

Direito do Consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19

Edição especial de 30 anos de vigência do CDC

Volume 2



Apontamentos sobre o atendimento privado à saúde e a pandemia

Fernando Campos Scaff¹
Advogado e professor

Sumário: 1. A prestação de serviços à saúde e a sua evolução; 2. As contratações de massa no direito à saúde; 3. O contrato de *seguro-saúde*; 4. O contrato de *plano de saúde*; 5. Da interpretação dos contratos e as novas e imprevisíveis situações; Referências.

1. A prestação de serviços à saúde e a sua evolução

Nas suas origens, o ato médico, no âmbito das relações privadas, realizava-se usualmente mediante a celebração de um contrato de prestação de serviços, ajustado entre o agente responsável pelo atendimento das necessidades e providências relativas à saúde, de um lado, e o paciente ou alguém no seu interesse, de outro.

Nesse modelo, a relação contratual se forma a partir do contato direto e pessoal entre as partes, que têm de um lado o profissional liberal responsável pela realização de um exame, de consulta clínica ou de uma intervenção cirúrgica, e de outro o paciente ou alguém que represente ou que seja por ele responsável, momento no qual são acertados o preço, o conteúdo da atividade médica, o prazo e as outras condições dessa típica prestação de serviços.

Ocorre que, com o passar do tempo, esse tipo de negócio jurídico passou a concorrer com outras modalidades, quais sejam, aquelas em que o atendimento à saúde se estabelece a partir da

¹ Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Largo São Francisco.

organização provinda de uma operadora de planos de saúde ou de uma seguradora.

Nestes casos, mediante o pagamento de uma mensalidade, também são disponibilizados ao interessado serviços de consultas médicas, internações em hospitais e a realização de exames laboratoriais, seja mediante a direta utilização de uma rede credenciada, ou então pelo reembolso dos custos gerados de acordo com uma tabela previamente dada ao conhecimento do consumidor.

O objetivo deste artigo é, pois, analisar como podem ser interpretados e, afinal, eventualmente revisados contratos que tratam de questões do direito à saúde no âmbito privado, em momentos especiais tais como aqueles que hoje a humanidade enfrenta por causa da pandemia da Covid-19, sob o fundamento tanto da impossibilidade de pagamento das mensalidades originalmente devidas pelo consumidor como por restrições que suspendam, temporariamente, a consecução dos serviços previstos nesses contratos, a cargo das operadoras.

Aqui, portanto, não analisaremos os atos realizados em virtude da imposição do dever do profissional da medicina de atender, emergencialmente, aquele que necessite de seus préstimos e de seus conhecimentos técnicos, ou seja, quando tal atendimento poderá até prescindir do prévio acordo de vontades das partes daquela relação. Nessas situações ocorrerá o surgimento de meros *atos jurídicos*, praticados pelo agente de modo consciente e voluntário, mas decorrentes de uma obrigação própria e peculiar a essa atividade.²

² Com efeito, o anterior Código Civil brasileiro inseria a regra que determinava (art. 1.545) que os “médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento” no capítulo que tratava “Da liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos”, inserida portanto, e no modelo daquele diploma legal, na chamada *responsabilidade extracontratual*, o que foi alterado no atual Código Civil brasileiro, que situou disposição semelhante (art. 951) no capítulo denominado genericamente “Da indenização”, em que não é feita a distinção entre as responsabilidades de origem contratual e extracontratual, acompanhando as tendências unificadoras mais atuais. Nesse mesmo sentido, o Código de Ética Médica vigente no Brasil (Resolução CFM 1246/88) determina, no capítulo “Responsabilidade profissional”, que é ao médico vedado: “Art. 35. Deixar de atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, colocando em risco a vida de pacientes, mesmo respaldado por decisão majoritária da categoria”; “Art. 36. Afastar-se de suas atividades profissionais, mesmo temporariamente, sem deixar outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes em estado grave”; e

Portanto, quanto aos contratos de adesão oferecidos por operadoras de planos de saúde e mesmo por seguradoras, considerando os cuidados à saúde que compõem o seu conteúdo, as suas características serão aquelas de negócio jurídico bilateral ou plurilateral, predominantemente comutativo, consensual,³ oneroso, de duração e execução continuada.

Além disso – e essa é uma peculiaridade dessas espécies –, são contratos que se formam a partir do que se denomina uma base *mutualística*. Isso significa dizer que os valores atribuídos às mensalidades advêm da realização de cálculos atuariais, ou seja, de uma equação pela qual, com base nos custos dos serviços prestados ao conjunto dos consumidores, dos exames feitos e das internações ocorridas, dentre outros eventos, são estabelecidas as contraprestações cobradas, sujeitas à aplicação de índices de atualização monetária específicos para tal modalidade de atendimento à saúde.

O interesse que motivou a criação de tais contratos é evidente. Deriva das exigências de disponibilização de serviços de saúde a um sempre crescente número de pessoas, o que justificou a conformação dos atendimentos no interior de *standards* contratuais formulados para geração de resultados técnicos e econômicos mais eficientes, capazes de atender não só a questão do *tratamento* das moléstias, como também, com igual atenção, os problemas vinculados à prevenção de doenças, o que se deveria fazer de um modo que se mostrasse mais acessível e atraente aos consumidores.

Deu-se no *direito à saúde*, portanto, uma evolução semelhante àquela observada em outras disciplinas jurídicas sensíveis à dinâmica das relações de consumo e compatíveis com a implantação e desenvolvimento do regime de contratação em massa.

³ “Art. 37. Deixar de comparecer a plantão em horário preestabelecido ou abandoná-lo sem a presença de substituto, salvo por motivo de força maior”, o que representa exemplos de proibições à omissão de atendimento médico a quem dele necessita, referida em situações que, pela gravidade ou risco à saúde, deva tal atendimento ser necessariamente prestado, independentemente da prévia celebração de contrato entre as partes.

³ Como destaca ainda Ricardo Luis Lorenzetti, “o consentimento é um elemento essencial para a existência do contrato. Até tempos muito recentes, esse dado foi quase inexistente no contrato médico, porém agora a autonomia deste último fez com que o consentimento ocupe um lugar central na relação médico-paciente” (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Responsabilidad Civil de Los Médicos*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1997, p. 312).

2. As contratações de massa no *direito à saúde*

Tornando-se claro que as demandas por um atendimento médico disponível e eficiente eram firmes e crescentes, surgiram e se desenvolveram as empresas privadas que, mediante a oferta ao público e a realização de contratos por adesão, prestam assistência à saúde em limites previamente estabelecidos, estipulados unilateralmente, mas sob a regulação da lei.⁴

Esses modelos de atendimento médico e hospitalar de massa parecem ter sido inicialmente criados nos Estados Unidos da América,⁵ expandindo-se posteriormente para várias outras nações que nunca

⁴ A legislação brasileira atual, relativamente a essa assistência médica (Lei 9.656, de 03.06.1998), define em seu art. 1.º, I, como sendo o *plano privado de assistência à saúde* a “prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós-estabelecido, por prazo indeterminado, com finalidade de garantir, sem limite financeiro, assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso e pagamento direto ao prestador”. Já as empresas atuantes nesse ramo de atividade são conceituadas no inc. II do mesmo art. 1.º da referida lei, como *operadoras de plano de assistência à saúde*, compreendidas como “pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inc. I deste artigo”.

⁵ Cf. MORAES, Irany Novah, *Erro médico e a lei*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 100 e ss., esclarecendo que “Kimball, em 1929, verificava que, nos Estados Unidos, os hospitais não estavam ao alcance dos bolsos dos professores das escolas onde seus filhos estudavam e que, nas ocasiões em que eles adoeciam, usavam seu hospital e não tinham condições de pagar. Foi então que idealizou um sistema de pré-pagamento das despesas eventuais com doença. Difere esse processo do seguro comum pois, em lugar de oferecer indenização em moeda para resarcir dos prejuízos decorrentes da enfermidade, oferecia cuidados para a cura da enfermidade. Assim, se criou a *Blue Cross* americana, em 20.12.1929. O êxito do plano foi tão grande que comerciantes também começaram a ser inscrever na *Blue Cross* sob cuja égide se formou a *Associação dos Hospitais Grupados*. Durante a crise de 1930, os benefícios prestados pelo plano à coletividade foram imensos e, em 1933, a Associação Americana de Hospitais adotou o sistema. Dez anos mais tarde, isto é, em 1939, outra iniciativa do mesmo gênero teve lugar nos Estados Unidos: a *Blue Shield*, organização criada pela Associação Médica da Califórnia, que, oferecendo serviços médico-cirúrgicos, completava a assistência total, pois a primeira só dava assistência hospitalar. Posteriormente, *Blue Cross* e *Blue Shield* se aproximaram e hoje têm direção comum. Em 1962, cerca de três quartos da população americana estava filiada às organizações, ou similares, com indiscutíveis vantagens para a economia individual. Não só nos Estados Unidos tal sistema teve êxito. Na Inglaterra, em 1944, teve início a resolução desse problema como iniciativa estatal. Todos os serviços médicos da Grã-Bretanha foram nacionalizados em 1946. Em 1949-1950, Churchill criou o *National Health Service*, no qual foram empregados 800 milhões de libras esterlinas e em que 95% da população se inscreveu. Em 1950, tinham passado para o seguro 3.426 hospitais, só restando livres 147”.

atribuíram ou que já haviam retirado do Estado o monopólio da atuação direta na assistência à saúde.⁶

Com o objetivo de concretizar esse atendimento médico privado a partir de uma oferta ao público, destacam-se duas espécies de empresas: as empresas de planos de saúde e as seguradoras. Além delas, existem as cooperativas e as empresas de autogestão.

3. O contrato de *seguro-saúde*

O seguro tem definição legal no ordenamento jurídico brasileiro, constituindo-se, portanto, num contrato típico.⁷ Por meio dele, atribuem-se as “consequências derivadas da ocorrência de um risco, através do qual a parte, o segurado, transfere a probabilidade de perda financeira para outra parte, denominada *companhia de seguro*”,⁸ o que se realiza mediante o pagamento de um valor pelo segurado à empresa responsável pelo resarcimento do dano.

A *boa-fé* exerce papel destacado e fundamental na celebração do contrato de seguro. De acordo com François Couilbault, Constant Eliashberg e Michel Latrasse, isso “significa que a seguradora se remete inteiramente à lealdade do segurado: ela se refere a essas declarações sem estar obrigada, de maneira geral, a verificar todos os elementos declarados”.⁹

⁶ No Brasil, teriam surgido tais empresas nos anos 60, como exigência da classe trabalhadora situada na região metropolitana da cidade de São Paulo, em decorrência do desenvolvimento industrial, como consta do *informe de imprensa* de agosto de 2005, da *Associação Brasileira de Medicina de Grupo* (Abramge).

⁷ Regulamentados nos arts. 757 e ss. do CC brasileiro.

⁸ Cf. MARTINS, João Marcos Brito. *Direito de seguro: responsabilidade civil das seguradoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 11. Como definem François Couilbault, Constant Eliashberg e Michel Latrasse (*Les grands principes de l'assurance. Antony: L'Argus de l'Assurance*, 2017, p. 81), “o contrato de seguro é um acordo realizado entre um segurador e um assegurado para a garantia de um risco: o segurador aceita cobrir o risco, o segurado se compromete a pagar o prêmio ou a cotização convencionada. O contrato de seguro é o laço jurídico que obriga a seguradora a garantir o risco, o segurado a pagar o prêmio”.

⁹ COUILBAULT, François; ELIASHBERG, Constant; LATRASSE, Michel, op. cit., p. 82. Também de acordo com João Marcos Brito Martins (op. cit., p. 34), “a doutrina pátria classifica o contrato de seguro como bilateral, aleatório, oneroso, consensual, nominado, de boa-fé e de adesão”. O Código Civil brasileiro, de fato, determina em seu art. 765 que “o segurado e o segurador são obrigados a guardar, na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”.

Os riscos eventuais devem estar especificamente previstos no contrato, sendo então atribuídas determinadas obrigações e responsabilidades à seguradora, no sentido de que sejam por ela resarcidos os custos de tratamento médico que se tinha, quando da celebração da avença, apenas como uma mera possibilidade.¹⁰

Já os elementos básicos do contrato de seguro são o segurador, o segurado, o beneficiário, o risco, o sinistro, o prêmio, a apólice e a importância segurada. Justamente no tocante ao *risco* – que, uma vez verificado, é denominado *sinistro* – é que surgem as maiores questões quando nos dispomos a analisar a estrutura do chamado *seguro-saúde*.

De fato, uma das características usualmente atribuídas ao contrato de seguro genericamente considerado é a sua suposta *aleatoriedade*, o que significa, em suma, que o pagamento do prêmio pelo segurado não corresponde, necessariamente, à realização de uma contraprestação pelo segurador, vinculada ao ressarcimento ajustado, uma vez não há certeza de que risco previsto venha a se concretizar durante o prazo de vigência do contrato.¹¹

Acontece que, especificamente no contrato de *seguro-saúde*, não se exige a presença dessa aleatoriedade, sendo mesmo mais comum

¹⁰ Como esclarece ainda João Marcos Brito Martins (op. cit., p. 11), “ao transferir as consequências financeiras das perdas para a companhia de seguros, os segurados trocam a possibilidade de uma grande perda incerta por um pequeno pagamento certo (prêmio) suportável em seu orçamento. Tal transferência é formalizada através de uma apólice de seguros, documento que materializa o contrato de seguro, explicitando os direitos e deveres da companhia de seguro e do segurado. Ao dividir o custo da perda por todos os segurados, o segurador está utilizando o princípio do mutualismo, consubstanciado num fundo comum, constituído pelas contribuições de todo o grupo que suporta as perdas de cada um dos componentes. Tais perdas são previstas pelas seguradoras, quando estimam a amplitude necessária e o tamanho do fundo para suportá-los. A lei dos grandes números é um princípio matemático que representa a base de cálculo das operações de seguro; através delas são estabelecidas as previsões com determinada margem de segurança. De acordo com este princípio, quando aumenta o número de unidades independentes e similares expostas aos riscos, tende a ampliar-se igualmente a relativa exatidão das previsões acerca de resultados futuros, baseados nestas unidades de exposição”.

¹¹ É essa a posição comumente admitida pela doutrina. Para Ricardo Bechara Santos (*Direito de seguro no cotidiano*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 41), por exemplo, “apesar de algumas discussões acerca da natureza jurídica do contrato de seguro, há consenso de ser ele bilateral, oneroso, aleatório. É bilateral posto serem recíprocas as suas prestações; é oneroso uma vez que nenhuma das duas partes celebra o contrato com o intuito de fazer liberalidades; é aleatório, porque nenhuma das partes pode antever quem obterá, ao final, vantagem ou prejuízo”.

que ceda ela lugar a uma efetiva *comutatividade* entre as prestações e contraprestações atribuídas a cada uma das partes.

Com efeito, o que se constata no caso do contrato de *seguro-saúde* é que, ao contrário do que se observa em outras espécies desse gênero, não são as questões vinculadas à saúde, em regra, verdadeiramente imprevisíveis.

Pelo contrário, aspectos específicos relacionados à natureza genética, funcional ou mesmo causados por eventuais acidentes ou traumas podem determinar uma maior probabilidade ou mesmo a inevitabilidade do surgimento de moléstias que afligirão certos indivíduos em vez de outros.

É evidente, ademais, que outras doenças estão vinculadas a questões degenerativas, próprias do curso da vida humana e que surgem como consequências do próprio envelhecimento. Sendo assim, moléstias que no passado não se viam com tanta frequência tornaram-se mais comuns, justamente pelo aumento da idade média das populações e da maior expectativa de vida.

Desse modo, o chamado *índice de sinistralidade* mantém uma proporção direta com a localização nas diversas faixas etárias em que se situam os indivíduos segurados e, sob essa perspectiva, nada terá de “aleatoriedade” a concretização do evento futuro tido como sendo o *risco* previsto no contrato – qual seja, o aparecimento da doença –, revelando-se esperado, na verdade, que tal risco ocorra em um dado grupo de pessoas de determinada idade, as quais provavelmente sofrerão os efeitos de problemas específicos que são próprios da maturidade e não da época da juventude.

Além disso, no tocante à chamada *medicina preventiva*, a realização de determinados exames e procedimentos deverá ocorrer mesmo na falta de qualquer sintoma indicativo da existência de eventuais patologias, exatamente para que se possa, de modo antecipado, dar início aos cuidados e às providências adequadas para, justamente, evitar o surgimento de uma moléstia ou mesmo para minorar os seus efeitos mais graves.

Por fim, o próprio modo de vida adotado por um indivíduo – sendo ele, por exemplo, esportista, carvoeiro ou digitador – poderá torná-lo mais propenso a sofrer determinadas patologias, que serão resultados próprios da sua atividade profissional, das suas práticas esportivas ou dos seus gostos pela bebida ou pelo fumo. Sendo assim, essa suposta *aleatoriedade*, entendida como elemento dessa modalidade de contrato, perde muito de seu conteúdo, uma vez que várias

doenças guardam, portanto, uma relação direta com determinados fatores cujo surgimento e controle situam-se estritamente nos limites da disposição pessoal.

Ora, os custos daí derivados – que deverão ser arcados pela seguradora – não constituem, necessariamente e na mais pura acepção das palavras, verdadeiros riscos ou *sinistros*, mas sim decorrem de eventos que certa ou provavelmente ocorrerão, o que retira, efetivamente, a suposta *álea* do cerne de caracterização desse tipo de contrato.

Ou seja, neste ponto em particular, o chamado *seguro-saúde* não se conforma aos parâmetros clássicos do contrato de seguro, considerada a sua finalidade específica de ressarcir os custos derivados de tratamentos médicos realizados pelo segurado, sejam eles decorrentes de fatos imprevisíveis ou previsíveis, indistintamente.¹²

O *seguro-saúde* visa especificamente, e como já mencionado, o ressarcimento das despesas ocorridas com o tratamento médico, relativas, pois, ao pagamento de honorários profissionais, de despesas de internação hospitalar, de exames laboratoriais e clínicos, enfim, de todos aqueles custos advindos dos cuidados à saúde, de acordo com o conteúdo ajustado entre as partes.

O surgimento e o desenvolvimento dessa modalidade de contrato, ajustado por relações de direito privado, derivam da constatação, sobretudo, da incapacidade ou ineficiência em manter um sistema de atendimento à saúde que seja efetivamente público e universal, abrangente e eficiente o bastante para tornar desnecessária a atuação de empresas particulares nesse setor da vida social e econômica, de modo complementar ou mesmo preferencial à atividade direta do Estado.

Não contando o Poder Público com as condições necessárias para adotar ou para manter o monopólio das intervenções destinadas à preservação ou à recuperação da saúde, a solução realista foi a de admitir como legítima e mesmo necessária a participação de empresas privadas nesse ramo de atividade econômica, empresas essas que se dispõem a realizar as prestações próprias ao *direito à saúde* com objetivo de

¹² Para Yvonne Lambert-Faivre (op. cit., p. 842) essa modalidade de seguro “tem uma dupla natureza: seguro condicionado (*forfataire*) no que concerne às prestações de somas prévias ao contrato, e seguro de indenização especialmente no que concerne ao reembolso das despesas de saúde”.

lucro ou, pelo menos, a partir de contornos que atentem para certa economicidade entre meios e resultados, situação que foi paulatinamente admitida na quase totalidade dos ordenamentos jurídicos contemporâneos.¹³

A justificativa racional da contratação de seguros ou de planos de saúde funda-se também no que já nos referimos como sendo o seu caráter *mutualístico*, ou seja, aquele que pressupõe a dispersão dos custos dos eventos ocasionais de tratamentos médicos para um grupo considerável de pessoas, tal como ocorre em planos de previdência pública ou privada, nos pecúlios etc.

De fato, uma das condições entendidas como fundamentais para a efetiva realização dos propósitos securitários é que as empresas que assumem a responsabilidade pelo ressarcimento dos danos disponham, concretamente, de capacidade financeira para a assunção eficaz das

¹³ Nesse sentido, referindo-se à realidade francesa, Yvonne Lambert-Faivre (op. cit., p. 834) esclarece, quanto ao dito *seguro complementar de doença*, que “os problemas financeiros e os desequilíbrios às vezes estruturais (demográficos) e conjunturais (situação econômica, desemprego) que afetam de maneira estrutural a Seguridade Social mantêm na ordem do dia o estudo de modalidades complementares de previdência, notadamente para a doença e invalidez. A Seguridade Social francesa passava recentemente como uma das melhores do mundo; ela tornou-se uma das de menor sucesso com um déficit mal administrado, uma ‘dívida social’ a ser resarcida por um longo tempo e uma deficiente taxa de cobertura. O custo das despesas de saúde aumenta mais rápido que o PIB, com o desenvolvimento de técnicas médicas custosas, a demanda aumentada de bem-estar e o envelhecimento da população. O equilíbrio financeiro dos regimes de Seguridade Social é de agora em diante mantido por uma alta das contribuições que atingiu um para-choque psicológico e econômico, e uma baixa das prestações de base, ou se traduz pelo aumento da parte dos interesses de saúde não coletivizada, mas levada em conta pelo orçamento das famílias. Ademais, o seguro complementar de doença, ainda que pouco desenvolvido na França, é suscetível de ter um aumento rápido”. Deve ser destacado que o nosso STJ já teve a oportunidade de se manifestar sobre essa questão, o que fez no sentido do reconhecimento da necessidade de manutenção do equilíbrio financeiro dos contratos de planos de saúde, de acordo com os termos da seguinte ementa: “constitui dever do Estado proporcionar amplo e eficaz atendimento à população na área da saúde, nos termos e na forma estabelecida na legislação em vigor, custeada por intermédio de impostos e contribuições fiscais. De outra parte, a seguridade privada, proporcionada mediante participação voluntária em planos de saúde oferecidos pela rede particular, há que se conformar às regras do contrato, porquanto tais serviços são resultado de uma contraprestação financeira necessária ao equilíbrio econômico da avença, viabilizadora da própria higidez e continuidade da assistência em comento. Destarte, salvo as hipóteses expressamente vedadas em lei ou regulamentos baixados para o setor, à época da contratação inexistentes a respeito, válidas são as limitações impostas nos contratos aos limites de internação, se a opção espontânea do contratante se fez por plano de menor custeio, em comparação com outros, da mesma ou de outras entidades, mais abrangentes. Recurso especial conhecido pela divergência e provido” (4^a T., REsp 242.550/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, rel. p/ o acórdão Min. Aldir Passarinho Junior, j. 02.03.2000, DJ 18.02.2002, p. 449).

responsabilidades que lhes são atribuídas.¹⁴ A aferição e a fiscalização dessa capacidade cabem, em princípio, ao Estado e devem ser realizadas com crescente cuidado, pois se trata de ramo de atividade que vem sofrendo, de maneira generalizada, uma crise já duradoura.¹⁵

4. O contrato de *plano de saúde*

Ao lado da figura dos seguros-saúde, coloca-se outra forma de contratação que visa à consecução de objetivos semelhantes, que é aquela dos assim denominados *planos de saúde*.

Com a celebração dessa modalidade de contratos, o consumidor, mediante o pagamento antecipado e periódico de um determinado preço, obtém de uma empresa a contraprestação consistente na realização

¹⁴ A questão de capacidade patrimonial e solvência das seguradoras é, de fato, essencial. Paolofisio Corrias (op. cit., p. 103 e ss.), sobre esse tema, esclarece que, “para exprimir uma opinião meditada sobre a natureza da posição ativa do segurado correspondente ao dever da seguradora de salvaguardar a própria capacidade patrimonial e, assim, identificar em qual relação coloca-se o interesse à solidez da empresa, em relação ao núcleo fundamental de interesses que o esquema securitário visa realizar, ocorre, pois, esforçar-se a investigar em profundidade os caracteres funcionais e estruturais da figura. Tal exame minucioso, de fato, permitiu excluir que no atual aspecto normativo setorial possam ser entendidos equivalentes a solidez financeira da empresa e o recebimento da assim denominada técnica assegurativa – fundada sobre a ‘colheita’ dos riscos homogêneos e sobre a ‘repartição’ dos mesmos entre os segurados segundo critérios estatístico-atuariais que permitem chegar à eliminação dos mesmos. Isso é demonstrado, entre outros, pelo relevo sempre maior que está assumindo, no âmbito do sistema abrangente predisposto para garantir a solidez patrimonial da empresa de securitização, a margem de solvência, ou seja, uma técnica que, como dito, é inspirada em uma lógica diferente daquela da estrita correlação entre os meios fornecidos pelos segurados (com o pagamento dos prêmios) e a constituição dos recursos da empresa por um lado, e da rígida destinação desta última à garantia das razões creditórias dos próprios segurados, de outro”. Também no Brasil e a partir da intervenção e fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), muitas empresas estão deixando o mercado de planos e seguros-saúde, justamente pela demonstração de incapacidade no atendimento de níveis mínimos de solvência, exigidos pelo órgão regulador, situação elucidativa da crise por que passa o setor, em nosso sistema.

¹⁵ A crise apontada parece ser, de fato, comum a diversos países. Riccardo Lamperti (Riflessi assicurativi della responsabilità sanitaria: il punto di vista dell’ania. In: *Il rischio in medicina oggi e da responsabilità professionale*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 249 e ss.) aponta que “o mercado securitário italiano há alguns anos apresenta um andamento preocupante no específico ramo da responsabilidade civil geral, em termos de rentabilidade. Os dados de balanço das companhias mostram como as primeiras 19 companhias, representando quase 80% do mercado integral, têm um resultado técnico industrial negativo derivado do contínuo crescimento dos sinistros, seja em termos de frequência, bem como de custo médio.”

de determinados tratamentos e atendimentos médicos, hospitalares e laboratoriais, a serem realizados por seus prepostos.¹⁶

A distinção mais marcante entre essa modalidade de contrato e aquela do seguro é, portanto, que em vez do reembolso de serviços a serem prestados por terceiros, a própria empresa de planos de saúde assumirá, por meio dos profissionais e dos recursos hospitalares e laboratoriais por ela credenciados e que com ela mantêm vínculos duradouros e efetivos, a obrigação de prestar os serviços necessários e pretendidos pelo consumidor.

Contudo, na prática há uma enorme aproximação entre tais modalidades de contrato, uma vez que é usual que as empresas de seguro-saúde indiquem, normalmente, uma lista de médicos, hospitais e laboratórios que a ela estão vinculados de modo permanente – e com os quais consegue preestabelecer custos e remunerações – e os quais remunera diretamente pelos serviços prestados diretamente, sem que ocorra o suposto reembolso dos segurados por pagamentos inicialmente feitos aos prestadores de serviços, agindo de modo análogo, neste ponto, ao que realizam as empresas de planos de saúde.

Por outro lado, também essas mesmas empresas de planos de saúde usualmente admitem, além da utilização de recursos que lhes sejam efetivamente próprios, outros que por elas tenham sido credenciados, e ainda outros não previamente indicados, em relação aos quais realizam, de modo total ou parcial, mero reembolso aos seus contratantes das despesas havidas com o atendimento prestado, agindo tal como se fossem, em realidade, verdadeiras seguradoras.

Inclusive, essa proximidade entre as duas modalidades de contrato foi, de certa forma, reconhecida nos próprios termos da atual lei brasileira, em que ambos os tipos de empresas – seguradoras e de planos de saúde – foram tidas como operadoras, indistintamente.

De toda forma, a prestação de serviços médicos, atualmente, é em grande parte realizada mediante a celebração desses contratos de seguros-saúde e de planos de saúde, os quais, adotando a configuração de verdadeiros e próprios *contratos de adesão*, devem ser também

¹⁶ Adalberto Pasqualotto (op. cit., p. 42) esclarece que “operadoras de planos privados de assistência à saúde são pessoas jurídicas de direito privado, com liberdade de forma societária, que prestam serviços próprios ou através de terceiros, mediante contraprestações pecuniárias”.

apreciados sob as perspectivas próprias a essas modalidades de negócios jurídicos.

5. Da interpretação dos contratos e as novas e imprevisíveis situações

Interpretar é determinar o seu conteúdo. No que diz respeito ao conteúdo contratual, este está no conjunto de regras de conduta estabelecidas pelos contratantes. Sendo assim, interpretar um contrato significa determinar o conjunto de regras ou preceitos dele emanados, quer sejam expressos, quer sejam implícitos, mas sempre contidos de alguma forma na declaração negocial.

Para tanto, há diversas regras de interpretação no Código Civil, dentre as quais aquelas previstas nos artigos 112, 113 e 423, por exemplo.

Ocorre que, em determinadas situações, não bastará a interpretação, havendo a necessidade de que, excepcionalmente, faça o juiz a efetiva revisão daquilo que foi ajustado pelas partes.

Aqui no Brasil, a imprevisão e a onerosidade excessiva inspiraram regras do Código Civil, dentre as quais aquelas contidas nos artigos 478 e 479, criticadas por determinar primeiramente a resolução do contrato e não a sua revisão. Exigem, para serem aplicadas, a vantagem desmesurada do credor.

Já antes do Código Civil, contudo, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, inciso V, estabelecia a possibilidade de alteração de cláusulas contratuais que estabelecessem prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornassem excessivamente onerosas, o que englobava situações de lesão e da cláusula rebus sic stantibus.

Para a revisão contratual, costuma-se exigir a presença das seguintes situações: um contrato de execução continuada ou diferida, com desequilíbrio superveniente; a existência de excessiva onerosidade para uma das partes, não se impondo, para essa constatação, regras e parâmetros matemáticos; desequilíbrio causado por acontecimentos extraordinários e imprevisíveis; lucro exagerado para o credor.

Como se constata, a atual situação de pandemia poderia levar, em tese, à possibilidade de revisão dos contratos de massa relacionados ao atendimento à saúde.

Para tanto, há o evento imprevisível e inevitável, levando a situações de crise econômica e financeira que atingem tanto os consumidores como as operadoras.

Se, por um lado, os efeitos prejudiciais da pandemia atingem, em regra, a todos, a intervenção judicial para a alteração das regras contratuais deve ser feita, por sua vez, de modo excepcional, parcimonioso e valorizando a perspectiva do grande cenário, uma vez que dela podem se originar efeitos colaterais adversos.

Com efeito, deve haver essa autocontenção quanto à intervenção judicial para alteração das regras contratuais, uma vez que se deve manter a viabilidade da contratação privada, no seu componente de equilíbrio econômico.

Isso significa dizer que impor às operadoras ônus exagerados – tal como a desobrigação do pagamento de mensalidades por parte dos consumidores, a concessão de descontos não previstos e irrepetíveis, ou o aumento desmesurado do conteúdo do contrato – podem levar à implosão do sistema, a partir dos desafios de solvência por parte dessas mesmas empresas.

Por outro lado, a ideia de que o atendimento às necessidades de um consumidor específico poderia redundar na redução de lucros exagerados ou facilmente suportáveis pela operadora não é necessariamente verdadeira.

De fato, cada operadora tem uma realidade distinta. Várias são cooperativas, outras pequenas empresas de atuação local, outras ainda estão combalidas por situações econômicas anteriores e pela própria complexidade existente nesse campo de atuação.

Na verdade, é esse um ramo de atividade econômica que tem se caracterizado pela concentração dos operadores de saúde, sendo frequentes as empresas que dele já se retiraram desde o advento da Lei 9.656/98, que trata desse mercado.

Por outro lado, sendo os contratos de seguro e de planos de saúde fundados na oferta ao público e em uma base ampla de consumidores, eventual benefício dado a um deles, antes de gerar uma redução nos

lucros dos controladores da operadora, pode redundar na dispersão dos custos daí derivados no incremento dos valores cobrados das mensalidades dos demais, considerando a classificação desse custo como aumento da sinistralidade, a ser arcado, pois, pelo conjunto dos demais contratantes.

Ademais, é necessário confirmar se o problema para o adimplemento daquela prestação decorreu, em relação ao consumidor, de um fato efetiva e comprovadamente derivado da pandemia – tal como o desemprego, a diminuição da remuneração ou um significativo aumento de despesas – e não de uma situação pregressa ou de uma atitude meramente oportunista, visando obter algum benefício injustificado.

Por outro lado, também as operadoras, numa situação de elevação exagerada dos custos para o atendimento, decorrentes desses mesmos fatos oriundos da pandemia, poderiam buscar o aumento excepcional das mensalidades ou a redução de suas contraprestações, valendo-se de fórmulas e equações contidas no contrato, mas de impossível compreensão.

Também aqui, essas situações que venham a merecer a intervenção estatal devem ser analisadas *cum grano salis*, visto que podem resultar numa injustificada busca de vantagens em um período excepcional.

De toda forma, sendo contratos de duração e que venham a receber impactos de uma situação excepcional, imprevisível e, mais do que tudo, inevitável, estão aí os requisitos para que um determinado pedido possa ser apreciado judicialmente.

A regra, contudo, deve ser a da preservação do contrato, da sua modificação apenas em caráter excepcional, sendo certo que intervenções judiciais dessa natureza, caso se mostrem mais intensas do que o indispensável, podem redundar, além da insegurança jurídica, também na inviabilização de atividade empresarial em que a iniciativa privada tem papel fundamental, em especial no sentido da disponibilização do acesso a recursos da saúde para uma grande parte da população, com o benefício da desoneração do erário que pode, assim, canalizar os seus esforços para populações realmente desassistidas.

Referências

- COUILBAULT, François; ELIASHBERG, Constant; LATRASSE, Michel. *Les grands principes de l'assurance*. Antony: L'Argus de l'Assurance, 2017.
- LAMPERTI, Ricardo. Riflessi assicurativi della responsabilità sanitária: il punto di vista dell'ania. In: *Il rischio in medicina oggi e da responsabilità professionale*. Milano: Giuffrè, 2000,
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Responsabilidad civil de los médicos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1997.
- MARTINS, João Marcos Brito. *Direito de seguro: responsabilidade civil das seguradoras*. Rio de Janeiro, Forense, 2008.
- MORAES, Irany Novah, *Erro médico e a lei*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.
- SANTOS, Ricardo Bechara. *Direito de seguro no cotidiano*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.