

A INICIATIVA PRIVADA DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: UMA ANÁLISE FRENTE À SOCIEDADE INFORMACIONAL

Bruna Giacomini Lima¹

Géssica Adriana Ehle²

Resumo

Vive-se atualmente a mais relevante era da revolução tecnológica. Era em que o uso das tecnologias informacionais, usadas como meio de comunicação, gerou o estreitamento das relações sociais que, antes, eram consideradas impossíveis se vistas sob o aspecto geográfico-político. Nesse novo ambiente, além do estreitamento das relações, a revolução tecnológica proporcionou uma base para a formação de uma sociedade denominada de Sociedade Informacional, onde a internet, utilizada como ferramenta de informação e comunicação, serve como meio de disseminação em patamares nunca antes explorados. Hodiernamente, a própria informação tornou-se um produto comercial, e é produzida almejando o lucro. Entrementes, o seu custo é um assunto que afeta a todos os cidadãos. Com efeito, tais avanços tiveram reflexos nas relações privadas, sobretudo, naquelas regidas pelo Código de Defesa do Consumidor. A facilitação do acesso ao consumo, consubstanciadas pelas tecnologias da informação e comunicação, fizeram emergir novos dilemas nas relações consumeristas, em especial, ao que se restringe este artigo, àqueles advindos da iniciativa privada de assistência à saúde, isto é, planos de saúde. Destarte, em se tratando de uma relação privada, e, portanto, regida pelo Código de Defesa do Consumidor, as relações entre usuários e operadoras de planos de saúde devem nortear-se, sobretudo, pelos princípios da boa-fé, lealdade, e cooperação, a fim de preservarem o equilíbrio contratual, e as justas expectativas das partes. Tal imprescindibilidade justifica-se também pela presunção, admitida pela lei, de que todo o consumidor é vulnerável perante o fornecedor, seja em termos socioeconômicos, ou sob o aspecto de acesso e controle negocial e das informações inerentes e fundamentais para consolidação de um contrato. Deste cotejo, sabendo-se que o advento da sociedade informacional trouxe consigo impactos grotescos com relação às práticas consumeristas, pretende-se demonstrar no presente trabalho uma análise acerca desse modelo de sociedade e de suas consequências sob a ótica da iniciativa privada de assistência à saúde, do Código de Defesa do Consumidor, e de consumidores que se encontram em situações em que se identifica uma vulnerabilidade potencializada, denominada de hipervulnerabilidade, em que há a imprescindibilidade de execução e contratação dos contratos de plano de saúde respaldados na correta divulgação de informação e transparência

¹ Advogada inscrita sob o nº. 93.603 OAB/RS. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Franciscano de Santa Maria/RS. pós-graduada lato sensu em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera-Uniderp. E-mail: bruna@afes.adv.br.

² Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Integrante do Centro de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet da Universidade Federal de Santa Maria (CEPEDI), cadastrado na plataforma do CNPq. Atuação nas linhas de pesquisa Ativismo digital e cidadania global e Riscos e (des)controles do ciberespaço. Cursa pós-graduação lato sensu em Direito Constitucional e Direito do Consumidor pela Instituição de Ensino Complexo Educacional Damásio de Jesus; Advogada inscrita sob o n. 93.779 OAB/RS. E-mail: gessica.ehle@gmail.com.

pré-contratual, e pós-contratual do serviço de assistência à saúde contratado. Desse modo, para que se realizem as devidas ponderações e apresentação dos resultados da questão levantada, utilizar-se-á o método de abordagem dedutivo, e método de procedimento bibliográfico. Inicialmente, o artigo tratará da sociedade informacional, e seus reflexos na sociedade de consumo; posteriormente, analisar-se-á a situação de hipervulnerabilidade do consumidor, delimitando a apreciação da questão no consumidor-doente frente à sociedade informacional. Por fim, discorrer-se-á acerca da vulnerabilidade agravada do consumidor ante a atuação dos planos de saúde, orientados pela Lei nº 9.656/98, mas limitados aos regramentos do Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-chave: Consumidor (hiper)vulnerável; Planos de saúde; Sociedade informacional.

Resumen: Actualmente se vive la época más importante de la revolución tecnológica. Era en el uso de tecnologías de la información, que se utiliza como medio de comunicación, genera el estrechamiento de las relaciones sociales que antes se consideraban imposibles si visto bajo el aspecto geográfico-político. En este nuevo entorno, y el fortalecimiento de las relaciones, la revolución tecnológica ha servido de base para la formación de una sociedad llamada sociedad de la información, en que la internet es utilizada como herramienta de información y comunicación, sirve como un medio de difusión en niveles nunca antes explorados. En nuestro tiempo, la información en sí se ha convertido en un producto comercial, y está producido con el objetivo de beneficio. Mientras tanto, su costo es un problema que afecta a todos los ciudadanos. De hecho, estos avances se reflejaron en las relaciones privadas, especialmente las reguladas por el Código de Protección al Consumidor. Facilitar el acceso al consumo, motivada por las tecnologías de la información y comunicación, han surgido nuevos dilemas en las relaciones consumistas, en particular, que restringe este artículo, los que vienen del sector privado de atención de la salud, es decir, los planes de salud. Por lo tanto, en el caso de una relación privada, y por lo tanto se rige por el Código de Protección al Consumidor, la relación entre los usuarios y los proveedores de atención de salud debe guiarse sobre todo, por los principios de buena fe, la lealtad y la cooperación con el fin de preservar el equilibrio contractual, y las justas expectativas de las partes. Tal carácter indispensable también justificada por la presunción admitida por la ley, que cada consumidor es vulnerable al proveedor, ya sea en términos socioeconómicos, o desde el punto de acceso y control de los negocios y la información inherente y fundamental para la consolidación de un contrato. Estos cotejo, sabiendo que el advenimiento de la sociedad de la información ha traído consigo grandes impactos dicen respecto a las prácticas consumistas, teniendo la intención de demostrar en este trabajo una análisis de la sociedad de la información y sus consecuencias desde el punto de vista de la sanidad privada, del Código de Protección de los consumidores, y los consumidores que se encuentran en situaciones en las que se identifica una mayor vulnerabilidad, llamada hipervulnerabilidade, donde se encuentra el carácter indispensable de la ejecución y contratación de los contratos de los planes de salud apoyados en la difusión correcta de la información y la transparencia pre, servicio de atención médica contractual y post-contratual contratado. Por lo tanto, habrá que las consideraciones y presentación de los resultados de la cuestión planteada necesarias, se utilizará el método deductivo y el método de procedimiento bibliográfico. Inicialmente, el artículo se ocupará de la sociedad de la información, y sus efectos sobre la sociedad de consumo; Posteriormente, el análisis será hipervulnerabilidade situación de los consumidores, que delimita la apreciación de la cuestión frente al consumidor mal de la sociedad informacional. Por último, se discurrendo acerca de la vulnerabilidad de los consumidores agravado con el desempeño de los planes de salud, guiados por la Ley Nº 9.656 / 98, pero limitada a reglamentos del Código de Protección al Consumidor.

Palabras clave: Consumidor (hiper)vulnerable; Plan de salud; Sociedad de la información.

1 O advento da sociedade informacional

Ao passo da gênese do novo século, desenvolvem-se, a todo vapor, as novas tecnologias calcadas no desenvolvimento científico em favor de um mercado capitalista que se institui. Diante de tal cenário, vislumbra-se a queda de um antigo paradigma, para a instituição de um novo, o que acarreta, por conseguinte, uma transformação social, política e jurídica. Nesse ínterim, ao que cabe a presente pesquisa, faz-se oportuno observar sob quais condições se afiguram as novas relações consumeristas.

A alta-modernidade trouxe consigo a porosidade das fronteiras no tocante aos entroncamentos interestatais. Dessa forma, sempre que pertinente for à globalização, suprimidas restarão algumas margens que, em tempos pretéritos, costumavam isolar alguns Estados de outros. Para melhor esclarecer o fenômeno da globalização, cabe explicitar alguns de seus elementos constitutivos, como a intensificação das relações econômicas e sociais, políticas e ecológicas em escala mundial, em face de uma dinâmica multidimensional, ligando, assim, localidades geograficamente distantes. (BECK, 1999, p. 40).

Por esse caminhar, vê-se a globalização abarcar uma teia espessa de discussões acerca de suas benéficas e quanto aos efeitos negativos que pode acarretar. Uma vez inseridos em um contexto global, os indivíduos se veem imersos em um ambiente cada vez mais unificado, presenciando diuturnamente sua cultura de espaço local a ser modificada, de modo que lhes é permitido vislumbrar as consequências de todo o processo de rompimento entre as fronteiras locais até então estabelecidas. Nesse linear, fez-se notória a configuração da mundialização do espaço geográfico, sobrevivendo no horizonte um inédito cenário social, baseado na ciência, tecnologia e informação, espaço em que as tensões entre localidade e globalidade só fazem aumentar, paralelamente ao processo de globalização. (SANTOS, 2013, p. 47).

Traçado esse linear desenvolvimentos social, insurge-se o que alguns estudiosos denominam por sociedade de risco, nas palavras de BECK (1997, p.15) “designa uma fase de desenvolvimento da sociedade em que os riscos sociais, políticos, e econômicos individuais tendem, cada vez mais, a escapar das instituições para o controle e a proteção da sociedade industrial”. Destarte o disposto, apraz que se reitere a ligação entre esses novos enfrentamentos e o modelo de sociedade que se sobressai com o advento da Internet³ como ferramenta de

³ Tem-se que o surgimento da internet fora com a criação da Arpanet ao ano de 1969, pelo governo americano, especificamente pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos, com a missão de mobilizar recursos de

informação e comunicação. Assim, diante da instituição de um inédito modelo de sociedade, algumas discussões terminológicas vieram à tona, em maioria compreendeu-se que a melhor conceituação seria sociedade da informação, a qual definiu LÉVY (2001, p. 13) como sendo,

primordialmente, uma expressão concebida que traduz, para nós, um novo conceito de proteção dos direitos humanos fundamentais, uma nova orientação internacional em busca do direito ao desenvolvimento através da interação da comunicação e da telemática, em uma nova era de informações em tempo real, com transmissão global e assimilação simultânea.

De modo a criticar a tal nomenclatura, surge o termo sociedade informacional, enfatizando que informação – em si mesma – sempre existiu, inclusive em modelos sociais não contemporâneos, a novidade reside justamente na possibilidade de que essa informação assuma novos conceitos, sendo que poderá mobilizar novos centros de poder, aflora-se uma percepção dinâmica, um empoderamento das informações por parte dos entes da sociedade como um todo. CASTELLS (2008, p. 64-65).

Diante dessa nova atmosfera social, tem-se uma grave ruptura de paradigmas nos mais variados setores, sobretudo – e aqui promovendo um oportuno recorte no que diz respeito à temática abordada no presente estudo – verifica-se um comportamento diferenciado por parte dos cidadãos-consumidores. Nesse sentido, o advento da sociedade informacional trouxe consigo impactos grotescos com relação às práticas consumeristas.

Conforme já aludido ao início do presente capítulo, o período histórico vivenciado hodiernamente, qual seja a alta-modernidade ou, também chamado de pós-modernidade, sobremodernidade, segunda modernidade – todas conceituações que levam a reflexão sobre a mudança radical no convívio humano – levam a entender que a velocidade do movimento chegou ao seu “limite natural”. Sobretudo, a figura do poder que se tornou extraterritorial, não mais limitado pela distância – o espaço deixa de ser um entrave para a inter-relação social. (BAUMAN, 2001, P. 18).

O uso das tecnologias informacionais como veículo para a comunicação trouxe como consequências o estreitamento de relações antes consideradas impensáveis do ponto de vista geográfico-político. Estados dos mais diversos continentes, sob as mais variadas formas de

pesquisa intuindo alcançar superioridade tecnológico-militar em relação à União Soviética no auge da Guerra Fria. Contudo, para que a internet fosse levada aos cidadãos, usuários comuns, foi preciso que a Arpanet passasse ao comando das empresas, ao ano de 1990, sendo que em 1992 cria-se o hipertexto e a comunicação dentro desse novo grande invento informacional, torna-se possível. (CASTELLS, 2003, p. 13). Em âmbito nacional, internet passou a ser utilizada pelas Universidades para com outros Estados nacionais, de modo que apenas em 1995 a ferramenta deixa de ser apenas acadêmica e passa a ser viável para os membros da sociedade civil. TAKAHASHI (2010).

governo, ao renderem-se às ferramentas da informação, viabilizaram a abertura de uma janela entre mundos distantes e, genuinamente, distintos. Com esse descortinar, novos horizontes estabeleceram-se e, sobretudo ao que concerne ao Direito do Consumidor, uma nova postura de consumo insurgiu-se. Fora possível vislumbrar o instituir de tal forma de conduta, quando, nas palavras de BAUMAN (2001, p. 09), a sociedade passa a viver sobre uma Modernidade Líquida, justificada no momento em que, verbera o sociólogo,

associamos ‘leveza’ ou ‘ausência de peso’ à mobilidade e à inconstância: sabemos pela prática que quanto mais leves viajamos, com maior facilidade e rapidez nos movemos. Essas são razões para considerar ‘fluidez’ ou ‘liquidez’ como metáforas adequadas quando queremos captar a natureza da presente fase, nova de muitas maneiras, na história da modernidade.

Com a facilitação do acesso ao consumo – via tecnologias da informação e comunicação –, novos dilemas insurgem no nascer de cada dia e à passagem de cada instante que margeia o estabelecer de mais uma relação consumerista. Em face de um aspirar “fluído”, as pretensões de consumo não atingem em hora alguma o seu destino final, qual seja o de satisfazer o consumidor ao momento da compra finalizada. A satisfação é momentânea e a próxima compra não tarda a acontecer.

Por óbvio, tanta facilidade ao ato de consumir desenvolve, por si mesmo, uma gama de novas problemáticas jurídicas a esse consumidor que, por um lado, vê-se fascinado com tamanha facilitação ao consumo e, em contrapartida, visualiza o grande abismo legal existente no que concerne à proteção específica de seus direitos em tempos de uma sociedade informacional de consumo líquido. Daí a importância de se olhar para a, então posta, sociedade informacional, de forma a reverberar antigos e sempre novos, princípios de proteção ao consumidor, como a parte mais fraca da relação de consumo – o que de fato é.

Nesse ínterim, faz-se contundente que se vislumbre, diante da instituição de tal modelo social, o tratamento conferido aos direitos do consumidor que se vê diante de um emaranhado de transformações. Cabendo, desse modo, trazer à baila a importância do devido resguardo aos princípios consumeristas, sobretudo daquele que versa especificamente sobre sua vulnerabilidade para que, assim, possa-se levantar alguns questionamentos concernentes às relações de consumo que envolvam planos de saúde em tempos de sociedade informacional.

2 A hipervulnerabilidade do consumidor em tempos de sociedade informacional

Conforme preteritamente disposto, com o nascer da alta-modernidade, ou modernidade líquida, diferentes pendências jurídicas envolvendo as relações de consumo

obtiveram seu intercuro. Destarte a necessidade, pois, de se verberar acerca do respaldo legal cabível oportunamente à figura do consumidor, ressaltando, assim, a importância crucial de se manter a inviolabilidade dos princípios consumeristas – dos quais destaca-se o princípio da vulnerabilidade do consumidor.

Entretantes, antes de voltar-se a atenção ao resguardo principiológico que devem receber as relações de consumo por ora vivenciadas, faz-se salutar a conceituação da figura imprescindível ao estabelecimento da relação de consumo e objeto carecedor de especial atenção ao passo do presente estudo, qual seja, o consumidor. Nas palavras de MIRAGEM (2014, p. 144):

A definição jurídica de consumidor é estabelecida pelo CDC por intermédio de seu artigo 2º⁴, que estabelece o conceito de consumidor padrão, standard, o qual vai ser complementado por outras três definições, a que a doutrina majoritária qualifica como espécies de consumidores equiparados, uma vez que, independentemente de se caracterizarem como tal pela realização de um ato material de consumo, são referidos deste modo para permitir a aplicação da tutela protetiva do CDC em favor da coletividade, das vítimas de um acidente de consumo, ou mesmo de um contratante vulnerável, exposto ao poder e à atuação abusiva do parceiro negocial mais forte.

Outrossim, diante de tal elucidar de por quem se tem compreendido como consumido, em face da proteção do próprio Código de Defesa do Consumidor (CDC), e de sua extensiva interpretação, traçou-se o melhor caminho para que, então, possa-se adentrar à compreensão da vulnerabilidade que lhe é inerente.

No que se refere, pois, ao princípio da vulnerabilidade, cabe mencionar sua aparição por entre um rol de princípios considerados informadores para a aplicação das regras no direito do consumidor, de modo que vem estabelecido ao corpo do art. 4º, I, do CDC. A validação de tal princípio busca corroborar um entendimento já consolidado na legislação, doutrina e jurisprudência, brasileira, qual seja a tentativa de equiparação entre os polos da relação de consumo – fornecedor e consumidor. Desse modo,

A vulnerabilidade do consumidor constitui presunção legal absoluta, que informa se as normas do direito do consumidor devem ser aplicadas e como devem ser aplicadas. Há na sociedade atual o desequilíbrio entre esses dois agentes econômicos, consumidor e fornecedor, nas relações jurídicas que estabelecem entre si. O reconhecimento desta situação pelo direito é que fundamenta a existência de regras especiais, uma lei *ratione personae* de proteção do sujeito mais fraco da relação de consumo. (MIRAGEM, 2014, p. 122).

⁴Art. 2º: Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. (BRASIL, 1990).

Pressupondo uma situação de desigualdade entre as partes da relação de consumo, sempre que houver constatada tal circunstância, há que se falar em tutelar os direitos do mais vulnerável, aferindo-lhe condições para que se assegure em patamar de igualdade em meio ao ato de consumo. Corroborando tal entendimento, MARQUES (2005, p. 320), aduz que

poderíamos afirmar, assim, que a vulnerabilidade pe mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco, ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. (...) Em resumo, em minha opinião atual, existem quatro tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica, a fática e a informacional.

Com tal explanar, deliberam-se breves esclarecimentos sobre as demais espécies de vulnerabilidades. A primeira vulnerabilidade identificada trata-se da vulnerabilidade técnica, aquela em que o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o bem ou serviço que esta adquirindo, podendo ser enganado quanto às características desses. A segunda forma de vulnerabilidade é a chamada vulnerabilidade jurídica ou científica, situação em que falta ao consumidor conhecimento jurídico, contábil, ou econômico, específicos. Outra espécie de vulnerabilidade é a vulnerabilidade fática ou socioeconômica, ressalva-se que esta resta configurada quando o ponto de concentração é o outro parceiro contratual, o fornecedor que, por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam. (MARQUES, 2005, p. 320-325).

Entrementes, embora já consolidados seus entendimentos a despeito das três anteriores espécies de vulnerabilidade, fora com o aprofundamento de seus estudos que MARQUES (2005, p. 329-330) vislumbrou que se vive, hoje, em uma sociedade que dá suma importância à informação e à comunicação em um mundo de consumo cada vez mais visual, rápido e de risco. O que caracteriza o consumidor é justamente o seu déficit informacional que dá ensejo a uma nova vulnerabilidade – a vulnerabilidade informativa.

Esta vulnerabilidade informativa não deixa, porém, de representar hoje o maior fator de desequilíbrio da relação vis-à-vis dos fornecedores, os quais, mais do que experts, são os únicos verdadeiramente detentores da informação. Presumir a vulnerabilidade informacional significa impor ao fornecedor o dever de compensar este novo fator de risco na sociedade. (MARQUES, 2005, p. 330).

O reconhecimento de tal vulnerabilidade faz emergir um novo campo de proteção de que deverá receber, paulatinamente, maior atenção por parte do legislador, uma vez que se instituem novas formas de consumir e, sobretudo, institui-se um inédito pano de fundo para as

relações consumeristas, a mudança é mais do que ferramental, é intrínseca de um modelo de sociedade jamais antes vivenciado, a sociedade informacional.

Muito se caminhou ao longo das últimas décadas na tentativa de maior atender as aspirações desse sujeito imerso em um universo completamente novo⁵, contudo, diante de tal situação pode surgir uma errônea impressão de completa tutela de direitos, de que não restam mais espaços a serem observados em prol da segurança, sobretudo, do consumidor vulnerável a esse mundo informacional instituído.

Sob tal interpretação, não bastasse a falta de regulamentação de alguns pontos tocantes as informações pessoais, outro ponto nevrálgico a ser abordado é o da falta de inclusão digital à generalidade dos cidadãos, ocasionalmente consumidores. Tramitou por entre as casas do Congresso Nacional, entre os anos de 2010 e 2015, um Projeto de Emenda Constitucional de n. 479 e de autoria de Sebastião Bala Rocha (PDT), que intuía incluir o acesso à Internet em alta velocidade entre os direitos fundamentais do cidadão, acrescentando o inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, restou o projeto arquivado. (BRASIL, 2015).

Enlaçadas tais espécies de vulnerabilidade, há na doutrina um olhar diferenciado para os tipos como consumidores especiais, aos quais cabe tratamento também especial e, por assim dizer, os chamados vulneráveis especiais ou hipervulneráveis. Tal tratamento diferenciado a algumas classes de consumidores não é uma espécie de condição privilegiada, mas sim um olhar constitucional por sobre situações de vulnerabilidade notoriamente distintas de outras, nesse sentido explica MARQUES (2005, p. 381-382):

Origem CDC princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, daí já se pode extrair a necessidade de se repensar acerca da vulnerabilidade do consumidor e sua intensidade em se tratando de diferentes consumidores. Assim, o próprio CDC em seu art. 39, IV, menciona a 'idade, saúde, conhecimento ou condição social' como causas que fariam incidir um grau diferente de proteção no tocante à vulnerabilidade, seriam os chamados consumidores vulneráveis especiais ou hipervulneráveis.

Dessa forma, a vulnerabilidade que acomete o consumidor seja ela técnica, jurídica, fática, ou informacional, ainda pode ser agravada em determinados casos em que se reconhece

⁵ Nesse sentido a aprovação da Lei n. 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação Pública – que passou a obrigar que todos os órgãos públicos passassem a tornar públicas, para o livre acesso de todo e qualquer cidadão, todas as informações que não fossem consideradas sigilosas, o que anteriormente estava encampado por lógica inversa. (BRASIL, 2011).

Da mesma forma, a Lei n. 12.965/14 – o Marco Civil da Internet – prevê as diretrizes para a atuação do Poder Público no desenvolvimento da internet, e em busca de uma governança multiparticipativa dos entes federados a fim de tornar a internet uma ampla ferramenta de participação popular, ampliando o acesso à cidadania e à participação democrática. Tal Marco regulamenta diversas situações em rede, mas é omissivo quanto ao tratamento de dados pessoais, o que vem sendo objeto de novos projetos de lei. (BRASIL, 2014).

a alguns grupos de consumidores que devem receber tratamento diferenciado, dentre eles o consumidor enfermo, idoso, criança, a tal vulnerabilidade já se denominou como especial ou hipervulnerabilidade. Contudo, ao que importa à pesquisa, volta-se ao consumidor que buscará a contratação de um plano de saúde, nesse sentido,

no caso dos contratos envolvendo saúde, poderíamos identificar: a) uma vulnerabilidade especial do consumidor dos contratos de planos de saúde, se consumidor criança-dependente, consumidor trabalhador-despedido, consumidor aposentado, consumidor enfermo e consumidor idoso; b) uma vulnerabilidade especial criada pela catividade, pela longa duração e pela necessária divisão de prestações de saúde na cadeia de fornecimento organizada neste tipo contratual, a determinar a abusividade de cláusulas de fim de vínculo, de aumentos arbitrários em razão da faixa etária, e a impor a solidariedade da cadeia de fornecimento diante dos consumidores destes serviços (art. 14, caput, e 20 CDC), assim como diante das falhas informacionais e da transparência na fase pré-contratual e contratual deste tipo de contrato cativo de longa duração”. (MARQUES, 2005, p. 383).

Nesses termos, nota-se a importância de se aveludar as relações entre o novo estereótipo de consumidor que se insurge em meio a uma sociedade informacional e de consumo líquido, para que se restem resguardados seus direitos intrínsecos ao momento do consumo. Especialmente em se tratando da contratação de planos de saúde, há que se redobrar a atenção às circunstâncias que acometem aquele indivíduo, ora consumidor, para que não se delibere em sentido contrário à ressalva de seus direitos. Em resumo, muito bem delibera MIRAGEM (2014, p. 124):

O consumidor-doente, que apresenta espécie de vulnerabilidade fática especial em vista de sua situação de debilidade física (neste caso considera-se a relação entre o paciente e o médico, a instituição hospitalar, ou ainda o plano de saúde privado). Neste sentido, depreende-se daí como subespécie, a vulnerabilidade informacional, característica da atual sociedade, conhecida como sociedade da informação, em que o acesso às informações do produto, e a confiança despertada em razão da comunicação e da publicidade, colocam o consumidor em uma posição passiva e sem condições, a priori, de atestar a veracidade dos dados, bem como suscetível aos apelos do marketing dos fornecedores.

Independentemente de algumas divergências conceituais trazidas pelo autor imediatamente supracitado, como a nomenclatura “sociedade da informação” e não sociedade informacional, o que se deve extrair de tal trecho textual, que a valorização da condição de vulnerabilidade especial que o consumidor, em face do advento da enfermidade, encontra-se. Justamente nesse sentido que se reitera a necessidade de uma interpretação da Lei 9.656/98 à luz dos preceitos constitucionais, que seja assegurada a ideia de equiparação dos polos da relação consumerista, da mesma forma, o reconhecimento das vulnerabilidades – aqui se chama

atenção para a informacional, decorrente do novo paradigma social instituído –, bem como das hipervulnerabilidades de alguns grupos de consumidores.

Nesse ínterim, uma vez que ainda não se tenha avançado em termos legislativos, no que pese a atualização das leis oriundas de tempos pretéritos à sociedade informacional, cabe à pesquisa trazer à baila a discussão dessas novas circunstâncias que acometem as relações de consumo naturais da alta-modernidade, ou da modernidade líquida. A esse despeito, versar-se-á sobre a realidade do consumidor vulnerável especial e informacional frente à aplicação dos preceitos legais ainda vigentes ao corpo da Lei n. 9.656/98 – lei que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.

3 A iniciativa privada de assistência à saúde na era da sociedade informacional: a Lei n. 9.656/98 e a proteção do consumidor hipervulnerável

O essencial é invisível aos olhos. Esta célebre frase de Antonie Saint-Exupéry pode dar ensejo a uma série de interpretações no âmbito da promoção da assistência à saúde por meio da iniciativa privada, sobretudo, no tocante ao dever de informação nos contratos de planos e seguros de saúde.

Preliminarmente, fazendo-se uma concisa retrospectiva acerca da gênese da iniciativa privada na saúde no Brasil, aponta-se a Magna Carta de 1988 como marco inicial, mediante a previsão do art. 6º o qual constituiu a saúde como um direito social, assim como a educação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência privada, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. Entretanto, no que concerne à saúde, em que pese a previsão constitucional de que esta é direito de todos, e que sua garantia é obrigação do Estado (art. 196⁶), o próprio arcabouço constitucional expôs a possibilidade de a assistência à saúde ser livre à iniciativa privada, consoante dicção do art. 199⁷, motivo pelo qual delimitar-se-á estas linhas aos planos privados de assistência à saúde.

⁶ 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/1988).

⁷ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

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

(...). (CF/1988)

Após a Constituição Federal de 1988 elencar a saúde como direito social e garantir a integralidade do acesso para todos os brasileiros, no ilusório entender de grande parte da população brasileira, a Magna Carta teria o condão de, por si só, determinar os caminhos necessários para a efetividade dos direitos individuais e sociais indispensáveis para o bem-estar de toda a nação (CARLINI, 2014, p.43).

Entretanto, nos mais de vinte anos de vigência da Constituição Federal e de seu expressivo número de Emendas Constitucionais, a população brasileira tem se dado conta de que os projetos políticos e sociais abrigados pela Carta Constitucional não foram suficientes para fazer o país atingir a igualdade de tratamento para todos os cidadãos, a diminuição das desigualdades sociais, e, por conseguinte, o acesso aos direitos individuais e sociais. (CARLINI, 2014, p.43).

Assim, a saúde privada no Brasil surge como uma diretriz suplementar diante da falta de eficiência do Estado, seja profissional ou operacional, em garantir aos cidadãos o acesso à saúde pública em quantidade e qualidades suficientes às necessidades concretas. Corrobora-se tal afirmação mediante a própria invocação do art. 199, da Constituição Federal, o qual definiu que as instituições privadas participariam da saúde de modo complementar ao serviço único de saúde e, em sujeição a diretrizes fixadas pelo próprio serviço único.

Destarte, ante a árdua tarefa de concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, os anos que seguiram à entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 foram marcados por acentuado debate em torno de direitos sociais e sua efetividade, sobretudo, no tocante a ausência de regulamentação exclusiva à saúde suplementar. (CARLINI, 2014, p.63).

A insatisfação gerada com a iniciativa privada, tanto por parte dos usuários quanto por médicos, hospitais, e dos próprios operadores do setor privado de saúde, era a despeito das exclusões de cobertura existentes nos contratos de plano de saúde, a negativa de cobertura para moléstias preexistentes, os limites para utilização de unidades de terapias intensivas, os prazos de carência, entre outros, e ante a ausência de uma regulamentação mais precisa e imperativa, muitos contratos de plano de saúde começaram a ser discutidos judicialmente (CARLINI, 2014, p.64).

Assim sendo, após a tramitação de um projeto de lei, que regulamentara a saúde privada no Brasil, o qual permaneceu na Câmara dos Deputados pelo período compreendido entre 1994 e 1997, e no Senado Federal entre 1997 e 1998, o plenário do Senado, no ano de 1998, aprovou a Lei nº. 9.656/98, a qual dispunha acerca dos planos e seguros privados de assistência à saúde.

Deste cotejo, a Lei nº 9.656/98, regulou a autorização de funcionamento das empresas de saúde suplementar; criou regras uniformes para operação das empresas; regulamentou a possibilidade de intervenção do poder regulatório; criou exigência de garantias financeiras, determinou a exigência de assistência integral à saúde; proibiu a seleção de riscos; proibiu a rescisão unilateral; definiu as carências e limitou sua imposição; por fim, tratou de regular o reajuste dos preços. (CARLINI, 2014, p.70).

Entretanto, atualmente, em razão do pressentido crescimento da Saúde Suplementar, bem como da necessidade de atendimento a uma demanda constituída pela incapacidade da Administração Pública de dar eficácia à norma do art. 196 da Constituição Federal, que elevava a proteção à saúde a categoria de garantia constitucional, faz com que o número de litígios se multiplique exponencialmente. O crescimento considerável do volume de ações judiciais, individuais e coletivas, avulta a influência do Poder Judiciário no Sistema de Saúde Suplementar. Este fenômeno é conhecido como judicialização da saúde, e sua ocorrência justifica a premência do estudo das normas jurídicas que regulam o Sistema de Saúde Suplementar, e que vão além da Lei 9.656/98. (MATHIAS, 2012, p. 96)

À vista disso, os contratos celebrados entre os usuários dos planos privados de assistência à saúde, por aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes⁸, são influenciados pelas regras da teoria geral dos contratos, por dispositivos legais e princípios atinentes ao contrato de seguro, e ainda pelo Código de Defesa do Consumidor.

Para tal cenário, à guisa de complementação ao arcabouço jurídico aplicável a solução de lides envolvendo assistência privada à saúde, o Diálogo das Fontes permite a aplicação conjunta de duas normas ao mesmo tempo, e ao mesmo caso, quer seja complementarmente, quer seja subsidiariamente, com o fito de acolher a solução jurídica que se revele mais adequada ao caso, afastando, assim, decisões incoerentes, insensatas, ou ainda a falta de tratamento diferente aos diferentes. (MARQUES, 2009, p.88/90).

Para este estudo, delimitou-se ao exame da influência específica do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre os usuário e operadores de plano de saúde, bem como as consequências advindas desta relação de consumo.

3.1 A Lei 9.656/98 à luz do Código de Defesa do Consumidor

⁸A Teoria do Diálogo das Fontes foi fundada por Erik Jayme na Alemanha, e difundida no Brasil pela exímia consumerista Cláudia Lima Marques, a qual permite a aplicação conjunta de leis aplicáveis a determinado caso concreto, oportunizando uma complementação, ou ainda, um diálogo entre elas, e eliminando a ideia de que as leis devem ser aplicadas isoladamente, apenas.

Antecedendo a criação da lei que regulamentou o setor privado de saúde, a própria Constituição Federal já havia reconhecido a proteção do ente consumidor em seu art. 5º, XXXII, bem como seu caráter de direito fundamental na República Federativa do Brasil.

Desta feita, ante a previsão de que o Estado promoverá a defesa do consumidor, na forma da lei, em 1990 foi aprovada a Lei nº 8.078, também conhecida como Código de Defesa do Consumidor, o qual instituiu a Política Nacional das Relações de Consumo, objetivando o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo (art. 4º CDC).

Ora, consoante preleção de Maria Stella Gregori (2011, p. 176), o Diploma Consumerista Pátrio é “lei geral principiológica, e se aplica a toda relação de consumo”. A Lei 9.656/1998, por sua vez, é lei especial que regula os planos privados de assistência à saúde e expressamente consigna a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor em seu art. 35-Gº. de saúde.

Oportuno esclarecer que embora a previsão transcrita pelo art. 35-G da Lei 9.656/1998 seja pela aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor, por utilização da Teoria do Diálogo das Fontes mencionada alhures, entende-se perfeitamente admissível a aplicação cumulativa e complementar de ambas as leis sempre que possível, atentando-se, contudo, para o fato que ante sua hierarquia constitucional, e designação principiológica, eventual antinomia deverá ser dirimida pela valorização hierárquica do Codex Consumerista, posto que todo brasileiro tem como direito fundamental a proteção de seus direitos enquanto consumidor.

Nessa toada, é imperioso aludir que o Código de Defesa do Consumidor regula todas as relações de consumo, e, por essa razão, a interpretação de lei especial está subsumida no reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I, do CDC), o que conduz à observância de seus direitos básicos (art. 6º do CDC), à interpretação das cláusulas contratuais a seu favor (art. 47 do CDC), e ao expurgo, por nulidade absoluta, de cláusulas contratuais abusivas (art. 51 do CDC). (GREGORI, 2011, p.179).

Nesse compasso, considerando que a vulnerabilidade é intrínseca a todo consumidor, e que está associada à sua debilidade frente aos fornecedores, a hipervulnerabilidade, que é o agravamento da situação social e fática da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor, como por exemplo, sua situação de doença,

⁹ Art. 35-G. Aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei as disposições da Lei nº 8.078, de 1990. (Lei 9.656/1998)

pode ser invocada em determinado caso concreto, e em virtude de sua previsão implícita no art. 39, IV¹⁰ do Código de Defesa do Consumidor, é possível o reconhecimento de práticas abusivas cometidas pelos fornecedores, ora planos privados de saúde.

Se a ideia de vulnerabilidade está relacionada a uma fragilidade do consumidor, na hipervulnerabilidade há uma potencialização desta fragilidade, a qual aumenta sobremaneira o desequilíbrio contratual existente na relação negocial. Hodiernamente, em contratos de plano de saúde, é cada vez mais manifesto os abusos cometidos pelos fornecedores, abusos esses que consubstanciam, sobretudo, pela omissão de informação, ou pela desvirtuação da informação – situação que se agrava consideravelmente quando é o consumidor-paciente quem sofre as arbitrariedades cometidas pelos planos de saúde, os quais se aproveitam da condição debilitada (hipervulnerável), e da doença que acometera o consumidor para impingirem novas condições abusivas e descomedidas de revisão, ou manutenção do plano privado de saúde.

Forçoso ponderar que, de acordo com o inciso I do art. 1º da Lei 9.656/1998, o plano privado de assistência à saúde consiste na prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às custas da operadora de plano privado de saúde contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.

Logo, voltando à asserção de que “o essencial é invisível aos olhos”, a essencialidade dos contratos de plano de saúde, consubstanciada na finalidade precípua de garantia da assistência à saúde – seja pela prevenção, seja pela recuperação e restauração da saúde do usuário –, embora seja invisível (material) aos olhos, deve ser continuamente trazida à memória dos operadores dos contratos de plano de saúde, posto a imprescindibilidade de aplicação e submissão a Lei 8.078/90. E, por conseguinte, subordinação ao respeito ao direito à informação que é consequência do princípio da transparência e encontra-se umbilicalmente ligado ao princípio da vulnerabilidade.

A finalidade dos planos privados de saúde não pode ser transformada pelas regras consumistas e líquidas da pós-modernidade, e tampouco se sobrepor aos princípios que

¹⁰Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços; (...) (Código de Defesa do Consumidor).

norteiam o Codex Consumerista, afinal, o objetivo principal e primordial dos contratos de plano de saúde é a viabilização do tratamento médico e hospitalar do consumidor usuário.

Inúmeros são os relatos de verificação de cláusulas e práticas abusivas cometidos pelos planos de assistência à saúde, consubstanciados na restrição de cobertura do plano; na livre escolha do fornecedor pelo índice de reajuste que lhe é mais vantajoso; na alteração (quicá, cancelamento) unilateral do contrato pelo fornecedor; limitação do tempo de internação hospitalar do paciente; cláusula de impedimento de utilização de material importado para cirurgia; exclusão de cobertura de próteses sem as quais a cobertura do procedimento cirúrgico perde qualquer utilidade; reajuste abusivo da mensalidade, dentre outros. (MIRAGEM, 2014, p. 431-436).

Entretanto, principalmente para o caso de hipervulnerabilidade decorrente de condições (temporárias ou definitivas) de saúde, imperioso é o zelo, atenção e obediência ao Código de Defesa do Consumidor, visto que o consumidor não tem conhecimento necessário acerca do produto/serviço que efetivamente necessita – posto que o detentor desse conhecimento é o fornecedor –, portanto, considerando que em muitos aspectos o consumidor é absolutamente e sobremaneira vulnerável (hipervulnerável), a informação torna-se imprescindível para colocar-lo em posição de igualdade frente ao fornecedor, e deixá-lo ciente das condições contratuais avençadas.

É incontestável que em se tratando de plano de saúde, a correta informação, sobretudo, pré-contratual, é necessária para preservar o equilíbrio contratual, e é o melhor remédio para minimizar as desigualdades provenientes da massificação do consumo, e da liquidez que acomete a sociedade e o mercado, o qual transforma pessoas em meras mercadorias geradoras de lucro.

Os Direitos e deveres individuais e coletivos, bem como os Direitos Sociais, são parte dos direitos e garantias fundamentais da Constituição. Assim, o aval constitucional de assistência à saúde pela iniciativa privada, a qual possui inegável relevância para a sociedade brasileira – não somente por sua importância econômica, mas, sobretudo, pela função social que exerce –, impinge aos planos de saúde a submissão aos primados da dignidade da pessoa humana, da livre concorrência, e da defesa do consumidor. A atividade econômica operante no mercado atua por dependência a um bem constitucionalmente indisponível: a vida, a qual somente subsistirá enquanto a saúde do consumidor for preservada.

Considerações finais

Ao passo que se institui uma nova forma de viver em sociedade – com o nascer da modernidade líquida –, uma sociedade que usa como aporte as novas tecnologias informacionais, surge, paralelamente, uma necessidade de adaptação por parte dos consumidores, uma vez que se veem inseridos em um contexto nunca antes vivenciado. Nesses termos, há que se resguardar, impreterivelmente, a condição de vulnerabilidade que acompanha o consumidor, sobretudo a vulnerabilidade informacional e especial do consumidor-doente.

Com esse explanar, muito embora haja uma maior oferta de planos assistenciais e de seguro à saúde em tempos de sociedade moderna, informacional, em sentido oposto o consumidor se vê, diuturnamente, afundando em um emaranhado de novas vulnerabilidades, o que resulta na busca pela contratação de planos de saúde como último sopro de vida em tempos de desesperança para com sistema público de saúde instituído.

A guisa disso, em que pese a evidente relevância dos planos privados de saúde, a sociedade, mormente, o Estado – seja pela atuação do Poder Judiciário, Executivo ou Legislativo – não pode cegar-se à atuação, por vezes, arbitrária desses, o que tem provocado desequilíbrio econômico na relação contratual, transgredido os princípios consumeristas e, até mesmo, atentado contra o próprio objeto do contrato, qual seja a prevenção de doenças e a tentativa de restauração da saúde do usuário.

Nesse enlace, tem-se que o princípio da informação e o princípio da vulnerabilidade, sobretudo quando a situação envolve pessoas hipervulneráveis, devem ser estritamente obedecidos, independentemente do paradigma social instituído, de modo a não deixar o usuário do plano de saúde em situação absolutamente desfavorável – o que fragilizaria, às escâncaras, o princípio da boa-fé contratual, preservação da dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade do direito à saúde e a vida do consumidor.

REFERÊNCIAS:

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Traducción: Jorge Navarro; Daniel Jiménez; Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

_____. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo, respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BRASIL. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 22.mar. 2016.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. **Lei nº 12.527**, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em 20 mar. 2016.

_____. **Lei nº 12.965**, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 22 mar. 2016.

_____. **Lei nº 9.656**, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9656.htm> Acesso em 08 abr. 2016.

_____. **Proposta de Emenda Constitucional n. 479/2010**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=473827>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

CARLINI, Angélica. **Judicialização da saúde pública e privada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, negócios e a sociedade**. Traduzido por Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 13.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 11. ed. Traduzido por Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2008. v. 1.

GREGORI, Maria Stella. **Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Antonio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 89/90.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MATHIAS, Guilherme Valdetaro. O Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor na saúde suplementar. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. (coord). Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos. – Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PIERRE, Lévy, **Cibercultura**. Tradução Carlos Irineu da Costa, 3ª ed., São Paulo: Editora 34, 2001.

SAINT-EXUPERY, Antonie. O pequeno Príncipe, 47. Ed., 3. Impressão. Rio de Janeiro: AGIR, 1999. P.72.

SANTOS, Milton. **Técnica, Espaço e Tempo**: Globalização e Meio Técnico-científico-informacional. São Paulo: Ed. da USP, 2013.

TAKAHASHI, Eduardo Tadao. **Brasil: RNP** – Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico. Disponível em: <<http://interred.wordpress.com/1989/11/02/brasil-rnp-conselho-nacional-de-desenvolvimento-cientifico-e-tecnologico>>. Acesso em: 22. mar.2016.