Nancy. Reflexões acerca da representatividade adequada nas ações coletivas passivas. in: MOREIRA, Alberto Camiña *et al.* [coord.]. *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia. in: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* [coord.]. *Direito processual coletivo e a o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BESSA, Leonardo Roscoe *et al.* *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. COUTINHO, Carlos Nelson. [trad.]. 10 tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos [trad.]. 5. ed. Brasília: ed. UNB, 1994.
- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Caderno de Informação da Saúde Suplementar: Beneficiários, Operadoras e Planos*. Rio de Janeiro: ANS, 2014. Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Caderno_informacao_saude_suplementar/2014_mes09_caderno_informacao.pdf. Acesso em 22 dez. 2014.
- BUENO, Cássio Scarpinella. 4. ed. *Teoria geral do direito processual civil*. (Curso sistematizado de Direito Processual Civil, v.1). São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. NORTHFLEET, Ellen Gracie. [trad.]. Porto Alegre: Fabris editor, 1988.

CANOTILHO, J. J. Gomes. O direito constitucional como ciência de direção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição social”). in: CANOTILHO, J. J. Gomes; *et al* [coord.]. *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva: 2010.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. GALVÃO, Maria Ermantina de Alemida Prado [trad.]. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

FISS, Owen M. *The Forms of Justice*. Harvard Law Review, Volume 93:1, pp.1-58, 1979.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. in: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* [coords.]. *Direito processual coletivo e a o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007.

_____. O projeto de lei brasileira sobre processos coletivos. in: MILARÉ, Édís [coord.]. *A Ação Civil Pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

JAYME, Erik. "Conclusions: Le droit international privé postmoderne". *Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne*. Collected of the Hague Academy of international Law 251. Martinus Nijhoff Publishers, 1995. Disponível em: http://books.google.es/books?id=QE8xl1t6jCUC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_atb#v=onepage&q&f=false.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. (Curso de processo civil, v.1). 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Procedimentos especiais*. (Curso de processo civil, v. 5). 4. ed. São Paulo: Revista dos tribunais 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. in: MARQUES, Cláudia Lima [org.]. *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação das normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012.

_____; SCHMITT, Cristiano Heineck. *Visões sobre os planos de Saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/vis%C3%B5es-sobre-os-planos-de-sa%C3%BAdade-privada-e-o-c%C3%B3digo-de-defesa-do-consumidor>. Acessado em: 23 dez. 2014.

MATEUS, Cibele Gralha. *Direitos fundamentais sociais e relações privadas: o caso do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Notas sobre o inquérito civil e o compromisso de ajustamento de conduta. in: MILARÉ, Édís [coord.]. *A Ação Civil Pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Direitos fundamentais sociais: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. SOUSA, António Francisco; FRANCO, António [trad.]. São Paulo: Saraiva, 2012.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *A defesa da saúde em juízo*. São Paulo: Verbatim, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Algumas considerações sobre o direito fundamental à saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf

_____; _____. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. in: SARLET, Ingo Wolfgang *et al* [org.]. *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

SCLIAR, Moacyr. *Do mágico ao social: trajetória da saúde pública*. 2. ed. São Paulo: Senac, 2002.

_____. História do conceito de saúde. *PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 17 [1]: p. 29-41, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

VENTURINI, Érico. A competência jurisdicional na tutela coletiva. in: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. [coords.]. *Direito processual coletivo e a o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Liquidação da Sentença civil: individual e coletiva*. 4.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.

WATANABE, Kazuo. Do objeto litigioso das ações coletivas: cuidados necessários para a sua correta fixação. in: MILARÉ, Édis [coord.]. *A Ação Civil Pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista Informação Legislativa*, volume 32, 1995, pp. 83-96. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/22/browse?value=Zavascki%2C+Teori+Albino&type=author>.