

**UNIPAC – UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LEONARDO FRUTUOSO DA SILVA

**PORTABILIDADE DOS PLANOS DE SAÚDE:
QUEM FICA DE FORA DESTE NOVO BENEFÍCIO?**

Juiz de Fora - MG
2009

LEONARDO FRUTUOSO DA SILVA

**PORTABILIDADE DOS PLANOS DE SAÚDE:
QUEM FICA DE FORA DESTE NOVO BENEFÍCIO?**

Monografia apresentada à Universidade
Presidente Antônio Carlos como
requisito para a conclusão do Curso de
Direito.

Orientador: Prof^o. Francisco de Assis Belgo

Juiz de Fora - MG
2009

FOLHA DE APROVAÇÃO

Leonardo Fortunoso da Silva

Aluno

Portabilidade dos Planos de Saúde

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Francisco Belgo

Leonardo Mendonça

Luciana Marcil Braga

Aprovada em 03/12/2009.

AGRADECIMENTOS

Dedico este trabalho primeiramente a DEUS, porque Dele, por ELE e para ELE são todas as coisas.

Aos meus PAIS, que foram meus primeiros mestres e me instruíram de forma brilhante.

À minha ESPOSA que tanto me deu força e me ajudou nesta longa e desgastante caminhada. Meu mais sincero MUITO OBRIGADO!!!

“Tudo posso, naquele que me fortalece.”

(Filipenses 4; 13)

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo a análise sistemática da portabilidade dos planos de saúde e quem são as pessoas que ficam fora deste benefício. Com base na Constituição Federal e nas normas infraconstitucionais, visa ainda, tecer considerações essencialmente jurídicas a respeito da atuação das agências reguladoras, porquanto, instrumentos de intervenção do Estado, usadas para garantir uma melhor prestação de serviço por parte de particulares, tendo em vista, a incapacidade de absorção da demanda social pelo setor de saúde pública estatal. É neste contexto, que se insere o presente trabalho, uma vez que, buscou identificar possíveis soluções para este impasse.

Palavras-Chave: Planos de Saúde. Portabilidade. Benefício.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 PREVISÃO CONSTITUCIONAL DA SAÚDE.....	10
2 CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE A LUZ DO NOVO CÓDIGO CIVIL.....	13
2.1 Princípio da Liberdade Contratual.....	13
2.2 Princípio da Obrigatoriedade do Pactuado (Pacta Sunt Servanda).....	14
2.3 Princípio da Autonomia da Vontade.....	14
2.4 Princípio da Boa-Fé.....	15
3 CÓDIGO DE DEFESA AO CONSUMIDOR FRENTE AOS PLANOS DE SAÚDE.....	20
4 OS PLANOS DE SAÚDE E A PORTABILIDADE.....	24
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	28

INTRODUÇÃO

Podemos notar uma grande preocupação dos legisladores e juristas na proteção dos consumidores, tidos como os mais frágeis na cadeia de consumo e face ao desconhecimento das entrelinhas do direito brasileiro.

Assim, não somente a Constituição Federal de 1988, como também o Código Civil de 2002, o Código de Defesa do Consumidor (lei 8078/90), a Agência Nacional de Saúde Suplementar (lei 9961/00), dentre outras, assumem a importante missão de equilibrar esta prestação de serviço (normatizando, fiscalizando, sancionando, julgando e punindo), de forma muitas vezes rígida a fim de impedir ou amenizar abusos na contratação de serviços essenciais à vida e à saúde, permitindo a concorrência justa que se revela sem a dominação de mercado, tendo em vista a vulnerabilidade do consumidor.

Nesse sentido, num mercado equilibrado, as empresas concorrentes de plano de saúde, têm a necessidade de investir em pesquisas e desenvolvimento de produtos e serviços, bem como, estudar a peculiaridade de cada mercado e o desejo dos respectivos consumidores, para conquistar cada vez mais espaço. Isso porque, numa economia de mercado, na qual estão envolvidos diversos relacionamentos econômicos, a concorrência é algo fundamental, uma vez que, possibilita uma maior variedade de produtos e o aprimoramento na qualidade dos mesmos, além de contribuir diretamente para a redução de preço. A concorrência se revela à essência da relação de equilíbrio entre a oferta e a procura.

A Constituição Federal de 1988 absorvendo essa mutação mercadológica trouxe em seu conteúdo mais precisamente, na Seção II, Capítulo II, Título VIII, a intenção a que deseja a sociedade quando diz no art. 196,

A saúde é um direito de todos e dever do Estado garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Porém não foi bem aceita a introdução de mecanismos legais que trouxessem os benefícios desejados e idealizados pela Carta Magna, uma vez que, mexeria com interesses num mercado livre de qualquer regulamentação, que movimenta bilhões de reais e é detentor de uma fatia considerável da população, tendo se arrastado por longos anos no congresso

nacional até o nascimento da Lei 9.656/98 (lei dos planos de saúde) e posteriormente a lei 9.961/00 (criação da ANS).

Quanto a essa “nova ordem” Maquiavel se manifestou da seguinte forma: “você encontrará ferrenhos inimigos em todos aqueles que se beneficiam da antiga ordem e apenas poucos colaboradores entre aqueles que se beneficiariam com a nova ordem”.

As constantes modificações nos planos de saúde e a forma com que foram inicialmente introduzidos e trazidos pela referida lei (9656/98) como forma de regulamentação, objetivava a adequação à nova conjectura pela qual vinha passando o país, principalmente com a abertura da economia, mostrando uma preocupação intensiva do legislador em proteger o mercado consumidor e garantir a concorrência.

Com a apresentação desta realidade, merecem destaque os planos privados de assistência à saúde oferecida pelas operadoras que seguem as diretrizes estabelecidas na Lei 9.656/98, que trouxe alterações significativas na forma da contratação, na data da assinatura, na cobertura assistencial e geográfica a que ficaram submetidos os contratos a partir de sua vigência.

Assim, um complexo de leis se coadunam e se complementam para chegar ao denominador comum que é o bem estar econômico do consumidor. Mas porque deixar de fora pessoas que contrataram há mais tempo planos de saúde, obrigando-as a enfrentarem toda uma burocracia e novas dores de cabeça, com manuseio de papéis. Com isso, podem até perder um fator positivo ao seu favor, que a permanência prolongada com uma certa prestadora de serviço, para que também possam desfrutar dos benefícios da portabilidade, sem perderem o fator tempo.

1 PREVISÃO CONSTITUCIONAL DA SAÚDE

A Constituição de 1988 não poupou esforços para elevar a saúde à categoria de um direito fundamental de todos, mediante ações constantes do Estado. Assim, trouxe a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) com o objetivo de atender as necessidades locais da população, podendo integrar essa realidade os agentes privados que outrora agiam livremente pela falta de normas que regulamentassem, e que a partir de então teriam que se adequar à nova realidade.

O direito à saúde consubstancia-se na garantia dos demais direitos. Sem ele, não podem imergir os demais e se efetivarem no plano da realidade jurídico-social. A saúde é a necessidade vital do homem e um sistema que a garanta e de caráter importantíssimo para toda sociedade.

A preocupação de se constitucionalizar a saúde levou os legisladores, quando da Assembléia constituinte, a elevar a saúde à condição de direito fundamental, revelando a compreensão da essencialidade da vida humana que é o bem supremo e merece amparo na lei maior.

A brilhante intenção do texto constitucional, para não falar futurística, trazida de idéias européias, não é na realidade, e infelizmente, algo que aconteça num passe de mágica, afinal possui pouco mais de vinte anos de existência e traça em sua maioria normas de eficácia limitada não auto-aplicável, dependendo de prestações positivas do Estado.

Importante se faz ressaltar que o professor Afonso Arinos, no discurso proferido quando da promulgação da Constituição de 1988, advertia que,

O Direito, nas novas Constituições, parece evoluir em conjunto, para tornar-se cada vez mais um corpo de normas teóricas e finalísticas, e cada vez menos um sistema legal vigente e aplicável. Por outras palavras: nunca existiu distância maior entre a letra escrita e dos textos constitucionais e a sua aplicação. Hoje poderíamos juntar algo mais grave, que é o seguinte: a aplicabilidade dos textos depende de sua aplicação.

O art. 196 da Constituição Federal estabelece que,

A saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Sendo competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios os seus cuidados (inciso II, art. 23 da CF).

Um ponto digno de nota, é o manifesto do STF sobre o assunto,

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado Brasileiro – não pode converter-se em promessa institucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever por um gesto de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado (RE 267.612 – RS, DJU 23/08/2000, Rel. Min. Celso de Mello).

No mesmo sentido V. Acórdão referente ao agravo de instrumento n. 96.012721-6 proferido pelo Desembargador Xavier Vieira, *in verbis*,

Sendo a saúde direito de todos e dever do Estado (CF, art. 196, CE, art. 153), torna-se o cidadão credor desse benefício, ainda que não haja serviço oficial ou particular no País para o tratamento reclamado. A existência de previsão orçamentária própria é irrelevante, não servindo tal pretexto como escusa, uma vez que o executivo pode socorrer-se de créditos adicionais. A vida, dom maior, não tem preço, mesmo para uma sociedade que perdeu o sentido da solidariedade, num mundo marcado pelo egoísmo, hedonista e insensível. Contudo, o reconhecimento do direito à sua manutenção (...), não tem balizamento caritativo, posto que carrega em si mesmo, o selo da legitimidade constitucional e está ancorado em legislação obediente àquele comando (vide também Apelação cível n. 98.001145-0 e 98.001146-9, Santa Catarina, Relator Des. Newton Trisotto).

São ainda de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (art. 197, CF).

Assim, a Constituição através de medidas positivas busca a plena realização do direito fundamental à saúde para o bem estar e uso de seus indivíduos, protegendo, portanto, não só a vida, mas a cura e a prevenção de doenças através de medidas que asseguram a integridade física e psíquica do ser humano como consequência direta do fundamento da dignidade da pessoa humana. Sendo certo que todas essas ações são financiadas por impostos pagos pelos contribuintes aos Municípios, aos Estados e à União e estes em contrapartida têm

que criar condições para que toda e qualquer pessoa tenha acesso aos Serviços de saúde, hospitais, tratamentos, programas de prevenção e medicamentos.

2 CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE A LUZ DO NOVO CÓDIGO CIVIL

Como é de se notar, que a base das práticas jurídicas são os princípios, será citado alguns princípios que regem os contratos, fazendo alusão ao trabalho apresentado pela Bacharel em Direito, Lílian Corrêa Lemos, publicado no Âmbito Jurídico, Rio Grande em 31/10/2008. Artigo da faculdade de Direito UNIPAC Campos Juiz de Fora.

2.1 Princípio da Liberdade Contratual

Cada contratante possui a liberdade individual de escolher ou não por contratar, sendo assim, desta forma, estamos diante da liberdade contratual. Esta liberdade contratual precisa observar alguns pontos, uma vez que, em via de regra, não se pode forçar ninguém a firmar um negócio jurídico, pois desta forma causaria um vício de consentimento torna-se inválido tal ato jurídico.

Podemos verificar que na Constituição da República Brasileira, mais precisamente em seu artigo 170, IV traz como conteúdo, a realização da livre concorrência e, na questão de contratação de planos de saúde em nosso país, não há como se falar em monopólio na prestação de serviços, sendo que no mercado brasileiro podemos encontrar diversas prestadoras de Planos de Saúde que põem a disposição inúmeros tipos de contratos de planos de saúde com coberturas e valores amplos para negociação. Cabe ao beneficiário analisar todas as ofertas e escolher o que lhe melhor convir.

2.2 Princípio da Obrigatoriedade do Pactuado (*Pacta Sunt Servanda*)

Tem por significado este princípio em latim que os “pactos não podem ser quebrados”; ou segundo SILVIO VENOSA (2005, p.406),

O acordo de vontades faz lei entre as partes, fala esta que não pode ser usada de forma peremptória, como segundo o mesmo autor tudo no Direito. Trata da obrigatoriedade do cumprimento das cláusulas elencadas no contrato realizado entre as partes, desde que o contrato seja eficaz e válido. Com esta prática, detém o dever de cumprir o que foi acordado sob pena de total descumprimento e negação do instituto do negócio jurídico.

Constituem um direito das partes, os pactos e as cláusulas contidas no contrato; desta forma, as mesmas devem ser observadas e o seu cumprimento deve se fazer na sua totalidade, e a inobservância de uma das cláusulas, que seja, ou das obrigações previamente pactuadas implica no descumprimento do pactuado no contrato.

Assim sendo, podemos afirmar que, em síntese, este princípio dispõe que o contrato faz lei entre as partes e deve ser cumprido.

Para finalizarmos, o contrato pactuado deve ser cumprido em sua totalidade, não podendo ser influenciado ou alterado pelas partes de forma ilegal; nem mesmo o juiz deve alterar o que fora pactuado entre as partes. Porém, sendo acionado o juiz para resolver algum conflito, deverá manter seu foco apenas ao que consta nas cláusulas contratuais.

2.3 Princípio da Autonomia da Vontade

Desde o direito romano, as pessoas são livres para contratar, logo possuem a liberdade de contratar se quiserem com quem quiserem e sobre o que quiserem, ou seja, o direito de contratar e de não contratar, de escolher a pessoa com quem fazê-lo e de estabelecer o conteúdo do contrato. Esse princípio se alicerça justamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.

Para Kant, em sua obra “Fundamentos da Metafísica dos Costumes escrita em 1785 à autonomia da vontade:

É a constituição da vontade, pela qual ela é para si mesma uma lei - independentemente de como forem constituídos os objetos do querer. O princípio da autonomia é, pois, não escolher de outro modo, mas sim deste: que as máximas da escolha, no próprio querer, sejam ao mesmo tempo incluídas como lei universal.

O conceito de Autonomia adquire especificidade no contexto de cada teoria, porém todas concordam que duas condições são essenciais à autonomia: a Liberdade (independência do controle de influências) e a Ação (capacidade de ação intencional).

Nesta toada, a liberdade mencionada anteriormente pode ser vista pelo aspecto da liberdade propriamente dita de contratar ou não, estabelecendo o conteúdo do contrato ou pelo aspecto de optar pela modalidade do contrato que quiser.

Por fim, conforme explana VENOSA (2005, p.412), “O controle judicial não se manifestará apenas no exame das cláusulas contratuais, mas desde a raiz do negócio jurídico”.

Assim, os beneficiários devem contratar o plano que quiserem e com a operadora que melhor lhe for vista, pois, possui o poder da escolha.

2.4 Princípio da Boa-Fé

Com a entrada em vigor do novo Código Civil brasileiro de 2002, adotou-se também como princípio basilar direcionador de matéria contratual, a boa-fé objetiva. Como podemos verificar o disposto nos artigos 421 e 422, mais especificamente o último, que determina: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Desta forma, o princípio da boa-fé que se busca manter, dado ênfase no CC/02, é a objetiva, entendida deste jeito como a exigível comumente homem contemporâneo, numa aplicação específica do critério do “*reasonable man*”, do sistema norte-americano.

Diferente, portanto, da boa-fé subjetiva, que VENOSA (2005, p.409), define “o manifestante de vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui de um negócio. Para ele há um estado de consciência ou aspecto psicológico que deve ser considerado”, porém a boa-fé objetiva de que VENOSA define como “uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos”.

Seguindo esta linha de raciocínio, existem outros dispositivos no código atual que faz referencia a boa-fé de índole objetiva, prevista no art 113 como "Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração"

Realizando uma análise do conceito de boa-fé objetiva na esfera do código civil, podemos identificar três funções básicas: função interpretativa (artigo 113), função de controle dos limites do exercício de um direito (artigo 187) e função de integração do negócio jurídico (artigo 421).

Podemos observar que, o novo Código Civil valoriza mais enfaticamente, a boa-fé, que o Código de Defesa do Consumidor, valorize o instituto, não o faz de forma tão expressa e genérica.

Por fim, e não menos importante deve-se observar, pelo contratante o conteúdo do contrato, agindo assim honestamente, contratando aquele negócio jurídico, que aqui no caso seria plano de saúde, que realmente pode arcar financeiramente; ciente de que poderá complementar suas coberturas e ocorrer possíveis exclusões. Deve prestar atenção ao que está contratando e agir de forma de boa-fé, não pleiteando prestação além do pactuado.

A previsão dos planos de saúde a luz do código civil de 2002 é previsto no que se refere aos contratos e sua formas, isto passando pelos princípios gerais dos contratos, até chegarmos na forma propriamente dita dos contratos de planos de saúde que muitos julgam ser um contrato de adesão pelos simples fatos de que o contratante apenas adere a um contrato previamente já existente com todas as suas cláusulas.

Segundo VENOSA (2005, p.42), o que se define por contrato de adesão é,

O contrato de adesão é o típico contrato que se apresenta com todas as cláusulas predispostas por um das partes. A outra parte, o aderente, somente tem a alternativa de aceitar ou repelir o contrato. O consentimento manifesta-se, então, por simples adesão às cláusulas que foram apresentadas pelo outro contratante.

Alguns doutrinadores compreendem que é um contrato jurídico bilateral formado pelo concurso de vontades, o que representa o princípio da autonomia de vontades que será analisado no futuro. Outros entendem que é um negócio jurídico unilateral uma vez que neste tipo de contrato as cláusulas são preestabelecidas e não existe a livre manifestação da vontade, ficando a vontade do aderente restrita à vontade do predisponente.

Este tipo de contrato, e suas cláusulas caracterizam-se pela generalidade, uniformidade e abstratividade, denominadas condições gerais do contrato e se destinam a constituir o conteúdo obrigacional do contrato firmado para o surgimento de prestações

idênticas, mas exercem igualmente uma função normativa no sentido de que regulam inevitavelmente, de modo uniforme, a conduta das partes e os seus interesses no curso da relação.

Apesar das cláusulas nos contratos de adesão serem predispostas, as partes manifestam sua vontade e interesse pelo contrato, o que os leva a firmar o mesmo, logo, pode-se dizer que o contrato de adesão é bilateral onde gera responsabilidade para cada uma das partes, sendo essas, obrigadas a cumprir sua prestação preestabelecida no contrato.

Porém, julgam outros conhecedores do assunto ser o contrato de plano de saúde, um contrato comutativo e assim também destacamos que contrato comutativo é: Um contrato bilateral e oneroso através do qual as partes contratantes possuem obrigações recíprocas, logo, cada parte é simultaneamente credora e devedora.

Nos contratos comutativos, as partes têm de plano, conhecimento do que têm a dar e receber. Desta forma, uma parte não pode ser obrigada a suportar mais obrigações do que as que pactuaram, visto que neste tipo de contrato não há incerteza, porque os contratantes sabem, no início da relação jurídica contratual, a extensão de suas obrigações, bem como existe certa equivalência entre as prestações assumidas.

Digamos então, ser de certa forma, que se trata da igualdade das prestações, no qual, geralmente cada parte possui uma contra prestação se aquilo que obtém em troca lhe for equivalente. CAIO MARIO diz que: "O contrato comutativo está na correspondência de vantagens entre as obrigações dos contratantes". E, sendo assim, resta evidente que as duas partes têm vantagens e obrigações, quanto aos contratos de Plano de Saúde.

De toda sorte, o contrato de plano de saúde pode ser denominado um contrato comutativo, uma vez que o beneficiário ao contratá-lo, tem a obrigação de pagar mensalmente um valor, ou seja, a mensalidade e em contra partida, a Operadora de Planos de Assistência à Saúde possui o dever de prestar a assistência médica contratada pelo beneficiário, porém respeitando os limites existentes no contrato firmado e sua função social.

Desta forma, como todo contrato comutativo, o contrato em questão envolve direitos e deveres das partes, uma delas não pode ser obrigada a ter mais obrigações do que aquelas que contrataram.

Por assim dizer, podemos estruturar o contrato de plano de saúde da seguinte forma: O contrato de plano de assistência à saúde considera-se como bilateral, oneroso, comutativo, consensual, nominado, não solene, principal e de adesão.

Considerado bilateral uma vez que os contratantes possuem responsabilidades entre si, logo, são devedores e credores um do outro. Oneroso porque as partes contraem vantagens

e proveitos com suas pactuações, logo, o beneficiário passa a possuir um contrato de plano de saúde que o atenderá nos momentos em que necessitar de assistência médica; e a operadora estará aumentando, com o contrato firmado o seu rol de clientes.

Denomina-se comutativo quando uma das partes, além de receber prestação equivalente a sua, pode desfrutar essa equivalência. Existe uma semelhança entre a prestação (vantagem) e a contraprestação (sacrifício).

Assim, o beneficiário estará utilizando a prestação de serviços médicos em contrapartida deverá contribuir financeiramente com uma quantia pré-definida mensalmente.

Na contratação do plano, mais especificamente na leitura da proposta, tem o contratante ou beneficiário a autonomia de analisar todas as cláusulas do contrato e não concordando com alguma poderá solicitar a operadora outra proposta, ato este, que faz com que as operadoras possuam múltiplos contratos, com coberturas diversas, segmentações e mensalidades.

É Consensual, haja vista que para se contratar, basta simplesmente a apresentação da proposta e sua aceitação. Quando da negociação, a operadora apresenta ao beneficiário as propostas disponíveis, e este, estando de acordo com seu poder aquisitivo e parâmetros desejados, contrata o que melhor se adequar em sua busca pessoal.

Levando em conta, também como um contrato nominal, uma vez que existe uma lei para regulamentá-los, bem como são contratos não solenes, haja-visto não ser necessária a formalização do contrato via registro em cartório. Por fim, diz ser um contrato principal, porém pode possuir anexos contratuais em apenso.

Doutrinariamente, existe o entendimento que o contrato de planos de assistência à saúde é um contrato de adesão, pois possuem cláusulas pré-estabelecidas, as quais o beneficiário não tem o direito de alterá-las, porém, a partir do momento em que o beneficiário tem conhecimento do contrato e de suas condições financeiras, poderá optar por outro que se encaixe em suas expectativas.

Neste contexto, procuro demonstrar que o contrato de planos de saúde é necessariamente um contrato, a meu ver, de adesão, deixando a característica de comutativo à parte.

Assim sendo, a partir do momento em que o contrato for firmado torna-se perfeito, gerando direitos e deveres entre as partes – e deve-se prestar atenção ao fato de que as Operadoras de Planos de Assistência à Saúde possuem várias formas de combinar as diversas cláusulas dos contratos, e a oferecerem aos contratantes com valores periódicos diversos,

cabendo a quem contrata, optar pelo que melhor lhe atende cada uma das partes receberá uma prestação equivalente, claro, conforme cada interesse.

Assim, o contratante possui a obrigação de pagar em dia suas mensalidades e a operadora de Planos de Assistência à Saúde têm a obrigação de cumprir o que está disposto no contrato. Frente a esta perspectiva, neste tipo de contrato, não pode o contratante antes de cumprir suas obrigações, querer exigir o cumprimento da contratada, menos ainda exigir prestações de serviços a quem do pactuado.

3 CÓDIGO DE DEFESA AO CONSUMIDOR FRENTE AOS PLANOS DE SAÚDE

No mercado atual de consumo, modificações ocorrem a todo o momento de forma que devemos ficar atentos para acompanhar tais modificações para não ficarmos para trás, e, a cada dia, novas práticas comerciais e cláusulas contratuais são inseridas no mercado de consumo.

Com a atenção voltada ao mercado consumidor, e com uma insegurança de se criar uma legislação que em pouco tempo poderia ficar inaplicável, "sem efeito", o legislador tratou de dar uma abrangência maior à jurisprudência para um efetivo alcance das normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC) por um espaço de tempo maior.

Desta forma, foi adotado, no CDC, e posteriormente no CC/02, a técnica legislativa denominada de "cláusulas gerais", na qual são utilizados conceitos jurídicos cuja completa determinação caberá à atividade criadora do Juiz.

A ministra Fátima Nancy Andri ghi ministra do Superior Tribunal de Justiça assim define clausulas gerais:

Cláusulas gerais tem dois significados distintos no Direito do Consumidor. O primeiro, enquanto técnica legislativa. Já o segundo significado diz respeito ao fenômeno das condições gerais dos contratos, no qual a expressão "cláusulas contratuais gerais" abarca as cláusulas pré-elaboradas pelo fornecedor de maneira unilateral, uniforme e abstrata.

Esta prática de utilização de "cláusulas gerais" enquanto técnica legislativa pode ser observada em diversos Estados que fazem uso do sistema romano-germânico (dentre outros: Alemanha, Itália e Portugal).

Por assim dizer, o legislador, atento a rapidez com a qual ocorrem as mudanças sociais, direciona ao Juiz, cerceado pela própria lei e tendo por base os princípios do sistema jurídico no qual ela está inserida, a tarefa de direcionar certamente o âmbito de aplicação da lei.

Nesse contexto, o STJ, com poder conferido pela Constituição Federal de tornar mais harmônica a jurisprudência infraconstitucional brasileira, recebe uma importância ímpar na efetivação da defesa do consumidor.

E o embate a respeito do papel do STJ na elaboração da jurisprudência brasileira sobre direito do consumidor cabe, não somente aos ministros que compõem o denominado

Tribunal da Cidadania, mas também à sociedade, e diretamente aos aplicadores do direito, pois a "jurisprudência é, na verdade, a fonte viva do direito".

Desta feita, podemos demonstrar a caracterização da relação de consumo nos planos de saúde e como é de conhecimento no meio jurídico, para o emprego das normas protetivas do CDC se faz necessária à caracterização da relação de consumo. Por tanto, nos pólos da relação jurídica deve existir um consumidor (ou ente equiparado), que aqui no caso é o contratante e um fornecedor, que no caso em questão seria as empresas de plano de saúde.

Segundo a ministra do STF Fátima Nancy Andriahi, sobre a caracterização do consumidor existe uma grande controvérsia hoje, é a possibilidade de o empresário (pessoa física ou jurídica) ser caracterizado como consumidor.

A discussão surge das várias formas de interpretação sobre a expressão "destinatário final", que consta do art. 2º do CDC (conceito de consumidor). De início, a doutrina segundo a ministra se dividiu em duas teorias: a finalista (ou subjetiva) e a maximalista (ou objetiva).

A principal diferença entre elas decorre da circunstância de a doutrina finalista não considerar como consumidor a pessoa que utiliza um produto ou serviço na sua atividade profissional, ou seja, para a teoria finalista a pessoa que adquire um bem ou serviço com o intuito de lucro não é considerada consumidora.

A 2ª Seção do STJ, no julgamento do CC 41.056/SP (DJ: 20/9/2004), em acórdão de minha relatoria, considerou como consumidora uma farmácia que celebrou contrato com sociedade empresária que administrava serviços de pagamento por meio de cartão crédito (Visanet).

Na oportunidade, ao adotar a teoria maximalista, fiz questão de ressaltar a vulnerabilidade da farmácia, e o fato de que nem ela nem o contrato tinham porte econômico ou financeiro expressivo.

Já no julgamento do RESP 541.867 (julgado em 10/11/2004), rel. p/ acórdão Min. Barros Monteiro, a 2ª Seção do STJ adotou a teoria finalista e entendeu não haver relação de consumo entre uma sociedade empresária revendedora de tintas e uma administradora de cartão de crédito. Também nessa oportunidade, houve discussão quanto a hipossuficiência da revendedora de tintas.

Como se vê, a questão é polêmica não somente na doutrina como também na jurisprudência. Mas, independentemente do posicionamento que vier a ser pacificado no STJ, tenho que nunca poderá ser esquecido o princípio do CDC, talvez o maior, de reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (art. 4º, I). Ou seja, o CDC sempre

deverá ser interpretado de forma teleológica, e os seus dispositivos somente serão aplicados para proteger a parte mais fraca da relação jurídica (o vulnerável, hipossuficiente).

Coerente com essa linha de interpretação, está o REsp n. 258.780 (Rel. Min. Barros Monteiro), no qual não foi considerado "como consumidor o empresário que toma vultuosa importância empresta junto a uma instituição financeira para instalar um parque industrial".

Quanto a questão do fornecedor, segundo ela, parece não existir grandes polêmicas a respeito da caracterização do fornecedor.

Registre-se que o STJ tem admitido inclusive a aptidão de associações e sociedades sem fins lucrativos para figurarem como fornecedor (Resp's n. 436.815 e n. 519.310, de minha relatoria, dentre outros).

Com efeito, quando elas exercem atividades remuneradas no mercado de consumo como uma sociedade empresária (ex: contratos de mútuo, de prestação de serviços médicos), não será a natureza jurídica delas que excluirá a aplicação das normas protetivas do CDC em favor dos consumidores, pois os critérios para a caracterização dos fornecedores previstos no art. 3º do CDC são puramente objetivos.

A Lei 9.656/98 veio a estabelecer várias regras a respeito dos contratos de plano e seguro de saúde. No cotidiano, esses contratos podem ser divididos em duas espécies (com dois diferentes regimes jurídicos): aqueles que foram firmados antes da vigência da Lei 9.656/98, e os que foram firmados após. Essa lei trouxe vários avanços para os consumidores desses serviços. Registre-se que alguns desses avanços foram conquistas da jurisprudência, posteriormente incorporados pela lei.

Em situação mais delicada estão aqueles contratos firmados antes da vigência dessa lei. Quanto a estes, o STJ recentemente editou a Súmula 302: "É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado."

Outro tema interessante foi apreciado pela a 3ª Turma do STJ recentemente. O consumidor afirmou que mudou de plano de saúde, pois a nova operadora de plano de saúde, por meio do corretor, havia lhe informado que o tempo de carência já cumprido no contrato anterior, seria aproveitado no novo contrato.

Sucedeu que o consumidor precisou utilizar os serviços do novo plano de saúde, o que foi negado pela operadora sob o argumento de que não havia transcorrido o período de carência.

O consumidor propôs uma ação em juízo, para obter a condenação da operadora ao pagamento das despesas médico-hospitalares que teve, e pleiteou a produção de prova testemunhal para comprovar o alegado.

Contudo, tanto o Juiz quanto o Tribunal de Justiça negaram a produção da prova, sob o argumento de que essa "alteração contratual" somente poderia ser comprovada por meio de prova escrita.

No STJ, em acórdão de minha relatoria, a 3ª Turma, com fundamento, entre outros, no art. 30 do CDC ("Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado"), deu provimento ao recurso especial interposto em favor do consumidor. Veja-se a ementa:

"Sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, as informações prestadas por corretor a respeito de contrato de seguro-saúde (ou plano de saúde) integram o contrato que vier a ser celebrado e podem ser comprovadas por todos os meios probatórios admitidos. Recurso especial parcialmente conhecido e provido." (REsp 531.281, DJ: 23/8/2004)

4 OS PLANOS DE SAÚDE E A PORTABILIDADE

Com o advento da lei nº 9.656/98 que foi publicada em 04 de junho de 1998 e tratava sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, ficando assim conhecida como a “Lei dos Planos de Saúde – LPS”. Vem sofrendo constantes mudanças por medidas provisórias e resoluções normativas, até a Média Provisória nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001, atualmente em vigor, e a resolução normativa Nº186 que terminou com o prazo de carência no ato da portabilidade.

Por Planos de Saúde compreende-se a prestação de serviços médico-hospitalares, para atendimento em larga escala, com custos controlados.

Pela assistência prevista na lei, devem-se entender todos os atos necessários à prevenção de doenças e à recuperação, à manutenção e à reabilitação da saúde, observados os termos de Lei nº 9.656/98 e do contrato firmado entre as partes (art.1º,§3º).

A Agência Nacional de Saúde Suplementar, também conhecida como ANS, fiscaliza e regula todas as prestadoras de planos de saúde no que diz respeito ao cumprimento de suas obrigações contratuais desde modalidades, passando por reajustes, as faixas etárias, a segmentação até a área de abrangência geográfica dos contratos, e impôs que as Operadoras de Plano de Assistência à Saúde após cento e vinte dias decorridos da vigência da Lei nº 9.656/98 só poderiam vender os produtos por ela especificados de forma a manter a boa prestação de serviço.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar, foi criada pela lei 9.961/00, sendo vinculada ao Ministério da Saúde possui a finalidade estrita de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regular as operadoras setoriais – inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores – e contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no País.

Sendo uma agência reguladora com personalidade jurídica de direito público interno, constituída sob a forma de autarquia especial que possui funções como: a realização de levantamento de dados; analisar e realizar estudos a respeito da abrangência da saúde no Brasil; elaborando normas disciplinares e executando a política setorial delegado a ela pelo Poder Executivo, de acordo com condições elencadas pelo legislativo; fiscalizando a correta aplicação de suas normas reguladoras; defendendo os direitos do consumidor e incentivando a concorrência no mercado de saúde suplementar, controlando o possível surgimento de monopólios.

Tendo por base seu regime de trabalho no regime jurídico estatutário, com seus agentes dotados de poder de polícia e regidos pela Lei nº 10.871/04.

Possui também um regimento próprio, que organiza a estrutura da agência, a competência dos seus órgãos, as atribuições dos dirigentes e as demais diretrizes para a sua atuação.

A diretoria da ANS é colegiada, composta por até cinco diretores com mandatos não coincidentes. Os diretores assumem um mandato de três anos, com possibilidade de prorrogação por mais três anos. O diretor-presidente, escolhido entre os membros da Diretoria Colegiada pelo Presidente da República, acumula as funções de Diretor-Geral da agência, de Presidente da Diretoria Colegiada, de Presidente da Câmara de Saúde Suplementar e de Secretário-Executivo do Conselho de Saúde Suplementar.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar está organizada em cinco áreas:

- Diretoria de Normas e Habilitação das Operadoras: responsável pela regulamentação, registro e monitoramento do funcionamento das operadoras, inclusive dos processos de regime especial e liquidação extrajudicial;
- Diretoria de Normas e Habilitação de Produtos: responsável pela regulamentação, registro e monitoramento dos planos, inclusive as autorizações de reajuste de contratos;
- Diretoria de Fiscalização: responsável por todo o processo de fiscalização tanto dos aspectos econômico-financeiros, quanto dos aspectos médico-assistenciais, além do apoio ao consumidor e articulação com os órgãos de defesa do consumidor;
- Diretoria de Desenvolvimento Setorial: responsável pelo ressarcimento ao SUS e pelo desenvolvimento de instrumentos que viabilizem a melhoria de qualidade e o aumento da competitividade do setor e,
- Diretoria de Gestão: responsável pelo sistema de gerenciamento da ANS, que envolve recursos financeiros, recursos humanos, suprimentos, informática e informação.

A ANS possui Núcleos Regionais de Fiscalização (NURAF) em vários estados do Brasil e todos os núcleos estão adequados para receber as demandas dos cidadãos. Criou o sistema de Ressarcimento ao SUS, por qual o SUS deve ser ressarcido por todo atendimento

realizado por consumidores que possuem planos de saúde no sistema público. Entende-se que, se o beneficiário possui plano privado de assistência à saúde, não há necessidade de utilizar os serviços do SUS e, o fazendo, deve sua Operadora, devolver aos cofres públicos o valor dispensado para tal atendimento.

A Agência Nacional de Saúde disponibilizou regras editadas, no que se refere a conceder ao consumidor insatisfeito com sua operadora de plano de saúde atual, a troca de empresa assistencial sem precisar cumprir os prazos de carência. É a chamada portabilidade dos planos de saúde.

A mudança, só é autorizada aos consumidores de planos individuais ou familiares e, desde que estejam na operadora há pelo menos dois anos ou há três anos nos casos de doença preexistente. E também só será garantida, para aqueles que tenham assinado contratos a partir de 1999, quando passou a vigorar a lei que regulamenta os planos de saúde.

No que se refere aos planos familiares à portabilidade é possível individualmente, para cada consumidor, ou por toda a família.

Mesmo sendo a portabilidade um grande avanço, causando o aumento da concorrência no mercado de saúde complementar, com a segurança da liberdade de optar assegurada aos consumidores, existe alguns obstáculos ainda.

Não podem desfrutar da portabilidade os planos antigos e coletivos, que somam hoje 87% aproximadamente dos contratos existentes no mercado de plano de saúde, o que nos faz notar, um tratamento desigual.

Principalmente no que se refere aos contratos antigos, porque a mudança para novos planos sempre foi opcional. Mesmo que a lei que regulamenta e controla os planos de saúde, não se aplicar a contratos anteriores a lei, pode-se ficar tranquilo, pois os consumidores destes planos, têm seus direitos assegurados, em função do código de defesa do consumidor, que ressalva e prevê a nulidade de cláusula contratual abusiva.

No que se refere aos planos coletivos possuem vantagens das operadoras de planos de saúde, entre elas, o não cumprimento de períodos de carências, mesmo assim deve ser assegurado o mesmo direito à portabilidade, já que nos planos coletivos o beneficiário será o consumidor final.

Outro assunto que merece atenção diz respeito à portabilidade para planos idênticos. Esse é um aspecto que deve ser bem definido, levando-se em consideração que para o consumidor é muito difícil à escolha de planos que mantêm as mesmas características, isto também causa um enorme desconforto para as operadoras.

Mas com a escolha, o consumidor deve ficar atento quando da mudança, a rede conveniada de hospitais, laboratórios e médicos, a área de cobertura e a abrangência geográfica de cada plano, entre outros, aspectos este que devem ser observados tendo em vista necessidades de cada um.

Entrou em vigor este ano, a resolução normativa que extingui o prazo de carência no ato da portabilidade dizendo o seguinte em seu artigo 1º. individuais e familiares contados após 1º de Janeiro de 1999 ou adaptados a lei 965 “Que esta resolução dispõe sobre a portabilidade de carência e sem a imposição de cobertura parcial temporária para beneficiários de planos privados de assistência a saúde 6 de 03 de Junho de 1998.”

Em seu conteúdo encontramos também a conceituação de planos de origem, planos de destino, carência, prazo de permanência, tipo, tipo compatível e portabilidade de carência. Em seu artigo terceiro, ela afirma a dispensa de cumprimento de tempo de carência, desde que obedecidos os requisitos por ela elencados simultaneamente. Tratando também dos demais assuntos pertinentes à carência em seus dezesseis artigos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho de pesquisa possibilitou uma análise sistemática sobre a portabilidade dos planos de saúde.

No entanto pode-se observar que mesmo sendo a portabilidade um grande avanço, ainda existe alguns fatores que causam obstáculos para o crescimento país.

Hoje no Brasil os planos de saúde possuem impacto significativo, portanto a Administração Pública deve realizar seus arranjos produtivos numa articulação ampla dos interesses e prioridades nacionais, regionais e locais no sentido de buscar soluções que erradiquem as desigualdades e assegurem a inclusão de grupos sociais excluídos do processo de evolução da sociedade e do mercado, gerando oportunidade e desenvolvimento para todos

Precisamos dar mérito aos avanços desencadeados nos contratos de planos de saúde, mas devemos também ser consciente de que ainda devemos percorrer um longo caminho, para alcançar o que achamos ser o ideal.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LEMOS, Lilian Corrêa. A judicialização da saúde o posicionamento do poder judiciário ante a relação contratual das operadoras e os beneficiários dos planos de saúde anteriores a lei 9656/98. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php> acessado em 27/10/2009

VENOSA, Sílvio de Salvo: Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos – 5ª ed. – V. 2 – São Paulo: Atlas, 2005.

Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ acesso em 29/10/2009

Lei nº 8.078 de 1990 <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/l8078.htm>. acesso em 25/10/09.

Lei nº 9.961 de 2000 <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/l8078.htm> acesso em 25/10/09.

Lei nº 10.871 DE 2004 <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/l8078.htm> acesso em 25/10/09.

Lei nº 9.656 de 1998 <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/l8078.htm> acesso em 25/10/09.

Média Provisória nº 2.177-44 de 2001 <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/l8078.htm>
http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5183 acesso em 27/10/2009

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9176> acesso em 28/10/2009

<http://jusvi.com/artigos/39271> acesso em 29/10/2009

<http://www.ans.gov.br/portal/site/aans/missao.asp> . Acesso em: 04 de Novembro de 2009

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5183. Acesso em: 04 de Novembro de 2009.

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9176> acesso em 28/10/2009.