

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

**PUC/SP**

Giovane Serra Azul Guimarães

**Atuação do Ministério Público e da Agência Nacional de Saúde em**

**face dos Planos de Saúde Coletivos**

MESTRADO DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

**SÃO PAULO**

**2009**

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

**PUC/SP**

Giovane Serra Azul Guimarães

**Atuação do Ministério Público e da Agência Nacional de Saúde em  
face dos Planos de Saúde Coletivos**

MESTRADO DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção de título de Mestre em Direito das Relações Sociais – área de concentração em Direitos Difusos e Coletivos, sob orientação do Professor Doutor Sérgio Seiji Shimura.

**SÃO PAULO**

**2009**

Banca Examinadora

---

---

---

Giovane Serra Azul Guimarães. Atuação do Ministério Público e da Agência Nacional de Saúde em face dos Planos de Saúde Coletivos

## **RESUMO**

O tema do presente trabalho foi determinado em razão da relevância que apresenta, tendo em vista tratar-se de assunto de grande interesse da coletividade, por se referir aos contratos de planos de saúde, que envolvem direitos fundamentais previstos na Constituição, tratando-se do único serviço de relevância pública definido expressamente na Carta Magna.

Visa-se demonstrar que os contratos coletivos de planos de saúde envolvem relação de consumo, e que apresentam relevância social, determinante da atuação do Ministério Público, como legitimado extraordinário, na defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores, abordando-se também os meios disponíveis, na esfera administrativa e judicial, para essa defesa. Objetiva-se ainda demonstrar que a Agência Nacional de Saúde Suplementar, ANS, tem atribuição e o dever de agir na fiscalização e controle de todos os aspectos deste mencionados planos, inclusive no que se refere a reajustes de preços, não obstante às controvérsias ainda existentes.

Para se chegar aos objetivos traçados, foram pesquisados aspectos doutrinários, legais e jurisprudenciais, com minucioso estudo dos dispositivos da Lei dos Planos de Saúde, LPS.

**Palavras-chave:** Planos de saúde; Serviços de relevância pública; Atribuições (ANS e MP); Poder regulamentar

Giovane Serra Azul Guimarães. Atuação do Ministério Público e da Agência Nacional de Saúde em face dos Planos de Saúde Coletivos

**ABSTRACT**

The theme of this work was chosen owing to its importance, since it is a crucial collective issue as it refers to health insurance contracts, which involve the fundamental rights pointed out in the provisions of Brazilian Constitution, being the only public service therein expressly defined.

The central aim of the present dissertation is firstly to demonstrate that collective contracts of health insurance involve a consumption relationship and that they have social relevance, which establishes the special standing of prosecutors in defending consumer's diffuse, collective and homogenous individual interests, and secondly, to analyze the available means of defending consumers both in administrative and judicial proceedings. It is also intended to demonstrate that the Supplementary Health National Agency is responsible for inspecting all the aspects of the aforementioned health insurance plans, including price readjustment, in spite of the still existing controversies.

In order to reach the outlined objectives, legislation, doctrine and previous judicial decisions were investigated, including a detailed study of the Brazilian Health Insurance Law.

**Key Words:** Health insurance plans; Service of public relevance; Functions (ANS e MP); Regulatory power

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>I. PARTE GERAL</b> .....	11
1. Natureza e características dos contratos de planos de saúde .....	11
1.1. Contratos coletivos e estipulação em favor de terceiros .....	22
2. Legislação aplicável; análise da Lei nos Planos de Saúde e sua regulamentação.....	27
2.1. Requisitos dos contratos impostos pela LPS.....	29
2.2. Regras comuns a todos os contratos de planos de saúde (individuais e coletivos).....	30
2.3. Coexistência de contratos antigos e novos.....	32
2.4. Operadoras.....	35
2.5. Regras específicas para contratos individuais e familiares.....	41
2.6. Regras específicas para os contratos coletivos .....	44
2.7. Novas regras impostas pela LPS com reflexos nos contratos antigos .....	46
2.8. Tipos de planos de saúde.....	50
2.9. Coberturas e exclusões .....	53
2.10. Doenças e lesões pré-existentes.....	54
2.11. Exclusões legais de cobertura .....	59
2.12. Novos dependentes.....	60
2.13. Mecanismos de regulação.....	61
2.14. Ressarcimento pela operadora ao SUS.....	62
2.15. Transtornos psiquiátricos.....	63
2.16. Reembolso ao consumidor em casos de urgência ou emergência.....	64
2.17. Acompanhantes para pacientes menores de 18 anos .....	64
2.18. Rede de atendimento.....	64
2.19. Redimensionamento da rede hospitalar por redução .....	66
2.20. Descredenciamento de outros estabelecimentos médicos .....	67
2.21. Carência .....	68

2.22. Filho recém-nascido .....	69
2.23. Dependentes em razão de adoção, tutela ou guarda.....	71
2.24. Emergência e urgência .....	72
2.25. Remoção de pacientes .....	76
2.26. Consultas.....	77
2.27. Internação.....	77
2.28. Suspensão do atendimento .....	78
3. Impropriedade do artigo 35-G da LPS.....	79

## **II. CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE E RELAÇÃO DE CONSUMO .....83**

1. Nos contratos individuais .....	83
2. Nos contratos coletivos .....	83

## **III. O MINISTÉRIO PÚBLICO FRENTE AOS PLANOS DE SAÚDE COLETIVOS .....88**

1. O Ministério Público e a defesa coletiva no Brasil - Evolução histórica.....	88
2. Funções institucionais do Ministério Público .....	91
3. Inquérito civil .....	100
3.1. Origem e conceito do inquérito civil .....	100
3.2. Instauração e fases do inquérito civil.....	103
3.3. Objeto do inquérito civil.....	105
3.4. Procedimentos preparatórios e peças de informação.....	113
3.5. Prazo para conclusão.....	114
3.6. Instrução do inquérito civil: contraditório; devido processo legal; publicidade e sigilo .....	115
3.7. Controle da legalidade no inquérito civil.....	120
3.8. Recursos no inquérito civil .....	121
3.9. Arquivamento do inquérito civil .....	123
3.10. Compromisso de ajustamento de conduta.....	129
3.11. Impedimento e suspeição no inquérito civil .....	134
3.12. Analogia entre inquérito policial e inquérito civil.....	136
3.13. Conflito de atribuições no IC .....	137

<b>IV. O PAPEL DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE EM RELAÇÃO AOS PLANOS DE SAÚDE COLETIVOS.....</b>	<b>140</b>
1. Atribuições da agência reguladora e limites do poder regulador.....	140
<b>V. CONCLUSÕES.....</b>	<b>157</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>159</b>
<b>ANEXOS .....</b>	<b>165</b>
<b>RECURSO ESPECIAL Nº 602.397 - RS (2003/0191895-6).....</b>	<b>166</b>
<b>DIPLOMAS LEGAIS DISPONDO SOBRE A TUTELA COLETIVA.....</b>	<b>170</b>

## INTRODUÇÃO

Este trabalho visa demonstrar que os problemas envolvendo os planos de saúde coletivos têm relevância social a ensejar a atuação do Ministério Público na defesa coletiva dos consumidores; que há relação de consumo envolvendo os referidos contratos de planos de saúde, não obstante à intermediação feita por pessoa jurídica que contrata diretamente com a operadora; e que a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) tem o dever de efetivamente fiscalizar tais planos de saúde, inclusive no que tange ao reajuste de preços não devendo se limitar a monitorá-los, como diz fazer. Com efeito, as questões aludidas, embora sejam hoje menos controvertidas do que na oportunidade do surgimento da Lei de Planos de Saúde, em 1999, ainda carecem de uma plena aceitação, havendo quem polemize a respeito delas, ensejando dificuldades aos aplicadores do direito.

Ademais, a solução de problemas envolvendo os planos de saúde são de grande importância, em razão de sua abrangência e relevância para os consumidores. Com efeito, o mercado do setor é composto por cerca de 52 milhões de consumidores, dos quais 22,5 % referem-se aos denominados *contratos antigos* e o restante aos *contratos novos* (celebrados após o advento da Lei 9656/98). Ademais, do total de aproximadamente 52 milhões de pessoas usuárias de planos de saúde, aproximadamente 80% referem-se a contratos coletivos, que são aqueles

intermediados por uma pessoa jurídica que se interpõe entre a operadora e o consumidor. Daí a importância do tema, pois, da atuação apropriada da Agência Reguladora e do Ministério Público dependerá a garantia de respeito aos direitos dos consumidores de serviços tão relevantes e, quando necessário, do próprio acesso à justiça para grande número de pessoas, mormente levando-se em conta que o plano de saúde, na prática, representa para estes milhões de consumidores o único meio de acesso aos serviços de saúde, pois, como se sabe, a saúde pública é em geral extremamente precária, ou inexistente em inúmeras localidades do nosso país.

Em razão da grave situação a que chegou a saúde pública no Brasil, o mercado de planos de saúde vem crescendo assustadoramente, tornando-se um grande negócio para inúmeras empresas, tendo em vista que o setor, ainda no ano 2000, pouco tempo depois da entrada em vigor da Lei dos Planos de Saúde, já movimentava, anualmente, cerca de R\$ 25.000.000.000,00 (vinte e cinco bilhões de reais).<sup>1</sup>

Não obstante à relevância do tema e, conseqüentemente, à necessidade de rigorosa fiscalização governamental, principalmente no que se refere aos reajustes de preço dos planos de saúde, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), autarquia sob regime especial criada especificamente para disciplinar e controlar o setor, praticamente não interfere na questão referente aos reajustes de preços dos contratos

---

<sup>1</sup>Conforme noticiado pelo jornal *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 22 set. 2000.

coletivos, limitando-se a receber a comunicação de determinado percentual aplicado pelas operadoras, tornando-se mais grave ainda o problema, tendo em vista que é aplicada pela agência reguladora, para os reajustes dos contratos individuais, a média dos valores que lhes são comunicados pelas operadoras no que se refere aos contratos coletivos.

Assim, é muito importante que a ANS efetivamente fiscalize e controle todos os aspectos dos planos de saúde, individuais ou coletivos, novos ou antigos, tomando providências, em caso de abuso, inclusive com relação a eventuais preços exorbitantes, por ser sua atribuição.

## I. PARTE GERAL

### 1. Natureza e características dos contratos de planos de saúde

Vivemos uma época de grandes e rápidas mudanças, em todos os aspectos da vida cotidiana. A concepção clássica de contrato, que predominava no período do liberalismo do século XIX, em que predominava a autonomia da vontade e a obrigatoriedade das convenções, pensamento que inspirou o nosso Código Civil de 1916, que prestigiava a plena liberdade contratual, já não mais existe. Foi intensamente alterada, não mais se aplicando automaticamente o princípio *pacta sunt servanda*, pelo qual o contrato faz lei entre as partes, devendo ser respeitado.

Como lembra Marcos Mendes Lyra<sup>2</sup>, “o Direito não poderia ficar indiferente a estas transformações e acabou, por influência desta sociedade industrial, como bem observa Gerard Cãs, por formular uma nova concepção de relação contratual que tem em conta a desigualdade de fato entre os contratantes, impondo um encurtamento da liberdade contratual ou da autonomia da vontade, pela incidência de normas de ordem pública”.

Hoje, o contrato deve respeitar princípios positivados no nosso ordenamento jurídico, como o da *boa fé objetiva*<sup>3</sup> e o da *função social do contrato*<sup>4</sup>, insertos em nossos diplomas legais, tais como o novo Código

---

<sup>2</sup>LYRA, Marcos Mendes. *Controle das cláusulas abusivas nos contratos de consumo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

<sup>3</sup>Que impõe deveres recíprocos, destacando-se os de lealdade e correção de comportamento.

<sup>4</sup>Pelo princípio da *função social do contrato*, os efeitos do pacto não podem prejudicar injustamente terceiros ou os valores da sociedade.

Civil e o Código de Defesa do Consumidor, que consideram nulas ou anuláveis cláusulas que os contrarie, ao passo que, quando vigia o dogma da autonomia da vontade, somente em caso de vícios do consentimento admitir-se-ia a anulação de cláusulas contratuais.

Atualmente, com as modificações intensas havidas no mundo nos últimos tempos, principalmente após a Revolução Industrial, com o advento da produção em massa, e da intensificação do mercado de consumo, surgiu uma necessária nova realidade contratual.

Como lembra Claudia Lima Marques<sup>5</sup>, com a sociedade de consumo, com o sistema de produção e de distribuição em grande quantidade, os métodos de contratação em massa, ou estandardizados, predominam em quase todas as relações contratuais entre empresas e consumidores, destacando-se, dentre as técnicas de conclusão e disciplina dos contratos de massa, os *contratos de adesão*, as *condições gerais do contrato* ou *clausulas gerais contratuais* e os *contratos de comércio eletrônico com consumidores*.

Em qualquer contrato, devem ser observados os princípios da *boa fé objetiva* e da *função social do contrato*. Contudo, por envolverem direitos fundamentais e serviços de relevância pública, os contratos envolvendo planos de saúde merecem uma observância ainda mais rígida, tendo em vista ser o direito à saúde elemento assegurador do direito a vida, considerado direito fundamental pelo artigo 6º da Constituição Federal.

---

<sup>5</sup>MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 65.

Embora seja a assistência à saúde livre para a iniciativa privada, o Estado tem o dever de exercer a regulação, fiscalização e controle do setor, quer sejam os serviços exercidas diretamente por ele, por terceiros ou por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, categoria em que são inseridas as operadoras de planos de saúde, como impõem os artigos 196 e 197 da Carta Magna.<sup>6</sup>

Como observa Claudia Lima Marques, ao comentar os contratos de planos de saúde, “os contratos de seguro foram responsáveis por uma grande evolução jurisprudencial no sentido da conscientização da necessidade de um direito mais social, mais comprometido com a equidade, com a boa fé.”<sup>7</sup>

Grande parte da assistência à saúde pela iniciativa privada é prestada pelos denominados Planos de Saúde ou Seguros-Saúde. Nos planos de saúde o consumidor (contratante) paga uma prestação em dinheiro e recebe em troca, quando necessário, o atendimento médico prestado pela operadora (empresa contratada), através de sua rede credenciada, que pode ser própria ou de terceiros por ela contratados. Nos seguros-saúde o consumidor, em tese, pode escolher o profissional médico e o hospital, arcando a empresa seguradora com o pagamento previsto no

---

<sup>6</sup>CF art. 196. A saúde é 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 sua promoção, proteção e recuperação.

CF art. 197. 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.

<sup>7</sup>MARQUES, Claudia Lima. op. cit., p. 470.

contrato. Contudo, na prática, as empresas costumam apresentar médicos e hospitais referenciados.

A denominada Lei dos Planos de Saúde (Lei nº 9656 de 03 de junho de 1998) referia-se originalmente a planos e seguros-saúde. Com as inúmeras alterações introduzidas por dezenas de medidas provisórias, não mais se refere ela a seguros-saúde, mencionando no artigo 1º que se submetem às suas disposições as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, especificando-os no artigo 1º, inciso I. Assim, a partir da Medida Provisória nº 1908-18, de 24 de setembro de 1999, nos termos da nova lei, os planos de saúde e os seguros-saúde, são igualmente denominados de planos de assistência à saúde, como será considerado neste trabalho.

O contrato referente a planos de saúde, pertence à modalidade dos denominados *contratos de adesão*, que são aqueles cujas cláusulas estão previamente estabelecidas pelo fornecedor, que detém o poder econômico, não participando o consumidor da elaboração das cláusulas contratuais, cabendo-lhe simplesmente aderir ao que já está definido ou, no máximo, incluir ou alterar alguma cláusula sem, contudo, modificar a essência do contrato que permanece sendo de adesão (ou por adesão).

Conforme disposto no artigo 423 do novo Código Civil, quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente. Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor define o contrato de adesão em seu

artigo 54, segundo o qual “contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”. A definição de nossa lei de defesa do consumidor está em consonância com as definições da doutrina.<sup>8</sup>

Observa-se também, que os contratos de planos de saúde são *atípicos*; *bilaterais*, também conhecidos como *sinalagmáticos*, tendo em vista que impõe obrigações recíprocas, sendo uma a causa, a razão de ser, o pressuposto da outra<sup>9</sup> e *aleatórios*, pois a prestação da operadora depende de fato futuro e incerto, isto é, depende do consumidor necessitar ou não de atendimento médico<sup>10</sup> e *onerosos*, tendo em vista que o consumidor tem que pagar uma prestação pelo serviço prestado pela operadora.

Embora *atípicos*, os contratos envolvendo planos de saúde devem prever algumas cláusulas impostas pelo artigo 16 da LPS, e não conter outras também definidas na referida lei<sup>11</sup>, o que levou Antonio Joaquim

---

<sup>8</sup>Sobre contratos de adesão, observam Rubén S. Stiglitz e Gabriel A. Stiglitz, que “su contenido – condiciones generales – viene predispuesto por la empresa. O, dicho de outra forma, el suscriptor se adhiere al esquema contractual. STIGLITZ, Rubén S.; STIGLITZ, Gabriel A. *Contratos: teoria general*. Buenos Aires: Depalma, 1994. p. 259.

<sup>9</sup>Como ensina Orlando Gomes, *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 71.

<sup>10</sup>Como observou Antonio Joaquim Fernandes Neto, residindo a incerteza tão somente quanto à necessidade futura do consumidor e não à natureza e à qualidade da prestação FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. *Planos de saúde e direito do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 148.

<sup>11</sup>Como a vedação de rescisão unilateral do contrato prevista no artigo 13, § único, II, da LPS.

Fernandes Neto, a bem observar que, no caso dos planos de saúde, o legislador optou pela forma especial.<sup>12</sup>

Outra característica importante dos contratos de plano de saúde é que, por sua natureza, perduram por muito tempo criando uma situação de *catividade*. Tratam-se, portanto, na denominação usada por Claudia Lima Marques de *contratos cativos de longa duração*, também conhecidos como *contratos pós-modernos, contratos relacionais e contratos de trato sucessivo*.

Em qualquer contrato, deve-se observar o princípio da boa-fé objetiva. Contudo, nos contratos cativos de longa duração, a boa-fé objetiva, é o paradigma máximo. Com efeito, ao celebrar um contrato desta natureza, como os relativos a planos de saúde, o consumidor tem uma expectativa futura de usufruir ou de continuar usufruindo do serviço prestado pelo fornecedor, vinculando-se ao contrato, não podendo ser surpreendido com situações novas que frustrem sua expectativa. A boa-fé objetiva e seus atributos, como a solidariedade e o respeito entre as partes são, pois, características da natureza dos contratos cativos de longa duração.

As características peculiares dos contratos cativos de longa duração ensejam interessantes e importantes situações decorrentes do comportamento das partes, máxime do fornecedor. A catividade de longo tempo, muitas vezes de anos, e até de décadas, cria uma confiança no

---

<sup>12</sup>FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. op. cit., p. 143.

consumidor de que, ao manter-se fiel àquele fornecedor por tanto tempo, terá atendida sua expectativa de continuar usufruindo do objeto contratual, não podendo ser surpreendido com comportamentos que contrariem as expectativas que sempre teve no decorrer do contrato, principalmente as de lealdade e respeito.

Importantes para os contratos cativos de longa duração, são os institutos da *supressio, surrectio, tu quoque e venire contra factum proprium no potest* que são corolários dos princípios da confiança e do abuso de direito.

As reiteradas condutas de uma parte sobre determinado assunto, cria também a legítima expectativa na outra de que daquela forma continuará sendo. O *venire contra factum proprium* consiste no exercício de uma posição jurídica em contradição com comportamento assumido anteriormente, devendo ser rechaçado, em razão dos deveres impostos pela boa-fé objetiva, o que vem ocorrendo, conforme demonstra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, especificamente sobre planos de saúde.<sup>13</sup> Conforme observam Antonio Manuel da Rocha e Menezes

---

<sup>13</sup> PLANO DE SAÚDE. LIMITAÇÃO DE LOCAL DE INTERNAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA CLÁUSULA À LUZ DO PRINCÍPIO CONTRATUAL DO VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. COBERTURA INDENVIDAMENTE NEGADA. As cláusulas limitativas devem ser interpretadas restritivamente, não se configurando, por si só, como abusivas, desde que não desvirtuem o próprio objeto do contrato. Em que pese haja cláusula de exclusão expressa quanto à prestação do serviço hospitalar ocorrer em determinado nosocômio, in casu, tal limitação mostra-se indevida, porquanto em outras duas oportunidades o paciente recebeu autorização da seguradora para internar-se no hospital objeto da controvérsia. Houve, assim, segundo reza o princípio do venire contra factum proprium, modificação da cláusula restritiva, devido ao comportamento das partes. Após o prévio consentimento da ré em autorizar, por duas ocasiões, a internação do autor no nosocômio cujos serviços estavam expressamente excluídos do plano de saúde, revela-se ilegal a negativa de nova internação, pois restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual, pois esta limitação está burlando as expectativas legítimas do consumidor. Apelo provido." - TJ-RS Apelação Cível nº 70014739346, Quinta Câmara Cível, Relator: Umberto Guaspari Sudbrackm Julgado em 09/08/2006.

Cordeiro<sup>14</sup>, o *venire contra factum proprium* postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si, e diferidos no tempo, sendo o primeiro, o *factum proprium*, contrariado pelo segundo.

Pela *supressio* ou *Verwirkung* da doutrina alemã, a obrigação que antes existia, deixa de existir em razão da legítima expectativa criada na outra parte de que ela não seria mais exigida, em razão da inércia do credor, que não exerceu a faculdade de exigi-la durante um prazo razoavelmente longo, com indícios objetivos de que não mais seria exigida. É, na lição de Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um certo lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa fé.<sup>15</sup> Assim, por exemplo, se previsto no contrato de plano de saúde carência para cobertura de doença pré-existente e, não obstante, a operadora dá cobertura por vários meses seguidos, não exercendo a faculdade de negar a cobertura, não poderá mais negá-la, pois, se assim o fizesse, estaria ferindo a legítima expectativa criada no consumidor de que não mais teria qualquer problema com referência à cobertura daquela patologia e, portanto a boa fé que deve ser observada.

A ocorrência da *supressio* também vem sendo reconhecida pelos tribunais, conforme se verifica do agravo de instrumento nº 70010323012,

---

<sup>14</sup>CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 745.

<sup>15</sup>Id. Ibid., p. 797.

da Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, julgado em 22/11/2004)<sup>16</sup>.

A *surrectio*, por sua vez, representa a legítima expectativa gerada em uma das partes de usufruir de um direito ou faculdade não prevista inicialmente no contrato, em razão da inércia da outra parte, que nada fez, durante um certo lapso de tempo, para impedir o exercício daquilo que veio a ser o novo direito surgido. É a ampliação do conteúdo obrigacional, gerando um novo direito subjetivo. Para o reconhecimento da *surrectio*, é necessário o decurso de um lapso temporal, durante o qual atua-se conforme o direito subjetivo que surgirá.

O *tu quoque* tem a mesma natureza dos institutos anteriormente mencionados, também é decorrência do princípio da *boa-fé objetiva* e ocorre quando uma parte exige da outra o cumprimento de uma regra que ela mesma descumpre. Assim, se alguém descumpre uma cláusula contratual, não pode exigir da outra seu cumprimento. Exemplo de *tu quoque* é o disposto no artigo 150 do Código Civil.

Observa-se que os institutos mencionados (*venire, suppressio, surrectio* e *tu toque*), não têm o objetivo de punir qualquer das partes, mas de prestigiar a boa fé, assegurando vantagens tidas como justas obtidas pela outra.

Tais situações jurídicas, isto é, as situações em que há a conduta de uma das partes do contrato, geralmente da parte mais forte, o fornecedor,

---

<sup>16</sup>"verifica-se a *suppressio* quando, pelo modo como as partes vêm se comportando ao longo da vida contratual, certas atitudes que poderiam ser exigidas originalmente passam a não mais poderem ser exigidas na sua forma original (sofrem uma minoração), por ter se criado uma expectativa de que aquelas disposições iniciais não seriam exigidas daquela forma inicialmente prevista."

contrários à boa fé, que ensejem a aplicação dos institutos do *venire contra factum proprium*, *supressio*, *surrectio* ou *tu toque*, como se intui, poderão ocorrer muitas vezes nas relações contratuais envolvendo planos de saúde, como em qualquer contrato cativo de longa duração.

Antes o advento da LPS, inúmeras eram as cláusulas abusivas introduzidas nos contratos de planos de saúde, tais como limitação de dias de internação hospitalar, mormente de UTI, limitação de número de consultas, exclusão da cobertura de certas doença, recontagem de carência, aumentos arbitrários de preço, rescisão unilateral do contrato etc, que eram objeto, quase sempre, de revisão judicial.

Com a regulamentação decorrente da nova lei, a maioria das aludidas cláusulas abusivas foram proibidas expressamente. Contudo, ainda existem muitas sendo inseridas nos contratos atuais, dentre as quais, uma das mais relevantes para o contrato coletivo, é a que prevê a possibilidade de rescisão unilateral do contrato.

No caso dos contratos individuais a LPS expressamente veda este tipo de cláusula, em seu artigo 13.<sup>17</sup>. No caso dos contratos coletivos, embora não previsto expressamente na LPS, são também vedadas, por claramente contrariar a boa fé objetiva e a função social do contrato, além

---

<sup>17</sup>Art. 13. Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação. Parágrafo único. Os produtos de que trata o **caput**, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas: I - a recontagem de carências; II - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias; consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência; e III - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, em qualquer hipótese, durante a ocorrência de internação do titular.

de afrontar o artigo 51, IV do CDC, como já foi decidido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>18</sup> e pelo Superior Tribunal de Justiça.<sup>19</sup>

Nem mesmo conferindo-se ao consumidor o direito de cancelar o contrato unilateralmente, nos termos do inciso XI, do mencionado artigo 51, é possível a inserção da referida cláusula no contrato, como bem menciona acórdão do Tribunal de Justiça de Pernambuco ao asseverar que “*em determinados tipos de contrato de consumo de natureza continuada, é insuficiente assegurar a reciprocidade de rescisão ao usuário, pois o interesse em fazê-lo é, por natureza, do fornecedor.*”<sup>20</sup>

No mesmo sentido é o entendimento de Antonio Rizzato Nunes, ao observar que “em muitos tipos de contrato de consumo o interesse na rescisão é, por natureza, do fornecedor: por exemplo, para permitir que ele aumente o preço e ofereça o serviço novamente ao consumidor, havendo proibição legal de aumento unilateral (artigo 51, X). Seria ingenuidade admitir que basta assegurar reciprocidade de rescisão para todo e qualquer contrato poder determinar”.<sup>21</sup>

Como observa Orlando Gomes<sup>22</sup> existe uma categoria contratual, em que não ocorre a liberdade contratual, devido à preponderância de um dos contratantes, que, por assim dizer, impõe ao outro sua vontade.

---

<sup>18</sup>Agravo de instrumento n. 155.108-4/4.

<sup>19</sup>Conf. RECURSO ESPECIAL Nº 602.397 - RS (2003/0191895-6).

<sup>20</sup>Agravo de Instrumento n. 89027-1.

<sup>21</sup>NUNES, Antonio Rizzato. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 432.

<sup>22</sup>GOMES, Orlando. *Direito das obrigações*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 31.

Muito perspicazes são estas observações, pois, com efeito, nada justifica uma conduta que fere a boa fé objetiva em todos os seus deveres anexos. A rescisão unilateral de um contrato da natureza dos referentes a planos de saúde, pela operadora, sem qualquer motivo além da mera alegação de diminuição do ganho econômico não tem nenhuma justificativa nem é acolhida por nosso ordenamento jurídico. O consumidor, tendo a legítima expectativa de que estará protegido quando mais necessitar de atendimento médico, paga durante anos, ou décadas, as prestações de seu contrato cativo de longa duração (individual ou coletivo), período em que a operadora usufruiu dos lucros de seu negócio e, de repente, é surpreendido com a comunicação da rescisão unilateral do contrato sem qualquer motivo, senão o econômico, permanecendo a operadora no mercado de consumo. Esta situação fere claramente os deveres de lealdade e cooperação, impostos pela boa fé objetiva, e a função social do contrato.

Contratos individuais e coletivos

### **1.1. Contratos coletivos e estipulação em favor de terceiros**

Os contratos envolvendo planos de saúde podem ser referentes a planos individuais, familiares ou coletivos (empresariais ou por adesão).

Os *individuais* e familiares são celebrados diretamente entre o consumidor e a operadora ou administradora, enquanto no *coletivo* há a intermediação de uma empresa ou entidade, que contrata com a operadora

e, em geral, referem-se a contratos celebrados em razão do vínculo de emprego ou associativo do consumidor com a pessoa jurídica intermediária, constituindo a maior parte dos contratos de planos de saúde no país, cerca de oitenta por cento do total.

Quanto à natureza jurídica do contrato coletivo de planos de saúde, após minuciosa análise<sup>23</sup>, observa Demócrito Reinaldo Filho que ele “não se enquadra em nenhuma das modalidades contratuais típicas, por revestir características próprias, podendo-se dizer que seja um misto de *estipulação em favor de terceiro e contrato de seguro*, que pode ser conceituado como o negócio em que uma pessoa jurídica contrata com outra, em favor dos empregados ou pessoas físicas de alguma forma vinculadas a uma delas, a prestação continuada de serviços ou cobertura de custos de assistência à saúde, mediante preço pago integral ou parcialmente pelos beneficiários.”

*A estipulação em favor de terceiro* é criação do direito moderno, contemplada nas legislações italiana e portuguesa, em contraponto à sua

---

<sup>23</sup>Natureza jurídica do plano coletivo de assistência à saúde: Um princípio geral em matéria de contratos é o de que as convenções não prejudicam nem beneficiam as partes que nelas não intervêm. É o chamado *princípio da relatividade dos contratos*, significando que não podem produzir efeitos além das pessoas dos contratantes que se auto-obrigaram. Esse princípio, contudo, não é absoluto, pois algumas espécies contratuais produzem efeitos sobre o patrimônio jurídico de terceiros que não concordaram para a formação do vínculo, do qual não podem escapar por força da lei ou da vontade das partes que o constituíram. É o caso, por exemplo, da doação modal em favor de terceiro, do contrato de seguro em favor de terceiro (beneficiário), da constituição de renda quando há um terceiro beneficiário, da *promessa de fato de terceiro* (previsto no art. 439, *caput*, do C.C.) ou ainda em todos os casos genéricos das *estipulações em favor de terceiro*. Esses tipos de contratos são muito diferentes dos demais atos negociais porque, em todos eles, os efeitos vão atingir um estranho à celebração do negócio jurídico, o qual, apesar de não participar inicialmente da avença, vai adquirir a qualidade de sujeito de direito da relação contratual. A esse rol distinto de contratos pode-se juntar o plano ou seguro saúde empresarial, modalidade contratual estabelecida entre duas pessoas, em que uma (o empregador, sindicato ou entidade associativa) convencionou com outra (a operadora ou administradora do plano) a prestação de serviços de assistência à saúde de terceiros, mediante o pagamento de uma certa quantia mensal em dinheiro pelos beneficiários ou de forma rateada com o empregador. (*site* REINALDO FILHO, Demócrito. A natureza jurídica do plano de saúde coletivo – sua repercussão em termos de abusividade da cláusula que permite o reajuste por sinistralidade. *Jus navegandi*. Disponível em: <www.jus.com.br>).

rejeição pelo direito romano. O instituto estabelece exceção ao princípio da relatividade do contrato, uma vez que alarga a possibilidade de que o vínculo contratual possa atingir quem não seja parte contratante.

Conforme Marco Aurélio S. Viana, "Abre-se exceção ao princípio da relatividade dos contratos, que contém a idéia de que os efeitos do contrato não alcançam terceiros. A força vinculante do contrato fica restrita às partes, sendo ele *res inter alios acta*. Isso significa que os efeitos da avença não aproveitam nem prejudicam terceiros. Justifica-se o princípio, quando temos em mente que o vínculo contratual nasce da vontade das partes, não sendo plausível que terceiros sejam alcançados por uma relação jurídica que não decorre do querer deles ou da lei. *A estipulação em favor de terceiros abre uma brecha nesse princípio*"<sup>24</sup>

Conforme Washington de Barros Monteiro<sup>25</sup>, "O que estipula em favor de terceiro pode exigir o cumprimento da obrigação (Cód. Civil, rt.1.098). Ao terceiro, em favor de quem se estipulou obrigação, também é permitido exigí-la, ficando, todavia, sujeito às condições e normas do contrato, se a ele anuir, e o estipulante o não inovar nos termos do art. 1.100 (art. 1.098, parágrafo único). Vê-se, portanto, que a exigibilidade pertence tanto ao estipulante como ao beneficiário; na estipulação em favor de terceiro a ação para reclamar o cumprimento da obrigação se transfere ao beneficiário, sem aliás perdê-la o próprio estipulante. Conseqüentemente, não é só o

---

<sup>24</sup>VIANA, Marco Aurélio S. *Curso de direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. v. 5, cap. 10, nº 1, p. 150.

<sup>25</sup>MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 5, p. 51.

estipulante que tem ação para compelir o devedor ao cumprimento da prestação; também pode intentá-la o beneficiário, para constranger o promitente a satisfazer a obrigação". Assim também leciona Caio Mário da Silva Pereira.<sup>26</sup>

Clóvis Bevilacqua<sup>27</sup>, ao comentar ao art. 1.098 do Código Civil de 1916, menciona que "*O Código Civil brasileiro considera a estipulação em favor de terceiro uma relação contratual sui generis , na qual a ação para exigir o cumprimento da obrigação se transfere ao beneficiário, sem aliás perdê-la o estipulante. É um caso de despersonalização dupla, tendo por ponto de junção o promitente, que contrata com o estipulante realizar uma prestação, que irá cumprir nas mãos do beneficiário*".

Para Pontes de Miranda<sup>28</sup>, "o negócio jurídico bilateral, em que se introduz ou a que se adjecta estipulação a favor de terceiro, é em *nome próprio* e, salvo no que atingem terceiro, todos os efeitos se limitam aos figurantes".

---

<sup>26</sup>"*Relações entre promitente e terceiro* . Não aparecem na fase de celebração do contrato. Na de execução, o terceiro assume as vezes do credor, e, por isto, tem a faculdade de exigir a *solutio*. Dúvida não se suscita, em nosso direito, em que o terceiro é titular de *ação direta* para este efeito. Muito embora não seja parte na sua formação, pode intervir nele com a sua anuência, e, então, é sujeito às condições normais do contrato (Código Civil, art. 1.098), enquanto o estipulante o mantiver sem inovações. Os encargos e deveres que lhe resultem têm de ser atendidos, ainda que não haja ele anuído na fase de formação, pela razão simples de que se apresenta como credor condicional, que tem o poder de exigir e a faculdade de receber *sub conditione* , de realizar determinado fato para com outrem (*modus*)" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 3, nº 205, p. 68, g.n).

<sup>27</sup>BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979. p. 214.

<sup>28</sup>MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. 26, p. 225.

Conforme De Plácido e Silva<sup>29</sup>, a *estipulação em favor de terceiro* entende-se o contrato, que é ajustado por uma pessoa para firmar uma obrigação em favor de outrem, que não foi parte dele, em virtude do que este terceiro, inscrito como *beneficiário*, investe-se na autoridade de *credor da obrigação*, simultaneamente com o estipulante, e pode exigir do devedor o seu cumprimento.

Constitui, então, a estipulação em favor de terceiro, um poderoso instrumento jurídico de vasto campo de aplicação. No contrato de plano de saúde coletivo, há uma situação em que a avença celebrada entre duas partes, a operadora e a pessoa jurídica intermediária, prevê a estipulação em favor de um terceiro, o usuário da assistência médica, não figurante da relação e mesmo ainda não identificado, embora identificável, observando-se ainda que, mesmo considerando-se o contrato de plano de saúde coletivo caso de *estipulação em favor de terceiro*, não será afastada a relação de consumo e, conseqüentemente, a aplicação das normas de

---

<sup>29</sup>Segundo principio universal e tradicional, as convenções somente podem valer entre os conveniados ou contratantes, isto é, não têm força para gerar obrigações nem criar direitos em relação a *terceiro*. E já era regra romana: *res inter alios aliis nec nocet nec potest*.

Em conseqüência do princípio, firma-se, então, a regra de que *alteri stipulari nemo potest*, inscrita nas instituições de JUSTINIANO, que se traduz pelo: *a ninguém é lícito estipular por outrem*. Estipular, aí, está no sentido de contratar.

Mas, a proibição é para não *contratar, não assumir obrigação a ser cumprida por outrem*, desde que não se tenha, é verdade, autorização do terceiro para tanto, como no caso do mandato. E, assim, não se veda que possa *estipular* ou contratar obrigações **em favor de terceiro**.

Aí, a *estipulação* não vem criar uma obrigação para o terceiro, mas estabelecer uma *vantagem*, ou um *benefício* em seu proveito.

Dessa forma, a *estipulação em favor de terceiro* entende-se o contrato, que é ajustado por uma pessoa para firmar uma obrigação em favor de outrem, que não foi parte dele, em virtude do que este terceiro, inscrito como *beneficiário*, investe-se na autoridade de *credor da obrigação*, simultaneamente com o estipulante, e **pode exigir do devedor o seu cumprimento**.

No entanto, o terceiro beneficiário, não pode alterar as condições e normas instituídas no contrato pelo estipulante. O direito que se gerou em seu benefício está adstrito às condições e modalidades fundadas na convenção, estabelecida pelo estipulante e pelo devedor. (cf. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 562).

ordem pública contidas no Código de Defesa do Consumidor, podendo exigir sua aplicação tanto o contratante, quanto o terceiro beneficiário.

Trata-se, então, o contrato coletivo de plano de saúde, de uma relação jurídica triangular, envolvendo o consumidor a pessoa jurídica intermediária e o fornecedor, configurando um negócio jurídico complexo, com vários sujeitos de direito envolvidos.

Em razão da natureza dos contratos coletivos de planos de saúde, houve durante certo tempo controvérsia sobre haver ou não relação de consumo, o que está praticamente definido pela afirmativa. Contudo, ainda há quem defenda, equivocadamente, a inexistência da relação de consumo nestes contratos, questão que será tratada adiante.

## **2. Legislação aplicável; análise da Lei nos Planos de Saúde e sua regulamentação**

Todas as normas existentes no ordenamento jurídico, se pertinentes, são aplicáveis aos contratos de planos de saúde. Contudo, hoje, temos tratando do assunto, especificamente, a Lei n. 9656, de 03 de junho de 1998, conhecida como *Lei dos planos de saúde*, ou LPS, que regula a matéria, além de inúmeras resoluções e outras normas administrativas expedidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, ANS, regulando o assunto.

Contudo, primordialmente, aplica-se a Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, por conter normas de ordem pública e interesse social, como previsto em seu artigo 1º, e que rege qualquer relação de consumo. Todas as demais normas, inclusive a lei LPS, devem respeitar os princípios contidos no CDC, devendo ser desconsiderado o artigo 35G da LPS, no que se refere à aplicação *subsidiária* do Código de Defesa do Consumidor, que deve ser aplicado em primeiro lugar, como será verificado a seguir.

Com relação especificamente à LPS, Lei 9656, de 03 de junho de 1998, surgiu após muitos anos de ausência de definições legais específicas do setor, com o objetivo de regular a matéria. Em razão da relevância do tema houve a participação de inúmeras entidades de defesa do consumidor, de conselhos de saúde, enfim, da sociedade em geral, durante as discussões que se deram acerca do projeto de lei que tramitava no legislativo, discutindo-se diversas questões, concluindo-se que era necessário regular na lei aquilo que a jurisprudência vinha consagrando e inserir um certo controle social sobre os serviços médicos prestados aos consumidores, sobre os reajustes de preço etc.

Contudo, em razão da grande pressão exercida pelos lobbies das empresas, veio a lei possível que, não obstante, consagrou diversos direitos aos consumidores, embora também trouxesse dispositivos que contrariavam seus interesses, tais como a possibilidade de reajustes por faixa etária, possibilitando reajustes abusivos para pessoas mais idosas,

contrariando o artigo 230 da Constituição Federal . Não obstante, havia, por fim, regras para os planos de saúde. Contudo, no dia seguinte à sanção, por medida provisória, foi a lei completamente modificada, eliminando-se muitos dos avanços nela contidos. A partir daí, foram baixadas inúmeras outras medidas provisórias, bem como expedidas diversas outras normas pelos órgãos reguladores, tornado o regramento do setor muito difícil de ser compreendido.

Assim, visando ajudar na compreensão do sistema atual referente aos planos de saúde, sem pretender esgotar o assunto, seguem algumas considerações acerca das disposições contidas na Lei 9656/98 e em algumas das resoluções sobre a matéria.

A LPS traz algumas **disposições gerais**, tais como definições, destinatários da lei, responsabilidades, penalidades, prazos diversos, registros de operadoras, vedações etc. Assim, cabe primeiramente observar que a referida lei destina-se a regular as atividades das operadoras de planos de saúde, estabelecendo também expressamente direitos aos consumidores. As principais regras estabelecidas pela LPS são:

### **2.1. Requisitos dos contratos impostos pela LPS**

Os contratos referentes aos planos de assistência à saúde são todos contratos de adesão devendo, portanto respeitar o contido no artigo 54 do

Código de Defesa do Consumidor, e apresentam alguns requisitos obrigatórios previstos no artigo 16 da Lei dos Planos de Saúde. As disposições contidas na LPS aplicam-se, como regra, a qualquer modalidade de contrato (individual, familiar ou coletivo), contudo, em alguns casos, ou pela natureza, ou por estar expresso, como no caso do parágrafo único do artigo 13, as disposições aplicam-se especificamente a certo tipo de contrato.

## **2.2. Regras comuns a todos os contratos de planos de saúde (individuais e coletivos)**

As disposições contidas na LPS são de aplicação obrigatória aos contratos celebrados a partir de sua vigência (02.09.98), conforme dispõe o artigo 35. Contudo, em razão da transição do sistema, a própria lei previu a possibilidade de comercialização dos contratos antigos durante um certo período, até 01 de janeiro de 1999, conforme previsto o artigo 19, § 5º.

Assim, desde 02 de janeiro de 1999 não mais se admite a comercialização de planos de assistência à saúde que não obedeçam às disposições contidas na nova lei (artigo 35, § 6º) e os contratados em data anterior poderão ser adaptados, a critério do consumidor, que pagará a diferença do preço para tal.

Os contratos têm renovação automática obrigatória a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas

ou qualquer outro valor para renovação (artigo 13) e devem obedecer os **requisitos** estabelecidos no artigo 16. Ou seja, devem constar dos contratos, regulamentos ou condições gerais dispositivos que indiquem com clareza: I - as condições de admissão; II - o início da vigência; III - as períodos de carência para consultas, internações, procedimentos e exames; IV - as faixas etárias e os percentuais a que alude o *caput* do art. 15; V - as condições de perda da qualidade de beneficiário; VI - os eventos cobertos e excluídos; VII - o regime, ou tipo de contratação: a) individual ou familiar; b) coletivo empresarial; ou c) coletivo por adesão; VIII - a franquia, os limites financeiros ou o percentual de co-participação do consumidor ou beneficiário, contratualmente previstos nas despesas com assistência médica, hospitalar e odontológica; IX - os bônus, os descontos ou os agravamentos da contraprestação pecuniária; X - a área geográfica de abrangência; XI - os critérios de reajuste e revisão das contraprestações pecuniárias; XII - número de registro na ANS.

Também deverá constar da documentação relativa à contratação dos planos de assistência à saúde, segmentados nos termos do artigo 12, declaração em separado do consumidor de que tem conhecimento da existência e disponibilidade do plano referência e de que ele lhe foi oferecido (artigo 12, § 2º).

### 2.3. Coexistência de contratos antigos e novos

Antes do advento da LPS, não havia no Brasil lei específica para os planos de assistência à saúde. Arnaldo Rizzardo<sup>30</sup> lembra que, antigamente, o seguro saúde e os planos de assistência à saúde vinham regulados no Decreto-lei n° 73, de 21 de novembro de 1966, que trata dos Sistema Nacional de Seguros Privados. Não havia muitas regras a respeito, o que facilitava a ocorrência de abusos contra os consumidores.

Com o advento da Lei dos Planos de Saúde, em 02 de setembro de 1998, e com as inúmeras Medidas Provisórias e Resoluções posteriores, passamos a ter uma regulamentação da matéria e, como já havia milhões de contratos de planos de saúde em vigor antes do advento da referida lei, passaram a existir duas situações distintas envolvendo os referidos contratos: os celebrados antes da nova lei e que não foram adaptados a ela (contratos antigos), que continuam em vigor, e os celebrados após, e obrigatoriamente com base na nova lei (contratos novos).

Embora tenha sido a LPS criada para disciplinar a matéria para os contratos celebrados a partir de seu advento, evidentemente, pois, nos termos do artigo 5º, inciso XXXVI, da Carta Magna, a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, prevê ela, em seu artigo 35 E,<sup>31</sup> normas estabelecendo exigências para os contratos de

---

<sup>30</sup>RIZZARDO, Arnaldo. *Planos de assistência e seguros saúde*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 1999.

<sup>31</sup>Art. 35-E. A partir de 5 de junho de 1998, fica estabelecido para os contratos celebrados anteriormente à data de vigência desta Lei que: I - qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de sessenta anos de idade estará sujeita à autorização prévia da ANS; II - a alegação de doença ou lesão preexistente estará sujeita à prévia

planos de saúde celebrados antes, ou seja, impôs algumas alterações nos contratos antigos, envolvendo vários aspectos, dentre os quais reajustes de preços de contratos individuais, que deveriam ser previamente aprovados pela ANS.

Contudo, tal dispositivo, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, que entendeu haver violação a ato jurídico perfeito. Com a declaração de inconstitucionalidade do referido dispositivo, as operadoras de planos de saúde passaram a entender que estavam livres para fazer o que bem entendessem com relação aos contratos antigos, pretendendo aplicar todas as cláusulas dos referidos contratos mesmo que manifestamente abusivas frente ao Código de Defesa do Consumidor. Houve até mesmo quem afirmasse que os contratos antigos não estariam

---

regulamentação da matéria pela ANS; III - é vedada a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato individual ou familiar de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei por parte da operadora, salvo o disposto no inciso II do parágrafo único do art. 13 desta Lei; IV - é vedada a interrupção de internação hospitalar em leito clínico, cirúrgico ou em centro de terapia intensiva ou similar, salvo a critério do médico assistente.

§ 1º Os contratos anteriores à vigência desta Lei, que estabeleçam reajuste por mudança de faixa etária com idade inicial em sessenta anos ou mais, deverão ser adaptados, até 31 de outubro de 1999, para repactuação da cláusula de reajuste, observadas as seguintes disposições: I - a repactuação será garantida aos consumidores de que trata o parágrafo único do art. 15, para as mudanças de faixa etária ocorridas após a vigência desta Lei, e limitar-se-á à diluição da aplicação do reajuste anteriormente previsto, em reajustes parciais anuais, com adoção de percentual fixo que, aplicado a cada ano, permita atingir o reajuste integral no início do último ano da faixa etária considerada; II - para aplicação da fórmula de diluição, consideram-se de dez anos as faixas etárias que tenham sido estipuladas sem limite superior; III - a nova cláusula, contendo a fórmula de aplicação do reajuste, deverá ser encaminhada aos consumidores, juntamente com o boleto ou título de cobrança, com a demonstração do valor originalmente contratado, do valor repactuado e do percentual de reajuste anual fixo, esclarecendo, ainda, que o seu pagamento formalizará esta repactuação; IV - a cláusula original de reajuste deverá ter sido previamente submetida à ANS; V - na falta de aprovação prévia, a operadora, para que possa aplicar reajuste por faixa etária a consumidores com sessenta anos ou mais de idade e dez anos ou mais de contrato, deverá submeter à ANS as condições contratuais acompanhadas de nota técnica, para, uma vez aprovada a cláusula e o percentual de reajuste, adotar a diluição prevista neste parágrafo.

§ 2º Nos contratos individuais de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, independentemente da data de sua celebração, a aplicação de cláusula de reajuste das contraprestações pecuniárias dependerá de prévia aprovação da ANS.

§ 3º O disposto no art. 35 desta Lei aplica-se sem prejuízo do estabelecido neste artigo.

sujeitos à fiscalização da Agência Reguladora, o que não é verdade, pois, o que foi decidido na ADIN nº 1931-8, é que o artigo 35 E da Lei de Planos de Saúde, é inconstitucional, por ferir o ato jurídico perfeito, o mesmo ocorrendo com a obrigatoriedade de ser oferecido o plano referência (definido na nova lei) àqueles que possuísem contratos antigos. Foi apenas isto o que decidiu o STF, não tendo a decisão a abrangência que alguns pretendem, inclusive a de que os planos de saúde referentes aos contratos antigos não estariam sob a fiscalização da ANS.

Temos então, a partir do advento da LPS, duas situações distintas, quando tratarmos de planos de saúde: os contratos celebrados antes da nova lei e que não foram adaptados a ela, que passaram a ser denominados *contratos antigos*, que continuam em vigor, e os celebrados com base na nova lei, os *contratos novos*, aos quais aplicam-se as novas regras, se não forem incompatíveis com o Código de Defesas do Consumidor, norma principiológica, de aplicação primordial.

Com relação aos contratos antigos, o judiciário continuará a resolver as questões polêmicas e, algumas destas situações favoráveis aos consumidores, já consagradas em ampla jurisprudência, serão reforçadas pelas definições expressas na nova lei.

## 2.4. Operadoras

Conforme estabelecido pelo artigo 1º, *caput* e Inciso II e § 4º, a operadora de planos de saúde deve obrigatoriamente ser pessoa jurídica de direito privado, constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa ou entidade de autogestão, e operar plano privado de assistência à saúde, definido no inciso I do artigo 1º.

Estão sujeitas a fiscalização e controle de suas atividades, cabendo à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e ao Conselho de Saúde Suplementar (CONSU) exercer tais controles. Precisam, para que possam funcionar, de autorização e registro perante os órgãos públicos competentes, devendo satisfazer diversos requisitos exigidos pelo artigo 8º da Lei. Estão sujeitas anualmente à prestação de contas e demonstrações financeiras, nos termos do artigo 22; não podem requerer concordata nem estão, em regra, sujeitas a falência ou insolvência civil, submetendo-se somente ao regime de liquidação extrajudicial, conforme dispõe o artigo 23, *caput*. Sujeitam-se também, se necessário, ao regime de direção técnica ou fiscal ou à alienação das carteiras, conforme disposto nos artigos 24 e seguintes.

Em casos excepcionais, previstos nos parágrafos do artigo 23 da Lei, sujeitar-se-ão as operadoras ao regime de falência ou de insolvência civil.

Os prestadores de serviço ou profissionais de saúde não podem manter contratos ou credenciamentos com operadoras que não tenham registro, sob pena de responsabilização por atividade irregular, conforme

dispõe o artigo 18, § único, da Lei; as pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras podem constituir ou participar do capital de operadoras de planos de saúde, conforme dispõe o § 3º do artigo 1º.

Nos termos da Lei nº 10.185, de 12.2.2001, originada da Medida Provisória nº 2.064, de 21 de Dezembro de 2000, as sociedades seguradoras que operem plano privado de assistência à saúde devem ser seguradoras especializadas nesse tipo de seguro, vedada atuação noutro ramo ou modalidade; sujeitam-se, portanto, as seguradoras especializadas em plano de assistência à saúde, nos termos da referida Medida Provisória, à fiscalização da ANS e às regras e penalidades da Lei dos Planos de Saúde.

A Resolução nº 65 de 16 de abril de 2001, da ANS, estabelece regras, para as sociedades especializadas em saúde, mencionando em seu artigo 1º, que a elas aplica-se, no que couber, o disposto nas normas da Superintendência de Seguros Privados-SUSEP e do Conselho Nacional de Seguros Privados-CNPS, publicadas até 21 de dezembro de 2000 e cujas matérias não tenham sido disciplinadas pela ANS e pelo CONSU. Dispões ainda a mencionada Resolução, no § único do artigo 1º, que “as competências da SUSEP e do CNSP, relativas às normas acima referidas, serão exercidas pela ANS e pelo CNSP”.

Em seu artigo 2º, *caput*, a mencionada Resolução 65 da ANS, estabelece que somente poderão operar como sociedades seguradoras

especializadas em saúde as pessoas jurídicas constituídas sob a forma de sociedade anônima que observarem a legislação específica em vigor.

*As carteiras das operadoras* (definidas no inciso III do artigo 1º, da LPS, como o conjunto de contratos de cobertura de custos assistenciais ou de serviços de assistência à saúde em qualquer das modalidades de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, com todos os direitos e obrigações nele contidos), podem ser alienadas, nos termos do artigo 24, § 5º.

Em caso de infração ao disposto na LPS e em seus regulamentos, estarão as operadoras e seus administradores sujeitos a *penalidades* que vão desde advertência até o cancelamento da autorização de funcionamento e alienação da respectiva carteira, conforme prevê o artigo 25, estando também prevista a *responsabilidade solidária* dos administradores e membros dos conselhos administrativos, deliberativos, consultivos, fiscais e assemelhados das operadoras, pelos prejuízos causados a terceiros (artigo 26), bem como, que responderão subsidiariamente pelos direitos contratuais e legais dos consumidores, prestadores de serviço e fornecedores, além dos débitos fiscais e trabalhistas, os bens pessoais dos diretores, administradores, gerentes e membros de conselhos da operadora (artigo 35 I).

Em caso de direção fiscal, ou liquidação extrajudicial, os bens dos administradores da operadora ficarão indisponíveis, até a apuração e liquidação final de suas responsabilidades, nos termos do artigo 24-A/D, acrescidos pela Medida Provisória nº 2.097-36, de 26.01.2001.

No caso de direção fiscal, a indisponibilidade dos bens dos administradores poderá ser dispensada, por deliberação da ANS (art. 24-A, § 2º). A indisponibilidade dos bens, neste caso poderá atingir outras pessoas, como gerentes e conselheiros, sendo que os artigos 24-A *usque* 24-D definem a questão.

É *vedado*, nos termos do artigo 21, às operadoras de planos de saúde realizar quaisquer operações financeiras com seus diretores e membros dos conselhos administrativos, consultivos, fiscais ou assemelhados, e seus respectivos cônjuges e parentes até o segundo grau, bem como com empresa de que participem tais pessoas se elas forem, isoladamente ou em conjunto, controladoras da referida empresa e, nos termos do artigo 35L, comete ato de *improbidade administrativa*, o diretor técnico ou fiscal, ou liquidante, que não mantiver em sigilo as informações da operadora às quais tiverem acesso em razão do exercício do encargo.

A Lei 9656/98 surgiu para disciplinar as relações envolvendo os planos de saúde, encontrando o mercado respectivo em pleno funcionamento, tornando-se necessária a regulamentação de certas questões relacionadas à *transição* da situação anterior em que não existiam normas, para a nova, criada pela lei e seus regulamentos. Então, surgiram várias regras transitórias, algumas estabelecidas pela própria LPS e outras por Medidas Provisórias e por atos regulamentares, que tornaram a

situação até certo ponto tumultuada, com prazos e exigências para regular a transição.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup>Estabeleceu-se, então, que: Então, com o fim de disciplinar a transição, previu a LPS que: após 31 de março de 2000, somente as operadoras de plano de saúde que atendessem a definição do inciso II do artigo 1º poderiam comercializar os planos privados de assistência à saúde definidos no artigo 1º, parágrafo 1º, admitindo, contudo, que tal prazo fosse prorrogado até 31 de dezembro de 2000, no máximo (antigo artigo 1º, parágrafos 2º e 6º), não obstante, a Resolução nº 13, de 29 de março de 2000, da ANS, ampliou o referido prazo para 30 de junho de 2000, a Resolução nº 26 de 20 de junho de 2000, novamente o ampliou para 30 de setembro de 1999, e a Medida Provisória nº 1976-34 de 21.12.2000 retirou do texto legal a menção a tal prazo; previa-se também que os contratos formalizados até 31 de março de 2000 por pessoas jurídicas não constituídas como operadoras de planos de saúde, referentes aos planos de assistência à saúde tratados no parágrafo 1º do artigo 1º, poderiam ser mantidos até 31 de dezembro de 2001, facultada a constituição de operadora que venha a sucedê-las, podendo tal prazo ser prorrogado pela ANS até 31 de dezembro de 2002, no máximo (antigo artigo 35 F e § 5º). A Medida Provisória nº 1976-34, de 21.12.2000, também eliminou essa disposição; c) Após 120 dias de vigência da lei (vigência = 02 de setembro de 1998) para as operadoras e duzentos e quarenta dias para as administradoras de planos de assistência à saúde, e até que sejam definidas as normas gerais de registro pela ANS, os planos de saúde (definidos no artigo 1º, inciso I) e as demais modalidades de contratos referidos no § 1º do artigo 1º somente poderão ser comercializados se as operadoras e administradoras, bem como os planos oferecidos, estiverem provisoriamente cadastradas na ANS (artigo 9º da Lei); Após 120 dias da vigência da lei (vigência = 02 de setembro de 1998), só podem ser comercializados os planos de assistência à saúde que obedeçam os artigos 10 e 12, isto é, só podem ser oferecidos o plano referência (oferta sempre obrigatória, como regra) e as segmentações definidas em lei (artigo 12, § 1º); a partir de 03 de dezembro de 1999 todas as empresas que comercializam os planos de assistência à saúde definidos no artigo 1º, inciso I e § 1º deverão oferecer obrigatoriamente o plano referência a todos os seus atuais e futuros consumidores, exceto os casos de autogestão ou empresas que operam planos exclusivamente odontológicos, devendo, em caso de comercialização de plano segmentado, constar da documentação relativa à contratação, declaração em separado do consumidor, de que tem conhecimento da existência e disponibilidade do plano referência e de que este lhe foi oferecido (artigo 10, parágrafos 2º e 3º; art. 12, § 2º); Para requerer a autorização definitiva de funcionamento, as pessoas jurídicas que já atuavam como operadoras ou administradoras de planos de assistência à saúde, têm prazo de cento e oitenta dias, a partir da publicação da regulamentação específica pela ANS. Enquanto não forem expedidas as normas de registro, serão mantidos registros provisórios das empresas e dos planos de assistência à saúde na ANS, para que se possa autorizar a comercialização ou operação a partir de 02 de janeiro de 1999. Independentemente do cumprimento pela operadora das formalidades do registro provisório, ou da conformidade dos termos contratuais, fica assegurado aos consumidores que adquirirem o plano a partir de 02 de janeiro de 1999 a aplicação da nova lei e de seus regulamentos, (artigo 19 e parágrafos 1º e 5º); as empresas que tenham iniciado operação de comercialização de planos de assistência à saúde após 08 de dezembro de 1998, sujeitam-se aos registros provisórios mencionados no artigo 19, § 1º (artigo 19, § 7º); para que haja substituição (que deve atender o disposto no artigo 17, § 1º) de entidade hospitalar, a ANS e os consumidores devem ser avisados com 30 dias de antecedência, no mínimo, excetuando-se os casos de rescisão por fraude ou infração das normas sanitárias e fiscais em vigor (artigo 17, § 1º); desde 03 de dezembro de 1999, os prestadores de serviço ou profissionais de saúde não podem manter contrato ou credenciamento com operadoras que não tiverem registro para funcionamento e comercialização nos termos da lei, sob pena de responsabilidade por atividade irregular (artigo 18, § único); não obstante a lei ter entrado em vigor em 02 de setembro de 1998 (conforme se deduz do artigo 36), há disposições referentes aos contratos antigos, que entraram em vigor em data anterior. Assim, nos termos do artigo 35 E, a partir de 05 de julho de 1998, previram-se regras específicas que incidem sobre os contratos antigos que, contudo, foram consideradas inconstitucionais pelo STF, que considerou haver desrespeito ao ato jurídico perfeito.

Embora não prevista na LPS, a Resolução RDC nº 27, de 26 de junho de 2000, da ANS, criou a denominada *Revisão Técnica*, que será admitida nos casos excepcionais previstos e consistente, nos termos do artigo 2º da mencionada Resolução, no *conjunto de medidas a serem adotadas com vistas à correção de desequilíbrios na carteira de planos privados de assistência à saúde que possam comprometer a liquidez e a solvência da operadora, mediante remodelagem<sup>33</sup> integral ou parcial dos produtos, combinada ou não com o reposicionamento dos valores das contraprestações pecuniárias.*

A mencionada Revisão Técnica contraria a LPS e fere os direitos do consumidor, sendo portanto ilegal, tendo em vista que extrapola o poder regulamentador que foi conferido à agência reguladora, como será demonstrado no capítulo próprio.

A referida Resolução prevê que, para que seja possível a Revisão Técnica, a operadora deverá estar em dia com suas obrigações referentes ao Registro no Ministério da Saúde ou na ANS dos planos comercializados a partir de 2 de janeiro de 1999 e ao envio do cadastro de beneficiários para fins do artigo 32 da Lei nº 9.659/98 e dos demais documentos e informações de envio obrigatório à ANS. A proposta de Revisão Técnica

---

<sup>33</sup>Segundo a Resolução referida, a remodelagem consiste em ajustes destinados a eliminar ou reduzir os desequilíbrios na carteira de planos da operadora, mediante o oferecimento, ao consumidor, da faculdade de alterar as condições gerais dos planos já comercializados com a adoção de mecanismos de co-participação; franquias; redimensionamento da rede hospitalar; alteração na segmentação da assistência oferecida no caso de planos comercializados após 2 de janeiro de 1999 e adoção de programas de medicina preventiva. Caso sejam insuficientes para a correção dos problemas de liquidez e solvência da operadora os ajustes referidos, a ANS poderá proceder alterações dos valores das contraprestações pecuniárias, levando em conta a remodelação efetuada, bem como os custos de assistência observados no contexto nacional e estímulos à eficiência na prestação dos serviços.

encaminhada pela operadora à ANS somente será apreciada se estiverem presentes, cumulativamente os seguintes requisitos, mencionados no artigo 6º da referida Resolução nº 27: I - desequilíbrio entre os compromissos correntes e futuros da operadora relacionados à assistência à saúde e os valores recebidos a título de contraprestações pecuniárias pagas pelos beneficiários; II - O desequilíbrio deve ser decorrente da variação dos custos médicos, hospitalares e/ou odontológicos e da frequência de utilização de procedimentos; III - A situação de desequilíbrio deve ameaçar a liquidez e solvência da operadora.

Após aprovada pela ANS a Revisão Técnica, a operadora deverá oferecer as alternativas nela contidas aos beneficiários dos respectivos planos sendo obrigatório o oferecimento de pelo menos uma opção de remodelagem sem mudança de preço e, quando da Revisão técnica, poderá a ANS exigir a assinatura de *Termo de Adesão*, pelo qual assinará a operadora compromisso com metas; prazos para o cumprimento das metas; apresentação de relatórios periódicos sobre sua gestão, desempenho econômico-financeiro, rede de atendimento; mecanismos de regulação e qualidade dos serviços prestados.

## **2.5. Regras específicas para contratos individuais e familiares**

Segundo definições contidas na Resolução nº 14 de 3 de novembro de 1998 do CONSU, planos ou seguros de assistência à saúde de contratação individual são aqueles oferecidos no mercado para a livre

adesão de consumidores, pessoas físicas, com ou sem grupo familiar, entendendo-se o plano como familiar nos casos em que se faculta ao contratante, pessoa física, a inclusão de seus dependentes ou grupo familiar. Nos termos do artigo 13, § único, da LPS, os contratos celebrados diretamente entre o consumidor e a operadora terão vigência mínima de um ano, sendo proibida: I - a recontagem de carência; II - a suspensão ou rescisão unilateral do contrato, exceto por fraude ou não pagamento da prestação mensal por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, devendo neste caso o consumidor ser notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência; III - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, em qualquer hipótese, durante a internação do titular.

Deverá ser entregue ao adquirente de plano individual ou familiar, quando de sua inscrição, cópia do contrato, do regulamento ou das condições gerais dos planos de assistência à saúde, além do material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, todas as características, direitos e obrigações.(artigo 16, § 1º, da Lei). A *rescisão* ou *suspensão* dos contratos unilateralmente pela operadora é, em princípio, proibida em qualquer tipo de contrato, sendo que, nos casos dos contratos individuais e familiares, a LPS prevê expressamente esta proibição, exceto nos casos previstos no item II acima mencionado, observado o contido no item III.

No caso dos contratos coletivos, embora a LPS não preveja expressamente a vedação, a rescisão unilateral do contrato pela operadora infringiria as normas de ordem pública contidas no CDC.

As prestações pecuniárias referentes aos planos de assistência à saúde individuais ou familiares só podem sofrer *reajustes* em razão da mudança de faixa etária e anualmente (nos termos da Lei nº 9.069/95 - Lei do Plano Real) devendo, em qualquer caso, ser o reajuste conforme critério previsto em contrato e autorização da ANS. Os reajustes em função da mudança de *faixa etária* só podem ocorrer se estiverem previstos no contrato as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas, observadas as regras estabelecidas pela ANS e ressalvado o disposto no artigo 35 E, da lei, sendo vedado o reajuste em função da mudança de faixa etária se o consumidor tiver mais de sessenta anos de idade e participar do plano ou de seus sucessores há mais de dez anos (artigo 15 e parágrafo único, da lei).

Não obstante permitir a o artigo 15 da LPS o reajuste em razão de mudança de faixa etária, o Estatuto do Idoso, Lei nº 10741 de 1º de outubro de 2003, em seu artigo 15, § 3º, veda o reajuste em razão da idade, no caso de consumidores idosos, que são os que tem idade igual ou maior que 60 anos.

Além dos mencionados reajustes anual e por mudança de faixa etária, outros reajustes vedados. Não se admitem, por exemplo, reajustes em razão de sinistralidade, prevendo a LPS, contudo, a possibilidade da

*Revisão Técnica*, conforme detalhada na Resolução RDC nº 27, de 26 de junho de 2000, se presentes os requisitos excepcionais previstos em seu artigo 6º, observando-se, todavia, que, como já visto antes, a Revisão Técnica, por não ser prevista na lei e constituir ato que extrapola o poder regulamentador da agência, pode ser considerada ilegal e, portanto, inaplicável.

## **2.6. Regras específicas para os contratos coletivos**

É assegurado ao consumidor que pague por plano de assistência à saúde em decorrência de vínculo empregatício e a seus dependentes inscritos, em caso de rescisão do contrato de trabalho sem justa causa e até que seja admitido em outro emprego, o direito de manter sua vinculação ao referido plano por certo tempo, nas mesmas condições vigentes na época em que vigorava o vínculo empregatício, e com todos os benefícios que venham a ser implementados em razão de negociações coletivas de trabalho, desde que assuma o pagamento integral da prestação pecuniária. O período de manutenção da vinculação será igual a um terço do tempo que permaneceu com o plano (ou seus sucessores) enquanto empregado, limitado ao mínimo de seis meses e máximo de vinte e quatro meses . Em caso de morte do titular, têm os dependentes direito de permanecer vinculado ao plano, nos termos acima mencionados (artigo 30 e parágrafos da Lei) e, o aposentado que pagar por plano de assistência à saúde, em decorrência de vínculo empregatício, também tem o direito de manter o

vínculo com o plano, nas mesmas condições acima referidas, excetuado apenas o prazo de manutenção do plano após a aposentadoria, que será indeterminado se tiver o plano há dez anos ou mais ou por igual período ao que ficou vinculado ao plano enquanto empregado, se tiver o plano há menos de dez anos (artigo 31 e parágrafos, da lei).

As Resoluções nº 20 e 21, de 23.03.99, do CONSU, regulamentam os artigos 30 e 31 da Lei dos Planos de Saúde, acima referidos, dispondo dentre outras coisas, que o interessado (ex-empregado ou aposentado) deve manifestar-se pela manutenção do plano, no prazo de 30 dias após o desligamento, em resposta à comunicação feita pela empregadora no ato da rescisão contratual.

Não há na LPS previsão de *rescisão* ou *suspensão* de contrato coletivo. Contudo, a Resolução nº 14, de 03 de novembro de 1998, do CONSU, em seu artigo 6º, dispõe que, neste caso, para efeito do artigo 13 da lei nº 9.656/98, poderá haver também a denúncia unilateral por motivo de inelegibilidade<sup>34</sup> ou, perda dos direitos de titularidade ou dependência, desde que previstos em regulamento e contrato, e ressalvado o disposto nos artigos 30 e 31 da referida lei.

A LPS também não estabelece critérios de *reajuste* das contraprestações pecuniárias para os contratos coletivos. Contudo, o artigo 16, inciso XI, menciona como requisito de qualquer contrato de plano de

---

<sup>34</sup>Decorrente da desvinculação do usuário com relação à pessoa jurídica que atua como intermediária entre ele e a operadora.

assistência à saúde, dispositivo que indique com clareza os critérios de reajuste e revisão das referidas contraprestações.

## **2.7. Novas regras impostas pela LPS com reflexos nos contratos antigos**

Os contratos antigos, que abrangem cerca de 11,5 milhões de usuários, não foram extintos com o novo sistema legal implementado pela Lei dos Planos de Saúde. Assim, com relação a eles, passou a haver duas possibilidades, a critério do consumidor: ou serão adaptados ao novo sistema ou permanecerão em vigor por prazo indeterminado. A *adaptação* é opção do consumidor e aplicável aos contratos antigos, que são os celebrados antes da vigência da LPS (02 de setembro de 1998) e os celebrados no período compreendido entre 02 de setembro de 1998 e 1º de janeiro de 1999, lapso de tempo em que, não obstante à vigência da nova lei, admitiu-se, nos termos do artigo 19, § 5º, a comercialização de planos diversos dos nela estabelecidos.

A adaptação não pode ser imposta nem negada, não havendo prazo determinado para ser feita, podendo ser providenciada a qualquer tempo, a critério exclusivo do consumidor, que deverá solicitá-la, assumindo a obrigação de pagar eventuais diferença de preço. Será formalizada em termo próprio, assinado pelos contratantes (artigo 35, *caput* e parágrafos 1º e 4º, da Lei), não autorizando nova contagem de carência, nem dos prazos referidos nos artigos 30 e 31 (artigo 35, § 3º).

É admitido o aumento da contraprestação em razão da adaptação, caso em que a composição da base de cálculo do novo valor deverá ficar restrita aos itens correspondentes ao aumento de cobertura e ficar disponível para verificação pela ANS (artigo 35, § 2º da Lei).

A Resolução nº 4, de 03 de novembro de 1998, do CONSU, fixou condições e prazo para a adaptação dos contratos antigos e alterações posteriores da LPS vedaram a fixação de prazo para tal.

No que tange às condições para a adaptação, estabelece a mencionada Resolução nº 4, do CONSU, que: a) não é permitido o aumento da contraprestação pecuniária em função da cobertura a doenças e lesões preexistentes; b) os contratos em vigor há cinco anos ou mais e os que não possuam cláusulas de exclusão de doenças e lesões preexistentes, doenças específicas e/ou outras coberturas estabelecidas nos artigos 10 e 12 da Lei 9656/98, não são passíveis de exclusões nem de *cobertura parcial temporária* (pela qual se admite, num prazo determinado, a suspensão da cobertura de eventos cirúrgicos, leitos de alta tecnologia e procedimentos de alta complexidade, definidos na Resolução RDC, nº 41, de 14 de dezembro de 2000, da ANS, e relacionados às exclusões estabelecidas nos contratos a serem adaptados; c) os contratos em vigor a menos de cinco anos, que possuam cláusulas de exclusão, são passíveis de cobertura parcial temporária, conforme o tempo de vigência, ou seja: os que tenham dezoito meses ou mais de vigência, na data da adaptação, estarão sujeitos a um período máximo de seis meses de cobertura parcial

temporária, a partir da adaptação e os que tiverem menos de dezoito meses de vigência, estarão sujeitos a cobertura parcial temporária de, no máximo, vinte e quatro meses, contados a partir da vigência da contratação.

Nos termos do artigo 1º, § 2º, da Resolução nº 17, do CONSU, as operadoras são obrigadas a oferecer o *agravo* (acréscimo no valor da contraprestação paga ao plano de assistência à saúde), para todos os seus novos contratos de todos os planos em operação, como alternativa (a critério do consumidor) à cobertura parcial temporária, estabelecendo que as despesas que irão compor o cálculo para agravar as contraprestações, devem limitar-se àquelas que são excluídas temporariamente na cobertura parcial temporária. A metodologia adotada para os cálculos deve contemplar a diluição do impacto econômico-financeiro pelo universo de consumidores assistidos pelo plano de assistência à saúde e, quando solicitado pelo Ministério da Saúde, as operadoras devem demonstrar os cálculos e informar o método utilizado. Cumprido o prazo da cobertura parcial temporária, a cobertura passará a ser integral, devendo o valor da contraprestação ser idêntico ao praticado pela operadora para os contratos referentes à segmentação, reduzindo-se o valor, se houver agravo.

Ao analisar se deve ou não adaptar seu contrato às novas regras deve o consumidor agir com muita cautela, pois muitos dos direitos expressos na nova lei já são consagrados pela jurisprudência; haverá provavelmente custos para a adaptação; os contratos antigos são todos

hospitalares e ambulatoriais; nos contratos antigos a variação por faixa etária ia no máximo até 100 % e hoje os planos são fragmentados, com grande possibilidade de apresentarem problemas. Ademais, a maioria dos contratos antigos não prevêem reajustes por mudança de faixa etária de maneira expressa e definitiva o que pode tornar ineficaz eventual cláusula com este teor.

Ainda com relação aos contratos antigos, são importantes as Portarias nº 4/98 e 3/99 da Secretaria de Direito Econômico (órgão ligado ao Ministério da Justiça), que consideram abusivas cláusulas que estabeleçam prazos de carência em caso de impontualidade das prestações ou mensalidades; que imponham limites ao tempo de internação hospitalar; que determinem aumentos de prestações nos contratos de planos e seguros de saúde, firmados antes da Lei nº 9.656/98, por mudança de faixas etárias, sem previsão expressa e definida; que imponham nestes contratos (antigos) limites ou restrições a procedimentos médicos contrariando prescrição médica. Estas questões, tratadas nas referidas Portarias, já estão definidas na Lei nº 9.656/98, sendo vedadas tais práticas

A *manutenção* dos contratos antigos é direito personalíssimo do titular do plano de assistência à saúde e de seus dependentes já inscritos, permitindo-se, contudo, a inscrição de novo cônjuge e filhos, sendo expressamente vedada a transferência da titularidade a terceiro (artigo 35, § 5º). Os contratos mantidos, isto é, aqueles cujos titulares não optarem

pela adaptação, permanecerão em operação por tempo indeterminado, apenas para seus beneficiários, não mais admitindo-se sua comercialização (artigo 35, § 6º).

## **2.8. Tipos de planos de saúde**

A Lei dos Planos de Saúde define o que deve ser coberto, no mínimo, pelos planos de saúde não podendo mais as operadoras definir as abrangências de seus serviços de forma a cobrir menos do que o estabelecido pela lei.

Desde após 120 dias da entrada em vigor da LPS, que ocorreu em 02 de setembro de 1998, só podem ser comercializados os planos de assistência à saúde que obedeçam os artigos 10 e 12, isto é, só podem ser oferecidos o plano referência (oferta sempre obrigatória, como regra) e as segmentações definidas em lei (artigo 12, § 1º).

O *plano referência*, definido no artigo 10 da LPS, nos termos do artigo 1º, da Resolução RDC nº 07, de 18 de fevereiro de 2000, da ANS, é aquele que *oferece cobertura assistencial médico hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, correspondendo à segmentação ambulatorial acrescida da segmentação hospitalar com cobertura obstétrica, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva ou similar, quando necessária a internação hospitalar*, constituindo a modalidade mais completa, estando as

operadoras obrigadas a tê-lo disponível e a oferecê-lo obrigatoriamente aos consumidores, exceto nos casos de empresas que mantenham sistema de assistência à saúde pela modalidade de autogestão e as que operem exclusivamente planos odontológicos (artigos 10 e 12, § 2º).

Constitui-se o plano referência, da somatória das segmentações mencionadas nos incisos I, II e III, do artigo 12 da LPS, respeitadas as amplitudes de cobertura definidas no artigo 10. Cobre partos e o tratamento ambulatorial ou hospitalar relativos a todas as doenças relacionadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde da Organização Mundial de Saúde (OMS), que se trata de uma extensa lista que inclui doenças como câncer e AIDS.

A cobertura do plano referencia inclui transplantes e procedimentos de alta complexidade, tais como hemodiálise, radioterapia e quimioterapia, nos termos da regulamentação, além de prever a LPS expressamente a obrigatoriedade de se dar cobertura com relação aos serviços de cirurgia plástica reconstrutiva de mama, utilizando-se de todos os meios e técnicas necessárias, para o tratamento de mutilação decorrente de utilização de técnica de tratamento de câncer, conforme dispõe o artigo 1º - da Lei nº 10.223, de 15 de maio de 2001, que alterou o artigo 10 da LPS.<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup>Art. 1º A Lei 9656, de 3 de junho de 2008, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 10-A: "Art. 10-A. Cabe às operadoras definidas nos incisos I e II do § 1º do art. 1º desta Lei, por meio de sua rede de unidades conveniadas, prestar serviço de cirurgia plástica reconstrutiva de mama, utilizando-se de todos os meios e técnicas necessárias, para o tratamento de mutilação decorrente de utilização de técnica de tratamento de câncer."

Em princípio, no plano referência, devem ter cobertura todas as doenças relacionadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde da Organização Mundial de Saúde (OMS), com atendimento ambulatorial ou hospitalar, conforme a necessidade, além de partos. Contudo, a LPS prevê algumas exceções de cobertura, mesmo no plano referência, conforme disposto no artigo 10.<sup>36</sup>

Nos termos do artigo 12 da LPS, pode haver *segmentação* da cobertura mínima prevista no plano referência, para efeito de comercialização, também podendo ser oferecido *plano exclusivamente odontológico*, sendo as segmentações possíveis o *plano ambulatorial*, o *plano hospitalar*, o *plano hospitalar com obstetrícia*, além do *plano odontológico*, com as respectivas coberturas estabelecidas nos incisos I, II, III e IV do artigo 12.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup>Artigo 10: É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermaria, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto: I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental; II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; III - inseminação artificial; IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados; VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar; VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; VIII – (REVOGADO); IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes; X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente; § 1º As exceções constantes dos incisos deste artigo serão objeto de regulamentação pela ANS.

§ 2º As empresas que comercializam produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei oferecerão, obrigatoriamente, a partir de 3 de dezembro de 1999, o plano-referência de que trata este artigo a todos os seus atuais e futuros consumidores.

§ 3º Excluem-se da obrigatoriedade a que se refere o § 2º deste artigo as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde pela modalidade de autogestão e as empresas que operem exclusivamente planos odontológicos.

§ 4º A amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS.

<sup>37</sup>Artigo 1: São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo,

## 2.9. Coberturas e exclusões

Conforme visto, o consumidor pode adquirir o plano referência, ou uma ou mais das segmentações previstas na lei. Adquirindo o plano referência, definido no artigo 10, terá a cobertura de tudo o que é previsto nos planos ambulatorial, hospitalar e hospitalar com obstetrícia (descritos respectivamente nos incisos I, II e III do artigo 12). Se adquirir as segmentações mencionadas ou a referente ao plano odontológico (descrito no inciso IV do artigo 12), terá direito somente às coberturas nelas previstas, sempre nas amplitudes definidas no plano referência (artigo 10).

As coberturas mínimas referentes a cada tipo de plano estão delimitadas na lei, cabendo fazer algumas observações.

---

respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas: **I - quando incluir atendimento ambulatorial:** a) cobertura de consultas médicas, em número ilimitado em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina; b) cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente; **II - quando incluir internação hospitalar:** a) cobertura de internações hospitalares, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina, admitindo-se a exclusão dos procedimentos obstétricos; b) cobertura de internações hospitalares em centro de terapia intensiva, ou similar, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, a critério do médico assistente; c) cobertura de despesas referentes a honorários médicos, serviços gerais de enfermagem e alimentação; d) cobertura de exames complementares indispensáveis para o controle da evolução da doença e elucidação diagnóstica, fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões e sessões de quimioterapia e radioterapia, conforme prescrição do médico assistente, realizados ou ministrados durante o período de internação hospitalar; e) cobertura de toda e qualquer taxa, incluindo materiais utilizados, assim como da remoção do paciente, comprovadamente necessária, para outro estabelecimento hospitalar, em território brasileiro, dentro dos limites de abrangência geográfica previstos no contrato; e f) cobertura de despesas de acompanhante, no caso de pacientes menores de dezoito anos; **OBS** - Conforme dispõe a Resolução nº 12, de 03.11.98, do CONSU, a segmentação referente ao plano hospitalar deverá também cobrir transplante de rim e de córnea. **III - quando incluir atendimento obstétrico:** a) cobertura assistencial ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, ou de seu dependente, durante os primeiros trinta dias após o parto; b) inscrição assegurada ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, como dependente, isento do cumprimento dos períodos de carência, desde que a inscrição ocorra no prazo máximo de trinta dias do nascimento ou da adoção; **IV - quando incluir atendimento odontológico:** a) cobertura de consultas e exames auxiliares ou complementares, solicitados pelo odontólogo assistente; b) cobertura de procedimentos preventivos, de dentística e endodontia; c) cobertura de cirurgias orais menores, assim consideradas as realizadas em ambiente ambulatorial e sem anestesia geral.

## 2.10. Doenças e lesões pré-existentes

No que tange às *doenças e lesões preexistentes*, definidas pela Resolução nº 2, de 03 de novembro de 1998, alterada pela Resolução nº 15 de 23 de março de 1999, ambas do CONSU, e pela Resolução RDC nº 68, de 7 de maio de 2001, da ANS, (como *aquelas que o consumidor ou seu responsável saiba ser portador ou sofredor(SIC) à época da contratação de plano privado de assistência à saúde*, admite a LPS, a *contrario sensu* do contido em seu artigo 11, a possibilidade de exclusão da cobertura nos primeiros vinte e quatro meses de vigência do contrato.

Após este prazo, a cobertura dessas enfermidades é sempre obrigatória, cabendo à operadora, em caso de alegação de doenças ou lesões preexistentes, o ônus da prova conforme prevê o artigo 7º, § 1º, da mencionada Resolução nº 02 do CONSU, inclusive quanto à demonstração do conhecimento prévio pelo consumidor. Tal previsão, embora ratifique a inversão do ônus da prova em benefício do hipossuficiente, nem seria necessária, pois já é prevista no CDC.

Nos termos do parágrafo único do referido artigo 11 da Lei, é vedada a suspensão da assistência à saúde do consumidor ou de seus dependentes, até que seja feita a prova da alegação pela operadora. Contudo, nos termos do artigo 7º, § 6º da Resolução mencionada, se comprovada a alegação pela operadora em processo administrativo, o consumidor será responsável pelo pagamento das despesas respectivas

desde o momento em que foi comunicado do fato pela operadora e não aceitou a alegação.

A Resolução nº 2 do CONSU acima mencionada complementada pela Resolução RDC nº 68, de 7 de maio de 2001, da ANS, regulamenta a questão das doenças e lesões preexistentes relativas aos *contratos individuais e familiares* estabelecendo, dentre outras coisas, que o consumidor tem obrigação de informar , quando lhe for solicitado na documentação contratual, sobre o conhecimento do problema, sob pena de imputação de fraude para efeito do artigo 13, inciso II, da Lei.

Também prevê a referida resolução a realização da denominada *entrevista qualificada*, a ser realizada na época da contratação, consistente no preenchimento de um formulário que terá como objetivo principal relacionar todas as doenças de conhecimento prévio do consumidor, em relação a ele próprio e a seus dependentes. A entrevista será feita às expensas da operadora, por um médico de sua rede de credenciados ou referenciados, que atuará como orientador, esclarecendo, quando do preenchimento do formulário, sobre as questões relacionadas às principais doenças e lesões passíveis de serem classificadas como preexistentes, as alternativas de coberturas e demais conseqüências decorrentes de eventual omissão. Na entrevista o consumidor poderá ser orientado por médico de sua confiança, não pertencente à rede da operadora, desde que assumam os respectivos custos.

A alegação de doença ou lesão preexistente só poderá ser feita e comprovada pela operadora no prazo de vinte e quatro meses a partir da contratação, conforme se deduz do artigo 11 da LPS. Se for realizado qualquer tipo de exame ou perícia no consumidor durante a entrevista qualificada, não mais poderá ser alegado pela operadora a presença de doença ou lesão preexistente, por motivo que se constate posteriormente (art. 3º, § 5º, da Resolução nº 2, do CONSU).

Por sua vez, a jurisprudência tem decidido que “A empresa que explore plano de seguro saúde e recebe contribuições de associado sem submetê-lo a exame, não pode escusar-se ao pagamento de sua contraprestação alegando omissão nas informações do segurado...”<sup>38</sup>

Sendo constatada por perícia ou na entrevista, através de declaração expressa do consumidor a existência de lesão ou doença que possa gerar necessidade de *eventos cirúrgicos*, de uso de *leitos de alta tecnologia* e *procedimentos de alta complexidade*, será obrigatório o oferecimento de *cobertura parcial temporária*, pela qual se admite a suspensão da cobertura destes referidos eventos cirúrgicos, relacionados às doenças ou lesões preexistentes, por prazo determinado e no máximo de vinte e quatro meses, ou *agravo* do contrato que consiste no acréscimo no valor da contraprestação e é tratado na Resolução nº 17, de 23 de março de 1999, do CONSU, sendo a escolha de uma das alternativas feita pelo consumidor

---

<sup>38</sup> Resp. nº 86.095-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, J. 22,04,96; Apelação Cível nº 009.574.4/9, TJ, São Paulo, J. 1997.

que não poderá ter seu acesso ao plano recusado em razão da doença ou lesão preexistente constatada.

Cumprido o prazo da cobertura parcial temporária, a cobertura passará a ser integral, conforme o plano contratado, não cabendo mais qualquer agravamento.

Sobre os eventos cirúrgicos e leitos de alta tecnologia não há detalhamento nas normas relativas aos planos de assistência à saúde. Já com relação aos procedimentos de alta complexidade, a resolução RDC nº 68, de 7 de maio de 2001, instituiu, em seu anexo I, taxativamente, as hipóteses de procedimentos que, quando referentes a doença ou lesão preexistente, poderão constar de cláusulas contratuais específicas e ser objeto de cobertura parcial temporária. Para os demais procedimentos, mesmo referentes a doenças ou lesão preexistente, a cobertura terá de ser imediata.

No caso de cobertura parcial temporária em razão de doenças e lesões preexistentes, ocorrendo situações de *urgência* (artigo 35 C, II) e *emergência* (artigo 35 C, I) relacionadas a tais doenças e lesões, estabelece a Resolução nº 2 do CONSU que haverá cobertura igual à do plano ambulatorial, independentemente do tipo de contrato firmado.

Tal limitação afronta a LPS, pois o atendimento de urgência e emergência previsto no artigo 35 C refere-se à cobertura prevista no plano adquirido e, mesmo durante a cobertura parcial temporária, ou vigência de prazos de carência, o atendimento em casos de emergência ou urgência é

obrigatório, nos termos do artigo 35 C da referida lei, se decorrido o prazo de carência específica prevista no artigo 12, inciso V, alínea c.

Com relação aos *contratos coletivos*, prevê a Resolução nº 14, de 3 de novembro de 1998, modificada em parte pela Resolução nº15 de 23 de março de 1999, ambas do CONSU, que nos casos de contratos coletivos empresariais com 50 ou mais participantes não se admite agravo ou cobertura parcial temporária nos casos de doenças ou lesões preexistentes, nem será permitida a exigência de prazos de carência.

No caso de contratos coletivos empresariais com menos de 50 participantes poderá haver agravo ou cobertura parcial temporária em casos de doenças ou lesões preexistentes, bem como exigência de cumprimento de prazos de carência, sempre limitados ao que a lei prevê, dispondo ainda a referida Resolução que, nos casos de contratos coletivos por adesão com 50 ou mais participantes, em caso de doenças ou lesões preexistentes, não poderá haver agravo ou cobertura parcial temporária, admitindo-se, contudo, a exigência de cumprimento de prazo de carência e, em caso de contratos com menos de 50 participantes poderá haver cláusula de agravo ou cobertura parcial temporária e fixação de prazo de carência.

Inexplicavelmente, nos termos do artigo 2º, § 2º da Resolução nº 10 de 03 de novembro de 1998, alterada pela Resolução nº 15 de 23 de março de 1999, ambas do CONSU, nos contratos referentes a planos coletivos, estabeleceu-se não ser obrigatória a cobertura para procedimentos

relacionados com os *acidentes de trabalho* e suas conseqüências, *moléstias profissionais*, assim como para os procedimentos relacionados com a *saúde ocupacional*, sendo opcional o estabelecimento de cláusula específica para a cobertura desses casos. Contudo, não constando da LPS tal exclusão, não pode o agente regulador criá-la, pois, tal ato extrapola seus limites, como será visto oportunamente.

Para os contratos individuais, estabelece o § 1º, do artigo 2º, da mencionada Resolução nº 10, prevendo o óbvio, que, respeitada a circunscrição geográfica estabelecida no contrato, fica assegurado o atendimento, dentro das respectivas segmentações, independentemente de circunstância ou do local de origem do evento.

## 2.11. Exclusões legais de cobertura

Os incisos I a X do artigo 10, da LPS, contém as *exclusões legais expressas de cobertura*<sup>39</sup>, aplicáveis a qualquer tipo de plano, mesmo que se refiram a procedimentos ligados às doenças listadas na Classificação da

---

<sup>39</sup>São as seguintes as referidas exclusões que, nos termos do § 1º do artigo 10, devem ser regulamentadas pela ANS: I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental; II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; III - inseminação artificial; IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados; VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar; VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; VIII – (REVOGADO); IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes e X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.

OBS - Com relação ao item II acima mencionado é importante ressaltar que, mesmo tratando-se de procedimentos clínico ou cirúrgico para fins estéticos, necessários para reconstrução de mama afetada por mutilação decorrente de utilização de técnica de tratamento de câncer, a cobertura é obrigatória, devendo a operadora cobrir a cirurgia plástica reconstrutiva, quando deverão ser usados todos os meios e técnicas necessárias, conforme determina o artigo 10 - A, da Lei nº 9.656/98, acrescido pela Lei nº 10.223, de 15 de maio de 2001.

OMS. Contudo, nada impede que o plano preveja cobertura desses casos, desde que não sejam procedimentos ilícitos. As exclusões criadas por ato regulamentar desrespeitam a lei e, portanto, devem ser desconsideradas, recorrendo-se ao poder judiciário, se for preciso.

## **2.12. Novos dependentes**

Nos termos do artigo 12, inciso III, alíneas *a* e *b*, da LPS, quando o plano incluir atendimento obstétrico (plano referência ou hospitalar com obstetrícia), *o recém-nascido, filho natural* ou *adotivo* do consumidor, ou de seu dependente, terá cobertura assistencial durante trinta dias a partir do parto, independentemente de ser ou não inscrito como dependente e com relação ao filho do titular do plano, terá assegurada sua inscrição como dependente, sem qualquer carência, se a inscrição ocorrer nos trinta dias seguintes ao nascimento ou à adoção e, quanto ao *filho adotivo menor de doze anos de idade*, poderá ser inscrito como dependente do titular do plano, aproveitando o período de carência já cumprido pelo adotante (artigo 12, inciso VII).

As referências a filho adotivo pela LPS fere o artigo 227, § 6º da Constituição Federal, assunto que será tratado adiante.

### **2.13. Mecanismos de regulação**

A abrangência das coberturas pode sofrer algumas limitações em certos casos, como nos artigos 16, incisos VIII e IX, da Lei, sendo possível a aplicação dos denominados *mecanismo de regulação*, que são medidas adotadas pelas operadoras de planos de assistência à saúde com o fim de gerenciar e controlar a demanda ou a utilização dos serviços prestados.

Os mecanismos de regulação devem ensejar preços menores das contraprestações pecuniárias referentes aos planos, precisam ser aprovados pela autoridade competente e devem estar claramente descritos no contrato e em todo material referente à oferta. A Resolução nº 8, de 3 de novembro de 1998, alterada pela Resolução nº 15 de 23 de março de 1999, ambas do CONSU, dispõe sobre os mecanismos de regulação, estabelecendo limites e vedações.

Dentre os mecanismos de regulação, podemos mencionar a *franquia*, que consiste no valor estabelecido no contrato, até o qual a operadora não tem responsabilidade pela cobertura, quer no caso de reembolso, quer nos casos de pagamento à rede credenciada ou referenciada e a *co-participação*, que consiste na parte que o consumidor paga à operadora com relação a determinado procedimento.

A Franquia e a co-participação não podem configurar o pagamento integral do procedimento pelo consumidor, nem ter um valor que impeça o acesso do usuário ao tratamento necessário.

Nos termos da mencionada Resolução nº 8 do CONSU, não podem os mecanismos de regulação, dentre outras vedações: fixar valores máximos ou teto de remuneração referente a cobertura, exceto as previstas em contrato através de cláusula de reembolso; estabelecer mecanismo de regulação diferenciado por usuários, por faixa etária, por graus de parentesco ou por outras estratificações dentro de um mesmo plano; exigir autorizações prévias que impeçam ou dificultem o atendimento em situações de urgência ou emergência e negar autorização de realização do procedimento exclusivamente em razão do profissional solicitante não pertencer à rede própria ou credenciada da operadora.

#### **2.14. Ressarcimento pela operadora ao SUS**

Nos termos do artigo 32 da LPS, *as operadoras deverão ressarcir* à entidade que prestou o serviço, ou ao SUS, os serviços prestados a seus consumidores e respectivos dependentes em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde- SUS.

Os valores a serem ressarcidos não podem ser menores que os praticados pelo SUS, nem maiores que os praticados pela operadora. A Resolução nº 9, de 3 de novembro de 1998, alterada pela Resolução nº 22, de 21 de outubro de 1999, ambas do CONSU, regulamentam a matéria.

## 2.15. Transtornos psiquiátricos

Os *transtornos psiquiátricos* codificados na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, da OMS, têm cobertura, nos termos do artigo 10 da Lei dos Planos de Saúde. A Resolução nº 11, de 3 de novembro de 1998, alterada pela Resolução nº 15 de 23 de março de 1999, ambas do CONSU, regulamenta a questão<sup>40</sup>, estabelecendo limitações inaceitáveis, por extrapolar os limites da regulação. Como alertado alhures, as limitações impostas pelos órgãos

---

<sup>40</sup>No caso de *plano ambulatorial* menciona a referida resolução ser obrigatória a cobertura de: a - tratamento básico, que define ser o prestado por médico, com número ilimitado de consultas, serviços de apoio diagnóstico, tratamento e demais procedimentos ambulatoriais solicitados pelo médico assistente (em conformidade com o artigo 12, inciso I, alínea a da Lei); b - emergências (definidas, no caso de transtornos psiquiátricos, como *as situações que impliquem risco de vida ou de danos físicos para o próprio paciente ou para terceiros - incluídas ameaças e tentativas de suicídio e auto-agressão, ou de danos morais ou patrimoniais importantes* e c - psicoterapia de crise, definida como *o atendimento intensivo prestado por um ou mais profissionais da área de saúde mental, com duração máxima de 12 semanas, tendo início imediatamente após o atendimento de emergência e sendo limitada a 12 sessões por ano de contrato, não cumulativas*. Tratando-se de *plano hospitalar*, segundo a mencionada Resolução, é obrigatória a cobertura: a) De custeio integral de, no mínimo, 30 dias de internação, por ano de contrato, não cumulativos, em hospital psiquiátrico ou em unidade ou enfermaria psiquiátrica em hospital geral, para portadores de transtornos psiquiátricos em situação de crise. Para o prazo que exceder os 30 dias pode haver co-participação; b) De custeio integral de, no mínimo, 15 dias de internação, por ano de contrato, não cumulativos, em hospital geral, para pacientes portadores de quadros de intoxicação ou abstinência provocados por alcoolismo ou outras formas de dependência química que necessitem hospitalização. Para o prazo que exceder os 15 dias pode haver co-participação; c) desde 01 de janeiro de 2000, nos termos da Resolução, o usuário também pode dispor de oito semanas anuais de tratamento em hospital-dia, período este que será estendido a 180 dias por ano, nos casos diagnosticados como F00 a F09, F20 a F29, F70 a F79 e F90 a F98, relacionados no CID 10. Todos os atendimentos clínicos ou cirúrgicos decorrentes de transtornos psiquiátricos, inclusive quanto às auto-lesões, têm cobertura. Não pode haver limitação de prazo de internação, nem de número de consultas, conforme determina o artigo 12 da Lei dos Planos de Saúde, em seu inciso I, alínea a e inciso II, alínea a. Contudo, nos termos da mencionada Resolução, há possibilidade de imposição de franquia ou co-participação financeira do usuário no que se refere aos tratamentos relacionados a transtornos psiquiátricos. Tratando-se de internação, o custeio referente aos prazos de 30 ou 15 dias acima mencionados, poderá ser parcial se houver co-participação ou franquia para as internações referentes às demais especialidades médicas. Se a internação ultrapassar os prazos de 30 ou 15 dias mencionados, no mesmo ano de contrato, poderá ser estabelecida a co-participação no que exceder, devendo estar ela claramente definida no contrato e, excepcionalmente, ser crescente conforme o tempo de internação. Poderá ser estabelecido, no momento da contratação, um prazo máximo de 180 dias de cobertura parcial excluindo as internações decorrentes de transtornos psiquiátricos causados por uso de substâncias químicas.

reguladores podem infringir o estipulado na LPS e na própria CF, por extrapolar seu poder regulamentador.

#### **2.16. Reembolso ao consumidor em casos de urgência ou emergência**

Nos termos do artigo 12, inciso VI da LPS, em casos de urgência ou emergência, envolvendo qualquer tipo de plano ou atendimento, terá o consumidor direito ao *reembolso*, nos limites das obrigações contratuais, das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde, de acordo com a relação de preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo plano, quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados ou credenciados pelas operadoras, devendo o reembolso ocorrer no prazo máximo de trinta dias após a entrega da documentação adequada.

#### **2.17. Acompanhantes para pacientes menores de 18 anos**

Segundo previsão do artigo 12, inciso II, alínea *f*, da Lei, no caso de plano com cobertura hospitalar, é obrigatória a cobertura das despesas de acompanhante de pacientes *menores de dezoito anos*.

#### **2.18. Rede de atendimento**

Quanto à rede de atendimento composta por credenciados, contratados ou referenciados das operadoras, estabelece o artigo 17 da

LPS, que a inclusão de entidades hospitalares no plano de assistência à saúde implica na obrigatoriedade de manutenção ao longo da vigência do contrato.

Contudo, prevê também a possibilidade de *substituição da entidade hospitalar*, desde que por outra *equivalente* e mediante comunicação prévia aos consumidores e à ANS, com trinta dias de antecedência, ressalvados desse prazo mínimo os casos decorrentes de rescisão por fraude ou infração das normas sanitárias e fiscais em vigor.

Havendo substituição da entidade hospitalar por iniciativa da operadora em ocasião em que houver usuário internado, é obrigatória a manutenção de sua internação no estabelecimento em que estiver, devendo a operadora pagar as despesas até a alta hospitalar, na forma estabelecida no contrato. Se a substituição for ocasionada por infração às normas sanitárias em vigor, a operadora deverá providenciar a transferência imediata do usuário que estiver internado, para outro estabelecimento hospitalar da mesma categoria, garantindo a continuidade do tratamento, sem ônus adicional para o consumidor.

Os prestadores de serviço de saúde credenciados, contratados ou cooperados de uma operadora têm obrigações e direitos específicos definidos no artigo 18 da LPS.<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> **Art. 18.** A aceitação, por parte de qualquer prestador de serviço ou profissional de saúde, da condição de contratado, credenciado ou cooperado de uma operadora de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, implicará as seguintes obrigações e direitos: I - o consumidor de determinada operadora, em nenhuma hipótese e sob nenhum pretexto ou alegação, pode ser discriminado ou atendido de forma distinta daquela dispensada aos clientes

## 2.19. Redimensionamento da rede hospitalar por redução

Prevê a LPS a possibilidade de *redimensionamento da rede hospitalar por redução*. Para tal, a operadora deverá solicitar autorização à ANS, informando: I – nome da entidade a ser excluída; II – capacidade operacional a ser reduzida com a exclusão; III – impacto sobre a massa assistida, a partir de parâmetros definidos pela ANS, correlacionando a necessidade de leitos e a capacidade operacional restante; e IV – justificativa para a decisão, observando a obrigatoriedade de manter cobertura com padrões de qualidade equivalente e sem ônus adicional para o consumidor.

Esta alteração da rede não pode ser feita se causar qualquer prejuízo ao consumidor, que contratou o serviço levando em conta o momento da contratação, não podendo ver reduzida a rede hospitalar que lhe fora ofertada, se isto implicar em redução de seus direitos, observando-se que, como já alertado alhures, as limitações impostas pelos órgãos reguladores podem infringir o espírito da LPS e da própria CF, por extrapolar seu poder regulamentador.

---

vinculados a outra operadora ou plano; II - a marcação de consultas, exames e quaisquer outros procedimentos deve ser feita de forma a atender às necessidades dos consumidores, privilegiando os casos de emergência ou urgência, assim como as pessoas com mais de sessenta e cinco anos de idade, as gestantes, lactantes, lactentes e crianças até cinco anos; III - a manutenção de relacionamento de contratação, credenciamento ou referenciamento com número ilimitado de operadoras, sendo expressamente vedado às operadoras, independente de sua natureza jurídica constitutiva, impor contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional. Parágrafo único. A partir de 3 de dezembro de 1999, os prestadores de serviço ou profissionais de saúde não poderão manter contrato ou credenciamento com operadoras que não tiverem registros para funcionamento e comercialização conforme previsto nesta Lei, sob pena de responsabilidade por atividade irregular.

## **2.20. Descredenciamento de outros estabelecimentos médicos**

No que tange aos demais estabelecimentos médicos (que não sejam hospitais), não prevê a Lei dos Planos de Saúde normas expressas para o descredenciamento. Contudo, a Resolução CFM nº 1.616, de 7 de abril de 2001, do Conselho Federal de Medicina estabelece normas que devem ser observadas pelos estabelecimentos e profissionais médicos.

Segundo a referida Resolução, é vedado o desligamento de médico vinculado por referenciamento, credenciamento ou associação à Operadora de Plano de Saúde, exceto por decisão motivada e justa, garantindo-se ao médico o direito de defesa e do contraditório no âmbito da operadora (artigo 1º).

O médico referenciado, credenciado ou associado pode desligar-se voluntariamente da operadora, mas está obrigado a comunicar sua decisão, com antecedência mínima de 60 dias, à operadora a qual está vinculado, além de deixar disponível aos seus pacientes os dados clínicos que tem em seu poder, a fim de garantir-lhe a continuidade do tratamento médico (artigo 2º), devendo a decisão de desligamento ser homologada pelo Conselho Regional de Medicina, no prazo de 30 dias (artigo 3º).

Estabelece também a mencionada Resolução que as operadoras devem obrigatoriamente comunicar os desligamentos de médicos aos seus usuários (artigo 4º), sendo seu diretor técnico responsável pelo cumprimento da norma (art. 5º).

Outrossim, sempre devemos considerar que a proteção do consumidor é imposição constitucional e que casos abusivos de descredenciamento podem perfeitamente afrontar o Código de Defesa do Consumidor.

### **2.21. Carência**

Com relação ao atendimento propriamente dito que deve ser prestado ao usuário, a LPS contempla a possibilidade de previsão contratual de período de *carência*.

Nos termos do artigo 12, V, em qualquer das modalidades de planos (referência ou segmentados), quando houver a fixação de períodos de carência, que deve estar claramente descrita nos documentos da contratação (artigo 16, III), deve ser respeitado o prazo máximo geral de 180 dias, admitindo-se até 300 dias para parto a termo. Nos casos de urgência ou emergência, que serão tratados adiante, o prazo máximo de carência deve ser de 24 horas.

Deve-se observar que o prazo máximo excepcional de 300 dias que pode ser estipulado para carência relativa à parto a termo somente pode ser aplicado a esta referida hipótese. Não pode o prazo de 300 dias servir de pretexto para limitação de cobertura ao filho da beneficiária nascido antes, como já consta de alguns contratos, em cláusulas evidentemente abusivas. Eventual carência a ser cumprida, neste caso, é a máxima de 180

dias prevista no artigo 12, V, “b” da LPS, pela mãe do recém-nascido e que por este será aproveitada.

Conforme consta expressamente no artigo 13, § único, inciso I, é vedada a recontagem de carências quando da renovação do contrato, o que já era vedado pelo CDC e corroborado pela jurisprudência.

## **2.22. Filho recém-nascido**

Nos termos do artigo 12, inciso III, alínea *b*, da referida LPS, o *recém-nascido*, “*filho natural ou adotivo*” do consumidor que possua plano com cobertura obstetrícia (Plano Referência ou Hospitalar com Obstetrícia), pode ser inscrito como seu dependente, sem qualquer carência, desde que a inscrição ocorra no prazo máximo de 30 dias do nascimento ou da adoção.

Poderá, também, nos termos do inciso VII do referido artigo 12, ser inscrito, como dependente, o filho adotivo, menor de doze anos de idade, aproveitando os períodos de carência já cumpridos pelo consumidor adotante.

Cabe observar que, conforme dispõe o artigo 12, inciso III, alínea “a” da Lei, o recém-nascido, filho do titular do plano (referência ou hospitalar com obstetrícia), ou de seu dependente, tem assegurada cobertura durante os trinta dias subseqüentes ao parto, sendo que somente o filho do titular do plano pode ser inscrito como dependente, conforme acima referido.

Quanto ao filho do dependente, somente poderá ser inscrito como dependente do titular, se este obtiver sua guarda ou tutela.

Ao se referir a *filho adotivo*, a LPS fere o artigo 227, § 6º da Constituição Federal, que confere aos filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, os mesmos direitos e *qualificações*, proibindo quaisquer *designações discriminatórias* relativas à filiação.

Por outro lado, a estipulação de prazo de 30 dias para a inscrição não tem qualquer sentido, pois, com efeito, nenhum prejuízo acarretaria à operadora a inscrição posterior do filho, ao contrário, seria mais vantajoso para ela. Ademais, a estipulação de prazo para a inscrição de filho menor como dependente, recém-nascido ou não, fere o artigo 4º da Lei 8060, de 13 de julho de 1990<sup>42</sup>, Estatuto da Criança e do Adolescente, lei especial e principiológica, devendo ser considerado em primeiro lugar, só sendo aplicável novas regras estabelecidas por lei posterior se não forem incompatíveis com os princípios adotados pela referida lei principiológica.

Há, no inciso VII, do artigo 12, da LPS, clara violação ao artigo 227, *caput*, e § 6º da Carta Magna. Com efeito, estabelecem, respectivamente, tais dispositivos constitucionais que *“É dever da Família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à*

---

<sup>42</sup>Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

*convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, crueldade e opressão*” e que “Os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Sempre, em qualquer época, desde que vigente o contrato, será possível a inscrição de filho como dependente, não importando a origem da filiação (natural; por adoção; por reconhecimento, voluntário ou não), sujeitando-se somente às condições contratuais que não sejam abusivas.

### **2.23. Dependentes em razão de adoção, tutela ou guarda**

Considerando-se que nos termos do artigo 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a *guarda* confere à criança ou adolescente a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciário e que, nos termos dos artigos 406 e seguintes do Código Civil, a *tutela* também confere esta condição, implicando, inclusive, no dever de guarda, como observado no artigo 36, § único do ECA, o guardião e o tutor, também poderão incluir o pupilo como seu dependente no plano de saúde.

## 2.24. Emergência e urgência

No que se refere às situações de *emergência*, definida como *os casos que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente*, ou de *urgência*, definida como *casos resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional*, estabelece a LPS que é obrigatória a cobertura do atendimento, conforme dispõe o artigo 35C.

Estabelece o parágrafo único do mencionado artigo 35C, que a ANS terá a função de expedir normas regulamentadoras para os casos de emergência e urgência. Não seria necessário este dispositivo, pois a ANS tem como uma de suas atribuições a regulamentação, não só deste dispositivo, mais de todo o sistema, conforme previsto no artigo 1º, § 1º, da LPS. Não tem qualquer relevância portanto a inserção da referida observação, pois, com ela ou sem ela, a ANS deve regulamentar a questão e tal regulamentação não pode limitar o direito previsto na lei, como ocorreu, e a seguir será demonstrado.

A Resolução nº 13, de 03 de novembro de 1998, alterada pela Resolução nº 15, de 23 de março de 1999, ambas do CONSU, regulamenta a questão referente ao atendimento em casos de *emergência* ou *urgência*, estabelecendo no artigo 1º, que a cobertura dos procedimentos nestes casos *reger-se-á pela garantia da atenção e atuação no sentido de preservação da vida, órgãos e funções, variando, a partir daí, de acordo com a segmentação de cobertura a qual o contrato esteja adstrito*.

Nos termos da mencionada Resolução, no caso de plano ambulatorial a cobertura do atendimento a *emergência* ou *urgência* será limitado às primeiras 12 horas do atendimento, cessando, em qualquer caso, se surgir a necessidade de procedimentos exclusivos dos planos hospitalares, mesmo que na mesma unidade prestadora de serviços e em tempo menor que 12 horas (artigo 2º e § único).

A limitação do prazo máximo de 12 horas para que haja o dever de cobertura pela operadora fere o artigo 35C da LPS, que estabelece a obrigatoriedade da cobertura em casos de *emergência* e de *urgência*, incluindo-se todos os procedimentos normalmente abrangidos pelo plano, inclusive serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente independentemente do prazo de duração. Não pode a regulamentação restringir direitos conferidos pela lei.

No caso de plano hospitalar, menciona a referida Resolução, que a cobertura deve cobrir os casos de *emergência* e *urgência* que evoluírem para a internação, desde o início do atendimento até a alta médica do paciente, bem como os atendimentos que sejam necessários à preservação da vida, órgãos e funções e, se o atendimento ocorrer durante o período de carência, não será coberta a internação, limitando-se a cobertura ao que é coberto pelo plano ambulatorial (artigo 3º e § 1º da referida Resolução). Neste caso, o período de carência mencionado é o de 24 horas, conforme definido no artigo 12, V, c, da LPS, e não os das alíneas *a* e *b* do referido

dispositivo, como parece ter sido a intenção dos autores da Resolução. Se o atendimento de emergência ou urgência ocorrer após as 24 horas de vigência do contrato, nenhuma limitação por resolução ou outra norma administrativa poderá ser imposta ao consumidor, que poderá usufruir integralmente da cobertura contratual, conforme claramente disposto no artigo 35C da LPS.

O parágrafo 2º, do artigo 3º, da Resolução mencionada expressamente que em casos de *acidentes pessoais*, o atendimento em caráter de *emergência* ou *urgência*, será garantido, sem restrições, após 24 horas da vigência do contrato. Como visto acima, não seria necessário este dispositivo, pois, decorrido o prazo de carência de 24 horas, o atendimento decorrente de *emergência* ou *urgência* não pode ter limitações, obedecendo-se a abrangência do contrato.

Outrossim, nos termos do artigo 4º da Resolução, os contratos de plano hospitalar, com ou sem cobertura obstétrica, deverão garantir atendimento de *urgência* e *emergência* referentes ao processo gestacional, *limitada* a cobertura, contudo, ao que foi previsto para o plano ambulatorial (primeiras 12 horas de atendimento), sendo que tal limitação também afronta à LPS, mormente quando o contrato prevê a cobertura obstétrica, pois o prazo de carência para emergência e urgência é de 24 horas, como já mencionado

Segundo o artigo 5º da Resolução, o plano referência deverá garantir cobertura integral, ambulatorial ou hospitalar para *urgência* e *emergência*,

não fazendo qualquer restrição, exceto no que tange à cobertura de casos ligados a doenças preexistentes ensejadoras de cobertura parcial temporária, caso em que, a exemplo do que ocorre com os planos hospitalares, a Resolução limita a cobertura ao que é coberto pelo plano ambulatorial nos casos de *emergência* ou *urgência* (primeiras 12 horas), constituindo tal restrição mais uma afronta à LPS, que garante o atendimento nos casos de *emergência* ou *urgência* (artigo 35C), sem qualquer limite, se superado o período de 24 horas de carência, quando estabelecido.

O legislador, ao estabelecer a obrigatoriedade do atendimento em situações de *emergência* ou *urgência* pretendeu garantir a saúde e a vida do consumidor por inteiro e não parcialmente, sendo a limitação de cobertura não autorizada pela lei ilegal, além de violar claramente os direitos básicos do consumidor, conforme se deduz da leitura do artigo 51, incisos I e XV do CDC.

Nos casos de *emergência* ou *urgência*, superado o prazo de 24 horas estabelecido no artigo 12, inciso V, alínea c, nenhuma limitação poderá ser feita à cobertura contratual, mesmo em casos de fixação das carências previstas nas alíneas a e b, do referido dispositivo e de eventual cobertura parcial temporária em razão de doença preexistente. Nestes casos, assume o empresário (operadora) o risco da atividade que resolveu desenvolver, buscando o lucro.

Em Suma, em casos de *urgência* ou I, decorridas as 12 horas de carência que a LPS admite, nenhuma restrição poderá haver ao atendimento prestado ao paciente consumidor, até seu inteiro restabelecimento.

## **2.25. Remoção de pacientes**

Conforme o artigo 7º da Resolução, é de responsabilidade da operadora a cobertura da remoção do paciente, após os procedimentos classificados como *urgência* ou *emergência*, quando o estabelecimento no qual foi inicialmente atendido não oferecer recursos para a continuidade do atendimento, ou em caso de necessidade de internação para o paciente vinculado a plano ambulatorial, podendo a remoção ser feita para uma unidade do SUS que disponha dos recursos necessários para a continuidade do atendimento.

A prestadora deverá por à disposição ambulância com os recursos necessários para a remoção, só cessando sua responsabilidade sobre o paciente quando efetuado o registro na unidade do SUS.

O parágrafo 4º, do artigo 7º, da referida Resolução nº 13, acrescido pela Resolução nº 15, estabelece que a operadora ficará desobrigada da responsabilidade médica e da remoção, se o paciente ou seus responsáveis optarem pela continuidade do atendimento em outro estabelecimento que não o do SUS.

Nada justifica esta previsão. Com efeito, não há qualquer diferença nos custos da remoção se for feita para hospital vinculado ao SUS ou para estabelecimento particular, tratando-se de dispositivo que viola os princípios do CDC, como os da boa-fé objetiva e o da equidade, sendo ilegal, nos termos dos artigos 6º, inciso IV e 51, inciso IV do CDC, que deve prevalecer, como visto alhures.

## **2.26. Consultas**

Nos termos do artigo 18, inciso II, da LPS, a marcação de consultas, em número ilimitado (artigo 12, inciso I, alínea *a*), exames e quaisquer outros procedimentos, deve ser feita de forma a atender às necessidades dos consumidores, privilegiando os casos de emergência e urgência, assim como as pessoas com mais de sessenta e cinco anos de idade, as gestantes, lactantes, lactentes e crianças de até 5 anos de idade.

A preferência estabelecida na lei é, em razão do sistema de defesa do consumidor vigente, um benefício às pessoas referidas e não pode servir de pretexto para que a marcação de consultas e demais procedimentos para os demais seja protelada por prazo não razoável.

## **2.27. Internação**

No caso de necessidade de internação, se não houver leito hospitalar disponível nos estabelecimentos próprios ou credenciados pelo plano, é

garantido ao consumidor o acesso a acomodação, em nível superior, sem ônus adicional, conforme previsão do artigo 33 da LPS.

Tratando-se de contratos antigos, como ocorre com os novos, a LPS previu várias regras, inclusive a que veda a interrupção da internação, inclusive em UTI, salvo a critério do médico assistente (artigo 35 E, inciso IV, e 12, inciso II, alínea *a*, da Lei).

Contudo, como já mencionado, tal dispositivo foi considerado inconstitucional pelo STF. Mas, mesmo sem previsão expressa, a interrupção da internação já era vedada pelo CDC, no artigo 51, inciso IV, o que vem sendo reconhecido pacificamente pela jurisprudência.

## **2.28. Suspensão do atendimento**

É vedada, pela LPS, a suspensão do atendimento ao consumidor ou a seu dependente, sob a alegação de doença preexistente, após 24 meses de vigência do contrato e que, antes deste prazo, somente poderá haver a suspensão se a operadora provar que o consumidor tinha conhecimento prévio da doença, atendidos os demais requisitos para alegação de doença preexistente anteriormente comentados (artigo 11 e § único).

### 3. Impropriedade do artigo 35-G da LPS

(O Código de defesa do consumidor é de aplicação primordial, não subsidiária)

O texto original da Lei, dos Planos de Saúde, previa expressamente, em seu artigo 3º, o respeito aos ditames do Código de Defesa do Consumidor. Contudo, tal dispositivo foi excluído pela Medida Provisória nº 1908-18 de 24 de setembro de 1999, que acrescentou o artigo 35 G (antes 35 H), acrescido provavelmente em atendimento ao lobby das empresas do setor, pela Medida Provisória nº 1908-18, de 24 de setembro de 1999, que o chamou na oportunidade de artigo 35 J, dispondo que *“aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e no § 1º do artigo 1º desta Lei as disposições da Lei nº 8078 , de 1990.*

Mesmo não sendo necessário prever esta disposição expressamente, tendo em vista que, por ser lei principiológica, que deve orientar todas as outras, o Código de Defesa do Consumidor, norma de ordem pública e de interesses social, fundamentado nos artigos 5º, inciso XXXII<sup>43</sup> e 170,<sup>44</sup> inciso V, e elaborado em cumprimento ao artigo 48, do Ato das Disposições Constitucionais transitórias<sup>45</sup>, é de aplicação primordial, não subsidiária.

---

<sup>43</sup>XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

<sup>44</sup>Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios :I - soberania nacional; II - propriedade privada; III -função social da propriedade; IV - livre concorrência; **V - defesa do consumidor.**

<sup>45</sup>Art. 48 – O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará o código de defesa do consumidor.

Como ensina Nelson Nery Júnior “O Código de Defesa do Consumidor, por outro lado, é lei principiológica. Não é analítica, mas sintética. Nem seria de boa técnica legislativa aprovar-se lei de relações de consumo que regulamentasse cada divisão do setor produtivo (automóveis, cosméticos, eletroeletrônicos, vestuários etc.). Optou-se por aprovar lei que contivesse preceitos gerais, que fixasse os princípios fundamentais das relações de consumo. É isto que significa ser uma lei principiológica. Todas as demais leis que se destinarem, de forma específica, a regular determinado setor das relações de consumo deverão submeter-se aos preceitos gerais da lei principiológica, que é o Código de Defesa do Consumidor.

Assim, sobrevindo lei que regule, v.g., transportes aéreos, deve obedecer aos princípios gerais estabelecidos no CDC. Não pode, por exemplo, essa lei específica, setORIZADA, posterior, estabelecer responsabilidade subjetiva para acidentes aéreos de consumo, contrariando o sistema principiológico do CDC. Como a regra da lei principiológica (CDC), no que toca à reparação dos danos, é a da responsabilidade objetiva pelo risco da atividade (art. 6º, nº VI, CDC), essa regra se impõe a todos os setores da economia nacional, quando se tratar de relação de consumo. Destarte, o princípio de que a lei especial derroga a geral não se aplica ao caso em análise, porquanto o CDC não é apenas lei geral das relações de consumo, mas, sim, lei principiológica das relações de consumo.

*Pensar-se o contrário é desconhecer o que significa o microsistema do Código de Defesa do Consumidor, como lei especial sobre relações de consumo e lei geral principiológica, à qual todas as demais leis especiais setorializadas das relações de consumo, presentes e futuras, estão subordinadas”.*<sup>46</sup>

Assim, não pode um dispositivo de lei especial posterior, prever regra que viole as normas ou os princípios contidos no CDC, lei principiológica, geral e anterior.

A questão é importante, pois, *norma de aplicação subsidiária* significa *norma de aplicação secundária, acessória, que auxilia, ajuda* na aplicação da norma principal, em caso de lacuna, por exemplo.

Evidentemente, o CDC não é norma de aplicação secundária, é de aplicação *primordial*. O Tribunal de Justiça de São Paulo, já se manifestou sobre o tema, no Agravo de Instrumento nº 117.774-4/6, ao afirmar que *“não parece ajustado concluir que a nova lei excluiu das regras básicas de proteção ao consumidor (em geral) um determinado tipo de contrato (empresarial), porque no fundo o destinatário final do contrato é sempre o ser humano, dono da vida que necessita de proteção resguardada. Uma abertura desse nível, sem freios, além de ingênua é perigosa ao sistema porque proporciona uma válvula de escape capaz de implodir a estrutura da norma que visou nivelar os direitos e obrigações dessa categoria de contratos.”*

---

<sup>46</sup>NERY JÚNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor anotado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 432.

Como bem observa Antonio Rizzato Nunes<sup>47</sup>, “na eventual dúvida sobre saber qual diploma legal incide na relação jurídica, no fato ou prática civil ou comercial, deve o intérprete, preliminarmente, identificar a própria relação: se for jurídica de consumo, incide na mesma a Lei 8078/90).”

---

<sup>47</sup>In NUNES, Antonio Rizzato. O código de defesa do consumidor e os planos de saúde. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 49, jan./mar. 2004.

## II. CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE E RELAÇÃO DE CONSUMO

### 1. Nos contratos individuais

Quanto aos contratos individuais, não há qualquer dificuldade em se identificar a presença de relação de consumo, restando muito claras as figuras de consumidor e fornecedor definidas nos artigos 2º e 3º do CDC. Com efeito, sendo considerado consumidor toda pessoa física ou jurídica que adquire serviço como destinatário final, o contratante do plano de saúde, assim como seus dependentes, são claramente consumidores.

### 2. Nos contratos coletivos

Sobre a existência de relação de consumo nos contratos coletivos de planos de saúde, já houve muita discussão a respeito, tendo em vista a intermediação feita pela pessoa jurídica que contrata diretamente com a operadora, questão que está praticamente pacificada, inclusive pela jurisprudência, no sentido de que há.

Contudo, ainda existe quem alegue não haver, nestas situações, relação de consumo, sob o argumento de que a contratação teria ocorrido entre duas pessoas jurídicas, sendo que a contratante, a intermediária entre a operadora contratada e o usuário, não seria destinatário final dos serviços médico-hospitalares, de modo a restar descaracterizado o conceito de

consumidor previsto no artigo 2.º, *caput*, do CDC<sup>48</sup>, ou sob o argumento de que a pessoa que adquire o plano de saúde através da pessoa jurídica intermediária não seria consumidor, porque sua condição de empregado, filiado, ou associado da mencionada pessoa jurídica intermediária, o excluiria desta condição.

Tais argumentos, contudo, não se sustentam. Com efeito, a pessoa jurídica intermediária contrata com a operadora de planos de saúde como *destinatário final* no sentido e alcance que deve ser dado a tal expressão, copiada pelo legislador brasileiro da Lei Geral de Defesa dos Consumidores e Usuários espanhola, de 1984, que, no artigo 1º, inciso 2º, prescreve que *“a los efectos de esta ley son consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilicen o disfrutan como destinatarios finales, bienes, productos, servicios, actividades o funciones, cuya les quiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes la producen, facilitan, distribuen o expenden.”*<sup>49</sup>

A expressão “destinatário final” restringe-se à pessoa, física ou jurídica, que adquire ou utiliza um produto ou serviço, normalmente por força de um contrato, com uma finalidade não profissional, não-empresarial, ou seja, para a satisfação de necessidades pessoais, familiares ou de terceiros, sem qualquer relação com atividade de produção, distribuição ou comercialização de produtos ou serviços.

---

<sup>48</sup>Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”

<sup>49</sup>*in.* ZANELATO, Marco Antonio. *Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor*. Disponível em: <[www.mp.sp.gov.br/caoconsumidor](http://www.mp.sp.gov.br/caoconsumidor)>.

É o que se dá na hipótese em exame, em que a pessoa jurídica intermediária contrata com a operadora de planos de saúde no interesse de terceiros, os seus empregados, associados ou afiliados, sem qualquer cunho profissional ou empresarial, estando presente, pois, o elemento teleológico do conceito de consumidor, consistente na *destinação final* dos serviços médico-hospitalares a que a operadora se obriga a prestar aos empregados, associados ou afiliados da pessoa jurídica intermediária que, assim, devem ser tidos como consumidores.

São esses que, em última instância, se beneficiam dos serviços contratados por seu empregador, por sua associação ou por seu sindicato sendo, portanto, consumidores, devendo ser protegidos pelo CDC.

Para que se configure a relação de consumo, é necessário que estejam presentes os seguintes elementos: os *sujeitos* da relação (*fornecedor e consumidor*); o *objeto* e o *elemento teleológico*, isto é, a *destinação final* do produto. Nos contratos de planos de saúde coletivos, todos estes elementos estão presentes: o *fornecedor* é a operadora do plano de saúde; o *consumidor* é o terceiro beneficiário do serviço adquirido pela pessoa jurídica intermediária; o *objeto* são os serviços prestados pela operadora e o *elemento teleológico*, consistente na *destinação final* daqueles serviços que são, no final da cadeia, destinados aos que são vinculados à pessoa jurídica contratante pelas relações de emprego, de filiação ou associativa.

Portanto, a relação de consumo não se configura apenas nos contratos de planos de saúde celebrados diretamente pela operadora com as pessoas físicas, como destinatárias finais, mas também nos contratos coletivos, concluídos com associações, sindicatos e empresas, no interesse de seus associados, sindicalizados ou empregados, respectivamente, porque estes são os destinatários finais dos serviços prestados pelas empresas (fornecedoras) que operam planos ou seguros de assistência à saúde e, portanto, são consumidores de acordo com a definição do art. 2.º, caput, do CDC.

Não se pode, assim, excluir os beneficiários desses planos coletivos da proteção do Código de Defesa do Consumidor, principalmente se for levado em conta que são tão *vulneráveis* diante da operadora de plano de saúde quanto se tivessem contratado diretamente com elas, pois, na maioria das vezes, pequeno – ou quase nulo – é o poder de negociação da pessoa jurídica intermediária quanto à definição do conteúdo do contrato, já que suas cláusulas são normalmente previa e unilateralmente elaboradas pela operadora de planos de saúde, limitando-se a pessoa jurídica intermediária a aderir ao contrato de adesão integrado pelas referidas cláusulas.

Como assevera Fábio Konder, Comparato, lembrado por José Geraldo Brito Filomeno<sup>50</sup>, os consumidores são aqueles “que não dispõem de controle sobre bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes”.

---

<sup>50</sup>FILOMENO, José Geraldo Brito et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 33.

Assim, a relação jurídica existente entre a operadora e o usuário do plano ou seguro saúde será sempre uma relação de consumo, não importando se o contrato é coletivo ou individual.

A questão referente à existência de relação de consumo nos contratos coletivos de planos de saúde já foi analisada e decidida várias vezes pelos tribunais, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, como no Recurso Especial nº 602397, que decidiu ser abusiva cláusula que permite à operadora, após simples notificação prévia, a rescisão unilateral de *plano de saúde em grupo* e que a tais contratos, aplicam-se as disposições do Código de Defesa Do Consumidor. O mesmo entendimento foi externado diversas vezes pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup>Como no agravo de instrumento nº 117.774-4/6.

### **III. O MINISTÉRIO PÚBLICO FRENTE AOS PLANOS DE SAÚDE COLETIVOS**

(Funções institucionais; defesa dos interesses indisponíveis e dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Legitimidade para defesa dos consumidores)

#### **1. O Ministério Público e a defesa coletiva no Brasil - Evolução histórica**

Demonstrada a existência de relação de consumo nos casos de contratos coletivos, passemos à análise da questão referente à legitimidade do Ministério Público para atuar na defesa dos consumidores nos casos que envolvem estes contratos, bem como dos instrumentos usados para tal.

A legitimação do Ministério Público para a defesa dos interesses difusos e coletivos é resultado de longa e gradativa evolução histórica, decorrente das grandes mudanças ocorridas no mundo, principalmente após a revolução industrial.

Com efeito, historicamente, a defesa coletiva vem se tornando cada vez mais importante, sendo conseqüência da necessidade imposta pelos novos tempos, de imensa disseminação do mercado de consumo, ampliando-se gradativamente. Conforme observa Hugo Nigro Mazzilli<sup>52</sup>, na época que antecedeu a nossa Lei da Ação Civil Pública, tentou-se, por

---

<sup>52</sup>MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991. p. 23.

meio de construção doutrinária e jurisprudencial, alargar as hipóteses de legitimação extraordinária para a defesa coletiva. Sustentou-se que sindicatos e associações civis poderiam defender em juízo interesses das respectivas coletividades que as constituía, o que acabou sendo reconhecido pela Constituição de 1988. Foram, porém, soluções excepcionais e apenas paliativas. Segundo o mencionado autor, havia necessidade de, como nas *class actions* norte-americanas e nas *relator actions*<sup>53</sup> inglesas, mediante as quais os indivíduos podiam defender em juízo interesses coletivos, criar-se entre nós mecanismo, dentro da tradição de nosso direito, para a defesa de interesses difusos.

Conforme observa Rodrigo Mazzei<sup>54</sup>, esta necessidade já havia sido sentida no continente europeu, na década de 70<sup>55</sup>, ocasionando relevante papel da doutrina italiana, sendo de fundamental importância as posições de Mauro Cappelletti, que demonstrou a inadequação da tradicional dicotomia entre público e privado para a solução dos problemas da sociedade contemporânea, marcados por conflitos entre interesses de massa, anotando a existência dos chamados interesses difusos ou

---

<sup>53</sup>Conforme menciona José Geraldo Brito Filomeno, “na Inglaterra existe a chamada *relator action* ou *representative action*, cujo único objetivo, entretanto, é obter a imposição da obrigação de o agente causador de determinado dano indenizar os consumidores que hajam sofrido prejuízo. Geralmente, o pedido é previamente submetido ao Procurador-Geral de Justiça (*Attorney General*), que autoriza ou não o ajuizamento da ação”- in FILOMENO, José Geraldo Brito. *Curso fundamental de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 202.

<sup>54</sup>Em artigo intitulado MAZZEI, Rodrigo. *Tutela coletiva em Portugal: uma breve resenha*. In: *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 655.

<sup>55</sup>Na Itália, a tutela relativa aos direitos coletivos *lato sensu*, passou a ser destaque nos anos 70, movimento impulsionado através da polêmica decisão prolatada pelo Conselho de Estado em 1973, que reconheceu a legitimidade da associação ambientalista *Itália Nostra* para impugnar ato da província de Trento que autorizava a construção de uma rodovia na zona circundante do lago de Tovel. Um acórdão neste sentido estimulou os processualistas italianos a se dedicarem mais sobre o tema, fato que culminou com os congressos de Paiva e Saerno, ocorridos em 1974 e 1975, respectivamente.

coletivos, que não pertencem às pessoas individualmente consideradas, mas à coletividade em si, defendendo a necessidade de uma adequação dos institutos processuais à tutela desses direitos, especialmente no que se refere à *legitimação, garantias processuais dos membros ausentes, limites da coisa julgada e provimento adequado*.

Surgiu então, entre nós, em 1985, a Lei da Ação Civil Pública, que marcou época em nosso Direito, seja por permitir a propositura concreta de inúmeras ações, seja porque, no mesmo escopo de viabilizar a defesa em juízo de interesses difusos, posteriormente à referida Lei, mas reportando-se a ela, sobrevieram a Lei n. 7853, de 24 de outubro de 1989, que cuidou da ação civil pública em defesa das pessoas portadoras de deficiência; a Lei 7913, de 7 de dezembro de 1989, que dispôs sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários; a Lei 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e a Lei n. 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor), dando-se então mais ênfase à tutela coletiva em nosso ordenamento jurídico. Atualmente há vários outros diplomas legais dispendo sobre a tutela coletiva, como o Estatuto do Idoso, demonstrando o avanço de nosso ordenamento nesta área, que acompanha o que vem ocorrendo mundialmente<sup>56</sup>, com uma característica peculiar que é a importância dada ao Ministério Público na defesa dos interesses difusos e coletivos, até por determinação da Carta

---

<sup>56</sup>Em anexo.

Magna, diferenciando-se, neste aspecto dos demais países.<sup>57</sup>

## 2. Funções institucionais do Ministério Público

Conforme dispões o artigo 127 da Constituição Federal, o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis e, nos termos do artigo 129, dentre outras, são suas funções institucionais: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo

---

<sup>57</sup>Na Europa, como observa Rodrigo Mazzei, há uma forte tradição de vincular o Ministério Público às funções penais, restringindo-se, quase sempre, sua atuação em outras searas jurídicas. Menciona o seguinte texto de Carlos Henrique Bezerra Leite:

*“...como o próprio fenômeno da globalização, anteriormente mencionado, estende suas teias não apenas aos aspectos meramente econômicos e políticos, como também, aos problemas sociais, culturais e institucionais de todo o planeta, parece-nos importante ressaltar as quatro tendências que vêm influenciando as legislações respeitantes ao Ministério Público de alguns países do mundo ocidental. A primeira tendência reúne os sistemas dos países do “common law” e se funda, basicamente, nos ordenamentos inglês e norte americano, sendo certo que em ambos a atuação de órgãos análogos ao Ministério Público se resume quase que exclusivamente à matéria criminal. E isto decorre do fato de que, dado o alto grau de conscientização política e cultural da população desses países, bem como o elevado respeito dos Poderes Públicos aos direitos fundamentais, não sobra espaço para um Ministério Público do tipo providencialista como o nosso. (...)*

*A segunda tendência é observada em alguns países da Europa Continental, especialmente nos ordenamentos jurídicos da França e Bélgica, onde o “parquet” é organizado como magistrados; Alemanha, Espanha e Holanda, que reconhecem-no como um corpo de funcionários integrantes do Poder Executivo, embora destinatários de garantias e prerrogativas semelhantes às dos magistrados.(...)*

*A terceira tendência é verificada na Itália contemporânea, onde o Ministério Público ostenta hoje uma estrutura singular, concebida não como um magistrado ou como serviço, mas como função, o que lhe garante uma posição singular no universo dos “parquets democráticos”. No ordenamento jurídico italiano, a rigor, não há lugar para uma nítida distinção entre a magistratura judicante e a magistratura de “parquet”, pois ambos integram a mesma carreira institucional. De toda a sorte, o escopo da instituição ministerial, na Itália, reside, tal como nos sistemas anteriormente mencionados, no combate do crime, mediante e exercício a ação penal, inexistindo, portanto, previsão normativa para a sua atuação em prol dos interesses metaindividuais.(...)*

*A quarta e última tendência é encontrada no atual sistema português, onde, segundo José Joaquim Gomes Canotilho, há pluralidade de atribuições do Ministério Público, como órgão do poder judicial, tais como; a) representar o Estado; b) exercer a ação penal; c) defender a legalidade democrática; d) defender outros interesses definidos em lei. Nos últimos anos, assegura Eduardo Maia Costa, foram atribuídos ao Ministério Público português “importantes competências na defesa dos interesses difusos e coletivos, concretamente no que se refere à salvaguarda do meio ambiente, dos consumidores e do patrimônio histórico e cultural”.*

respeito dos Poderes Públicos e dos *serviços de relevância pública* aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Por sua vez, o artigo 197 define como *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.

Conforme Eros Roberto Grau<sup>58</sup>, a expressão "*serviço de relevância pública* é predicado axiológico (conceito) que abrange todos os serviços públicos (melhor dizendo: todas as coisas, estados ou situações a que se aplica o conceito *serviço público* e alguns serviços do setor privado (atividade econômica)", sendo "a definição constitucional dos serviços de saúde como *serviços de relevância pública* – isto é, de a eles atribuir-se esse predicado axiológico (conceito) – apenas os inclui entre aqueles

---

<sup>58</sup>In: GRAU, Eros Roberto. O conceito de "Relevância Pública" na Constituição Federal de 1988. *Revista do Direito Sanitário*, São Paulo, v. 5, n. 2, jul. 2004.

considerados pelo preceito inserido no artigo 129, II da Constituição, nada mais”.

Ou seja, em razão da relevância dos serviços de saúde, são eles os únicos definidos como de relevância pública pela própria Constituição, que deixou os outros a serem assim considerados, para definição na lei.

Quis a Constituição prever, sem qualquer possibilidade de dúvida, que os serviços de saúde, em qualquer esfera, devem ser objeto de *zelo pelo Ministério Público*, que deverá promover as medidas necessárias para que os direitos constitucionais dos consumidores sejam respeitados pelos fornecedores de serviços de saúde.

Assim, em razão da relevância dos serviços de saúde, o legislador constituinte decidiu considerá-lo, no próprio texto constitucional, como de *relevância pública*, para que não pairasse qualquer dúvida, deixando para a lei a previsão de outros assim considerados.

Dessa forma, fundamenta-se expressamente no próprio texto constitucional, a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos consumidores de planos de saúde coletivos.

Sendo função institucional do Ministério Público zelar pelo efetivo respeito aos direitos constitucionais dos consumidores de serviços de saúde, sejam eles prestados diretamente pelo Poder Público, através de terceiros, ou por pessoa física ou jurídica de direito privado, apenas estes argumentos já seriam suficientes para se afirmar sua legitimidade para a

defesa dos consumidores de planos de saúde coletivos que, sem qualquer dúvida, constituem serviços de relevância pública. Contudo, há muitos outros motivos para tal.

Conforme estabelecido pelo inciso III, do artigo 129 da Constituição, é função institucional do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de *outros interesses difusos e coletivos*, enquadrando-se as questões referentes a defesa dos consumidores, advindas dos contratos de planos de saúde coletivos, nesta previsão constitucional.

O artigo 81, parágrafo único, do CDC, dá a definição legal de interesses ou direitos *difusos*, assim considerados os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; de interesses ou direitos *coletivos*, como os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e de interesses ou direitos *individuais homogêneos*, como os decorrentes de origem comum.

Nos termos do artigo 82 do CDC, para a defesa dos mencionados interesses, são legitimados concorrentemente o Ministério Público; a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos dos consumidores e as associações legalmente constituídas há pelo menos um

ano, e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos dos consumidores.

Conforme observa Hugo Nigro Mazzili<sup>59</sup>, “No tocante aos interesses difusos, em vista de natural dispersão, justifica-se sua defesa pelo Ministério Público. Já no tocante à defesa de interesses coletivos e interesses individuais homogêneos, é preciso distinguir. A defesa de interesses de meros grupos determinados ou determináveis de pessoas só se pode fazer pelo Ministério Público quando isso convenha à coletividade como um todo, respeitada a destinação institucional do Ministério Público” e, “se em concreto, a defesa coletiva de interesses transindividuais assumir relevância social, o Ministério Público estará legitimado a propor a ação civil pública correspondente. Convindo à coletividade como um todo a defesa de um interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo, não se há recusar ao Ministério Público assuma sua tutela.”

A questão referente ao interesse social, que justifica a atuação do Ministério Público em determinado caso concreto, foi objeto de análise pelo Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo que expediu a Súmula nº 7 que tem o seguinte teor :

*“O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, tais como: a) os que digam respeito a direitos ou garantias constitucionais, bem como aqueles cujo bem jurídico a ser protegido seja relevante para a sociedade (v.g., dignidade da pessoa humana, saúde e segurança das pessoas, acesso das crianças e adolescentes à educação);*

---

<sup>59</sup>MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 93-94.

*b) nos casos de grande dispersão dos lesados (v.g., dano de massa); c) quando a sua defesa pelo Ministério Público convenha à coletividade, por assegurar a implementação efetiva e o pleno funcionamento da ordem jurídica, nas suas perspectivas econômica, social e tributária."*

O entendimento do E. Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo, manifestado na referida Súmula 7, é também o da jurisprudência dominante, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, como externado no Recurso Especial 177.965, que trata especificamente de reajuste de plano de saúde<sup>60</sup>. Neste sentido, também, temos a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, conforme se verifica do v. acórdão proferido na Apelação Cível n. 264.428.2-7 –São Paulo<sup>61</sup>, além das reiteradas decisões do STF.<sup>62</sup>

Afirma ainda Hugo Nigro Mazzili<sup>63</sup> que “o Ministério Público só pode promover a defesa de interesses individuais homogêneos quando isso convenha à coletividade como um todo (como quando, embora individuais, se trate de interesses indisponíveis ou quando haja tal abrangência de

<sup>60</sup>Ementa oficial. Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade. Interesses individuais homogêneos. Planos de saúde. Reajuste da mensalidade. Unimed. O Ministério Público tem legitimidade para promover ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos quando existente interesse social compatível com a finalidade da instituição – Reajuste de prestações de plano de saúde (Unimed). Artigo 82, I da Lei 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Precedentes,. Recurso conhecido e provido. (Recurso especial nº 177.965).

<sup>61</sup>Ementa: Ação civil pública – propositura pelo Ministério Público – Interesses e direitos individuais homogêneos – Relevância ou interesse social não evidenciado. Ilegitimidade ad causam. Carência da ação. Processo extinto, na forma do art. 267, VI, do CPC. Recurso provido. Visando a tutela jurídica de interesses ou direitos de membros de um grupo, portanto sem o caráter da indivisibilidade, não se enquadram na figura legal de coletivos propriamente ditos tais interesses e direitos, mas na classe dos interesses e direitos individuais homogêneos. Nessa hipótese, a legitimidade do Ministério Público depende da existência do interesse social do objeto da demanda, que se mede através da extraordinária dispersão de interessados ou da dimensão comunitária das demandas coletivas, diante de sua finalidade institucional, já que preordenado à defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, nos termos do art. 127 da Constituição Federal. Interesse social não evidenciado”.

<sup>62</sup>Como nos recursos extraordinários RE 190976 –SP; 163231 – SP e 195056 – PR.

<sup>63</sup>MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., 3. ed., p. 281.

lesados que se torne francamente proveitosa para a sociedade a substituição processual dos interessados pela Instituição). A não ser assim, estaria atuando o Ministério Público fora dos parâmetros de sua destinação institucional (art. 127, caput, da CF).”

Assim, estando claro que as questões decorrentes de planos de saúde coletivos podem envolver interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, é cristalina a legitimidade do Ministério Público para atuar na defesa coletiva dos consumidores tendo em vista o evidente interesse social que encerram.

A reforçar o entendimento de que a questão colocada envolve interesse social suficiente para ensejar a atuação do Ministério Público, quando necessária, na defesa coletiva dos consumidores de planos de saúde coletivos, cabe ressaltar que o *Direito à Vida* e a *Defesa do Consumidor* são previstos no artigo 5º da Constituição Federal como direitos fundamentais.

Com efeito, estabelece o *caput* do artigo 5º que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*”, estabelecendo, em seu inciso XXXII, que *o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*. Também prevê a Carta Magna que a *ordem econômica*, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da

justiça social, tendo como um dos princípios a *defesa do consumidor* (artigo 170, inciso V).

Na esteira do estabelecido pela Constituição, a Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990 que, nos termos de seu artigo 1º regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado, estabelece, nas disposições gerais, que *“a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”* (artigo 2º); que *“o dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”* (artigo 2º, § 1º) e que *“o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade”* (artigo 2º, § 2º).

Assim, sendo a saúde e a vida direitos fundamentais, de evidente relevância social, e existindo relação de consumo e a presença de interesses transindividuais envolvidos, tem o Ministério legitimidade para defender os consumidores de planos de saúde coletivos, quando necessário.

A legitimidade do Ministério Público para a defesa de interesses transindividuais em juízo, é assunto deveras importante, constituindo-se

não raras vezes em garantia do próprio exercício do direito de ação dos titulares dos referidos interesses e direitos em razão da notória facilitação do acesso à justiça decorrente da atuação ministerial na defesa coletiva. Não obstante, ainda há decisões equivocadas, negando tal legitimidade.

Como observa Robson Renault Godinho, *“negar legitimidade ao Ministério Público para a tutela coletiva dos direitos pode significar um amesquinamento ou uma mutilação da garantia constitucional do acesso à justiça. Se é verdade que ‘a igualdade perante a lei coexiste com uma grande desigualdade perante os tribunais’, as ações coletivas e a legitimação do Ministério Público servem exatamente para amenizar essa desigualdade e possibilitar uma adequada tutela dos direitos.”*<sup>64</sup>

Por ser de grande importância a atuação do Ministério Público na defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, é que lhe foi atribuído pela Constituição, com exclusividade, o poder de instaurar inquérito civil, para investigações referentes a possíveis lesões aos mencionados interesses, visando, se necessária, a propositura de ação civil pública.

---

<sup>64</sup>GODINHO, Robson Renault. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quatier Latin do Brasil, 2005. p. 639.

### 3. Inquérito civil

#### 3.1. Origem e conceito do inquérito civil

Com o advento e desenvolvimento da tutela coletiva, surgiu entre nós a necessidade de um instrumento de investigação administrativa que permitisse ao Ministério Público colher dados para a propositura de ações cabíveis em sua área de atuação na esfera cível.

A finalidade do inquérito civil está bem definida nas observações de José Celso de Mello Filho, que teceu considerações à época da elaboração do projeto de lei que resultou na Lei da Ação Civil Pública, analisando o novo instrumento investigatório por ela criado. Tais observações são mencionadas por Luis Roberto Proença<sup>65</sup>.

Disse ele então, à época: *“o projeto de lei que dispõe sobre a ação civil pública, institui, de modo inovador a figura do inquérito civil. Trata-se de procedimento meramente administrativo, de caráter pré-processual, que se realiza extrajudicialmente. O inquérito civil, de instauração facultativa, desempenha relevante função instrumental. Constitui meio destinado a coligir provas e quaisquer outros elementos de convicção, que possam fundamentar a atuação processual do Ministério Público. O inquérito civil, em suma, configura um procedimento preparatório, destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública. Com ele, frustra-se a possibilidade, sempre eventual, de instauração de ações temerárias”*.

---

<sup>65</sup>PROENÇA, Luis Roberto. *Inquérito civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 32.

O inquérito civil é um procedimento investigatório de caráter administrativo, presidido pelo Ministério Público (pelo promotor de justiça), que se destina a servi-lhe para a coleta de elementos de convicção que lhe permitam identificar ou não a hipótese de propositura de ação civil pública. Como o inquérito policial, o inquérito civil não é indispensável, embora normalmente seja muito útil, possibilitando a obtenção de melhores elementos para a ação civil pública a ser proposta e, também até o não ajuizamento da ação, ao colher-se, durante o inquérito civil, o compromisso de ajustamento de conduta.

Criado pela Lei Federal 7347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública – artigo 8º, parágrafos 1º e 2º e artigo 9º e seus quatro parágrafos), como inovação no direito brasileiro, o inquérito civil encontra-se hoje consagrado na Constituição Federal de 1988 (artigo 129, III), havendo também diversas leis que a ele se referem, como o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dentre outras. Há, também, grande preocupação demonstrada no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, que se encontra em tramitação, que disciplina o instituto do inquérito civil no artigo 23 e seus parágrafos, mantendo-se a exclusividade do Ministério Público para sua instauração e presidência, tendo no referido anteprojeto, conforme afirma Ada Pellegrini Grinover<sup>66</sup>, tratamento mais adequado, deixando-se claro que as peças

---

<sup>66</sup>Exposição de motivos do referido anteprojeto, contido no livro GRINOVER, Ada Pellegrini. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2005. p. 800-821.

informativas nele contidas só poderão ingressar na ação civil pública se observado o contraditório.

A instauração do inquérito civil é facultativa, não consistindo em pressuposto da ação civil pública. Dispondo desde logo de elementos suficientes para a propositura da ação, o Ministério Público pode ajuizá-la, independentemente de inquérito civil. Aliás, sendo exclusividade do Ministério Público a instauração do inquérito civil, os demais legitimados poderão ajuizar a ação, evidentemente, sem ele. No entanto, em regra, o inquérito civil é muito útil para melhor apuração dos fatos e instrução da ação civil pública.

Em razão da relevância do inquérito civil e da necessidade de melhor regulamentá-lo no âmbito do Ministério Público de São Paulo, criaram-se atos de caráter administrativo interno, expedidos pelos órgãos superiores da instituição, atos estes oriundos de minuciosos estudos efetuados por comissões criadas para elaborá-los, com participação de promotores e procuradores de justiça com grande experiência nas matérias atinentes à tutela dos interesses metaindividuais.

Assim, o Ato Normativo nº 484-CPJ, de 05 de outubro de 2006, disciplina o inquérito civil e demais investigações do Ministério Público na área dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, as audiências públicas, os compromissos de ajustamento de conduta e as recomendações, no âmbito do Ministério Público de São Paulo, definindo em seu artigo 2º que *“o inquérito civil é investigação administrativa, de*

*caráter inquisitorial, unilateral e facultativo, instaurado e presidido pelo Ministério Público e destinado a apurar a ocorrência de danos efetivos ou potenciais a direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos ou outros que lhe incumba defender, servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes às suas funções institucionais”.*

O inquérito civil não se confunde com a sindicância. O primeiro é uma espécie de procedimento administrativo, exclusivo do Ministério Público, tem finalidade de apuração de fatos ligados às matérias específicas relacionadas à defesa de interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e tem características próprias quanto à tramitação, não se aplicando na plenitude o princípio do contraditório em razão de sua natureza de procedimento inquisitório. A sindicância, é procedimento administrativo que visa a apuração de falta funcional praticada por funcionário público, não é exclusividade do Ministério Público, tem suas características próprias e deve obedecer aos princípios do contraditório e ampla defesa.

### **3.2. Instauração e fases do inquérito civil**

O inquérito civil pode ser instaurado de ofício ou em consequência de requerimento do interessado, por meio de portaria expedida pelo membro do Ministério Público ou por meio de despacho, por este lançado em

requerimento ou representação a ele dirigida por cidadãos, autoridades, associações civis ou quaisquer interessados<sup>67</sup>.

O promotor de justiça poderá tomar conhecimento do fato a ser investigado de várias maneiras: pela televisão, jornal, rádio ou por qualquer outro meio idôneo, inclusive pessoalmente ao presenciá-lo, o que poderá dar ensejo à instauração de ofício do inquérito civil, através de portaria. Poderá também tomar conhecimento do fato através de requerimento ou representação apresentada por qualquer pessoa física ou jurídica, ou ainda, ao receber peças de informação que lhes sejam encaminhadas, inclusive pelo juiz, nos termos do artigo 7º da Lei da Ação Civil pública. Tanto a portaria quanto o despacho são atos administrativos internos do Ministério Público e devem ser fundamentados e expedidos necessariamente por um de seus órgãos de execução, que tenha atribuição para o caso.

Há também a possibilidade de instauração do inquérito civil decorrente de requisição de órgão de administração superior do Ministério público, quando cabível, como nos casos de atribuição originária do procurador-geral de justiça, quando o promotor de justiça agir por delegação, ou nos casos em que o Conselho Superior, em decorrência de sua atividade revisora, determine a instauração do inquérito civil.

Assim, o inquérito civil inicia-se com a instauração (em regra por portaria ou despacho), desenvolve-se com a instrução do procedimento

---

<sup>67</sup>Conforme leciona MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 71.

onde se dá a coleta de elementos, tais como, oitiva de testemunhas, juntada de documentos, realização de vistorias, exames e perícias, expedição de requisições, intimações e notificações, e finaliza-se com promoção de arquivamento ou propositura de ação, caso em que os autos do inquérito civil instruirão a petição inicial, sendo recomendável que cópia do procedimento permaneça na promotoria de justiça.

### **3.3. Objeto do inquérito civil**

A análise referente ao objeto do inquérito civil está ligada aos conceitos das diversas modalidades de interesses e direitos metaindividuais existentes.

Como já aludido, os *interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*, constituem as três modalidades de interesses supra-individuais, hoje de certa forma definidas em nosso ordenamento jurídico, no artigo 81 da Lei 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e que ensejam a atuação dos legitimados dos artigos 5º da Lei da ação Civil Pública e 82 do Código de Defesa do Consumidor, dentre os quais encontra-se o Ministério Público.

Segundo o mencionado dispositivo do CDC, *Interesses ou direitos difusos* são os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; *Interesses ou direitos coletivos* são os transindividuais, de natureza

indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e, *Interesses ou direitos individuais homogêneos*, são aqueles decorrentes de origem comum.

As principais características identificadoras das modalidades de interesses transindividuais são a divisibilidade ou não e a possibilidade de identificação ou não dos titulares. Os *difusos* têm titulares indeterminados e são indivisíveis; os *coletivos* têm titulares identificáveis e são indivisíveis e os *individuais homogêneos*, têm os titulares definidos, por natureza são divisíveis e, na essência, não são verdadeiros interesses coletivos, mas têm tratamento como se fossem, estabelecido pela lei. É importante lembrar que de um mesmo fato podem surgir pretensões relacionadas a interesses difusos, coletivos e individuais, definindo-se o interesse tutelado a partir do pedido formulado.

Destarte, o inquérito civil pode ter como objeto a coleta de elementos de convicção para o ajuizamento de ações civis públicas em defesa de interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, nos termos do artigo 129, III, da Constituição Federal, que ampliou o escopo alcançando, desde então, qualquer direito ou interesse coletivo ou difuso.

Assim, dentre inúmeros outros direitos e interesses de natureza coletiva *lato sensu*, podem ser objeto de inquérito civil os referentes ao meio ambiente, aos direitos do consumidor, ao patrimônio público, às questões urbanísticas etc.

Embora o inquérito civil não seja destinado à apuração de infrações penais, nada impede que as informações nele colhidas sejam usadas para fundamentar a propositura de ação penal. Com efeito, prevê o artigo 5º do Código de Processo Penal que o inquérito policial é dispensável para a promoção da referida ação, se existirem elementos de convicção suficientes à sua propositura, sendo então perfeitamente possível que os elementos apurados no inquérito civil instruem a denúncia.

Em razão de ser o inquérito civil privativo do Ministério Público, surge a questão referente à possibilidade de sua utilização para apuração de fatos ligados a interesses individuais homogêneos, tendo em vista que há ainda pequena controvérsia acerca de ter ou não legitimidade o Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública na defesa dos referidos interesses.

Há três posições a respeito do tema: uma que nega qualquer possibilidade de atuação do Ministério Público em defesa de interesses individuais homogêneos; a segunda que a admite sem restrições; e a terceira, que a aceita, dentro de alguns limites, conforme menciona Hugo Mazzilli<sup>68</sup>.

Esclarece o renomado jurista que a primeira posição, que nega sempre a legitimidade do Ministério Público nestes casos, parte de entendimento segundo o qual só cabe ao Ministério Público a defesa de interesses da coletividade e não de interesses disponíveis de indivíduos

---

<sup>68</sup>MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*, cit., p. 139.

que tenham sofrido danos divisíveis e que a Constituição Federal só teria dado legitimidade ao Ministério Público para a defesa de interesses difusos e coletivos, estando, portanto, excluídos os individuais homogêneos, sendo tal posicionamento de superficialidade marcante, pois desconsidera que a tricotomia que classifica os interesses transindividuais em difusos, coletivos e individuais homogêneos decorre de terminologia só instituída pelo legislador infraconstitucional em 1990, quando do advento do Código de Defesa do Consumidor, não sendo possível sua consideração pelo constituinte de 1988. Deixa ainda de considerar esta corrente os pressupostos e fundamentos de toda a teoria da defesa dos interesses de grupos, que parte da consideração de que convém à coletividade como um todo que se concentre numa só ação a discussão de interesses idênticos e, também, que a defesa coletiva de interesse transindividual, de caráter social, é em tudo compatível com a atividade do Ministério Público, a qual não está disciplinada de forma exaustiva na Constituição, como se deduz do inciso IX do artigo 129.

A segunda posição, que considera irrestrita a legitimidade do Ministério Público nos casos de interesses individuais homogêneos, baseia-se na afirmação de que a referida legitimidade está expressamente prevista no Código de Defesa do Consumidor, que se aplica a qualquer ação civil pública, em razão do disposto nos artigos 90 do CDC e 21 da LACP, desconsiderando, contudo, a destinação constitucional da instituição ministerial, voltada antes à defesa de interesses gerais da sociedade, que

nem sempre coincide com a defesa de pequenos grupos de interesses individuais homogêneos. Aliás, em certos casos, poderão os interesses de pequenos grupos de titulares de interesses individuais homogêneos ser antagônicos com os interesses da sociedade em geral sendo, neste caso, cristalina a impossibilidade do Ministério Público defender tais interesses.

A terceira posição, esposada pelo mencionado autor e com a qual também concordamos, é a que exige compatibilizar a destinação social e constitucional do Ministério Público com a defesa do interesse a ele cometido na legislação infraconstitucional. Ou seja, exige-se a denominada *relevância social* para que se considere o Ministério Público legitimado para a defesa de interesses individuais homogêneos. No caso dos interesses difusos, em razão de suas características, mormente quanto à indivisibilidade e indefinição dos titulares, estará evidentemente o Ministério Público sempre legitimado à sua defesa. Contudo, no caso de interesses individuais homogêneos e coletivos em sentido estrito, deverá haver a relevância social para que se considere legitimado o Ministério Público.

Como observa Marco Antonio Zanellato<sup>69</sup>, a relevância social para a defesa dos interesses individuais homogêneos deve ser aferida no caso concreto, pois o Ministério Público só tem legitimação para defender interesses individuais homogêneos quando tal defesa seja relevante para a sociedade, ou, nos termos do art. 127, caput, da CF, quando tal atuação

---

<sup>69</sup>ZANELATO, Marco Antonio. *Sobre a defesa dos interesses individuais homogêneos dos consumidores pelo Ministério Público*. In: CONGRESSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO, 3. 24-27 ago. 2005. *Anais...* São Paulo: Páginas e Letras Ed., 2006. v. 1, p. 505.

insere-se na sua incumbência de defender os interesses sociais. Fora desse âmbito, afirma ele, o Ministério Público só pode defender interesses individuais se estes forem indisponíveis, a teor da mesma norma constitucional. Portanto, pode atuar na defesa de interesses disponíveis quando o exigir o interesse social, como pode ocorrer, em certos casos, com a defesa coletiva dos interesses individuais homogêneos.

Observa ainda Zanellato que, embora a legitimação do Ministério Público para defender, inclusive em juízo, interesses ou direitos *individuais homogêneos*, referentes a relações de consumo esteja expressamente prevista no art. 82, inc. I, do Código de Defesa do Consumidor, deve esta disposição ser interpretada à luz do art. 127, *caput*, da Constituição da República, devendo a legitimação do Ministério Público para a defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos de que trata o Código de Defesa do Consumidor, ser compatível com a natureza e finalidades da Instituição.

A mencionada relevância social pode ser auferida mediante alguns critérios, tais como: a natureza do dano (saúde, segurança e educação públicas); a dispersão de lesados (abrangência social do dano, sob aspecto dos sujeitos atingidos); o interesse social no funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico (previdência social; captação de poupança popular, mercado de ações, etc). Tais critérios de identificação da relevância social, como já mencionado alhures, estão contidos na Súmula

nº 07 do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo, editada para definir a matéria no âmbito do referido Ministério Público.<sup>70</sup>

Quanto ao objeto, portanto, pode o inquérito civil ser instaurado para investigar qualquer fato ou pessoa, independentemente do cargo que esta ocupe, pois a lei não restringe a abrangência, sendo o foro por prerrogativa de função válido apenas para a matéria penal.

Se do mesmo fato resultarem conseqüências civis e criminais, para as providências na esfera civil, inclusive o inquérito civil, serão observadas as regras de competência e atribuição estabelecidas.

A jurisprudência tem exigido a presença de interesse social para reconhecimento da legitimidade do Ministério Público para a defesa dos interesses individuais homogêneos, podendo-se citar como exemplos a

---

<sup>70</sup> Súmula nº 07: "O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, tais como: a) os que digam respeito a direitos ou garantias constitucionais, bem como aqueles cujo bem jurídico a ser protegido seja relevante para a sociedade (v.g., dignidade da pessoa humana, saúde e segurança das pessoas, acesso das crianças e adolescentes à educação); b) nos casos de grande dispersão dos lesados (v.g., dano de massa); c) quando a sua defesa pelo Ministério Público convenha à coletividade, por assegurar a implementação efetiva e o pleno funcionamento da ordem jurídica, nas suas perspectivas econômica, social e tributária."

Fundamento – legitimação que o Código do Consumidor confere ao Ministério Público para a defesa de interesses e direitos individuais homogêneos há de ser vista dentro da destinação institucional do Ministério Público, que sempre deve agir em defesa de interesses indisponíveis ou de interesses que, pela sua natureza ou abrangência, atinjam a sociedade como um todo (PT. N. 15.939/91). Em três modalidades principais de interesses e direitos individuais homogêneos mostra-se presente o pressuposto de **relevância social**, previsto no art. 127, da Constituição Federal. Primeiro, quando a conduta do infrator afetar direitos ou garantias constitucionais, hipótese em que a legitimação decorre da natureza e relevância jurídicas do bem jurídico afetado (dignidade da pessoa humana, saúde, segurança, educação, etc.). Neste caso, a relevância social está fundada em **ratio substantiva**. Segundo, quando o número de lesados impossibilitar, dificultar ou inviabilizar a tutela dos interesses e direitos afetados (v.g., danos massificados); aqui, estamos diante de relevância social decorrente de **ratio quantitativa**. Terceiro, quando, pela via da defesa de interesses e direitos individuais homogêneos, o que pretende o Ministério Público é zelar pelo respeito à ordem jurídica em vigor, levando aos tribunais violações que, de outra parte, dificilmente a eles chegariam, o que poderia, em conseqüência, desacreditar o ordenamento econômico, social ou tributário. Temos, aí, relevância social alicerçada em **ratio pragmática**.

Apelação Cível nº 264.428.2-7 do E.Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>71</sup> e o Recurso Especial 57.465-0/PR , além de varias decisões do STF.

Assim, na ausência de relevância social, não estará legitimado o Ministério Público para a defesa de interesses individuais homogêneos, não cabendo em consequência a instauração de inquérito civil.

Questão que tem ensejado discussões é a referente à possibilidade de instauração de inquérito civil com a finalidade de promover ação civil pública para discutir a cobrança de tributos. Em princípio é possível a instauração, pois a Constituição Federal, em seu artigo 129, inciso. III, ao tratar das funções institucionais do Ministério Público competiu-lhe promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Assim, como é possível que a questão referente a tributos seja incluída, em determinado caso concreto, na denominação “outros interesses difusos e coletivos”, poderá ser discutida em sede de ação civil pública e, portanto, ser objeto de inquérito civil.

Contudo, no tocante ao tema, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 195.056-1/PR, entendeu que

---

<sup>71</sup>“Ação Civil Pública - Propositura pelo Ministério Público – Interesses e direitos individuais homogêneos - Relevância ou interesse social não evidenciado. Ilegitimidade *ad causam*. Carência da ação. Processo extinto, na forma do art. 267, VI, do CPC. Recurso provido. Visando a tutela jurídica de interesses ou direitos de membros de um grupo, portanto sem o caráter da indivisibilidade, não se enquadram na figura legal de coletivos propriamente ditos tais interesses e direitos, mas na classe dos interesses e direitos individuais homogêneos. Nessa hipótese, a legitimidade do Ministério Público depende da existência do interesse social do objeto da demanda, que se mede através da extraordinária dispersão de interessados ou da dimensão comunitária das demandas coletivas, diante de sua finalidade institucional, já que preordenado à defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, nos termos do art. 127 da Constituição Federal. Interesse social não evidenciado” (Relator Ruyter Oliva).

o Ministério Público não teria legitimidade para ajuizar ação civil pública no caso, sob o argumento de que não há relação de consumo entre o poder público e o contribuinte, e que contribuinte não é consumidor. Com a devida vênia, há equívoco nesta afirmação, pois as regras de defesa dos interesses metaindividuais, inclusive as referentes ao inquérito civil, não se referem apenas aos direitos do consumidor, mas a qualquer direito ou interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo.

Não obstante, O Egrégio Superior Tribunal de Justiça também vem entendendo que não cabe ação civil pública para discutir inconstitucionalidade da exigência de tributo, porque existe ação própria, que seria a ação direta de inconstitucionalidade, com efeito *erga omnes*, e também porque contribuinte não é consumidor, conforme REsp. 134.744-MG.<sup>72</sup>

### **3.4. Procedimentos preparatórios e peças de informação**

A Lei Federal n. 7347/85 prevê somente o inquérito civil (artigos 8º e 9º), não fazendo referência a qualquer outro procedimento com o mesmo

---

<sup>72</sup>Ação Civil Pública – Taxa de Iluminação pública – Constitucionalidade de lei municipal – Unidade de direito – Ministério Público – Ilegitimidade – Contribuintes. Impossibilidade do uso da ação civil pública para substituir a ação direta de inconstitucionalidade. A unidade do direito substantivo é estabelecida pela Constituição. Admitida a ação civil pública para impedir a cobrança de tributo, taxado de inconstitucional, possibilitaria a prolação de sentenças contraditórias com efeitos “*erga omnes*”, o que é absurdo. A legitimidade do Ministério Público é para cuidar de interesses sociais difusos ou coletivos. Não tem ele legitimidade para promover ação civil pública na defesa de contribuintes, cujo conceito não se confunde com o de consumidores. Recurso improvido (STJ - REsp. 233.664-MG – 1ª Turma – v.u. – Rel. Min. Garcia Vieira - DJ de 21/02/2000 - PG:00106).

No mesmo sentido: STJ – REsp. 134.744-MG – 2ª Turma – v.u. – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins - DJ de 11/10/1999 - PG: 00059.

objetivo e denominação diversa, tais como procedimento preparatório, procedimento preliminar, peças de informação, protocolado etc.

Contudo, em São Paulo, a Lei Complementar Estadual n. 734/93, nos artigos 104, II e 106, § 1º, prevê procedimentos como estes e, diante de tal previsão, os órgãos superiores do Ministério Público Estadual expediram atos normativos regulamentando-os. Atualmente, o ATO nº 484 - CPJ, de 5 de outubro de 2006, em consonância com a mencionada Lei Complementar Estadual, prevê o denominado Procedimento Preparatório de Inquérito Civil (PPIC), no artigo 23, submetendo seu arquivamento ao controle do Conselho Superior.

### **3.5. Prazo para conclusão**

Não há um prazo estabelecido pela lei para que a investigação seja concluída no inquérito civil. Se a ação correspondente não estiver prescrita, a investigação pode prosseguir. Não obstante, em São Paulo, o mencionado Ato n. 484 – CPJ estabelece, no artigo 24, que o Inquérito Civil deve ser concluído no prazo de 180 dias, cabendo ao promotor, nos próprios autos, motivar a prorrogação.

A falta de prazo estabelecido pela lei traz problemas práticos relevantes. Com efeito, a grande maioria das promotorias de justiça estão sobrecarregadas de trabalho nas diversas áreas de atuação ficando, muitas

vezes inviabilizado o adequado andamento dos inquéritos civis, em detrimento dos interesses envolvidos.

Não obstante à indefinição de um prazo legal para a conclusão do inquérito civil, é recomendável que seja ele concluído o mais rapidamente possível, tendo em vista a natureza dos interesses envolvidos e, também, para que a produção de provas não seja prejudicada em razão do decurso do tempo.

### **3.6. Instrução do inquérito civil: contraditório; devido processo legal; publicidade e sigilo**

O inquérito civil é, na essência, um procedimento de *natureza inquisitiva*, no qual não vigem na plenitude os princípios do contraditório e do devido processo legal. Conforme observa Nelson Nery Júnior<sup>73</sup>, o inquérito civil não é *processo administrativo*, mas simples *procedimento inquisitório* que tem a finalidade de aparelhar o Ministério Público para que possa eventualmente promover a ação civil pública. Não se destina ele à aplicação de sanção, configurando procedimento preparatório.

Visando o inquérito civil a obtenção de informações para que o órgão ministerial possa melhor analisar se é ou não caso de promoção de ação civil pública, não é ele indispensável à propositura da ação, nem seu arquivamento impede o ajuizamento desta. Assim, as provas colhidas no

---

<sup>73</sup>NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996. p. 137.

inquérito civil destinam-se à formação da convicção do promotor de justiça sobre propor ou não a ação civil pública e devem ser submetidas ao crivo do contraditório em juízo, não sendo possível, portanto, falar-se em nulidade na produção de provas no referido procedimento administrativo em caso de alguma irregularidade.

Como decidiu o Superior Tribunal de Justiça, a prova produzida no inquérito civil incorporar-se-á ao processo da ação civil pública tendo, contudo, a valoração que o magistrado achar por bem conceder-lhe.<sup>74</sup>

Como regra, o inquérito civil está sujeito ao princípio da publicidade, que normalmente deve ser observado em todos os atos da administração, sendo a imposição de *sigilo* exceção. Portanto, os atos do inquérito civil são públicos, só se impondo sigilo se da publicidade resultar prejuízo à apuração dos fatos ou houver nos autos dados ou informações sigilosas, a que o Ministério Público teve acesso, hipótese em que o sigilo será preservado.

O sigilo será decretado pelo promotor de justiça presidente do inquérito civil, em analogia ao que ocorre com o inquérito policial, no qual o sigilo pode ser decretado pela autoridade policial que o preside.

---

<sup>74</sup>REsp 644994 / MG – Processo Civil – Ação Civil de reparação de danos – Inquérito civil público – Natureza inquisitiva – Valor probatório.

1. O **inquérito civil** público é procedimento informativo, destinado a formar a *opinio actio* do Ministério Público. Constitui meio destinado a colher provas e outros elementos de convicção, tendo natureza inquisitiva.

2. "As provas colhidas no **inquérito** têm valor probatório relativo, porque colhidas sem a observância do contraditório, mas só devem ser afastadas quando há contraprova de hierarquia superior, ou seja, produzida sob a vigilância do contraditório" (Recurso Especial n.476.660-MG, relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 4.8.2003).

3. As provas colhidas no **inquérito civil**, uma vez que instruem a peça vestibular, incorporam-se ao processo, devendo ser analisadas e devidamente valoradas pelo julgador. 4. Recurso especial conhecido e provido.

Em consonância com o princípio da publicidade do inquérito civil, a Lei da Ação Civil Pública estabelece, no parágrafo 2º do art. 9º, a possibilidade das associações legitimadas<sup>75</sup> apresentarem razões escritas ou documentos, para serem considerados pelo Conselho Superior do Ministério Público na análise da promoção de arquivamento. Assim, é necessária a publicidade acerca da promoção de arquivamento, com prazo razoável para a manifestação prévia dos interessados, antes da decisão do Conselho Superior.

O sigilo no inquérito civil decorre de lei ou é decretado por conveniência da investigação, podendo algum interessado examinar os autos, exceto em caso de sigilo imposto por lei (sigilo bancário, comunicações, segredo profissional), ou quando for conveniente à investigação que o sigilo da informação seja mantido (por analogia ao artigo 20 do Código de Processo Penal). Desaparecendo o motivo que o motivou, cessa o sigilo.

Exemplo de sigilo imposto pela lei é o que diz respeito às correspondências e comunicações. Com efeito, prevê o artigo 5º, XII, da Constituição Federal, a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei

---

<sup>75</sup>Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (*in* NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 1337) esclarecem que “tanto as associações como qualquer outro co-legitimado pela LACP 5º ou CDC 82 poderão manifestar-se nos autos submetidos ao exame do CSMP, e não apenas as associações, nada obstante a omissão da lei. A rigor, qualquer interessado pode manifestar-se nessa fase, por força do direito constitucional de petição (CF 5º XXXIV).

estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Com relação às comunicações, a Lei 9296/96 estabelece critérios e procedimento para a interceptação de comunicações telefônicas de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, dependendo sempre de ordem do juiz competente.

Segundo dispõe o parágrafo único do artigo 1º da referida lei, aplica-se ela, também, à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática e, para assegurar a observância do sigilo, a mencionada lei prevê como crime, no artigo 10, realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Assim, o sigilo das comunicações telefônicas é absoluto e só com autorização do juízo competente pode ser quebrado, para prova em investigação criminal ou em instrução processual penal. Contudo, tendo sido a quebra do sigilo decretada regularmente no procedimento criminal, a prova produzida poderá ser usada para instrução do inquérito civil ou da ação civil pública, não havendo qualquer óbice para tal, pois, na referida ação, tutelam-se interesses indisponíveis, pertencentes à coletividade, justificando-se tais características o uso da prova aludida.

Outra questão que se apresenta é a possibilidade ou não de alguém, sob alegação de tratar-se de *sigilo profissional*, eximir-se de prestar as informações requisitadas ou negar-se a prestar declarações no inquérito

civil. Conforme previsto no artigo 347, inciso II, do Código de Processo Civil, a parte não é obrigada a depor sobre fatos a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo sendo, portanto, possível a alegação do sigilo profissional. Contudo, como observa Hugo Mazzilli<sup>76</sup>, se o detentor da informação for autorizado pelo beneficiário do direito de sigilo, como por exemplo, o médico autorizado pelo paciente, a informação pode ser prestada.

O sigilo profissional foi considerado pelo STJ como princípio de ordem pública<sup>77</sup>, devendo ser respeitado, salvo na hipótese da existência de lei formal autorizando a possibilidade de sua quebra.

O promotor de justiça é a autoridade administrativa que preside o inquérito civil e, nesta condição, pode determinar várias *diligencias*, como comparecimento de pessoas; requisitar informações e documentos, a qualquer autoridade, inclusive federal<sup>78</sup>; determinar a realização de perícias por órgãos públicos; determinar condução coercitivas (se for medida

---

<sup>76</sup>MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., 3. ed., p. 206.

<sup>77</sup>STJ - RMS 9612 / SP; Recurso Ordinário em mandado de segurança – 1998/0022826-8 – Processual civil Sigilo Profissional resguardado.

O **sigilo profissional** é exigência fundamental da vida social que se deve ser respeitado como princípio de ordem **pública**, por isso mesmo que o Poder Judiciário não dispõe de força cogente para impor a sua revelação, salvo na hipótese de existir específica norma de lei formal autorizando a possibilidade de sua quebra, o que não se verifica na espécie.

O interesse público do **sigilo profissional** decorre do fato de se constituir em um elemento essencial à existência e à dignidade de certas categorias, e à necessidade de se tutelar a confiança nelas depositada, sem o que seria inviável o desempenho de suas funções, bem como por se revelar em uma exigência da vida e da paz social.

Hipótese em que se exigiu da recorrente ela que tem notória especialização em serviços contábeis e de auditoria e não é parte na causa - a revelação de segredos **profissionais** obtidos quando anteriormente prestou serviços à ré da **ação**. Recurso provido, com a concessão da segurança.

<sup>78</sup>Em certos casos, a requisição deve ser encaminhado pelo Procurador Geral de Justiça, dependendo do cargo exercido pela autoridade.

extremamente necessária e imprescindível) e somente após desatendida a determinação de comparecimento espontâneo.

Podem ser requisitados quaisquer documentos e informações, mesmo sigilosos, exceto os que envolvam assuntos para as quais a Constituição Federal exige autorização judicial. (ex: quebra do sigilo das comunicações).

### **3.7. Controle da legalidade no inquérito civil**

Por ser o inquérito civil procedimento administrativo de responsabilidade do Ministério Público, não está sujeito a controle judicial, ou seja, seu procedimento não prevê, como no inquérito policial, a interferência do judiciário. Até mesmo na promoção de arquivamento não ocorre a necessidade de homologação pelo juiz, havendo a remessa ao Conselho Superior do Ministério Público para análise e, se for o caso, homologação do referido arquivamento, conforme prevê o artigo 9º da Lei nº 7347/85.

O controle previsto para o inquérito civil é incumbência do Conselho Superior do Ministério Público. Observe-se, a propósito, que o fato investigado deve ensejar a atuação do Ministério Público e que o promotor de justiça que instaurar o inquérito civil deve ter atribuição prevista para tal.

No caso de eventual ilegalidade, ou de qualquer forma configurado constrangimento ilegal contra o investigado, poderá o prejudicado impetrar

*Habeas Corpus* ou *Mandado de Segurança*, visando, inclusive, se for o caso, o trancamento do inquérito civil.

Assim também entendem Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery.<sup>79</sup> Contudo, a prática demonstra que é muito rara a possibilidade do uso de tais instrumentos tendo, inclusive, os tribunais agido com muita cautela para não impedir a legítima e necessária investigação do Ministério Público.

Tratando do controle exercido sobre o inquérito civil há, também, prevista na Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo (Lei Estadual nº 734, de 26.11.1993), a possibilidade de interposição de recurso do interessado ao Conselho Superior do Ministério Público, com efeito suspensivo, contra a instauração do inquérito civil (art. 108). O prazo para tal interposição seria de cinco dias, contados da ciência do ato impugnado (art. 108, § 1º), havendo controvérsias sobre a constitucionalidade desta previsão, como será visto no tópico seguinte, ao tratarmos dos recursos.

### **3.8. Recursos no inquérito civil**

Embora a Lei da Ação Civil Pública, que disciplina o inquérito civil, ou qualquer outra lei que a ele se refere, não prevejam nenhum recurso, a Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo (Lei n. 734/93), inovou, criando um sistema de controle recursal para o inquérito civil em seus artigos 107 e 108.

---

<sup>79</sup>NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. op. cit., p. 1333.

Assim, prevê o artigo 107, parágrafo 1º, da mencionada lei, o recurso contra o indeferimento da instauração de inquérito civil, com prazo 10 dias, admitindo juízo de retratação. Este recurso, embora tendo pouca relevância prática, pois de qualquer forma o arquivamento do inquérito civil ou de peças de informação seriam submetidos ao crivo do Conselho Superior do Ministério Público, ao admitir o juízo de retratação, poderá ser útil, se trouxer argumentos convincentes para que o promotor mude seu posicionamento e instaure o inquérito civil.

Grave é o recurso previsto no artigo 108 da referida lei estadual, contra a instauração do inquérito civil, com prazo de cinco dias para interposição e efeito suspensivo, sendo o promotor de justiça obrigado a suspender as investigações e encaminhar os autos ao Conselho Superior. Tal recurso poderá causar grande prejuízo às investigações, inclusive com perecimento de provas, como se intui.

Afirma Hugo Mazzilli ser írrito o sistema de recursos no inquérito civil, criado pela lei estadual, pois não poderia ela, afirma, fugindo de sua finalidade que é dispor sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público, conforme previsto no artigo 128, § 5º da Constituição Federal, inovar, criando recursos destinados a obstar a instauração ou a tramitação de um procedimento já inteiramente criado e disciplinado na lei federal, não podendo a lei paulista apartar-se do modelo federal a respeito. No mesmo sentido, entendem Nelson e Rosa Nery<sup>80</sup>, haver flagrante

---

<sup>80</sup>NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. op. cit. Notas ao artigo 8º da LACP.

inconstitucionalidade no artigo 108 da mencionada lei paulista, por ferir o modelo federal.

Com relação aos incidentes do inquérito civil, tais como notificações, requisições, conduções coercitivas, etc, não cabem recursos, nem por analogia. Cabem sim, em caso de abuso, as medidas previstas no direito, tais como, representações administrativas, mandado de segurança, *habeas corpus*, como referido anteriormente.

### **3.9. Arquivamento do inquérito civil**

No arquivamento do inquérito civil não há interferência do judiciário. A Lei nº 7347/85 deixa integralmente a cargo do Ministério Público a tramitação do referido instrumento, cabendo ao Conselho Superior da instituição, o reexame necessário.

Finalizando as investigações e concluindo o órgão ministerial não ser caso de propositura de ação civil pública, caso em que os autos do inquérito civil instruíam a petição inicial, deverá promover seu arquivamento, fundamentadamente, encaminhando os autos para controle do Conselho Superior, nos termos do artigo 9º, § 1º, da Lei da Ação Civil Pública. Observe-se que, mesmo que tenha sido tomado compromisso de ajustamento de conduta, os autos serão remetidos ao órgão superior para reexame, inclusive quanto ao próprio ajustamento de conduta.

O Conselho superior, após a análise do caso, poderá homologar o arquivamento, caso em que estará o inquérito civil encerrado, ou poderá tomar outra decisão, como determinar a propositura da ação civil pública ou o prosseguimento das investigações, convertendo a decisão em diligência. Neste caso, de determinação de propositura da ação ou de novas diligências, a decisão passa a ser do Conselho Superior, designando-se outro promotor de justiça, que agirá por delegação do Conselho superior, para prosseguir no caso. Ao determinar a propositura da ação, poderá o conselho superior, inclusive, definir desde logo o objeto da ação e os pedidos a serem feitos.

Embora arquivado o inquérito civil, os co-legitimados poderão propor ação civil pública, pois, homologação do arquivamento não gera nenhum óbice. Com efeito, como esclarecem Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>81</sup> “a decisão administrativa do MP (pelo CSMP) arquivando o IC não faz coisa julgada, podendo ser reaberto se existirem novas provas. Arquivado o IC, qualquer outro co-legitimado não está impedido de propor a ACP, podendo fazê-lo mesmo quando ainda estiver em andamento o IC. O arquivamento do IC não limita o direito de ação do co-legitimado que tenha ou não se manifestado ou juntado documentos na fase de exame da promoção de arquivamento pelo CSMP”.

---

<sup>81</sup>NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. op. cit., p. 1337.

Como observa Hugo Nigro Mazzilli<sup>82</sup>, “a instauração do inquérito civil sequer é pressuposto processual para que o Ministério Público compareça a juízo: o inquérito pode ser dispensado se já existirem elementos necessários para propor a ação. Recomenda-se, porém, seja desde logo instaurado ao iniciar-se uma investigação, para evitar-se o mau vezo de apurarem-se fatos de relevância, sem método ou continuidade, e sem controle algum”.

Assim, não sendo o inquérito civil condição para a propositura de ação civil pública, evidentemente, seu arquivamento não impede o ajuizamento pelos demais legitimados, havendo apenas certa controvérsia com relação ao próprio Ministério Público poder ajuizá-la nestas condições, em razão do contido no artigo 111 da mencionada Lei Complementar paulista nº 734/93, que criou, também indevidamente, norma sobre a impossibilidade de reabertura do inquérito civil arquivado, sem que haja novas provas e até mesmo vedando a propositura da respectiva ação civil pública neste caso, criando um absurdo óbice que não existe para os demais legitimados.

Hugo Mazzilli<sup>83</sup> menciona que, havendo novas provas, parece incontroverso que a reabertura das investigações e, até mesmo a existência de notícia sobre novas provas a autorizaria, pois, se nem a sentença de improcedência da ação civil pública por falta de provas impede novo

---

<sup>82</sup>MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 385.

<sup>83</sup>Id. Ibid., p. 324 e 329.

ajuizamento de ação com base em novas provas, com mais razão podem ser reabertas as investigações.

Quando não tiverem surgido novas provas, ainda assim, será possível a reabertura das investigações, em qualquer situação, com decisão devidamente fundamentada, resultante de uma nova análise, não obstante o aludido artigo 111 da Lei 734/93 que, pelos mesmos motivos acima referidos, é de flagrante inconstitucionalidade, inclusive considerando-se que a Lei da ação Civil Pública, que disciplina o inquérito civil, não faz qualquer restrição à sua reabertura, o que está em harmonia com a tutela dos interesses metaindividuais.

A mesma opinião tem Luis Roberto Proença<sup>84</sup>, para quem, sendo ato administrativo o arquivamento do inquérito civil, pode ser revisto pela Administração, desde que entenda equivocada a decisão anterior e, lembrando Hugo Mazzilli, menciona que “o arquivamento do inquérito civil não cria direito adquirido nem transforma a matéria fática subjacente aos autos arquivados em situação jurídica que deva ser respeitada ou em direito subjetivo que deva ser tutelado. A reabertura do caso apurado em inquérito civil já arquivado não fere direitos nem gera efeitos retroativos contra direitos, estes sim os verdadeiros limites contrários à revogação do ato administrativo. De todo inaplicável, pois, ao inquérito civil o tratamento dado às hipóteses de arquivamento do inquérito policial”.

---

<sup>84</sup>PROENÇA, Luis Roberto. op. cit., p. 52.

Neste diapasão, podemos afirmar que o inquérito civil – dentro do qual está inserida a decisão de arquivamento -, tem natureza jurídica de procedimento administrativo, assim caracterizado segundo Carvalho Filho<sup>85</sup>, em razão de dois aspectos: "em primeiro lugar, tramita na via administrativa do Ministério Público, que com ele se prepara para o exercício do direito de ação. Além disso, espelha seqüência formalizada de atos e atividades dos órgãos ministeriais, de interessados e de terceiros, com vistas à formação do convencimento por parte do órgão que o preside."

Assim, não há impedimento para reabertura das investigações de inquérito civil já arquivado, nem para o ajuizamento da respectiva ação civil pública.

Não obstante haver necessidade de a promoção do arquivamento do inquérito civil ser expressa e fundamentada, há a possibilidade de ocorrência do denominado arquivamento implícito que, para Hugo Mazzilli<sup>86</sup> constitui-se em grave irregularidade, pois o arquivamento deve ser claramente submetido ao controle do Conselho Superior do Ministério Público. O arquivamento implícito pode ocorrer, por falha ou descuido, nos seguintes casos: a) quando haja vários atos ilícitos, em tese, e o promotor de justiça só enfrente expressamente a falta de base para o ajuizamento da ação civil pública apenas quanto a alguns desses atos na promoção de arquivamento; b) quando haja vários possíveis autores ou responsáveis

---

<sup>85</sup>CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999. p. 222.

<sup>86</sup>MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*, cit., p. 260.

pelas ilegalidades e, na promoção de arquivamento, o promotor de justiça não enfrente expressamente a ausência de responsabilidade de algum deles; c) quando o promotor de justiça proponha a ação civil pública, mas esta que não cobre todos os atos ilícitos ou todos os possíveis responsáveis pelas ilegalidades.

Em todos estes casos, o promotor deve expressamente promover o arquivamento do quanto não incluído na ação civil pública, encaminhando cópia do inquérito civil com a respectiva promoção do arquivamento parcial, para o devido controle a ser exercido pelo Conselho Superior. Mas, se não o fizer, ocorrerá o indesejado arquivamento implícito, caso em que deverá o controle do arquivamento ser sempre feito pelo Conselho Superior do Ministério Público e não pelo juiz da ação civil pública (o que ocorre no processo penal em caso de arquivamento implícito do inquérito policial). Caso haja o arquivamento implícito do inquérito civil e independente de ter ou não havido revisão deste arquivamento pelo Conselho Superior do Ministério Público, a qualquer momento os co-legitimados à ação civil pública podem ajuizar sua ação, já que possuem legitimação concorrente, autônoma e disjuntiva.

O controle do arquivamento do inquérito civil pelo Conselho Superior do Ministério Público é uma medida de grande relevância, tendo em vista a importância dos direitos metaindividuais tutelados e a possibilidade real de ocorrência de equívoco do órgão ministerial ao arquivá-lo.

Não obstante, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, ao tratar do referido instituto, retira a obrigatoriedade deste controle, tornando-o facultativo, ao estabelecer no § 5º do artigo 23, que *se o órgão do Ministério Público entender conveniente, poderá encaminhar os autos do inquérito civil arquivado ou das peças informativas ao Conselho Superior do Ministério Público, para homologação* e cria a possibilidade de avocação pelo referido órgão superior do Ministério Público, de autos de inquéritos civis arquivados, com o fim de uniformizar a atuação ministerial (parágrafo 6º do artigo 23).

### **3.10. Compromisso de ajustamento de conduta**

O compromisso de ajustamento de conduta surgiu no Direito Brasileiro por força do artigo 211 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), *in verbis* : “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial”. Posteriormente, adveio o artigo 113 da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) que determinou a inserção do § 6º, no artigo 5º da Lei n. 7.347/85, nos seguintes termos: “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominação, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

Nem todos os legitimados à ação civil pública ou coletiva podem tomar compromisso de ajustamento. Somente os órgãos públicos

legitimados à referida ação podem tomá-los. Analisando a questão com base nos legitimados ativos previstos nos artigos 5º da Lei da Ação Civil Pública e 82 do Código de Defesa do Consumidor, Hugo Mazzilli<sup>87</sup> conclui que existem três categorias de órgãos públicos autorizados a tomar compromisso de ajustamento de conduta: a) a daqueles legitimados que, incontestavelmente, *podem* tomar compromisso de ajustamento, como Ministério Público, União, Estados, Municípios e Distrito Federal, bem como os órgãos públicos, ainda que sem personalidade jurídica, desde que especificamente destinado à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos; b) a dos legitimados que, incontestavelmente *não podem* tomar o compromisso: as associações civis, as fundações privadas, as empresas públicas e as sociedades de economia mista; c) a dos legitimados sobre os quais é *questionável* possam tomar esses compromissos, como as fundações públicas e autarquias.

Quanto ao objeto, em regra, o compromisso de ajustamento de conduta pode ser pactuado objetivando a prevenção ou reparação de danos a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. A exceção é com relação ao ato de improbidade administrativa, que por sua natureza exige o ajuizamento de ação civil pública, daí a regra do artigo 17 da Lei n. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), dispondo: “É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*”.

---

<sup>87</sup>MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*, cit., p. 369.

Analisando tal dispositivo, observa Nigro Mazzilli<sup>88</sup> que “se não cabe transação em juízo em matéria da Lei de Improbidade Administrativa, com maior razão não caberá transação extrajudicial que verse disposição de interesses tutelados nessa mesma lei”.

O compromisso de ajustamento de conduta, nos termos dos artigos 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/85 e 585, inciso II, do Código de Processo Civil, tem força de título executivo extrajudicial e seu descumprimento enseja o ajuizamento de execução contra o compromitente, devendo, portanto, conter todos os requisitos necessários à formação do título extrajudicial e à sua liquidez e exigibilidade, sobretudo a certeza da obrigação quanto à sua existência e a determinação no tocante ao objeto, não se olvidando de sanção específica para a hipótese de inadimplemento das obrigações assumidas, que poderá ser de ordem econômica (multa diária ou indenização certa), obrigações de fazer, de não fazer, de dar coisa certa, etc. Deve haver, ainda, segundo Cândido Rangel Dinamarco<sup>89</sup>, “a concreta individualização do direito a que o ato se refere.”

Assim, tomado por termo, o compromisso de ajustamento de conduta deve envolver uma obrigação certa em sua existência e determinada quanto ao objeto e prever sanção pecuniária para o caso de descumprimento, dispensando testemunha instrumentária. Origina a formação de título executivo extrajudicial e dispensa homologação judicial, salvo se for tomado em juízo e a homologação se destinar a extinguir o processo.

---

<sup>88</sup>MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*, cit., p. 306.

<sup>89</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1998. p. 485.

A esse respeito, também observa Hugo Nigro Mazzilli que “no curso do inquérito civil, pode sobrevir compromisso de ajustamento. Diz a lei do Ministério Público paulista que a eficácia do compromisso fica condicionada à homologação da promoção de arquivamento do inquérito civil pelo Conselho Superior do Ministério Público. Não poderia a lei estadual, entretanto, dispor sobre o momento em que se constitui o título executivo extrajudicial, matéria de processo. Ademais, nem sempre o compromisso de ajustamento leva ao arquivamento do inquérito civil: há compromissos preliminares que não dispensam o prosseguimento de diligências”.

Conforme observa Ademir Perez<sup>90</sup>, *“após a formalização do compromisso de ajustamento e conseqüente homologação da promoção de arquivamento do inquérito civil, com o exaurimento do procedimento administrativo, não cabendo mais qualquer recurso, surge a denominada coisa julgada administrativa, conceituada pelo saudoso MEIRELLES, como a “irretratabilidade do ato perante a própria Administração. É sua imodificabilidade na via administrativa, para estabilidade das relações entre as partes” (...)* o aludido compromisso é ato administrativo perfeito e acabado, inclusive, gerando direito subjetivo ao comprometente, não podendo ser desconsiderado e tampouco revogado, de forma unilateral, pelos órgãos e agentes da Administração Pública.(...) ao ser formalizado o compromisso de o interessado satisfazer todas as exigências legais destinadas à prevenção, indenização ou reparação da lesão ou ameaça de

---

<sup>90</sup>PEREZ, Ademir. *Termo de ajustamento de conduta*. Centro de apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Consumidor de São Paulo, Disponível em:<[www.mp.sp.gov.br](http://www.mp.sp.gov.br)>.

*lesão, a interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, ficará sepultada a pretensão de exercício do direito de ação, haja vista que o ajuste garante ao Ministério Público ou ao co-legitimado um título executivo extrajudicial em relação ao objeto do interesse (...) Evidente que todo o raciocínio ora desenvolvido parte da premissa maior e inarredável de que o objeto do compromisso de ajustamento de conduta seria rigorosamente o mesmo ou mais amplo que aquele embutido pelo co-legitimado ativo na ação civil pública, de tal modo que a procedência desta em nada acrescentaria ao título executivo extrajudicial adrede produzido na via administrativa (...) A recíproca não é verdadeira. Se o objeto da pretensão de direito material contida na ação civil pública for mais amplo que aquele contido no compromisso de ajustamento, não há que se falar em ausência de interesse processual, já que eventual procedência da ação representará um plus em relação ao título executivo extrajudicial obtido via da avença administrativa”.*

Quando o compromisso de ajustamento de conduta estiver aquém do necessário para a proteção dos interesses tutelados, valerá para o quanto acordado, mas não impedirá a propositura de ação civil pública com relação às obrigações legais não contempladas no compromisso<sup>91</sup>. O compromisso de ajustamento de conduta constitui garantia mínima a favor da

---

<sup>91</sup>Para Fernando Grella Vieira, “a transação será válida quanto ao que consagra, mas não impedirá, porém, a ação civil pública para exigir-se do autor do dano a obrigação faltante. Essa solução decorre, basicamente, da natureza indisponível dos interesses, de tal sorte que o compromisso só será pleno e ensejará a extinção das obrigações, se restarem atendidas todas as exigências legais em face do dano causado, consoante o disposto no § 6º, do artigo 5º, da Lei 7.347/85. Essa solução tem a seu favor, subsidiariamente, o disposto no parágrafo único do art. 1.066 do CC”. VIEIRA, Fernando Grella. Compromisso de ajustamento de conduta. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública, Lei 7347/85 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 286.

coletividade, não sendo admitida qualquer concessão ao investigado que fira a lei e, se isto ocorrer, a existência deste dispositivo no compromisso, não impedirá a propositura de ação civil pública pelo Ministério Público, nem por qualquer outro legitimado.<sup>92</sup>

No curso do inquérito civil pode ser celebrado compromisso de ajustamento, pelo órgão ministerial que o preside, conforme prevê o artigo 5º, § 6º, da LACP, salvo se for caso de ato de improbidade administrativa, tendo em vista o disposto no § 1º do art. 17 da Lei 8429/92.

Se o Compromisso de Ajustamento de Conduta for tomado por outro órgão público legitimado que não o Ministério Público, será reduzido a termo, não havendo necessidade de homologação.

O compromisso de ajustamento de conduta não é transação pois, como visto, não pode o órgão público que o tomou realizar concessões do direito material, circunstancia que desfigura um dos elementos da transação, segundo o artigo 840 do Código Civil.

### **3.11. Impedimento e suspeição no inquérito civil**

Como ocorre em diversas situações no processo civil e no processo penal, também no inquérito civil poderá haver casos de impedimento ou

---

<sup>92</sup>Neste sentido, Hugo Nigro Mazzilli observa que “os compromissos de ajustamento que tomam são garantias mínimas em proveito da coletividade e nunca concessões de direito material em favor do causador do dano. Nesses compromissos, de um lado, o causador do dano se obriga a ajustar sua conduta às exigências da lei; de outro lado, o tomador do compromisso não transige em nada: apenas estará implicitamente aceitando deixar de promover ação civil pública ou coletiva contra o causador do dano (ao obter título executivo extrajudicial, faltar-lhe-ia interesse processual para mover ação de conhecimento, visando a obter a formação do mesmo título que já detém)”. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 313.

suspeição do membro ministerial que o preside. São os casos previstos na legislação para o impedimento ou suspeição dos juizes e que se aplicam, *mutatis mutandis*, aos membros do Ministério Público, tais como as disposições dos artigos 138, I, do Código de Processo Civil; 258 do Código de Processo Penal; 43, VII, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público; e 171, item 2, 166 e 169, VI da Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo.<sup>93</sup>

Observe-se que se o promotor que preside o inquérito civil também for um dos lesados pelo fato e este fato referir-se a *interesses difusos*, não estará ele impedido (se o impedimento é de todos não é de ninguém); se o dano for a *interesses individuais homogêneos ou coletivos em sentido estrito*, terá interesse pessoal diferenciado e não poderá agir, sendo então substituído pelo substituto automático.

No caso do inquérito civil, conforme Hugo Mazzilli<sup>94</sup>, em situações que ensejem suspeição ou impedimento, deverá o membro do Ministério Público declinar espontaneamente de oficiar. Caso não o faça poderá ser rejeitado pela *parte interessada*, não se tratando tecnicamente de *exceção*, mas devendo ser processada adequadamente. A representação do interessado, na qual argüi o impedimento ou suspeição, será autuada e processada na própria promotoria de justiça, sendo a decisão afeta ao procurador-geral de justiça. A suspeição poderá ser argüida pelo

---

<sup>93</sup>Conforme MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*, cit., p. 101.

<sup>94</sup>Id. Ibid., p. 101-114.

investigado, por qualquer co-legitimado à ação civil pública respectiva, ou ainda por qualquer interessado.

Se acolhida a argüição, os autos do inquérito civil serão remetidos ao substituto automático do promotor suspeito ou impedido e, se desacolhida, o incidente será arquivado, permanecendo o promotor de justiça na presidência do procedimento investigatório.

Haverá, quando da apresentação da argüição, um juízo prévio de aceitação ou não pelo promotor de justiça argüido. Aceitando-a, deverá passar os autos ao substituto automático. Se recusa-la, a argüição não terá efeito suspensivo, para não prejudicar o andamento das investigações (analogicamente ao artigo 107 do CPP), caso em que será autuada e encaminhada ao procurador-geral de justiça para decisão.

### **3.12. Analogia entre inquérito policial e inquérito civil**

Como referido inicialmente, o inquérito civil surgiu com inspiração no inquérito policial, sendo natural que algumas soluções analógicas sejam invocadas, aplicando-se subsidiariamente a legislação referente ao inquérito policial contidas no Código de Processo Penal. Contudo, é importante observar-se que, embora em grande parte possam ser aproveitadas as regras sobre o inquérito policial, deve-se evitar aproximações excessivas, só cabendo a analogia naquilo que seja compatível entre ambos, como, por exemplo, quanto à imposição do sigilo

nas investigações; à natureza inquisitiva do procedimento; aos poderes instrutórios do presidente do inquérito; às regras de sua condução, etc.

Em suma, a analogia só deve ser usada naquilo que a Lei da Ação Civil Pública não tratar de forma diferente, e quando não for a norma incompatível com a natureza do inquérito civil.

### **3.13. Conflito de atribuições no IC**

Como ocorre no conflito de competência (entre juízes), também é possível a ocorrência de conflito de atribuições entre órgãos do Ministério Público, ou mesmo entre Ministérios Públicos, que poderá ser argüido quando o órgão ministerial entender ser de outro promotor a atribuição para atuar no caso. É relevante o tema, pois deve-se observar o *princípio do promotor natural* e, também, a atribuição do promotor de justiça é um dos requisitos para a legalidade do inquérito civil.

Sendo caso de conflito envolvendo promotores do mesmo estado da federação, os autos podem ser remetidos diretamente por aquele que entender ser do outro a atribuição e, se este segundo promotor aceita-la, a investigação prossegue normalmente. Se não aceitar a atribuição, ou seja, se entender que não é a ele que cabe a atribuição, deve este segundo argüir o conflito de atribuições ao Procurador Geral de Justiça. Independentemente do assunto tratado no inquérito civil, em qualquer área, o conflito de atribuição será sempre resolvido pelo Procurador Geral de Justiça.

Quando o conflito envolver o Ministério Público de outro Estado, da União, ou qualquer outro que não seja o do órgão suscitante, a argüição do conflito precisa ser feita através do Conselho Superior do Ministério Público, pois o caso estaria saindo da esfera do Ministério Público originário, sem o devido controle. Nestes casos, de conflitos que envolvam outros Ministérios Públicos, se o Conselho Superior não concordar com a argüição, proferirá decisão neste sentido e o procedimento prosseguirá normalmente, presidido pelo órgão ministerial suscitante. Se o Conselho acolher o conflito, os autos serão remetidos ao outro Ministério Público. Se este outro Ministério Público não aceitar a atribuição, surgirá um problema sobre a quem competirá a decisão, pois não há definição legal neste aspecto. Tratar-se-á, então, de conflito não entre promotores, mas entre Ministérios Públicos e, sendo eles órgãos dos Estados, a Constituição Federal comete ao Supremo Tribunal Federal os litígios entre os estados membros. Esta é a única solução possível, neste caso, como afirma Hugo Mazzilli.<sup>95</sup>

Poder-se-ia também pensar que, constituindo o inquérito civil procedimento administrativo, para que a decisão nestes casos ficasse restrita à esfera do Ministério Público, não sendo resolvida pelo STF, o Conselho Nacional do Ministério Público, que tem dentro de suas atribuições um certo controle administrativo dos vários Ministérios Públicos do país, decidisse a questão. Contudo, esta não é a solução, pois, o CNMP

---

<sup>95</sup>MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*, cit.

não tem esta atribuição conferida pela lei, conforme se verifica do artigo 130 – A da Constituição Federal.<sup>96</sup>

---

<sup>96</sup>Art. 130-A. O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo: o Procurador-Geral da República, que o preside; II quatro membros do Ministério Público da União, assegurada a representação de cada uma de suas carreiras; III três membros do Ministério Público dos Estados; IV dois juízes, indicados um pelo Supremo Tribunal Federal e outro pelo Superior Tribunal de Justiça; V dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal. § 1º Os membros do Conselho oriundos do Ministério Público serão indicados pelos respectivos Ministérios Públicos, na forma da lei. § 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe: I zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas; III receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; IV rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano; V elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar a mensagem prevista no art. 84, XI. § 3º O Conselho escolherá, em votação secreta, um Corregedor nacional, dentre os membros do Ministério Público que o integram, vedada a recondução, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pela lei, as seguintes: I receber reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos membros do Ministério Público e dos seus serviços auxiliares; II exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e correição geral; III requisitar e designar membros do Ministério Público, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de órgãos do Ministério Público. § 4º O Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil oficiará junto ao Conselho. § 5º Leis da União e dos Estados criarão ouvidorias do Ministério Público, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Ministério Público, inclusive contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional do Ministério Público.

## IV. O PAPEL DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE EM RELAÇÃO AOS PLANOS DE SAÚDE COLETIVOS

### 1. Atribuições da agência reguladora e limites do poder regulador

Conforme lembra Carlos Ari Sundfeld<sup>97</sup> “a existência das agências reguladoras resulta da necessidade de o Estado influir na organização das relações econômicas de modo muito constante e profundo, com o emprego de instrumentos de autoridade, e do desejo de conferir, às autoridades incumbidas dessa intervenção, boa dose de autonomia frente à estrutura tradicional do poder político.”

Isso se tornou necessário, entre nós, em razão da denominada *reforma do estado*, levada a efeito com mais ênfase na década de 1990, quando ocorreram as grandes privatizações de empresas públicas que atuavam em áreas de grande relevância, como a distribuição de energia elétrica e de comunicação.<sup>98</sup>

---

<sup>97</sup>SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000. p. 18.

<sup>98</sup>Com acuidade, observa Marília de Ávila e Silva Sampaio, que “a criação das agências reguladoras no Direito Administrativo brasileiro insere-se dentro de um panorama de reforma do Estado, com vistas à criação de um novo modelo de gestão capaz de modernizá-lo. Tal fenômeno justifica-se a partir da constatação de que o Estado Social, com atuação em todos os setores da vida da sociedade, mostrou-se ineficiente na prestação de serviços públicos, como resultado de seu crescimento desmesurado. Assim, impôs-se uma limitação de intervencionismo estatal, redirecionando sua atuação especificadamente para suas funções de fomento e garantia de acesso do cidadão aos serviços públicos, ainda que prestados pelo setor privado”. SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. O poder normativo das agências reguladoras. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 227, p. 339, jan./mar. 2002.

Para a nova situação, tornou-se então necessária a criação de mecanismos para que tais serviços, públicos e de relevância pública, ficassem sob um certo controle do Estado. Surgiram então as agências reguladoras, seguindo-se o modelo das norte-americanas, criando-se inicialmente as que estavam expressamente previstas na Constituição, ou seja, a referente à exploração do petróleo, aludida no artigo 177, III e a relativa às telecomunicações, mencionada no artigo 21, XI.

O fato de ser previsto expressamente na Constituição apenas os órgãos reguladores referentes a telecomunicações e petróleo, não significa que somente estas teriam um poder normativo. Todas as agências reguladoras detêm o poder normativo. O que fez a Carta Magna, ao estabelecer a criação dos referidos órgãos, nos mencionados dispositivos, foi afastar uma discricionariedade legislativa para criar ou não um órgão regulador, impondo sua existência, para reduzir os malefícios e riscos de uma posição dominante, tendo em vista o monopólio até então existente, existindo a discricionariedade para os demais setores.<sup>99</sup>

Vieram, então, depois, as outras agências reguladoras, em áreas consideradas importantes pela administração, dentre elas, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), criada pela Lei 9961, de 28 de janeiro de 2000<sup>100</sup> que, como as outras agências, trata-se de autarquia sob

---

<sup>99</sup>Conforme SOUTO, Marcos Juruena Villela. A extensão do poder normativo das agências reguladoras. In: SEMINÁRIO SOBRE AGÊNCIAS REGULADORAS, *Anais...* Bahia, 2004. p. 27.

<sup>100</sup>Art. 1º É criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro - RJ, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, como órgão de

regime especial, criada com a finalidade de disciplinar e controlar as atividades de sua área.<sup>101</sup>

Nesta condição, como ente estatal criado para exercer a regulação<sup>102</sup> e fiscalizar o setor de planos de saúde, a Agência Nacional de Saúde Suplementar, tem o poder de expedir normas para tal, não podendo, contudo, exorbitar de suas funções, extrapolando os limites de seu poder regulador, devendo observar certos limites jurídicos.

Conforme observa Leila Cuéllar<sup>103</sup> “os regulamentos não podem desrespeitar as normas e princípios de direito que lhe são superiores. É-lhes vedado modificar, suspender, derrogar ou revogar as normas e princípios constitucionais, ou contrariar a lei em sentido amplo”.

Embora a *regulação* não se confunda com a *regulamentação*, que é privativa do chefe do poder executivo, os raciocínios sobre os regulamentos aplicam-se perfeitamente às normas expedidas pelas agências reguladoras. Portanto, as normas de regulação, como os regulamentos, também estão limitadas pelo princípio da legalidade, expresso no artigo 5º, inciso II da

---

regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.

Parágrafo único. A natureza de autarquia especial conferida à ANS é caracterizada por autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes.

<sup>101</sup>Ver MELO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001. p. 132.

<sup>102</sup>Observe-se que, conforme alude Marcos Juruena Villela Souto, a regulação não se confunde com a regulamentação, que é privativa do chefe do poder executivo, não se limitando a regulação à produção de normas, tendo caráter técnico e não político, destinando-se a uma coletividade e é fruto de uma decisão colegiada, que pondera entre os vários interesses em jogo e não apenas à luz de uma orientação política majoritária In SOUTO, Marcos Juruena Villela. op. cit.

<sup>103</sup>CUÉLLAR, Leila. *As agencias reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 124.

Carta Magna<sup>104</sup>, observando-se, contudo, que, como lembra André Ramos Tavares "antes de falar em legalidade, deve-se ter em mente a constitucionalidade entendendo-se por esta que toda lei ou ato normativo de um Estado seja praticado em consonância com a Constituição e, pois, que perante esta seja controlável".

Assim, embora possam expedir normas de regulação, as agências reguladoras não podem exorbitar de suas funções, invadindo a esfera do legislativo, criando regras que extrapolem seus poderes fixados pela lei. O que elas podem fazer são regras para a regulação do setor, mas sempre nos estritos limites legais. Observe-se que, a própria lei<sup>105 106</sup>, encontra limites na Constituição. Desta forma, é necessário que, ao se interpretar um dispositivo legal, não sejam olvidadas as normas e princípios constitucionais.

Conforme magistério de José Cretella Júnior<sup>107</sup>, "regulamento é a norma jurídica de caráter geral, editada pela autoridade administrativa, em matéria de sua competência, conferida pela *lei formal*, com o objetivo de

---

<sup>104</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: ...II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

<sup>105</sup> Lei em sentido *formal*, conforme lição de Hans Kelsen, pode ser "toda e qualquer norma jurídica geral surgida em forma de lei, isto é, emitida pelo parlamento e – de conformidade com as determinações típicas da maioria das Constituições – publicada por determinada maneira, quer, em geral, todo o conteúdo que surja nesta forma".

<sup>106</sup> Conforme Guilherme Mussi, Miguel Seabra FAGUNDES defende interessante posicionamento ao dizer que "a lei (no sentido formal) é o ato do órgão investido, constitucionalmente, na função legislativa. Todo ato emanado das entidades às quais a Constituição atribua função legislativa, se praticado no uso da competência outorgada, é lei no ponto de vista formal".

Impende notar que o entendimento do autor acima mencionado vai ao encontro da tese defendida por Eros Roberto GRAU no que atine à equiparação dos atos normativos expedidos pelo Poder Executivo àqueles do Poder Legislativo, desde que previstos no rol do artigo 59 da Constituição Federal de 1988.

<sup>107</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 239.

facilitar-lhe a aplicação”, observando-se que, conforme Pontes de Miranda “onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamento - *há abuso de poder regulamentar*, invasão da competência do legislativo. O *regulamento* não é mais do que auxiliar das leis, auxiliar no que sói pretender, não raro, o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se e lograr que o elevem à categoria de lei. **Quanto menos se regulamentar, melhor.**” (grifei).

Observa ainda José Cretella Júnior, que a doutrina italiana distingue três tipos de regulamento: *os regulamentos executivos*, que têm em mira a aplicação da lei, *os regulamentos delegados* e *os autônomos*, este último inexistindo diante da realidade brasileira, embora a doutrina o mencione, importando para o escopo deste trabalho o *regulamento delegado*, cujas noções aplicam-se às normas expedidas pela ANS, com base na delegação a ela conferida no artigo 10, parágrafo 4º, da LPS.

Conforme mencionado por Guilherme Massi, Luis Roberto Barroso assevera que, para que se possa realizar uma delegação de poderes “torna-se necessária a existência de duas linhas fundamentais advindas do ordenamento jurídico norte-americano e que foram importadas pelo Brasil, quais sejam: Pela primeira, a teoria do *filling up details* (preenchimento de detalhes), seriam legítimas as delegações de competência legislativa ao Executivo quando a esse coubesse tão-somente minudenciar a aplicação da norma geral já editada. Algo, assim, em tudo e por tudo, análogo ao nosso poder regulamentar. A segunda teoria fundava-se em que a

delegação legislativa não era vedada, desde que o ato emanado do órgão legislativo transferindo atribuições fixasse parâmetros, standards adequados e satisfatórios para pautarem a atuação legiferante do órgão delegado, limitando-a. A teoria do *delegation with standards* fez carreira na jurisprudência da Suprema Corte americana, que no entanto, vez por outra, coibiu abusos. Por importação de tais noções, também a doutrina brasileira passou a encarar com certa atenuação a questão das delegações legislativas, para admiti-las, com reservas, sempre que o legislador oferecesse *standards* adequados, isto é, quando houvesse início de legislação apta a confinar dentro em limites determinados a normalização secundária do órgão delegado. Inversamente, **quando o órgão legislativo abdicasse de seu dever de legislar, transferindo a outros a responsabilidade pela definição das alternativas políticas e das diretrizes a seguir, a invalidade seria patente.**” (grifei)

Neste diapasão, não pode a ANS, com supedâneo no artigo 10 da LPS<sup>108</sup>, mormente no parágrafo 4º, que dispõe caber-lhe estabelecer, por

---

<sup>108</sup> Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto: I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental; II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; III - inseminação artificial; IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados; VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar; VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes; X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.

§ 1º As exceções constantes dos incisos deste artigo serão objeto de regulamentação pela ANS.

normas por ela editadas, a amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade extrapolar os limites de sua delegação, criando normas sem quaisquer limites.

À primeira vista, fazendo-se uma interpretação meramente literal do disposto no mencionado artigo 10, parágrafo 4<sup>a</sup>, da LPS, poder-se-ia pensar que a ANS poderia estabelecer qualquer coisa acerca da amplitude destas coberturas, o que levaria ao absurdo de admitir a fixação de cobertura de amplitude zero para certo tipo de procedimento, ou seja, a lei prever a cobertura do procedimento, e a norma administrativa da ANS estabelecer, na definição da abrangência, que tal procedimento não terá cobertura. Evidentemente isto não é possível, estaria a norma administrativa extrapolando seus limites, retirando direitos previsto pela lei.

Aliás, embora absurdo, é o que aconteceu em alguns casos, como a limitação da cobertura de transplantes apenas aos de rins e córnea, conforme definido na Resolução nº 12, de 04.11.1998, do CONSU.

Como se viu, a lei não pretende esta insegurança, de se cobrir certos tipos de transplante, posteriormente ampliar-se a cobertura para mais outros tipos e, depois diminuir-se novamente os casos de cobertura em novas normas administrativas. Não é esse o objetivo da LPS que, em seu

---

§ 2º As pessoas jurídicas que comercializam produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei oferecerão, obrigatoriamente, a partir de 3 de dezembro de 1999, o plano-referência de que trata este artigo a todos os seus atuais e futuros consumidores

§ 3º Excluem-se da obrigatoriedade a que se refere o § 2º deste artigo as pessoas jurídicas que mantêm sistemas de assistência à saúde pela modalidade de autogestão e as pessoas jurídicas que operem exclusivamente planos odontológicos .

§ 4º A amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS.

artigo 10, estabelece a obrigatoriedade de “cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde.

Sendo o transplante referente a tratamento de doença listada na classificação referida, e não sendo caso das exclusões definidas nos taxativos casos previstos nos incisos do mencionado artigo 10, todo tipo de transplante deve ser coberto, valendo o raciocínio para qualquer outro tipo de procedimento.

Assim, não sendo possível a lei conceder delegação ilimitada, isto é, sem definição clara quanto dos limites a serem respeitados, não pode a ANS estabelecer livremente, sem qualquer restrição, o âmbito de cobertura dos planos de saúde. Os limites são estabelecidos pela LPS e não pelas normas administrativas, que devem respeitar o princípio da legalidade.

Além da competência para a expedição de normas de regulação do setor de planos de saúde, tem a ANS também o dever de fiscalizá-los, inclusive para garantir o respeito aos direitos dos consumidores. Com efeito, nos termos da Lei 9961, de 28 de janeiro de 2001, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), cabe-lhe a atuação em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à

saúde (artigo 1º), tendo por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País (artigo 3º), competindo-lhe, entre outras previsões, autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, ouvido o Ministério da Fazenda (artigo 4º, inciso XVII), conferindo-lhe a referida lei todos os mecanismos necessários para tal, conforme se deduz dos vários outros incisos do artigo 4º.<sup>109</sup>

---

<sup>109</sup> Art. 4º Compete à ANS: I - propor políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar - Consu para a regulação do setor de saúde suplementar; II - estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras; III - elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei no. 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas exceções; IV - fixar critérios para os procedimentos de credenciamento e descredenciamento de prestadores de serviço às operadoras; V - estabelecer parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde para os serviços próprios e de terceiros oferecidos pelas operadoras; VI - estabelecer normas para ressarcimento ao Sistema Único de Saúde - SUS; VII - estabelecer normas relativas à adoção e utilização, pelas operadoras de planos de assistência à saúde, de mecanismos de regulação do uso dos serviços de saúde; VIII - deliberar sobre a criação de câmaras técnicas, de caráter consultivo, de forma a subsidiar suas decisões; IX - normatizar os conceitos de doença e lesão preexistentes; X - definir, para fins de aplicação da Lei no 9.656, de 1998, a segmentação das operadoras e administradoras de planos privados de assistência à saúde, observando as suas peculiaridades; XI - estabelecer critérios, responsabilidades, obrigações e normas de procedimento para garantia dos direitos assegurados nos arts. 30 e 31 da Lei no 9.656, de 1998; XII - estabelecer normas para registro dos produtos definidos no inciso I e no § 1º do art. 1º da Lei no 9.656, de 1998; XIII - decidir sobre o estabelecimento de sub-segmentações aos tipos de planos definidos nos incisos I a IV do art. 12 da Lei nº 9.656, de 1998; XIV - estabelecer critérios gerais para o exercício de cargos diretivos das operadoras de planos privados de assistência à saúde; XV - estabelecer critérios de aferição e controle da qualidade dos serviços oferecidos pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, sejam eles próprios, referenciados, contratados ou conveniados; XVI - estabelecer normas, rotinas e procedimentos para concessão, manutenção e cancelamento de registro dos produtos das operadoras de planos privados de assistência à saúde; XVII - autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, ouvido o Ministério da Fazenda; **(Redação dada pela MP nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001)**. XVIII - expedir normas e padrões para o envio de informações de natureza econômico-financeira pelas operadoras, com vistas à homologação de reajustes e revisões; XIX - proceder à integração de informações com os bancos de dados do Sistema Único de Saúde; XX - autorizar o registro dos planos privados de assistência à saúde; XXI - monitorar a evolução dos preços de planos de assistência à saúde, seus prestadores de serviços, e respectivos componentes e insumos; XXII - autorizar o registro e o funcionamento das operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem assim sua cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência do controle

Como se vê, a ANS tem importantes funções, tanto de regulação quanto de fiscalização do setor. Contudo, ao que parece, atua mais na regulação, com a expedição de centenas de normas administrativas (contrariando o conselho de Pontes de Miranda: “quanto menos se

---

societário, sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994; **(Redação dada pela MP nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001)**.

XXIII - fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento;XXIV - exercer o controle e a avaliação dos aspectos concernentes à garantia de acesso, manutenção e qualidade dos serviços prestados, direta ou indiretamente, pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde;XXV - avaliar a capacidade técnico-operacional das operadoras de planos privados de assistência à saúde para garantir a compatibilidade da cobertura oferecida com os recursos disponíveis na área geográfica de abrangência;XXVI - fiscalizar a atuação das operadoras e prestadores de serviços de saúde com relação à abrangência das coberturas de patologias e procedimentos;

XXVII - fiscalizar aspectos concernentes às coberturas e o cumprimento da legislação referente aos aspectos sanitários e epidemiológicos, relativos à prestação de serviços médicos e hospitalares no âmbito da saúde suplementar;XXVIII - avaliar os mecanismos de regulação utilizados pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde;XXIX - fiscalizar o cumprimento das disposições da Lei no 9.656, de 1998, e de sua regulamentação;XXX - aplicar as penalidades pelo descumprimento da Lei nº 9.656, de 1998, e de sua regulamentação;XXXI - requisitar o fornecimento de informações às operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem como da rede prestadora de serviços a elas credenciadas;XXXII - adotar as medidas necessárias para estimular a competição no setor de planos privados de assistência à saúde;XXXIII - instituir o regime de direção fiscal ou técnica nas operadoras;XXXIV - proceder à liquidação extrajudicial e autorizar o liquidante a requerer a falência ou insolvência civil das operadoras de planos privados de assistência à saúde; **(Redação dada pela MP nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001)**. XXXV – determinar ou promover a alienação da carteira de planos privados de assistência à saúde das operadoras; **(Redação dada pela MP nº 2.097-36, de 26 de janeiro de 2001)**. XXXVI - articular-se com os órgãos de defesa do consumidor visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde, observado o disposto na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990;XXXVII - zelar pela qualidade dos serviços de assistência à saúde no âmbito da assistência à saúde suplementar;XXXVIII - administrar e arrecadar as taxas instituídas por esta Lei.XXXIX – celebrar, nas condições que estabelecer, termo de compromisso de ajuste de conduta e termo de compromisso e fiscalizar os seus cumprimentos. **(Redação dada pela MP nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001)**. XL – definir as atribuições e competências do diretor técnico, diretor fiscal, do liquidante e do responsável pela alienação de carteira. **Inciso incluído pela MP nº 2.097-36, de 26 de janeiro de 2001)**.XLI – fixar as normas para constituição, organização, funcionamento e fiscalização das operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, incluindo: **(Artigo e alíneas incluídas pela MP nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001)**.a) conteúdos e modelos assistenciais;b) adequação e utilização de tecnologias em saúde;c) direção fiscal ou técnica;d) liquidação extrajudicial;e) procedimentos de recuperação financeira das operadoras;f) normas de aplicação de penalidades;g) garantias assistenciais, para cobertura dos planos ou produtos comercializados ou disponibilizados;XLII – estipular índices e demais condições técnicas sobre investimentos e outras relações patrimoniais a serem observadas pelas operadoras de planos de assistência à saúde. **(Inciso incluído pela MP nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001)**. § 1º A recusa, a omissão, a falsidade ou o retardamento injustificado de informações ou documentos solicitados pela ANS constitui infração punível com multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), podendo ser aumentada em até vinte vezes, se necessário, para garantir a sua eficácia em razão da situação econômica da operadora ou prestadora de serviços. **(Redação dada pela MP nº 1.976-33, de 23 de novembro de 2000)**.§ 2º As normas previstas neste artigo obedecerão às características específicas da operadora, especialmente no que concerne à natureza jurídica de seus atos constitutivos.

regulamentar, melhor”), muitas delas extrapolando seus limites do poder regulador, como dito alhures, do que na fiscalização, mormente dos planos coletivos.

Senão vejamos: com relação a reajustes de preço a referida Lei 9961/01, nada refere acerca de reajustes de contratos de planos individuais ou coletivos, isto é, não diferencia para este fim os contratos em razão desta característica. Por sua vez, a LPS estabelece que os planos de saúde subordinam-se às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (artigo 1º, § 1º) e que, para os planos individuais, independentemente da data de sua celebração, a aplicação de cláusula de reajuste das contraprestações pecuniárias dependerá de prévia aprovação da ANS (§ 2º do artigo 35 E), também nada estabelecendo acerca de planos coletivos no que se refere a reajustes, prevendo, contudo, o que nem precisava por ser óbvio, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas questões afetas aos planos de saúde em geral (artigo 35 G).

Assim, é incorreto o entendimento que alguns sustentam, de que a ANS não tem como atribuição o controle de preço dos contratos coletivos, devendo efetivamente fazê-lo e, para tal, tem os instrumentos necessários, inclusive o CDC.

No geral, com relação ao controle dos reajustes de preço, vem a ANS expedindo anualmente resoluções para a fixação do percentual de reajuste a ser aplicado aos contratos individuais. Tais índices são determinados, conforme divulga a Agência, considerando-se a média de reajustes dos

contratos coletivos que são simplesmente a ela comunicados pelas operadoras, sem um claro controle efetivo.

A metodologia aplicada pela ANS quanto aos reajustes de preço de planos de saúde não é adequada, pois não protege convenientemente o interesse dos consumidores, deixando praticamente ao arbítrio das operadoras a definição do índice de reajustes dos contratos coletivos que servem de base para os dos contratos individuais. Observe-se, como já foi dito, que os contratos coletivos representam 80% do total dos planos de saúde que têm cerca de quarenta milhões de usuários consumidores.

Outro grave problema que enfrentam os consumidores com relação ao mercado de planos de saúde é a escassez, senão a inexistência de oferta de planos individuais. Já em dezembro de 2005 o *Jornal Nacional*, da TV Globo, apresentou relevante matéria jornalística, sobre o grave problema que estavam afetando os consumidores de planos de saúde. Dizia respeito ao fato de estarem as grandes operadoras e seguradoras sonegando ao consumidor o direito a adquirir o *plano individual*, disponibilizando no mercado apenas os chamados *planos coletivos*, situação que perdura até hoje. Na oportunidade, ouvido pela reportagem, o diretor-presidente da ANS, órgão responsável pela regulação e fiscalização do setor, afirmou não ser ilegal tal prática, afirmação da qual, respeitosamente, discordamos, pelas razões que adiante serão expostas.

O motivo de priorizar a comercialização de planos coletivos, que são aqueles contratados por pessoa jurídica para seus funcionários,

associados, filiados ou para quem tenha com ela outro vínculo que admita tal modalidade de plano de saúde, só pode ser entendida como a de livrar-se da fiscalização governamental no que se refere a temas de extrema relevância para os consumidores, tais como os referentes aos reajustes de preços e à rescisão contratual.

Com efeito, conforme a regulamentação vigente, a ANS estabelece o índice anual de reajustes de preços apenas para os contratos individuais, ficando os reajustes referentes aos contratos coletivos sujeitos à *“livre negociação”* entre a operadora e a pessoa jurídica contratante, vedando a lei expressamente a rescisão imotivada dos contratos individuais, salvo por fraude ou inadimplemento por mais de sessenta dias, não admitindo em nenhuma hipótese a suspensão ou rescisão do contrato durante a ocorrência de internação hospitalar do titular.

Evidentemente, no caso dos reajustes dos planos coletivos, é importante observar que a *“livre negociação”* não pode resultar em reajuste abusivo, em detrimento do consumidor, e deve ser fiscalizada pela ANS, com o fim de evitar e coibir os eventuais abusos. Não obstante, continua na prática a situação de falta de oferta de planos individuais no mercado, o que representa indicio de falhas na fiscalização.

Antes do advento da Lei 9656/98, Lei dos Planos de Saúde, a regra eram os planos individuais, que constituíam a maior parte do mercado. Após a entrada em vigor da mencionada lei e, conseqüentemente, da imposição de índices de reajustes para os contratos individuais pela ANS,

vêm sendo gradativamente diminuída a oferta destes planos, chegando algumas grandes operadoras, como mencionado na reportagem acima referida, a eliminar por completo a comercialização, passando a comercializar exclusivamente os contratos coletivos. Em alguns casos, há operadoras que simulam manter no mercado planos individuais, estabelecendo para eles preços claramente impraticáveis, inviabilizando a aquisição por qualquer consumidor.

A escassez ou inexistência da comercialização dos planos de saúde individuais pelas operadoras, além de violar a lei, constitui um imenso prejuízo à coletividade de consumidores que fica impedida de ter acesso ao referido mercado, só podendo adquirir o plano de saúde coletivo se preencher os requisitos de vinculação à pessoa jurídica contratante.

Como já referido, o mercado tradicional de planos de saúde sempre teve grande participação dos contratos individuais e, para regulamentar este mercado, é que se fez a Lei dos Planos de Saúde. Não podem as operadoras, com o nítido propósito de burlar a lei, retirar do mercado o produto que sempre comercializaram.

Ao diminuir drasticamente a oferta ou retirar do mercado o plano individual, com propósito de furtarem-se às imposições legais, ferem os deveres da boa-fé objetiva que deve estar presente em todas as relações de consumo e outros princípios basilares de nosso ordenamento jurídico, como o da função social da empresa, além de afrontarem diversos

dispositivos legais, não se podendo admitir como legal, ou mesmo como aceitável, tal situação. Senão vejamos:

a) O ato de diminuir substancialmente ou excluir da comercialização os planos de saúde individuais, com nítido propósito de furtar-se à fiscalização da ANS, se praticado por empresa que controle 20% do mercado, constitui infração da ordem econômica, nos termos do artigo 20, inciso IV, combinando com o artigo 21, incisos XIII e XXI da Lei 8884/94.

Se esta empresa que detenha pelo menos 20% do mercado, com o mesmo propósito de furtar-se à fiscalização imposta pela Lei dos Planos de Saúde, eleva artificialmente o preço do plano individual para, na prática, inviabilizá-lo tornando-o inacessível ao consumidor, também estará a praticar infração da ordem econômica, nos termos do artigo 21, inciso XXIV da Lei 8884/94.

Ademais, em ambos os casos, estar-se-ia infringindo o artigo 39, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, por constituírem claramente práticas abusivas;

b) O fato de não disponibilizar no mercado o plano de saúde individual, constitui para qualquer operadora, excetuadas as que operam exclusivamente planos odontológicos ou na modalidade de autogestão, violação ao artigo 10, parágrafo 1º, da Lei dos Planos de Saúde.

Com efeito, estabelece tal dispositivo legal que, desde 3 de dezembro de 1999, qualquer operadora de planos de saúde está obrigada

a oferecer a todos os *seus atuais e futuros consumidores* o *plano referência*, que é o que engloba todas as segmentações admitidas, ou seja, é a somatória dos planos ambulatorial, hospitalar e cobertura de obstetrícia.

O referido dispositivo da LPS é muito claro. Para todos os consumidores que já possuíam, à época do advento da lei, o plano de saúde de determinada empresa, deveria ela oferecer-lhe o plano referência, a partir de 03 de dezembro de 1999. Especificamente sobre este tópico, ou seja, sobre a obrigação de oferecer o plano referência aos possuidores de contratos antigos (anteriores à Lei dos Planos de Saúde), o Supremo Tribunal Federal já dispensou as empresas desta obrigação. Contudo, aos demais consumidores, chamados pela lei de *futuros*, têm as operadoras a obrigação de disponibilizar, desde a mencionada data, o plano referência.

Quem são os *futuros consumidores* mencionados pela lei? Não há qualquer dúvida de que se tratam de todos os consumidores. De modo que, a toda e qualquer pessoa que deseje adquirir o plano referência, deve ele estar disponível em qualquer operadora. Não há possibilidade legal de alguma empresa atuar na área de planos de saúde sem que comercialize o plano individual, isto é comercializando apenas planos coletivos.

Como se vê, ao contrário do que alguns inadvertidamente entendem, desde o advento da Lei 9656/98, qualquer empresa que queira operar no mercado de Planos de Saúde tem o dever de comercializar o plano referência, na modalidade individual, pois é ele que atinge toda a coletividade de consumidores, o mercado de consumo, pois, como já vimos,

o plano de saúde coletivo só pode ser adquirido por quem preencha os requisitos que lhes são próprios.

Não se deve olvidar, também, que a defesa do consumidor é tão importante, que foi erigida em nossa Carta Magna como direito fundamental (artigo 5º, inciso XXXII) e fundamento da Ordem Econômica (artigo 170, inciso V), não se admitindo eventual omissão do órgão governamental que tem o poder de polícia para a fiscalização e repressão de fatos como os acima mencionados.

Nas palavras de Leila Cuéllar, “no que tange às atividades econômicas em sentido estrito que se submetem à fiscalização dos entes reguladores, saliente-se que a missão das agências é regular, normatizar, controlar e fiscalizar as atividades desenvolvidas por particulares, tendo em vista o interesse público (desenvolvimento de ações de proteção à saúde, no caso da Agência Nacional de Saúde Suplementar e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária) e a defesa dos interesses dos consumidores, almejando a manutenção da qualidade dos serviços e produtos ofertados, os preços justos, o respeito aos menos privilegiados e às minorias etc”.<sup>110</sup>

---

<sup>110</sup>CUÉLLAR, Leila. op. cit., p. 79.

## V. CONCLUSÕES

1- Os contratos de planos de saúde constituem contratos *atípicos*, *bilaterais* e *aleatórios*, além de pertencerem à categoria dos *contratos de adesão*, sendo que, nos contratos coletivos há *estipulação em favor de terceiros*.

2 – Tendo em vista serem os serviços de saúde considerados expressamente pela Constituição Federal como de *relevância pública*, que assim os definiu para vincular o zelo do Ministério Público por tais serviços, fundamenta-se expressamente no próprio texto constitucional, a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos consumidores de planos de saúde coletivos.

3 – Por haver relação de consumo, e a presença de interesses transindividuais envolvidos nos contratos de planos de saúde coletivos, a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos consumidores destes planos, fundamenta-se também no artigo 129, III, da Constituição Federal, e nos artigos 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7347/85) e 82 do Código de Defesa do Consumidor.

4- Nos contratos de planos de saúde coletivos, há *estipulação em favor de terceiros*, o que não afasta a relação de consumo, podendo o cumprimento das obrigações das operadoras, deles decorrentes, ser

exigidas tanto pela pessoa jurídica contratante, quanto pelos usuários, que são os terceiros interessados.

5- A ANS é autarquia especial, criada para regular e fiscalizar o mercado de planos de saúde, inclusive editando normas para tal. Contudo, a expedição dessas normas deve respeito ao *princípio da legalidade*, encontrando limites na lei, que por sua vez, não pode conceder delegação ilimitada ao órgão regulador.

6- A ANS, embora tendo o dever de regular e fiscalizar o setor de planos de saúde, atua mais na regulação do que na fiscalização, expedindo centenas de normas e deixando praticamente imunes várias infrações cometidas pelas operadoras, como a retirada do mercado dos planos individuais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACOSTA ESTÉVEZ, José B. *Tutela procesal de los consumidores*. Barcelona: Bosch, 1995.

ALMEIDA, João Batista. *A proteção jurídica do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1998.

FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. *Planos de saúde e direito do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Curso fundamental de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2007.

FILOMENO, José Geraldo Brito et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GODINHO, Robson Renault. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quatier Latin do Brasil, 2005.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

\_\_\_\_\_. *Direito das obrigações*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRAU, Eros Roberto. O conceito de “Relevância Pública” na Constituição Federal de 1988. *Revista do Direito Sanitário*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 68-76, jul. 2004.

GREGORY, Maria Stella. *Planos de saúde*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Exposição de motivos do anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo. In: \_\_\_\_\_. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

\_\_\_\_\_. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2005.

\_\_\_\_\_ et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LYRA, Marcos Mendes. *Controle das cláusulas abusivas nos contratos de consumo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Legitimidade do Ministério Público em matéria de interesses individuais homogêneos. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

MAZZEI, Rodrigo. *Tutela coletiva em Portugal: uma breve resenha*. In: *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

\_\_\_\_\_. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *O inquérito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. 26.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 5.

MUSSI, Guilherme. Os limites do poder normativo das agências reguladoras brasileiras: o caso do encargo de capacidade emergencial ("seguro apagão"). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 316, 19 maio 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor anotado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

\_\_\_\_\_. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996.

\_\_\_\_\_ et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

\_\_\_\_\_; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

NUNES, Antonio Rizzato. O Código de Defesa do Consumidor e os planos de saúde. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 13, n. 49, p. 126-129, jan./mar. 2004.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 3.

PEREZ, Ademir. *Termo de ajustamento de conduta*. Centro de apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Consumidor de São Paulo, Disponível em: <[www.mp.sp.gov.br](http://www.mp.sp.gov.br)>.

PROENÇA, Luis Roberto. *Inquérito civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

REINALDO FILHO, Demócrito. A natureza jurídica do plano de saúde coletivo – sua repercussão em termos de abusividade da cláusula que permite o reajuste por sinistralidade. *Jus navegandi*. Disponível em: <[www.jus.com.br](http://www.jus.com.br)>.

RIZZARDO, Arnaldo. *Planos de assistência e seguros saúde*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 1999.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. O poder normativo das agências reguladoras. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 227, p. 339-347, jan./mar. 2002.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. A extensão do poder normativo das agências reguladoras. In: SEMINÁRIO SOBRE AGÊNCIAS REGULADORAS, *Anais...* Bahia, 2004.

STIGLITZ, Rubén S.; STIGLITZ, Gabriel A. *Contratos: teoria general*. Buenos Aires: Depalma, 1994.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

VIANA, Marco Aurélio S. *Curso de direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. v. 5.

VIEIRA, Fernando Grella. Compromisso de ajustamento de conduta. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública, Lei 7347/85 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes na práxis forense. In: FIGUEIREDO, Sálvio de (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

ZANELATO, Marco Antonio. *Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor*. Disponível em: <[www.mp.sp.gov.br/caoconsumidor](http://www.mp.sp.gov.br/caoconsumidor)>.

\_\_\_\_\_. *Sobre a defesa dos interesses individuais homogêneos dos consumidores pelo Ministério Público*. In: CONGRESSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO, 3. 24-27 ago. 2005. *Anais...* São Paulo: Páginas e Letras Ed., 2006. v. 1, p. 505.

ZAVASCKI, Teori Albino. O Ministério Público e a defesa dos interesses individuais homogêneos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 30, n. 117, p. 173-186, jan./mar. 1993.

**ANEXOS**

**RECURSO ESPECIAL Nº 602.397 - RS (2003/0191895-6)****RELATOR: Ministro Castro Filho****VOTO**

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO FILHO: A discussão dos autos diz respeito à validade de cláusula integrante de contrato de seguro de saúde em grupo, que permite a rescisão unilateral da avença, pela seguradora, mediante simples notificação prévia, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias.

Destaca-se, inicialmente, que não incide a espécie no óbice da Súmula 5 desta Corte, porquanto não se trata de interpretação de cláusula contratual, mas da verificação de sua validade frente à legislação.

A cláusula em questão, constante do item 14.1, alínea "e", do contrato de fls. 09/26, tem a seguinte redação: *"14.1 - O seguro estará automaticamente cancelado, independentemente de notificação e/ou interpelação judicial e sem que cubra indenização à parte infratora, nas seguintes situações. (...) e) quando a composição do grupo ou a natureza dos riscos vierem a sofrer alterações tais que tornem inviável a sua manutenção pela Seguradora, esta reserva-se o direito de cancelar o seguro, mediante o aviso prévio por escrito de, no mínimo, 30 (trinta) dias.*

O seguro de saúde, como, de resto, todos dessa espécie de contrato, tem como característica básica a álea, ou seja, o segurado paga o prêmio no intuito de se resguardar de eventuais infortúnios. Reveste-se contudo, de uma maior seriedade do que os seguros de coisa, porquanto protege um dos mais preciosos bens do ser humano. Outra característica que merece ser ressaltada, é a de que nessa espécie, normalmente, o segurado, para entrar no gozo de todas as coberturas contratuais, é submetido a períodos de carência. Em suma, se há a rescisão de um plano de saúde, mesmo que se contrate outro em seguida, não terá ele, de imediato, a mesma cobertura anterior.

Outrossim, é desarrazoado o argumento de inviabilidade de manutenção do contrato. Primeiro, no cálculo do prêmio são levados em consideração os riscos cobertos e, segundo, em tese, se ocorreram sinistros a mais do que o

esperado pela seguradora, não é o segurado que deve responder por isso, uma vez que o contrato por ele celebrado visava justamente protegê-lo desses riscos. Não é admissível considerar como causa de ruptura de um contrato de seguro justamente a ocorrência dos sinistros por ele protegidos. Foge à razoabilidade considerar justo motivo de rompimento do plano de saúde, pela empresa, a ocorrência de doenças nos segurados. Em razão dessas peculiaridades, para manter a confiança dos consumidores de planos de saúde e resguardá-los de abusos, o legislador, em norma expressa, proibiu as empresas seguradoras de rescindirem unilateralmente os contratos, salvo os casos de fraude ou não pagamento da mensalidade por período superior a 60 (sessenta) dias, por ano de contrato. Essa é a dicção da Lei nº 9.656/98, em seu artigo 13, anterior ao presente contrato, **norma de ordem pública**, cuja afronta acarreta nulidade da cláusula.

*"Art. 13. Os contratos de planos e seguros privados de assistência à saúde têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato de renovação. (...) II - São vedadas: (...)b) a suspensão do contrato e a denúncia unilateral, salvo por fraude ou não pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, a cada ano de vigência do contrato."*

Ainda que não existissem esses dispositivos, é de se observar que a cláusula em comento traz vantagem exagerada à seguradora, em detrimento do segurado. Também vai contra o objetivo dessa espécie contratual e de seu princípio fundamental, qual seja, a proteção contra eventuais moléstias. É claramente nula, portanto, por ofender o disposto no artigo 51, inciso IV, e § 1º, incisos I e II, do Código de Defesa do Consumidor:

*"Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...)IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade. (...) § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao*

caso." A esse respeito: *"Torna-se obrigatória a renovação do contrato após o vencimento. Não assiste à operadora a simples recusa em continuar o contrato. Aliás, uma vez celebrado um primeiro contrato, nem mais caberia a renovação, ou nem precisaria colocar nele um prazo de duração. Unicamente ao associado ou segurado reconhece-se o direito de continuar na contratação. Para ele apenas teria sentido a colocação de um prazo deduração, como faculdade para não mais renová-lo se lhe faltar interesse. Um entendimento diferente pode levar as seguradoras a fixar prazos inferiores ao próprio período de carência, com a rescisão mesmo antes de o consumidor iniciar a usufruir de todos os benefícios.*

O art. 13 da Lei nº 9.656 revela-se claro a respeito: *'os contratos de planos de assistência à saúde têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação. Anteriormente à presente lei, permitia-se a rescisão unilateral, após um período estabelecido, em cláusulas que vinham com teor mais ou menos nestes termos: - O prazo de vigência da apólice é de doze meses, contados de sua emissão, renovável automaticamente, se não houve manifestação expressa em contrário.*

- *A seguradora, ou o segurado, mediante aviso prévio, ou por escrito de, no mínimo, trinta dias do término de vigência da apólice, poderá deixar de renová-la. Ora, a prevalecer a faculdade constante nas cláusulas acima, nada impede que se forme o seguinte quadro: o segurado renova ininterruptamente o contrato por vários anos, e quando atingir uma idade de maior incidência de fragilidades, ver simplesmente manifestada a recusa, ou ficar surpreendido com a comunicação de não mais interessar a renovação.*

*Há incompatibilidade com a boa-fé e a equidade (art. 51, inc. IV, da Lei nº 8.078/90)."* (RIZZARDO, Arnaldo & outros. Planos de Assistência e Seguros de Saúde. Ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 1999, pp. 60/62); *"Nos serviços oferecidos ao mercado com as características de oferta massificada, o que se tem é típico caso de standardização do serviço, ofertado de forma indiscriminada aos consumidores, dos quais se exige certa qualificação, que não pode ferir o princípio da igualdade inserto na Carta Magna (art. 5º, caput, e I), caracterizando a relação de consumo, regulada amplamente no Código de Defesa do Consumidor (arts. 2º, caput, 3º, 30, 31, 51, IV, IX e § 1º, dentre outros). Some-se*

*a isso o fato de que, no caso de plano de saúde, inicialmente o consumidor passa a pagar mensalmente, mas sem receber ampla contraprestação de serviços imediata, pois tem que se submeter a períodos de carência, enquanto vai contribuindo com as (caras!) prestações exigidas.*

*Além disso, normalmente o consumidor passa anos contribuindo mensalmente para as operadoras sem usufruir qualquer serviço. É característico desse tipo de relação que os serviços se iniciem depois de muito tempo de retribuição. Logo, por esses motivos todos, não teria sentido, como não tem, permitir que o contrato tenha prazo para terminar. A melhor interpretação, portanto, é a de que não se trata tipicamente de renovação de contrato - o que faria com que pensássemos que ele se renovaria de um ano em um ano, de dois em dois, etc. Cuida-se, sim, de transformação do contrato iniciado com o mínimo de um ano em prazo indeterminado. Ele só termina por opção do consumidor." (NUNES, Luiz Antônio Rizzato. Comentários à Lei de Plano Privado de Assistência à Saúde. Ed. Saraiva: São Paulo, 2000, pp. 47/48). Pelo exposto, reconhecendo a nulidade da cláusula em comento, dou provimento ao recurso especial para julgar procedente o pedido, invertidos os ônus sucumbenciais. É o voto.*

MINISTRO CASTRO FILHO

Relator

## DIPLOMAS LEGAIS DISPONDO SOBRE A TUTELA COLETIVA

Em Portugal, a tutela coletiva é assegurada constitucionalmente pelo artigo 52, n.3, da Constituição de 1976: *“Artigo 52- 1- Todos os cidadãos têm o direito de apresentar, individual ou coletivamente, aos órgãos de soberania ou a quaisquer autoridades, petições, representações, reclamações ou queixas para a defesa de seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral e bem assim o direito de serem informados, em prazo razoável, sobre o resultado da respectiva apreciação; 2- A lei fixa as condições em que as petições apresentada coletivamente à Assembléia da República são apreciadas pelo plenário; 3- É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de ação popular, nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indenização, nomeadamente para: a) Promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infrações contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural; b) assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais.*

Nos demais países da Europa, mesmo onde não esteja assegurada constitucionalmente a tutela coletiva, não é ela menos efetiva, tendo em vista que as regras estabelecidas pelas Diretivas da Comunidade Europeia garantem de certa forma a proteção. Como se verifica do processo de elaboração das referidas normas<sup>1</sup>, transcrito abaixo na nota de n. 5, após a adoção de uma diretiva, os Estados devem proceder à sua transposição para os seus ordenamentos jurídicos.

Como consta de documento informativo de 20 de julho de 2004, expedido pela Comissão Europeia – Direcção-Geral da Saúde e da Defesa do Consumidor (documento que elenca e detalha dez princípios básicos de defesa do consumidor) “A promoção dos direitos, da prosperidade e do bem-estar dos consumidores é um dos valores fundamentais da UE, o que aliás se reflecte na sua legislação. A pertença à União Europeia assegura uma protecção adicional aos consumidores. A seguir, enunciam-se dez princípios básicos sobre a forma

como a UE defende os interesses do consumidor, independentemente do Estado-Membro em que este se encontre.

Conforme observa José Geraldo Brito Filomeno, na Inglaterra existe a chamada *relator action* ou *representative action*, cujo objetivo é obter a imposição da obrigação de o agente causador de determinado dano indenizar os consumidores que hajam sofrido prejuízo. Geralmente, o pedido é previamente submetido ao Procurador-Geral de Justiça (Attorney General), que autoriza ou não o ajuizamento da ação e, na França, refere-se o mencionado autor à observações de Jean Calais-Auloy e Frank Steinmetza, que aludem à existência de duas categorias de ações que podem ser propostas pelas associações de consumidores. Aquelas cuja origem remonta a 1973, são exercidas no interesse coletivo de consumidores, assim entendido como um interesse que se sobrepõe aos individuais, e que não se confunde com eles. Outras ações, instituídas em 1992, que consistem em as associações representarem os interesses individuais agrupados de diversos consumidores. Segundo ainda afirma o referido autor, a grande novidade que se operou na França, a partir de 1998, com a modificação da “Lei Royer”, de 1973, e principalmente em 1992, com o chamado Código de Consumo (*Code de la consommation*), foi o reconhecimento não apenas da tutela dos interesses difusos, como também dos coletivos e individuais homogêneos, nesse aspecto bastante semelhante às *class actions* do direito norte-americano.

Na Alemanha existe a chamada *Adhäsionprozess*, ajuizada por entidades civis de proteção e defesa do consumidor, mas com o único objetivo de impor-se obrigação de fazer ou não fazer.

Em Portugal, observa Rodrigo Mazzei, existe a Ação Popular Portuguesa, prevista na Constituição, com o objetivo de promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das agressões relativas a interesses jurídicos supra-individuais.

Do trabalho elaborado pelo DPDC (Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, órgão do Ministério da Justiça, intitulado DEFESA DO CONSUMIDOR NA AMÉRICA LATINA - ATLAS GEO POLÍTICO, extraímos as seguintes informações acerca da tutela coletiva dos consumidores na América Latina:

Argentina: Não existe previsão nos códigos processuais de procedimentos para ações coletivas. No entanto, existe jurisprudência em que os conflitos de incidência coletiva são solucionados com base nos princípios gerais de direito (pela via de criação pretoriana) e com base no artigo 43 da Constituição nacional, a qual foi reformada em 1994, onde diz: toda pessoa pode ajuizar ação de caráter breve sempre que não exista outro meio judicial mais idôneo, contra todo ato ou omissão de autoridades públicas ou de particulares, que de forma concreta provoque lesão ou esteja na iminência de provocá-la, ou que restrinja, altere ou ameace, com arbitrariedade ou ilegalidade manifesta, direitos e garantias reconhecidas pela Constituição, tratado ou lei. No caso, o juiz poderá declarar a inconstitucionalidade da norma em que se funde o ato ou omissão lesiva.

Podem ajuizar esta ação contra qualquer forma de discriminação, inclusive no que tange aos direitos que protegem o meio ambiente, a concorrência, o usuário e o consumidor, assim como também os direitos de incidência coletiva em geral, o ofendido, o defensor do povo e as associações que se destinam a este fim, registradas conforme a lei, a qual determinará os requisitos e formas de sua organização. Toda pessoa poderá ajuizar esta ação para tomar conhecimento dos dados a ela referidos, bem como da finalidade desses dados, que constem em registros ou bancos de dados públicos ou privados destinados a fornecer informações; e em caso de falsidade ou discriminação para exigir a supressão, retificação, confidencialidade ou atualização daqueles.

Bolívia: Os direitos difusos de consumidores indeterminados se encontram protegidos pelo interesse público que pode existir em virtude do direito prejudicado. Assim, nascem os processos de Denúncia de Ofício, que podem ser iniciados por todas as superintendências. Com relação aos direitos coletivos, se aplica a mesma figura normativa; o interesse coletivo é o que suporta a possibilidade de formação de grupos sociais que tenham como objetivo principal proteger os consumidores dentro de uma esfera de desenvolvimento das relações trabalhista e social, mesmo que esta forma de agrupamento de proteção dos consumidores não esteja consagrada normativamente.

Com relação à inversão do ônus da prova nos processos de Reclamação Administrativa de usuários de serviços públicos, o regulamento da Lei de Procedimentos Administrativos D.S. 27172 no Artigo 63 estabelece que o ônus da

prova pertence ao operador do serviço público, e é aplicável no âmbito da regulamentação setorial, que inclui a provisão de serviços de energia elétrica, hidrocarbonetos, telecomunicações etc.

Chile: A Lei nº 19.955 estabeleceu um procedimento para tutelar o interesse coletivo e difuso dos consumidores. A respeito do conceito de interesse coletivo e difuso, a distinção está dada tanto pela determinação ou indeterminação, como pela existência de um vínculo contratual.

Referem-se a interesses coletivos as ações que promovem a defesa dos direitos comuns a um conjunto determinado ou determinável grupo de consumidores, ligados a um fornecedor por um vínculo contratual. Referem-se a interesses difusos as ações que se promovem na defesa de um grupo indeterminado de consumidores afetados em seus direitos.

Este procedimento é conhecido, em primeira instância, pelos juízes de letras e divide-se em três fases: 1) admissibilidade, na qual o juiz determina que se cumpram os requisitos de necessidade econômica e processual, para iniciar o procedimento; 2) declarativa, na qual se determina a responsabilidade do infrator, culminando na sentença que estabelece dita responsabilidade e ordena a forma em que será cumprida e; 3) indenizatória, na qual os consumidores afetados em seus direitos podem concorrer, provando os danos e o vínculo contratual, com o fim de serem indenizados os danos patrimoniais que houverem sofrido.

Colômbia: As ações de caráter breve (*acciones adelantadas*.) podem ser interpostas frente aos juízes ou a Superintendência de Indústria e Comércio.

Equador: O Artigo 88 da Lei Orgânica de Defesa do Consumidor reconhece a ação popular para denunciar as infrações previstas na lei. Não existe um procedimento próprio para os direitos difusos e coletivos.

Peru: A Lei de Proteção ao Consumidor contempla o mecanismo de *Class Action*, mediante a qual a Comissão tem a faculdade de acionar judicialmente na tutela de seus direitos.

Uruguai: No Código Processual Geral do ano de 1998 regula-se a representação no caso dos interesses difusos, ficando estabelecido que a parte legítima para promover a ação é o Ministério Público, qualquer interessado e as

instituições ou associações de interesse social, que, de acordo com a lei ou o juiz, possam garantir uma adequada defesa dos interesses em conflito.

Guiana: São legitimados: a) A Associação de Consumidores da Guiana.; b) A Divisão de Assuntos de Consumidores do Ministério do Turismo, Indústria e Comércio e; c) As Cortes de Direito.

Costa Rica: A Lei nº 7472 define no artigo 56 o procedimento: A ação frente à Comissão Nacional do Consumidor só pode ter início em virtude de uma denúncia de qualquer consumidor ou pessoa, sem haver a necessidade de uma denúncia pelo prejudicado. As denúncias não estão sujeitas a formalidades, nem se requer autenticação da assinatura do denunciante. Podem ser feitas pessoalmente, frente à Comissão Nacional do Consumidor, por memorial, telegrama ou outro meio de comunicação escrita. A Comissão Nacional do Consumidor sempre resolverá, com prioridade, as denúncias relacionadas com os bens e serviços consumidos pela população com menores recursos, isto é, os incluídos na cesta básica de bens e serviços estabelecida pelo Poder Executivo ou, em sua falta, os considerados para calcular o índice de preços ao consumidor. Neste caso, atender-se-ão com maior celeridade às denúncias de bens incluídos nos subgrupos de alimentação e imobiliário deste índice.

A ação para denunciar caduca num prazo de dois meses, desde o conhecimento do fato, ou desde que este foi conhecido, salvo para os fatos continuados, caso em que o prazo começa a correr a partir do último. A unidade técnica de apoio deve realizar a instrução do assunto. Uma vez concluída, deve encaminhar o expediente para a Comissão Nacional do Consumidor, dentro dos dez dias posteriores ao recebimento do expediente, para que seja resolvido. A Comissão Nacional do Consumidor, dentro dos dez dias posteriores ao recebimento do expediente, se por meio da Unidade Técnica de Apoio não ordenar prova para melhor resolver, deve ditar a resolução final e notificar as partes. Se for necessário ordenar novas provas, o término ocorrerá a partir da resolução delas. Para estabelecer a sanção correspondente, a Comissão Nacional do Consumidor deve respeitar os princípios do procedimento administrativo, estabelecidos na Lei Geral da Administração Pública. Na Costa Rica, as instituições estatais devem reger sua atuação ao amparo do estabelecido nos artigos 11 da Constituição Política e 11 da Lei Geral da Administração

Pública, é dizer o .Princípio da Legalidade., que ordena à administração atuar de conformidade com o estipulado no ordenamento jurídico. Isto nos leva a afirmar que segundo o contemplado no marco jurídico costarricense, a possibilidade de .inverter o ônus da prova., em matéria de direito do consumidor, não existe de forma expressa (como na legislação argentina), pelo que quando há que valorar os elementos probatórios de um expediente, realiza-se de conformidade com os princípios da sã crítica racional (artigo 298 da Lei Geral da Administração Pública), o que permite ao órgão decisório ditar um ato administrativo com o propósito de elucidar a verdade real dos fatos (artigo 214 da Lei Geral da Administração Pública), objeto primordial do procedimento. O anterior acontece porque na Costa Rica não existe um procedimento administrativo especial para o trâmite das denúncias em matéria de consumo, sendo que a lei especial remete no tocante a este tópico, a uma lei geral (Lei Geral da Administração Pública) que foi citada anteriormente.

El Salvador: O artigo 12 do Código de Procedimentos Penais estabelece os seguintes legitimados: as associações, naqueles delitos que afetam interesses coletivos ou difusos, sempre que os objetos das associações estejam vinculados diretamente com seus interesses. Da mesma forma, as associações podem entrar com ações segundo previsto no artigo 95. Não há regulamentação da inversão do ônus da prova para os consumidores.

Guatemala: Arbitragem de consumo. Está prevista no artigo 83 da lei.

Honduras: Administrativos, civis e penais. (dependendo da quantia, matéria e competência).

Panamá: Pela primeira vez na legislação da República do Panamá, está prevista a criação dos chamados processos coletivos de classe (Class Action), os quais permitem que sejam as classes que acionem os tribunais de justiça em matéria de direito de consumo; sem prejuízo da faculdade individual de cada consumidor de acionar a justiça.

México Os mecanismos de ações difusas legitimadas no Prodeco estão no artigo 26 da LFPC: artigo 26. A procuradoria terá legitimação processual ativa para exercer frente aos tribunais competentes ações coletivas em representação dos consumidores, para que ditos órgãos, conforme o caso se pronunciem: I.

Sentença que declare que uma ou várias pessoas tenham realizado uma conduta que tenha gerado danos ou prejuízos a consumidores e, em conseqüência, proceda a reparação por via incidental aos interessados que crêem ter sido prejudicados. II. Mandamento para impedir, suspender ou modificar a realização de condutas que ocasionem danos ou prejuízos a consumidores, ou previsivelmente podem ocasioná-los. A procuradoria em representação dos consumidores afetados, poderá exercer por via incidental a reclamação dos danos e prejuízos correspondentes com base na sentença emitida pela autoridade judicial. As atribuições que este artigo outorga à procuradoria se exercem a previa análise da sua procedência, tomando em consideração a gravidade e o número de denúncias ou reclamações que se houver apresentado contra o fornecedor ou a afetação geral que poderá causar-se aos consumidores em sua saúde ou patrimônio. A procuradoria estará isenta de apresentar garantia alguma às autoridades judiciais competentes para o exercício das ações assinaladas nas frações I e II”.

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)