

A abusividade de cláusula de reajuste de plano ou seguro de saúde

14/01/2019



1. Conceito de consumidor

A Lei 7.347/85 menciona, também, a proteção ao consumidor[1].

Waldírio Bulgarelli[2] conceitua consumidor como “aquele que se encontra numa situação de usar ou consumir, estabelecendo-se, por isso, uma relação atual ou potencial, fática sem dúvida, porém a que se deve dar uma valorização jurídica, a fim de protegê-lo, quer evitando quer reparando os danos sofridos”.

J. M. Othon Sidou[3], em seu *Esboço de Lei de Proteção ao Consumidor*, denomina consumidor: “qualquer pessoa, natural ou jurídica, que contrata para sua utilização, a aquisição de mercadoria ou prestação de serviço independentemente do modo de manifestação da vontade (artigo 2º)”.

E para o italiano Guido Alpa[4], o conceito que melhor atende a preferência da comunidade européia, consumidor é “*un soggetto che acquista o é fruitore di servizi ad uso personale*”.

Não se pode esquecer o entendimento manifestado por Thierry Bourgoignie[5], considerando consumidor “toda pessoa individual que adquire ou utiliza, para fins privados, bens e serviços colocados no mercado econômico por alguém que atua em função de atividade comercial ou profissional”.

O Código de Defesa do Consumidor, no seu artigo 2º, prescreve que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Ainda, no parágrafo único, dispõe que “equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

Também o Código de Defesa do Consumidor, nos artigos 17 e 29[6], equipara a consumidores todas as vítimas do fato do produto e do serviço (intermediário, comerciante e terceiros, mesmo que não participem da relação jurídica, ou seja, as vítimas do evento) e todas as pessoas expostas às práticas previstas nos capítulos referentes às práticas comerciais e à publicidade.

A doutrina ainda não chegou a um conceito uniforme sobre consumidor. A definição de consumidor é importante para a delimitação do sujeito da relação jurídica de consumo tutelada pelo Direito do Consumidor.

A definição dada por Antônio Herman Vasconcellos e Benjamin^[7] parece-nos mais abrangente, porque reflete o consumidor sob os prismas de sujeitos, objeto e finalidade da relação de consumo, bem como pela natureza do vínculo com o produtor.

2. Tutela coletiva

O Código de Defesa do Consumidor, disciplinado pela Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, na parte processual, previu as ações individuais e coletivas. Estas últimas compreendem as ações essencialmente coletivas (interesses difusos e coletivos propriamente ditos) e individuais homogêneos.

No plano individual, o legislador apontou instrumentos para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, quais sejam, manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita, para o consumidor carente; instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público; criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo; criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo e concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor^[8].

O objetivo foi, sem sombra de dúvida, proteger o consumidor individual. À título de ilustração, criou-se dispositivo visando facilitar também o ingresso em Juízo, com determinação da competência pelo foro do domicílio do consumidor autor. Proibiu-se a denunciação da lide e estipulou-se uma nova forma de chamamento ao processo; criou-se a possibilidade de se pleitear em juízo por qualquer espécie de ação, bem como se instituiu a inversão do ônus da prova, a favor do consumidor, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Embora a Lei 7.913, de 7 de dezembro de 1989, que disciplinou a defesa coletiva dos investidores do mercado de valores mobiliários, tenha sido o primeiro diploma legal, que cuidou da tutela dos interesses individuais homogêneos, em juízo, somente com o Código de Defesa do Consumidor é que a espécie foi expressamente introduzida em nosso ordenamento jurídico^[9].

Ainda, foi com a edição do Código de Defesa do Consumidor, que se inseriu o inciso IV do artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública, o qual admitiu a possibilidade de tutela de toda e qualquer espécie de interesse difuso ou coletivo^[10].

O artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor estatui: “para defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

O referido dispositivo indica que poderão ser propostas ações de conhecimento; medidas cautelares, nominadas ou não; de execução e quaisquer outras ações que se ajustem à efetividade da tutela^[11].

Conquanto tenha sido assumida a integralidade do sistema jurídico processual, desde que apto ou adequado para proporcionar efetiva tutela, isto deve ser compreendido como tendo sido somado ao sistema do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Ou seja, além das tutelas existentes no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, podem ser utilizadas aquelas presentes em todo o sistema processual. Este texto, com esta interpretação, ademais, prevalece para todos os possíveis interesses e direitos difusos”[12].

O Ministério Público pode, inclusive, impetrar mandado de segurança para a defesa dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, porque o inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal permite a sua utilização diante de ofensa a direito por ato ilegal ou abuso de autoridade.

Importante consignar, também, a tutela específica nas ações que visem o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, bem como a extensão objetiva da coisa julgada para beneficiar as pretensões individuais.

A antecipação da tutela definitiva, além de ser prevista no parágrafo terceiro do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor[13], nas obrigações de fazer ou não fazer, também é aplicável a toda e qualquer pretensão deduzida em juízo com base no referido Código, desde que presentes os seus pressupostos, quais sejam, a verossimilhança do dano irreparável ou de difícil reparação, mediante decisão fundamentada.

Cumprir destacar a importante interação do Código de Defesa do Consumidor e da ação civil pública, formando um sistema integrado do processo coletivo, inclusive, estendendo-se tal aplicação a todos os diplomas que tratam da tutela de outros interesses transindividuais (investidores do mercado de valores mobiliários, pessoas portadoras de deficiência, criança e adolescente)[14].

3. Legitimidade do Ministério Público

É orientação consolidada do Superior Tribunal de Justiça a legitimidade do Ministério Público para figurar no polo ativo de ação civil pública e de ações coletivas contra operadoras de planos de saúde[15].

Entendimento diverso implica *inadmissível retrocesso social*, pois devolve o consumidor ao status de proteção anterior à lei consumerista, estimulando a proliferação de demandas repetitivas, que é ao mesmo tempo causa e efeito da postergação da entrega do bem da vida objeto do contrato de adesão.

4. Contratos-padrão relativos aos planos de saúde

Os contratos-padrão de planos de saúde são coletivos e de adesão, o que, muitas vezes, senão, em quase sua totalidade, impõem ao consumidor obrigações desproporcionais, não se podendo falar em mitigação das disposições da legislação consumerista. Ressalte-se, outrossim, a necessidade de equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores e igualdade nas contratações, ensejando, uma vez constatado o desequilíbrio contratual (situação de vantagem exagerada ou incompatível com a boa-fé ou a equidade), a concessão da tutela necessária e adequada à proteção dos direitos estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor; e do artigo 122 do Código Civil, que veda as disposições contratuais que sujeitem o negócio jurídico

ao arbítrio de uma das partes — dispositivo esse aplicável à espécie, nos termos do artigo 2º, parágrafo 2º, da Lindb e do artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor.

Importante ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça já apreciou a questão relativa à incidência do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre pessoas jurídicas, concluindo que *o que deve nortear a aplicação da norma ao caso concreto é a vulnerabilidade da pessoa contratante*, de modo a preservar o ideal de garantia de igualdade material entre fornecedores e consumidores[16].

Ora, como é de conhecimento geral, escasseiam os planos de saúde individuais, interessando-se as operadoras de planos de saúde e de seguro saúde mais pelos planos coletivos, que melhor lhes permitem a adequação em massa dos contratos aos seus interesses. *Nesse contexto, subtrair os contratos coletivos ao alcance do CDC, ou mesmo mitigar a proteção consumerista a esses contratos, ao argumento de se tratar de contratação entre “pessoas jurídicas”, significa, na prática, excluir da proteção legal milhões de consumidores.*

Uma vez assentada, na hipótese, a plena incidência do CDC, inadmissível a assertiva no sentido de que os contratos de planos ou seguro-saúde, pelas suas características, estão sujeitos à sinistralidade, o que compõe a álea normal do contrato, sujeitando, o grupo contratante, ao rateio das despesas e custos, quando superiores aos comumente previstos.

De fato, ainda que não se considere nula, em si, a cláusula que permite o reajuste por sinistralidade, fato é que é patente a abusividade desse tipo de cláusula contratual nos planos de saúde.

Não se pode perder de vista que o contrato de prestação de serviço de assistência médico-hospitalar (plano de saúde ou seguro-saúde) *não é um contrato qualquer*. Submete-se o consumidor, antes da aceitação pelo fornecedor, a declaração de saúde; não raro, a inspeção de saúde; e ao cumprimento de carências diversas, e agravos. Por isso, se existe uma possibilidade de aumento drástico do preço, ele deve estar *rigorosamente informado sobre quanto e quando*, para que tome a decisão mais adequada a seu interesse, *a tempo e modo*, de sorte a não ficar desassistido.

Vistas, pois, sob o enfoque da legislação protetiva, que impõe a justiça contratual, as cláusulas de reajuste por sinistralidade são manifestamente abusivas, pois em geral têm o intuito de apenar a parte mais fraca no contrato, violando o equilíbrio contratual, e trazendo vantagem manifestamente excessiva às operadoras ou seguradoras de planos de saúde.

Por fim, ainda que se entenda ser o caso de não aplicação, ou de aplicação mitigada da legislação consumerista, essa posição afronta também o disposto no artigo 122 do Código Civil, *verbis*:

“Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes”.

Com efeito, indiscutível que as cláusulas que permitem às operadoras ou seguradoras de planos de saúde reajustes unilaterais dos preços, em patamares imprevisíveis, sem que ao destinatário de seus serviços — e responsável pelo adimplemento — seja possibilitado organizar-se de modo a garantir a continuidade do contrato, cuja rescisão, pela peculiaridade de seu objeto, é sempre determinante de prejuízo para o direito fundamental à saúde, constitucionalmente garantido.

Bibliografia

ALPA, GUIDO - Tutella del Consumatore e Controlli Sulla Impresa. Bologna, Itália: ed. Il Mulino, 1977.

ARAÚJO, LUIZ ALBERTO DAVID e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR - Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

ARRUDA ALVIM NETTO, JOSÉ MANOEL DE; THEREZA ALVIM, EDUARDO ARRUDA ALVIM e JAMES MARINS - Código do Consumidor comentado. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

BOURGOIGNIE, THIERRY - "Realité et spécificité du Droit de la Consommation" in Journal des Tribunaux, 1979.

BULGARELLI, WALDÍRIO - "A tutela do consumidor na jurisprudência brasileira e de lege ferenda" in A tutela dos interesses difusos. São Paulo: Max Limonad, 1984.

SIDOU, J. M. OTHON - Proteção ao Consumidor. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1977.

[1] Ressaltamos que o VI Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em São Paulo no ano de 1985, aprovou a seguinte conclusão: "consumidor é o adquirente ou usuário que utiliza, para fins não profissionais, produtos ou serviços colocados à sua disposição tanto por comerciante como por particulares que exercitem a produção ou distribuição de bens de consumo ou até pelo Estado" (Tese: A proteção ao consumidor e o Ministério Público, apresentada por José Geraldo Brito FILOMENO e Antônio Herman de Vasconcellos e BENJAMIN).

[2] "A Tutela do Consumidor na Jurisprudência Brasileira e de Lege Ferenda", in A Tutela dos Interesses Difusos, São Paulo, Max Limonad, 1984, p. 113.

[3] Proteção ao Consumidor, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1977, p. 106.

[4] Tutella del Consumatore e Controlli Sulla Impresa, Bologna, Itália, ed. Il Mulino, 1977.

[5] "Realité et spécificité du Droit de la Consommation", in Journal des Tribunaux 5.08, 1979, p. 296.

[6] "Art. 17 do CDC: para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento". "Art. 29 do CDC: "para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas".

[7] "Consumidor é todo aquele que, para seu uso pessoal, de sua família, ou dos que se subordinam, por vinculação doméstica ou protetiva a ele, adquire ou utiliza produtos, serviços ou quaisquer outros bens ou informações colocadas à sua disposição por comerciantes ou por qualquer outra pessoa natural ou jurídica, no curso de sua atividade ou conhecimento profissionais" ("Conceito Jurídico de Consumidor" in Revista dos Tribunais, volume 628, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 78).

[8] Confira: art. 5º, incisos I a V do CDC.



[9] O conceito de interesses individuais homogêneos encontra-se expresso no art. 81, parágrafo único, inciso III do CDC.

[10] Com o acréscimo do art. 21 da Lei nº 7.347/85, determinando a aplicação dos dispositivos processuais do Código de Defesa do Consumidor, estendeu-se a possibilidade de tutela de toda e qualquer espécie de interesses individuais homogêneos.

[11] “Este texto deve ser correlacionado, entre outros, com o art. 102 (que diz com a ação coletiva), em que se encontram idealizadas várias modalidades de providências possíveis, para se vedar o que for nocivo ou perigoso à saúde pública, ou, ainda, à incolumidade pessoal, referindo-se este último artigo expressamente à possível atividade de todos os legitimados pelo art. 82 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor” (ARRUDA ALVIM, Thereza ALVIM, Eduardo Arruda ALVIM e James MARINS, Código do Consumidor Comentado, 2ª edição revista e ampliada, 2ª tiragem, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 391).

[12] V. o art. 21 da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985), em que se estabeleceu o seguinte: “aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

[13] Artigo 84, § 3º do Código de Defesa do Consumidor: “sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citando o réu”.

[14] O art. 21 da Lei nº 7.347/85 determina a aplicação, à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, dos dispositivos processuais do Código de Defesa do Consumidor. O art. 90 do Código de Defesa do Consumidor determina que se aplicam às denominadas ações coletivas nele previstas as normas do Código de Processo Civil e da Lei da Ação Civil Pública, inclusive no que respeita ao inquérito civil, formando um sistema integrado.

[15] STJ, REsp 1554448/PE, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 26/02/2016.

[16] STJ, REsp nº 1.195.642 - RJ (2010/0094391-6), Relatora: Ministra: Nancy Andrighi, Recorrente: Empresa Brasileira de Telecomunicações, j. em 13.11.2012.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2019-jan-14/mp-debate-abusividade-clausula-reajuste-plano-ou-seguro-saude/>