

COMISSÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, órgão vinculado à Assembléia Legislativa (, sem personalidade jurídica, especialmente constituído para defesa dos interesses e direitos dos consumidores, estabelecida à Rua Dom Manoel s/n, Praça XV, Rio de Janeiro-RJ, vem, por seus procuradores, propor

AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO

COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Contra **ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR**, inscrita no CNPJ sob o n.º03589068/0001-46, situada à Avenida Augusto Severo, nº84, Glória, Rio de Janeiro – RJ, CEP: 20021-040, com fundamento nos artigos 6º, V, 39, V, 51, IV e X, 81, parágrafo único e incisos, e 82, III, todos da Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e nos termos que se seguem:

PRELIMINARES

Da aplicação do Código de Defesa do Consumidor e da legitimidade ativa da autora

O Código de Defesa do Consumidor, Lei Federal n.º 8.078/90, norma especial de ordem pública e interesse social (artigo 1º), deve ser obrigatoriamente aplicado à presente demanda, tendo em vista que a relação existente entre a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), e os usuários dos serviços prestados pelas operadoras de planos e seguros saúde, reguladas pela primeira são de consumo, conforme disposto nos seus artigos 2º e 3º, *caput* e parágrafos.

Tendo em vista que o CDC é, conforme acima mencionado, norma especial, de ordem pública e interesse social, e por tratar de matéria processual, mais precisamente, e de forma integral em seu artigo 82, III, sobre a legitimidade ativa *ad causam* dos órgãos da administração pública para defender os direitos e interesses dos consumidores através de ações judiciais coletivas de consumo, deve ser aplicado prioritariamente em relação às demais legislações aplicáveis, como a Lei n. 7.347/85 e o CPC.

“Examinando agora a questão inicialmente proposta, entendemos que, após a vigência do Código de Defesa do Consumidor, apenas os entes legitimados pelo art. 82 podem propor ações coletivas em defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das pessoas equiparadas. Com efeito, o CDC é lei específica para proteção do consumidor, *tout court*, e prefere, neste ponto, à Lei da Ação Civil Pública, que cuida da ação de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, com bem maior generalidade”. (ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo. *Comentários ao código de defesa do consumidor: direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 66/67) (grifos nossos)

“As normas do CPC e da LACP são aplicáveis às ações individuais e coletivas fundadas no CDC, desde que não sejam incompatíveis com o microsistema do CDC. Caso contrarie dispositivo expresso do CDC ou seu espírito, a norma do CPC ou da LACP não pode ser aplicada”. (NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, atualizado até 01.08.1997*. São Paulo: RT, 1997, p. 1402) (Grifos nossos)

“As disposições da LACP são integralmente aplicáveis às ações propostas com fundamento no CDC, naquilo em que não houver colidência, como é curial.

(...)

Há, por assim dizer, uma perfeita interação entre os sistemas do CDC e da LACP, que se completam e podem ser aplicados indistintamente às ações que versem sobre direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais, observado o princípio da especialidade das ações sobre relações de consumo, às quais se aplica o Título III do CDC e só subsidiariamente a LACP” (NERY JUNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. São Paulo: Forense Universitária, pp. 1032/1033)

Dispõe o artigo 82, III, do CDC que “para fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente” “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.

A autora é uma comissão permanente da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (arts. 109, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, e 25, parágrafo único, XXI, do Regimento Interno da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro), sem personalidade jurídica, especificamente destinada, de forma ampla, à defesa dos direitos e interesses do consumidor (art. 26, § 19, alíneas “a” a “c”, do Regimento Interno da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro), e de forma específica, apesar de não haver qualquer exigência no artigo 82, III, do CDC (exige apenas que “defenda” os direitos e interesses dos consumidores), à defesa dos direitos e interesses do consumidor através de ações judiciais coletivas de consumo (art. 26, § 19, alínea “d”, do Regimento Interno da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro).

Art. 109. Constituição do Estado do Rio de Janeiro. *A Assembléia Legislativa terá comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas nos respectivos Regimento ou ato legislativo de sua criação.*

Art. 25. Regimento Interno da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. *Iniciados os trabalhos de cada sessão legislativa, a Mesa, dentro do prazo improrrogável de quinze dias, providenciará a organização das comissões permanentes.*

Parágrafo único. *As comissões permanentes são:*

(...)

XXI – *Comissão de Defesa do Consumidor, com cinco membros.*

Art. 26. Regimento Interno da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. *Compete às comissões permanentes:*

(...)

§ 19 – À Comissão de Defesa do Consumidor compete:

a) manifestar-se sobre matéria referente à economia popular;

b) manifestar-se sobre composição, qualidade, apresentação, publicidade e distribuição de bens e serviços, relações de consumo e medidas de defesa do consumidor.

c) acolher e investigar denúncias sobre matéria a ela pertinente e receber a colaboração de entidades e associações relacionadas à defesa do consumidor.

d) representar a título coletivo, judicialmente ou extrajudicialmente, os interesses e direitos previstos no Parágrafo único do art. 81, conforme autorização expressa no art. 82, III, todos da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.

“(…) Desse modo, um Departamento de proteção ao Consumidor, por exemplo, órgão integrante de determinada Secretaria de governo estadual e, portanto, da administração direta, está capacitado ao ajuizamento da ação, sem necessidade de ser a capacidade atribuída à própria entidade federativa estadual em si, como ocorre no sistema geral relativo a esse pressuposto processual. O mesmo se pode dizer, ainda como exemplo, de um Departamento de Defesa do Meio Ambiente: embora seja um órgão, e não uma pessoa, poderá habilitar-se como autor da ação civil pública. É comum, aliás, na estrutura do Executivo ou do Legislativo, a instituição de Procons, órgãos destinados à proteção dos consumidores”. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública: comentários por artigos*)

“Além das entidades, o inciso III também legitima os órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código, reconhecendo-lhes a personalidade judiciária e permitindo, assim, a plena atuação em juízo de órgãos públicos como o Procon e os Núcleos de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública, que podem, agora, sem nenhuma dúvida, propor, *nomine* próprio, ações coletivas em defesa dos consumidores (sempre em sentido amplo)”. (ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo. *Comentários ao código de defesa do consumidor: direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 81)

“A norma autoriza a propositura da ação coletiva pelos órgãos públicos de defesa do consumidor, mesmo que não tenham personalidade jurídica. Têm eles personalidade judiciária, podendo ser autores de demanda em juízo. Os Procons, por exemplo, podem agir em juízo, em nome próprio, por meio de seu diretor ou representante legal. O diretor do ente despersonalizado pode conferir mandato a advogado para que seja proposta a ação, sendo desnecessário que o procurador da pessoa jurídica de direito (procurador da República, procurador do Estado ou procurador do Município) subscreva a petição inicial. Caso o diretor ou representante legal do ente despersonalizado seja advogado, pode lê mesmo subscrever a petição inicial de ação coletiva.

(...)

Não há necessidade de previsão estatutária estrita para que se a entenda legitimada, sendo suficiente que a associação defenda os direitos do consumidor”. (NERY JUNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. São Paulo: Forense Universitária, p. 1396)

Direito Constitucional. Ação Civil Pública. Tutela dos interesses consumeristas. Legitimidade *ad causam* do Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública para propositura da ação. A legitimidade da Defensoria Pública, como órgão público, para defesa dos direitos dos hipossuficientes é atribuição legal, tendo o Código de Defesa do Consumidor, no seu artigo 82, III, ampliado o rol de legitimados para propositura da ação civil pública àqueles especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código. Constituiria intolerável discriminação negar a legitimidade ativa de órgão estatal – como a Defensoria Pública – as ações coletivas se tal legitimidade é tranquilamente reconhecida aos órgãos executivos e legislativos (como entidades do Poder Legislativo de defesa do consumidor). Provimento do recurso para reconhecer a legitimidade ativa *ad causam* da apelante (TJRJ, Ap. Civ. 2003.001.04832, 6ª Câm. Cív., Rel. Des. Nagib Slaibi Filho).

e) encaminhar as representações mencionadas na alínea “d” para publicação na íntegra no Diário Oficial da ALERJ, assim como as desistências das representações feitas.

Portanto, inegável a legitimidade da autora para figurar no pólo ativo da presente demanda, assim como de qualquer demanda judicial coletiva de consumo, conforme reconhecido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Ação Civil Pública. Direito do Consumidor. Comissão de defesa do consumidor da Assembléia Legislativa. Legitimação por força do inciso III do art. 82 do CDC. Sentença que se reforma. Recurso provido (TJRJ, Ap.Cív. 2006.001.13728, 10ª Câmara Cível, Rel. Des. José Carlos Varanda, julgado por unanimidade).

PROCESSO CIVIL. AÇÃO COLETIVA. O CPDC, ao dispor no art. 82, III, que têm legitimidade ativa nas ações coletivas “as entidades e órgãos da administração pública, direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses protegidos por este Código”, não permite dúvida quanto à legitimação de pessoas formais e se refere aos direitos metaindividuais, em que inscrevem os individuais homogêneos (id, art. 81, III). Apelo conhecido e provido. Sentença que se anula. Unânime (TJRJ, Ap.Cív. 2006.001.23959, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Fernando Foch).

APELAÇÃO CÍVEL – Ação Civil Pública. Defesa do Consumidor em Juízo. Legitimidade ativa para propositura da ação. Aplicação dos arts. 5º, inc. XXXII da CRFB e art. 82, inc. III do Código de Defesa do Consumidor. Legitimidade da Comissão de Defesa do Consumidor. Legitimidade da Comissão de Defesa do Consumidor da ALERJ para propositura de ação coletiva tendente a defesa de direitos do consumidor objetivando o reconhecimento de aumento abusivo da tarifa cobrada por transporte marítimo e retorno ao patamar anterior, bem como a condenação à restituição, em dobro, das tarifas pagas indevidamente pelos consumidores. A *mens legis* do art. 82 do CDC quando estabeleceu legitimação para agir atinente ao aforamento de ações coletivas foi a mais ampla possível não podendo o aplicador da lei dar interpretação restritiva. No inc. III do art. 82, não se limitou o legislador a ampliar a legitimação para agir. Foi mais além, atribuiu Legitimação *ad causam* a entidades e órgãos da Administração Pública direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, o que se fazia necessário para órgãos como PROCON e a Comissão Apelante, bastante ativos e especializados em defesa do consumidor, pudessem também agir em juízo. PROVIMENTO DO APELO (TJRJ, Ap.Cív. 2006.001.30582, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Sidney Hartung Buarque).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELA COMISSÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR DA ALERJ EM FACE DE NET RIO S/A. ILEGITIMIDADE ATIVA RECONHECIDA PELA SENTENÇA RECORRIDA, QUE EXTINGUIU O FEITO SEM EXAME DO MÉRITO. POSTERIOR INCLUSÃO NO REGIMENTO INTERNO DA ALERJ DE DISPOSITIVO QUE AUTORIZA À COMISSÃO AUTORA A PROMOVER A AÇÃO COLETIVA. POSSIBILIDADE DE CONVALIDAÇÃO DA LEGITIMIDADE COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 462, DO CPC. O ARTIGO 82, INCISO III, DO CDC, NA VERDADE AMPLIOU O CAMPO DA LEGITIMAÇÃO ATIVA PARA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OS ARTIGOS 5º E 6º DA LEI 7.347/85 E OS ARTIGOS 109 E 173, INCISO III DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO NÃO EXCLUEM, MAS ANTES ALARGAM O ROL DOS LEGITIMADOS, EM BENEFÍCIO DOS CONSUMIDORES (TJRJ, Ap.Cív. 2006.001.39474, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Luis Felipe Salomão).

DOS FATOS

Atualmente, o mercado de planos e seguros saúde conta com dois tipos básicos de contratos: os celebrados antes da Lei 9.656/98, os celebrados já sob a vigência desta.

Tanto nos contratos novos como nos antigos há contratos individuais e familiares, coletivos e empresariais. Nos empresariais, os reajustes são negociados livremente entre as empresas, associações, grupos e afins (denominados estipulantes), e as seguradoras e operadoras.

Nos contratos individuais e familiares, incidem dois tipos de reajustes por ano: o anual, deliberado pela **Agência Nacional**

de Saúde Suplementar (ANS) que supostamente se destinaria a corrigir a inflação de mercado e a médica e o reajuste por faixa etária.

Já nos planos coletivos, os reajustes são três por ano: o financeiro (inflação), por faixa etária e por sinistralidade.

O reajuste anual, portanto, é o promovido pelas operadoras de planos de saúde, a partir de autorização concedida pela ANS, com vistas a manterem o equilíbrio econômico em função da perda do poder aquisitivo da moeda pela inflação. Em outras palavras, o reajuste anual deveria corresponder exatamente à variação da inflação no período mínimo de um ano.

A agência reguladora ora demandada, em 08 de junho do corrente, fixou em 5,76% o percentual máximo de reajuste anual para os planos e seguros-saúde contratados por pessoas físicas a partir de 1º de janeiro de 1999 (planos novos) e para os planos antigos que foram adaptados à nova legislação.

O índice incide sobre aproximadamente 6,8 milhões de consumidores ou 15% do total de beneficiários do país, que hoje é de 45,6 milhões de pessoas e será aplicado entre maio de 2007 a abril de 2008, de acordo com a data de aniversário de cada contrato.

Ficaram excluídos da incidência deste aumento, os planos coletivos ou empresariais, contratados a partir desta data, assim como os planos de pessoas físicas e jurídicas, contratados até 31 de dezembro de 1998 (conhecidos como planos antigos). O reajuste para planos antigos é feito de acordo com as regras contratuais. Já o aumento dos planos de pessoa jurídica (coletivos) depende de negociações entre a empresa e a operadora.

O teto de reajuste anual para os planos de saúde médico-hospitalares contratados por pessoas físicas a partir de 1º de janeiro de 1999 (planos novos) e para os planos adaptados à Lei 9.656/98 – **5,76%** - representa mais do que o dobro da alta dos preços medida pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) do IBGE para o período de maio de 2006 a abril de 2007 (**2,48%**), indo de encontro ao fundamento, à razão de ser do reajuste anual promovido pelas operadoras de planos de saúde e autorizado pela ré: a manutenção do equilíbrio econômico em função da perda do poder aquisitivo da moeda pela inflação, devendo, assim, corresponder exatamente à variação da inflação no período mínimo de um ano.

Conforme veiculado em matéria jornalística publicada no caderno “Economia” do jornal O DIA de 05/06/07 (**DOC. 01**) e, segundo o diretor-presidente da ré, em entrevista concedida ao Diário do Nordeste, o percentual de reajuste autorizado teve como base o percentual médio de reajuste aplicado aos planos de saúde coletivos, que, conforme mencionado anteriormente, são supostamente negociados livremente entre as operadoras/seguradoras e estipulantes (**DOC. 02**).

Desde a criação da ré, que passou a regular os reajustes, o IPCA acumulado é de 74,9%, enquanto que o índice da **ANS** acumulou uma variação total de 96,9% - 22 pontos acima da inflação medida no período.

Em sendo considerados apenas os anos em que a agência adotou a prática de aplicar aos contratos índices acima do IPCA – a partir de 2004 -, temos que o acumulado do IPCA foi de 22%, e o de reajustes de planos de saúde, 43,7%.

Além de ser superior à inflação acumulada no período, o índice fixado pela ré também supera o reajuste recebido pela

maioria dos trabalhadores brasileiros, cujos salários, remunerações etc. não foram reajustados na mesma proporção. Estes trabalhadores, usuários dos planos e seguros-saúde, terão, com isso, frustradas suas legítimas expectativas de continuidade destes contratos, supostamente cativos de longa duração, com custos acessíveis e adequados.

O peso do plano de saúde no orçamento familiar já é de quase 10%, conforme dados do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (Dieese)

O índice de reajuste fixado pelas operadoras de planos de saúde e autorizado pela **ANS**, superior à inflação no período, é indubitavelmente abusivo, sendo inconcebível a possível justificativa de incidência deste aumento com base no aumento dos custos médico-hospitalares.

A utilização deste critério para promover o ajuste anual impossibilita que os consumidores verifiquem a sua legalidade, permitindo a alteração unilateral do preço e (por conseqüência) do contrato por parte das operadoras, prática vedada pelos **incisos X e XIII do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor**.

A ré adotou, portanto, procedimento prejudicial aos consumidores, ao autorizar um índice de reajuste anual elevado para os planos e seguros saúde que comprometem ainda mais a renda familiar, principalmente a dos aposentados, categoria que integra boa parte do grupo de contratos individuais – a maioria não participa de planos coletivos empresariais -, que teve reajuste de, apenas, aproximadamente 3,3% este ano.

DO DIREITO

De acordo com o *caput* e inciso III, do artigo 4º, do Código de Defesa do Consumidor (legislação aplicável), as relações de consumo devem ser norteadas pelos princípios da boa fé objetiva e equidade.

Segundo a autora Cláudia Lima Marques, “boa fé objetiva significa, portanto, uma atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes”. (Contratos no Código de Defesa do Consumidor, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo 2002, pp. 78/90)

O CDC tem por objetivo promover a justiça contratual, ou seja, o equilíbrio entre prestação e contraprestação, protegendo um grupo indivíduo, constitucionalmente reconhecido como vulnerável (arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, ambos da Constituição Federal de 1988, e 48 de suas disposições transitórias), contra pessoas (físicas ou jurídicas) que normalmente se encontram em posição de superioridade, que pode ser decorrente das condições econômicas delas, das informações que possuem (ex: sobre como manusear corretamente um produto, sobre o processo de fabricação do produto) e até da atividade econômica que desempenham.

O contrato de plano ou seguro saúde é, conforme muito bem denominado por alguns autores, contrato cativo de longa duração, onde o consumidor, devido a diversos fatores (como o prazo de carência já cumprido, o estado de semifalência da saúde pública, dependência em relação a profissionais e estabelecimentos credenciados, continuidade de tratamentos), torna-se extremamente dependente dos serviços prestados pelas operadoras e seguradoras, chegando ao ponto de

não conseguirem mais se desvencilhar do contrato, sujeitando-se, inclusive, a imposições, por vezes abusivas, do fornecedor.

2.4 Os contratos cativos de longa duração

a) Descrição do fenômeno – Desde a segunda edição deste livro, pareceu-nos necessário incluir, nesta seção dedicada à análise da nova realidade contratual massificada, algumas observações sobre um fenômeno que se observa no mercado brasileiro atual. Trata-se de uma série de novos contratos ou relações contratuais que utilizam os métodos de contratação de massa (através de contratos de adesão ou de condições gerais dos contratos), para fornecer serviços especiais no mercado, criando relações jurídicas complexas de longa duração, envolvendo uma cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma característica determinante: a posição de ‘catividade’ ou ‘dependência’ dos clientes, consumidores.

Esta posição de dependência ou, como aqui estamos denominando, de ‘catividade’, só pode ser entendida no exame do contexto das relações atuais, onde determinados serviços prestados no mercado asseguram (ou prometem) ao consumidor e sua família status, ‘segurança’, ‘crédito renovado’, ‘escola ou formação universitária certa e qualificada’, ‘moradia assegurada’ ou mesmo ‘saúde’ no futuro. A catividade há de ser entendida no contexto do mundo atual, de indução ao consumo de bens materiais e imateriais, de publicidade massiva e métodos agressivos de marketing, de graves e renovados riscos na vida em sociedade, e de grande insegurança quanto ao futuro.

Os exemplos principais destes contratos cativos de longa duração são as novas relações banco-cliente, os contratos de seguro-saúde e de assistência médico-hospitalar, os contratos de previdência privada, os contratos de uso de cartão de crédito, os seguros em geral, os serviços de organização e aproximação de interessados (como os exercidos pelas empresas de consórcios e imobiliárias), os serviços de transmissão de informações e lazer por cabo, telefone, televisão, computadores, assim como os conhecidos serviços públicos básicos, de fornecimento de água, luz e telefone por entes públicos ou privados.

Nestes contratos de trato sucessivo a relação é movida pela busca de uma segurança, pela busca de uma futura prestação, status ou de determinada qualidade nos serviços, o que reduz o consumidor a uma posição de cativo – cliente do fornecedor e de seu grupo de colaboradores ou agentes econômicos. Após anos de convivência, da atuação da publicidade massiva identificando o status de segurado, de cliente ou de conveniado a determinada segurança para o futuro, de determinada qualidade de serviços, após anos de contribuição, após atingir determinada idade e cumprir todos os requisitos exigidos, não interessa mais o consumidor desvencilhar-se do contrato.

c) Disciplina e visão da conexidade – Estes novos contratos complexos envolvendo fazeres na sociedade representam o novo desafio da teoria dos contratos. São serviços prestados por um fornecedor ou por uma cadeia de fornecedores solidários, organizados internamente, sem que o consumidor, na maioria das vezes, fique consciente desta organização. Tratam-se de serviços que no contexto da vida moderna, de grande insegurança e de indução através da publicidade massiva à necessidade de acumulação de bens materiais e imateriais (o chamado ‘poder da necessidade’ e a ‘sedução das novas necessidades’), vinculam o consumidor de tal forma que, ao longo dos anos de duração da relação contratual complexa, torna-se cliente cativo daquele fornecedor ou cadeia de fornecedores, tornando-se dependente mesmo da manutenção daquela relação contratual ou verá frustradas todas as suas expectativas. Em outras palavras, para manter o vínculo com o fornecedor aceitará facilmente qualquer nova imposição por este desejada”. (Cláudia Lima Marques, Contratos no Código de Defesa do Consumidor, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo 2002, pp. 78/90).

A normatização expedida pela ré, como a que autorizou a aplicação do reajuste de 5,76% às mensalidades dos contratos celebrados sob a vigência da Lei n. 9.656/98, deve, necessariamente, estar revestida de legalidade, sob pena de invalidação do ato normativo.

Dispõe o artigo 39, V, do CDC, que é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços exigir do consumidor vantagem

manifestamente excessiva.

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

(...)

V – exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva.

Assim como outros dispositivos legais do CDC, o dispositivo legal acima transcrito é caracterizado como uma norma aberta, por ser indeterminado (vago) o conceito jurídico de “vantagem manifestamente excessiva”.

“(…) Tem sido observada a formulação, nos códigos civis mais recentes e nas leis especiais, de certos tipos de normas que fogem ao padrão tradicional, enucleado na definição, o mais perfeita possível, de certos pressupostos e na correlata indicação punctual e pormenorizada.

Estas normas buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente imprecisos e abertos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados”. (Judith Martins Costa, “A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional”, São Paulo 2002, ed. Revista dos Tribunais, p. 285/286).

O grau de vagueza das normas abertas deve ser solucionado, ou pelo menos reduzido, levando-se em consideração todos os fatores, externos ou internos, que circundam a relação em questão, ou seja, a relação deve ser analisada em sua totalidade.

Analisando a questão ora apresentada em sua totalidade pode-se facilmente descobrir se o percentual de reajuste autorizado pela ré é, ou não, uma vantagem manifestamente excessiva para as seguradoras e operadoras de planos e seguros saúde.

Os contratos que serão atingidos pelo percentual de reajuste autorizado pela ré presumidamente “nasceram” (junto com a Lei 9.656/98) equilibrados, e, por estarem submetidos a uma norma específica, que definiu e limitou os direitos e obrigações dos contratantes (consumidores e prestadores de serviço) - ao contrário do que ocorre com os contratos celebrados antes de a Lei 9.656/98 entrar em vigor - o equilíbrio econômico e financeiro destes poderia ser assegurado através de reajustes anuais (e por faixa etária) conforme a variação dos custos reais das operadoras e seguradoras.

Devem ser compreendidos como reais os custos administrativos, ou seja, os operacionais (salários, serviços, material), e os decorrentes dos serviços prestados pelos estabelecimentos e profissionais médicos credenciados. Os custos decorrentes de má gestão (ex: erro de cálculos em planilhas) das operadoras e seguradoras não podem ser transferidos para o consumidor, tendo em vista que a este – a parte vulnerável da relação – não pode ser imputada responsabilidade por atos que não deu causa, por se tratar do risco próprio da atividade econômica desempenhada pelas fornecedoras.

Das declarações feitas pelo diretor-presidente da ré é possível extrair que o percentual do reajuste autorizado não levou em consideração, pelo menos diretamente, a variação dos custos reais das seguradoras e operadoras. Foi declarado que o percentual do reajuste levou em consideração o percentual médio dos reajustes aplicados aos planos coletivos, uma vez que, por serem supostamente negociados livremente refletiriam a variação dos custos reais das seguradoras e operadoras.

Todavia, a afirmação não pode ser considerada verdadeira (pelo menos totalmente). A alegada livre negociação entre representantes de grupos (estipulantes) não existe na prática; os mesmos fatores que levam os consumidores individuais

a um estado de dependência em relação ao contrato (prazos de carência, dependência em relação a estabelecimentos hospitalares e profissionais credenciados, continuidade de tratamentos), e em consequência a um estado de vulnerabilidade, também incidem sobre estes contratos coletivos.

Portanto, a forma utilizada para obtenção do percentual de reajuste, conforme declaração do próprio diretor-presidente da ré, não é o ideal; logo, para fins de correção ou ajuste do equilíbrio dos contratos, não pode ser utilizado como base de cálculo.

Havendo dúvida com relação ao percentual adequado para garantir o equilíbrio dos contratos, deve-se aplicar o índice que melhor é reflita a inflação (como o índice do IPCA é notoriamente reconhecido), que, para o consumidor (vale insistir, um indivíduo naturalmente vulnerável) é mais justo. No que tange ao tema, convém citar o brilhante entendimento da renomada autora Cláudia Lima Marques:

“(...) A solidariedade é o segundo fator, ligado justamente à idade dos consumidores. O grupo de segurados ou de consumidores presentes no plano se une, em mutualidade, pois expostas aos mesmos perigos, às mesmas probabilidades de danos à saúde, unem-se solidariamente para organizar uma espécie de fundo gerado pelo fornecedor que organiza uma cadeia de prestadores de saúde ou reembolsa despesas de saúde e gere verbas. Para garantir que poderão manter-se no sistema, apesar de aposentados e mais ‘doentes’, os consumidores ligam-se ao sistema ainda quando jovens e por muito tempo contribuem para o sistema devendo os cálculos do fornecedor assegurarem que os mais novos poderão sustentar no sistema, aqueles com maior sinistralidade. É o princípio da solidariedade, típico dos seguros e dos contratos em grupo ou de formação de fundos. Só deve ser possível o aumento ou reajuste geral por faixas que não seja objetivo, específico ou por sinistralidade e sim um aumento do risco abstrato de doenças. Permitir qualquer tipo de reajuste ou aumento subjetivo e por sinistralidade (por exemplo: aumento no índice de câncer de uma região) seria injusto e revoltaria os princípios da mutualidade e da solidariedade no qual se baseia o sistema. A idéia do plano é justamente transferir este risco de doença para o sistema como um todo, suavizando e solidarizando seu preço, para que seja suportado por todos”. (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 418/419) (grifei)

Com efeito, conclui-se que a autorização expedida pela ré padece do vício da ilegalidade, tendo em vista que, conforme demonstrado, o reajuste, no percentual fixado, é verdadeira vantagem excessiva em favor das operadoras e seguradoras. Portanto, deve ser anulado o ato administrativo que fixou o percentual de 5,76% para reajuste das mensalidades dos contratos celebrados após a Lei 9.656/98 entrar em vigor.

Da inversão do ônus da prova

A autora, assim como os titulares dos direitos que estão sendo tutelados, não possui meios para provar que o índice fixado pela ré é excessivamente oneroso e responsável pelo desequilíbrio entre a prestação e a contraprestação.

As provas de que o índice é adequado para manutenção do equilíbrio dos contratos encontram-se, ou pelo menos deveriam, com a ré, em razão de suas próprias atribuições, quais sejam a de fiscalizar, autorizar etc. as seguradoras e operadoras de planos e seguros saúde.

Prescreve o artigo 6º, inciso VIII, do CDC, que é direito básico do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos, “inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando for ele hipossuficiente, segundo as

regras ordinárias de experiência”.

A exigência de serem verossímeis as alegações dos consumidores deve ser interpretada de acordo com a *ratio* do Código de Defesa do Consumidor, de facilitação da defesa da parte vulnerável da relação, no caso o consumidor.

A alegação do consumidor, para que possa ser considerada verossímil, deve parecer verdadeira, não repugnar a verdade, ou seja, o caso narrado pelo consumidor deve ser plausível.

O outro requisito exigido pelo dispositivo ora em comento é ser o consumidor hipossuficiente. Hipossuficiência do consumidor, segundo entendimento da doutrina e jurisprudência, “deve ser interpretada em sintonia com a sua vulnerabilidade no mercado de consumo, devendo ser reconhecida todas as vezes que, por sua situação de inferioridade em relação ao fornecedor, seja do ponto de vista econômico e cultural, seja sob o aspecto do acesso à informação, do pleno conhecimento sobre os elementos técnicos do produto ou do serviço, ou da carência de estrutura organizacional, a produção da prova se mostre mais fácil ao fornecedor, ou deva ser simplesmente a ele imposta, como natural assunção dos riscos da atividade empresarial”. (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor – Direito Processual, Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, ed. Saraiva, São Paulo, 2002, pp. 15).

Presentes estão os dois requisitos necessários para que o ônus da prova seja invertido em favor da autora, tendo em vista que, de acordo com os indícios e as provas apresentadas, a alegação de que o índice de reajuste fixado pela ré é superior ao necessário para garantir o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos celebrados após a Lei n. 9.656/98 entrar em vigor se mostra plausível, verossímil. Tais provas se mostram impossíveis de serem produzidas pela autora, mas possíveis para a ré.

Da antecipação de tutela

Suspender liminarmente o ato da ré é medida que se faz urgente, tendo em vista que, além haver forte presunção de que o índice por ela fixado para reajuste das mensalidades dos contratos “novos” excede ao necessário para manutenção do equilíbrio desses contratos, existe a possibilidade de ocorrência de danos irreversíveis ou de difícil reparação, como o inadimplemento dos consumidores afetados e a conseqüente suspensão do contrato (e futuramente a rescisão do contrato e as suas conseqüências naturais – ex: estabelecimento de um novo contrato e a necessidade de cumprimento de novo prazo de carência, a adaptação aos profissionais e estabelecimentos credenciados, que pode não acontecer), e o comprometimento do cumprimento de outras obrigações (ex: não pagamento de faturas de serviços públicos, o cancelamento de contratos essenciais mas não tanto quanto os fiscalizados pela ré).

A concessão da medida liminar que se faz necessária não é capaz de gerar danos irreversíveis às operadoras e seguradoras submetidas à fiscalização e regulamentação da ré, tendo em vista que, caso fique comprovado que o índice fixado é necessário para manutenção do equilíbrio econômico e financeiro dos contratos, poderão as operadoras e seguradoras cobrar as diferenças devidas aos consumidores.

Dispõe o parágrafo 3º do artigo 84 do CDC que, “sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu”.

O dispositivo supramencionado cuida da concessão de tutela liminar para garantir a total satisfação do direito do

consumidor nos casos em que a espera pelo provimento final da demanda interfere de forma negativa.

Trata-se, portanto, de verdadeira antecipação de tutela, logo, deve o dispositivo ora em comento ser interpretado em harmonia com o artigo 273 do Código de Processo Civil, que trata do assunto de forma geral.

O artigo 273 do CPC exige, para que seja concedida a antecipação parcial ou total da tutela pretendida, que exista prova inequívoca que convença o juiz sobre a verossimilhança das alegações do autor, e que “haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”. A antecipação da tutela não será concedida caso exista “perigo” de irreversibilidade do provimento antecipado.

A doutrina já se manifestou sobre a contradição existente nas expressões “prova inequívoca” e “que convença da verossimilhança da alegação”, contidas no artigo 273 do CPC, concluindo que, havendo uma prova inequívoca haverá certeza, e não simples verossimilhança, cujo real significado é parecer ser verdadeiro o alegado, logo, a melhor interpretação para o dispositivo é haver probabilidade da existência do direito alegado, para que possa ser concedida a antecipação da tutela.

“O artigo 273 condiciona a antecipação da tutela à existência de prova inequívoca suficiente para que o juiz se convença da verossimilhança da alegação. A dar peso ao sentido literal do texto, seria difícil interpretá-lo satisfatoriamente porque prova inequívoca é prova tão robusta que não permite equívocos ou dúvidas, infundindo no espírito do juiz o sentimento de certeza e não mera verossimilhança. Convencer-se da verossimilhança, ao contrário, não poderia significar mais do que imbuir-se do sentimento de que a realidade fática pode ser como a descreve o autor.

Aproximadas as duas locuções formalmente contraditórias contidas no artigo 273 do Código de Processo Civil (prova inequívoca e convencer-se da verossimilhança), chega-se ao conceito de probabilidade, portador de maior segurança do que a mera verossimilhança”. (Cândido Rangel Dinamarco, A reforma do Código de Processo Civil, 2ª edição, São Paulo 1995, ed. Malheiros, pp.143)

Portanto, para que a antecipação de tutela possa ser concedida é necessário que: haja prova (ou mesmo indícios) demonstrando que há probabilidade de as alegações do autor da demanda serem verdadeiras, e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. A medida não poderá, contudo, ser concedida quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

No caso em questão presentes os pressupostos e requisitos para a concessão da medida liminar conforme demonstrado neste item.

DOS PEDIDOS

01) A citação da ré via mandado próprio para, querendo, contestar a presente;

02) a substituição do índice autorizado pela ré para reajuste das mensalidades dos contratos celebrados após a Lei n. 9.656/98 entrar em vigor e os a ela adaptados pelo índice do IPCA obtido nos últimos 12 meses (2,48%);

03) a concessão de medida liminar em relação ao pedido 2, conforme fundamentação supra;

04) a fixação de multa diária para assegurar o cumprimento da medida liminar caso seja concedida;

05) a condenção da ré na obrigação de publicar, à sua custa, em dois jornais de grande circulação desta Capital, em quatro dias intercalados, sem exclusão do domingo, em tamanho mínimo de 20 cm x 20 cm, a parte dispositiva de eventual procedência, para que os consumidores dela tomem ciência, oportunizando, assim, a efetiva proteção de direitos lesados;

06) a inversão do ônus da prova conforme fundamentação apresentada em item próprio;

07) a intimação do Ministério Público;

08) a condenção da ré no pagamento dos ônus sucumbenciais.

Protesta por todos os meios de prova, especialmente a documental acostada a presente.

Dá-se a causa o valor de 1.000,00 (hum mil reais).

Rio de Janeiro, 12 de junho de 2007.

ADRIANA MONTANO LACAZ

OAB/RJ 78.460

PAULO GIRÃO BARROSO

OAB/RJ 107.255