

GUSTAVO MONTIBELLER

**OS CONTRATOS CATIVOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICO-
HOSPITALARES: ENTRE O DIREITO À SAÚDE E O LUCRO**

CURITIBA

2005

GUSTAVO MONTIBELLER

**OS CONTRATOS CATIVOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICO-
HOSPITALARES: ENTRE O DIREITO À SAÚDE E O LUCRO**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel no Programa de Graduação em Direito junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná –UFPR.

Orientador: Prof. José Antônio Peres Gediel

CURITIBA


2005

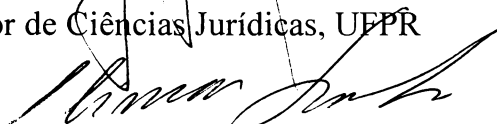
TERMO DE APROVAÇÃO

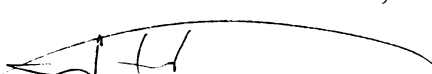
GUSTAVO MONTIBELLER

OS CONTRATOS CATIVOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES: ENTRE O DIREITO À SAÚDE E O LUCRO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:


Orientador: Prof.º José Antônio Peres Gediel
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR


Prof.º Elimar Szaniawski
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR


Prof.º Erouths Cortiano Júnior
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Curitiba, 14 de outubro 2005.

*À Maria Augusta, o grande amor
da minha vida.*

Se o homem não tem poder natural sobre seus iguais, se a força não produz direito, restam-nos as convenções, que são o esteio de toda a autoridade legítima entre os homens.

Jean-Jacques Rousseau

SUMÁRIO

RESUMO.....	VI
INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I – A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DA TEORIA CONTRATUAL CLÁSSICA: NOVOS TEMPOS, NOVAS SOLUÇÕES.....	5
Seção I – A contratualidade e seus contornos atuais.....	8
Seção II – Instrumentos para a funcionalização do contrato.....	11
Seção III – Fontes plúrimas, soluções concentradas: o contrato pensado de forma unificada.....	15
CAPÍTULO II – A COMPREENSÃO CONTEMPORÂNEA DO CONTRATO.....	20
Seção I – O contrato como forma jurídica de uma operação econômica.....	23
Seção II – A relação contratual como instrumento para a satisfação de Direitos Fundamentais.....	27
Seção III – Os contratos cativos de longa duração.....	31
CAPÍTULO III – OS CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICO- HOSPITALAR E A SUA PROBLEMÁTICA: DIREITO À SAÚDE VERSUS LUCRO.....	37
Seção I – Disciplina legal: a lei 9.656, de 03 de junho de 1998.....	40
Seção II – As cláusulas abusivas.....	45
Seção III – A atuação do Poder Judiciário na correção dos excessos: uma análise jurisprudencial.....	49
CONCLUSÃO.....	54
BIBLIOGRAFIA.....	57

RESUMO

Este trabalho propõe-se a demonstrar que a idéia clássica de contrato não mais é capaz de explicar e regular os novos tipos de instrumentos contratuais, principalmente os chamados contratos cativos de longa duração, mais especificamente os de prestação de serviços médico-hospitalares (planos e seguros de saúde) e descrever como a jurisprudência vem atuando na correção dos abusos praticados pelas operadoras de planos e seguros de saúde na estipulação de cláusulas contratuais. Para isso, no primeiro capítulo, serão analisados os aspectos que tornam necessária a superação da Teoria Contratual Clássica, bem como serão identificados alguns instrumentos utilizados para a funcionalização desse importante instituto do Direito Privado, sem perder de vista, é claro, a perspectiva plural da atual teoria contratual que possibilita pensar o Contrato, ao nível dos Princípios, de forma unificada. No segundo capítulo será abordada a compreensão atual do Contrato e procurar-se-á demonstrar que este pode ser pensado não somente como um instrumento destinado à circulação de riquezas, mas sim, como um meio para a realização de Direitos Fundamentais. Além disso, serão estudados os chamados Contratos Cativos de Longa Duração, os quais se protraem no tempo quebrando, dessa maneira, a perspectiva estática que possuía o Contrato à época do Direito Liberal Clássico. Por fim, no terceiro capítulo, serão vistos aspectos pragmáticos relativos aos contratos de prestação de serviços médico-hospitalares, tais como: a disciplina legal que os rege, as cláusulas abusivas neles inseridas e como a jurisprudência vem atuando para reprimir os excessos quando da elaboração de cláusulas contratuais pelos particulares.

INTRODUÇÃO

A análise do Contrato, entendido como instrumento de circulação de riqueza, sempre foi um assunto de destaque no âmbito do Direito Civil.

Porém, na rápida e mutante sociedade de hoje não é difícil vislumbrar-se que a teoria contratual clássica não mais consegue explicar e regular de forma satisfatória o fenômeno contratual.

Diante desse fato, ressalta-se a importância do estudo dos novos tipos de contratos, dentre eles, de um modo especial, os denominados “cativos de longa duração”, dos quais são espécie os contratos de prestação de serviço médico-hospitalar (planos e seguros de saúde).

Tais contratos não mais podem ser analisados tendo-se em mente a relação contratual como sendo, apenas, um elo entre devedor e credor e cujos efeitos a estes se restringem pois, nesse peculiar tipo de contrato, não se lida apenas com o universo do “ter” mas, também, com o âmbito do “ser”, afinal, a todos deve ser garantido um serviço de saúde digno e eficaz, ainda mais quando se paga (e muito) pela prestação de tais serviços.

A possibilidade de conciliação entre o lucro esperado pela empresa que comercializa e administra os planos ou seguros de saúde e a concretização dos anseios e da satisfação daqueles que pagam por tais serviços é o grande problema de tais contratos pois estes, por serem pré-elaborados (ou seja, de adesão), constituem espaços ricos para a proliferação de cláusulas abusivas, muitas delas (e não são raras) afrontando, de modo grave, aspectos da dignidade da pessoa humana.

Toda essa problemática decorre da incapacidade cada vez mais evidente do Setor Público em fornecer aos cidadãos uma assistência à saúde eficiente e de qualidade, fato esse que faz que os particulares se vejam forçados a buscar outras opções para garantirem, no presente ou no futuro de suas vidas, uma assistência médico-hospitalar eficiente e digna.

Esse tipo de anseio deve ser protegido com toda ênfase por parte do Estado, afinal, cabe a este garantir o regular desenvolvimento das relações contratuais, principalmente daquelas relacionadas à assistência à saúde, transpondo-se, nessa tarefa

de tutela, o aspecto meramente patrimonial da relação contratual e considerando todas as faces do negócio jurídico que lhe é subjacente.

E, para que tal objetivo seja alcançado, deve-se partir da premissa que o contrato não pode ser entendido, tal como era pela teoria liberal clássica, como sendo uma “bolha” fechada e hermética aos acontecimentos sociais, pois hoje sabe-se que os efeitos dos contratos sempre repercutem, mesmo que de forma mínima, no ambiente social no qual são formados.

Na época do Direito Liberal Clássico a vontade livre era o fulcro da teoria contratual. A liberdade das partes era sagrada, a ponto do poder judiciário limitar-se a, apenas, protegê-la de qualquer ingerência tendente a desconfigurá-la.

Porém, uma perspectiva tão limitada para o instituto do Contrato como a acima citada não demoraria a ser considerada insuficiente para regular as novas necessidades surgidas com o desenvolvimento da sociedade. Assim sendo, chegou-se à conclusão de que os valores que informavam a disciplina contratual até então deveriam ser superados.

E realizar tal superação de valores não exige necessariamente a desconsideração da estrutura do contrato, mas sim o reconhecimento de que os valores que balizam o âmbito do Direito Privado provêm de uma interpretação conforme a Constituição. Seguindo tal idéia, vê-se, então, que a estrutura do Contrato não mais pode ser considerada como um simples esqueleto de normas destinado a sustentar interesses unicamente patrimoniais.

Desse modo, a interpretação atual do contrato deve ser feita de forma plural e multidisciplinar, levando-se em conta, sempre, a realidade que subjaz a relação contratual, pois esta, há muito tempo, deixou de envolver apenas interesses econômicos, englobando, hoje, inclusive aspectos referentes à dignidade da pessoa humana, tal como ocorre no âmbito do contratos de planos e seguros de saúde.

Por isso há de se reconhecer: a contratualidade assumiu outros contornos. Os valores patrimoniais referentes à circulação da riqueza não são mais legitimados de forma automática pela ordem jurídica contemporânea pois, hoje, os sujeitos que participam de uma relação contratual inevitavelmente assumem o compromisso de pautar as suas respectivas condutas com a observância de deveres que extrapolam a

pura e simples lógica do mercado, deveres esses relativos à boa-fé, à cooperação, à transparência e à lealdade. Vale frisar que a obediência aos deveres supracitados não é estática, devendo ser realizada não só durante mas, também, antes e depois da materialização da relação contratual. Tudo isso deixa claro que as fronteiras contratuais não coincidem, aliás, ultrapassam, àquelas do simples sinalagma.

Nessa tarefa de tutela do ato de “bem contratar” é importantíssima a atuação do poder judiciário, através dos magistrados, quando analisam a controvérsia relativa a um determinado contrato ou mesmo do Ministério Público quando este vela pela observância dos limites que devem balizar a atuação dos particulares que elaboram um contrato.

Além disso, cada vez mais se reconhece a intervenção do Estado no domínio econômico a fim de regular o mercado, ocasionando a relativização do princípio tão caro à teoria contratual clássica, tal como aquele referente à pura autonomia da vontade. Atualmente para que esta seja digna de tutela, deverá estar de acordo com os valores Constitucionais, sem o que estará irremediavelmente eivada de ilegitimidade, gerando, desse modo, a sua desconsideração pela ordem jurídica.

E faz-se isso porque hoje se reconhece que o contrato, mesmo que realizado por apenas duas pessoas, não gera efeitos somente para aqueles que dele participam, pois todo contrato irradia, em menor ou maior grau, efeitos no âmbito social.

Outro aspecto que ensejou a mudança na maneira de se analisar o contrato foi o fato de que nos tempos atuais não se contrata apenas para o “agora”, mas sim, também, para “o amanhã”, para o futuro.

É o fenômeno dos chamados contratos cativos de longa duração, cujo um dos exemplos são os contratos de planos e seguros de saúde. Tal fenômeno é mais um golpe na teoria contratual clássica, porquanto, como já se disse, para esta o contrato não era um instrumento que pudesse ser concebido de forma não estática.

Mas sabe-se que esta limitada perspectiva hoje não mais serve para explicar os novos tipos contratuais, fato esse que engendrou mais uma guinada na maneira de se interpretar e se trabalhar com o fenômeno contratual.

Assim sendo, a seguir será descrita e analisada a nova realidade dos contratos, principalmente a dos contratos cativos de longa duração no âmbito dos serviços de

saúde, do qual são exemplos os contratos de planos e seguros de saúde. Será vista, também, qual o tipo de atuação do poder público, principalmente por parte do poder judiciário, na resolução de conflitos surgidos entre as empresas que administram e comercializam os planos e seguros de saúde e os particulares que com aquelas mantêm um vínculo contratual.

Verificar-se-á, também, que na maioria das controvérsias envolvendo os contratos de prestação de serviços médico-hospitalares será identificado o conflito de dois interesses: o do contratante, que ao aderir a um plano ou seguro de saúde busca segurança e eficiência na prestação dos serviços contratados, mas que, muitas vezes, é surpreendido pela não cobertura de determinado procedimento que julgava constante do contrato e o interesse da Operadora dos Planos ou Seguros de Saúde, que busca o fiel cumprimento do contrato, mesmo que em detrimento do tratamento prestado ao paciente contratante.

Sendo assim, na decisão de tal controvérsia estará sempre presente a dúvida: decidir pela manutenção do tratamento, mesmo que isso acarrete a desconsideração do princípio da *pacta sunt servanda*? Qual aspecto deverá preponderar? Como o Judiciário tem se pronunciado a respeito do assunto? São esses e outros aspectos que serão abordados a seguir. De início vale ressaltar: os novos tempos exigem novas soluções, as quais não surgirão se não houver a definitiva superação da Teoria Contratual Clássica no que diz respeito à disciplina dos Contratos.

CAPÍTULO I – A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DA TEORIA CONTRATUAL CLÁSSICA: NOVOS TEMPOS, NOVAS SOLUÇÕES

Não é difícil perceber que a sociedade de hoje, com sua realidade freneticamente mutante, difere-se bastante daquela que viu surgir o chamado Direito Liberal Clássico. Se por um lado verifica-se que a cada dia que passa as relações sociais multiplicam-se em um sem número de tipos, por outro também é flagrante o descompasso entre essa “realidade de novos tempos” e o arcabouço legislativo-normativo que procura discipliná-la e, porque não dizer, moldá-la.

Tal aspecto é verificado em todos os ramos do Direito mas, pode-se dizer, com uma maior ênfase naqueles ramos que procuram disciplinar as relações privadas dos indivíduos, principalmente quando tais ramos permitem que o sujeito de direito transforme-se em uma verdadeira fonte criadora de direitos, em uma fonte normogenética.

E é no Direito Civil, mais especificamente no Direito Contratual que tal atividade criadora de normas é mais visível. E é assim pois, no âmbito dos Contratos, os particulares possuem um “espaço” para estipularem regras que vincularão a ambos com a finalidade de que as partes possam atingir o objetivo pretendido por cada uma delas.

Porém, o regramento e os princípios que informam até onde vai o limite de atividade criadora de normas por parte dos particulares sofreram importantes evoluções ao longo dos tempos, conforme a mudança dos valores no âmbito social.

Por exemplo, no Direito Liberal Clássico a vontade livre para contratar, isenta de vícios do consentimento, era o fulcro de toda a teoria contratual. Não se admitia a interferência estatal no âmbito dos contratos a não ser para sancionar o descumprimento de algum preceito anteriormente firmado pelos particulares.

E assim deveria ser pois

a concepção do contrato como *'encontro de vontades'* cuja disciplina está fundada na *liberdade das partes* pressupõe a limitação da atuação do Poder Judiciário em relação a ele; o Judiciário não pode intervir para questionar o conteúdo do contrato, devendo limitar-se a

confrontar o comportamento das partes com o que a lei prescreve; em outras palavras: não pode fazer o contrato pelas partes.¹

Na lição de PAULO LUIZ NETTO LÔBO

o contrato assim gerado passa a ser lei entre as partes, na conhecida dicção dos Códigos Civis francês e italiano, ou então sintetizado na fórmula *pacta sunt servanda*. O contrato encobre-se de inviolabilidade, inclusive em face do Estado ou da coletividade. Vincula-se o contratante ética e juridicamente; vínculo que tanto é mais legítimo quanto fruto de sua liberdade e autonomia. Esta visão idílica da plena realização da justiça comutativa, que não admitia qualquer interferência do Estado juiz ou legislador, pode ser retratada na expressiva petição de princípio da época: quem diz contratual, diz justo.²

Num sistema fundado em tais valores é fácil verificar que o Contrato era pensado, também, como um instrumento destinado a provar a liberdade do indivíduo frente ao Poder Estatal.

Na Teoria Contratual desenvolvida à época

a liberdade contratual encontra um obstáculo somente: as regras imperativas que a lei formula. Mas no direito contratual tradicional estas regras são raras e têm como função justamente proteger a vontade dos indivíduos, como, por exemplo, as regras sobre capacidade. No mais, as normas legais restringem-se a fornecer parâmetros para a interpretação correta da vontade das partes e a oferecer regras supletivas para o caso dos contratantes não desejarem regular eles mesmos determinados pontos da obrigação assumida, como, por exemplo, as regras sobre o lugar e o tempo do pagamento.³

Mas, com o passar do tempo, não foi difícil perceber que uma teoria contratual de princípios tão liberais facilmente se tornaria instrumento para a prática de abusos e conseqüentemente fonte de iniquidades.

Com a evolução da sociedade e com a criação de novas necessidades, foi-se admitindo que o Contrato não mais poderia permanecer atrelado aos mesmos valores do direito liberal clássico, pois “a sociedade muda e com ela deve mudar o direito, porque não se pode pretender impor a determinada sociedade um direito lastreado em valores que nela já não mais existem”.⁴

¹ GRAU, Eros Roberto. *Um novo paradigma dos contratos?* p.76.

² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Transformações gerais do contrato*. p.106.

³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. p. 49-50.

⁴ SANTOS, Eduardo Sens dos. *A função social do contrato*. p. 99.

A crise foi tão profunda que se chegou a afirmar que o Contrato havia morrido. Mas na verdade não era isso o que realmente acontecia, pois

parafrazeando a tradição inglesa, é mais rigoroso afirmar-se: o contrato está morto; viva o contrato! Morto por consumpção e senectude ou caído no letargo que precede a morte, e ainda não percebido por muitos juristas, é o paradigma liberal do contrato, que não consegue ressuscitar, apesar do admirável esforço realizado pelos pandectistas de ontem e de hoje.⁵

Assim sendo, dizer que o Contrato não serve mais para nada, por motivo de já estar “morto” seria, no mínimo, uma afirmação irresponsável. Ele foi e ainda é o instrumento por excelência da circulação de riquezas e assim deve ser, pois as relações entre os particulares devem possuir um mínimo de segurança desde que esta, é claro, não afronte valores tão caros ao sujeitos de direitos da atual sociedade quais sejam: o direito à vida, à dignidade da pessoa humana e, também, o incondicional respeito aos princípios Constitucionalmente consagrados.

Desse modo, o Contrato, para que possa se adequar às necessidades da sociedade dita globalizada, não deve nem “pode ser categoria abstrata e universalizante, de características inalteradas em face das vicissitudes históricas”.⁶

Se ontem a manifestação da vontade livre era o pilar de sustentação de toda a teoria contratual, não se pode negar que se aquela ainda existe, não está só. Outros valores foram incorporados ao contrato, visando, com isso, torná-lo não só um meio puro e simples de circulação de riquezas, mas, também, instrumento para a realização de direitos fundamentais do ser humano como, por exemplo, o direito à vida, tal como adiante será visto.

Outrossim, a alteração na maneira de se analisar a teoria contratual acima exposta deriva do entendimento de que

o sentido e o alcance do contrato refletem sempre e necessariamente as relações econômicas e sociais praticadas em cada momento histórico. O modelo liberal e individualista, inclusive sob a forma e estrutura do negócio jurídico, é inadequado aos atos negociais existentes na atualidade, porque são distintos os fundamentos, constituindo obstáculo às transformações sociais e econômicas. O conteúdo conceptual e material e a função do contrato mudaram, inclusive para adequá-lo às exigências de realização da justiça social, que não é só dele mas de todo o direito.⁷

⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. op. cit., p.109.

⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Idem. p.104.

⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Idem. p.113.

Então deve-se, em virtude dos novos valores consagrados na Constituição Federal, buscar modernizar a teoria do contrato, a fim de que este não seja um instrumento destinado única e exclusivamente a garantir a economia de mercado pois, tal como nos ensina CLÁUDIA LIMA MARQUES, o contrato “hoje é também instrumento de proteção dos direitos fundamentais, realização dos paradigmas de qualidade, de segurança, de adequação dos serviços e produtos no mercado”.⁸ Além disso, conforme será a seguir visto “a nova concepção de contrato é uma concepção social deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância”.⁹ É a contratualidade assumindo novos contornos.

Seção I – A contratualidade e seus contornos atuais

Diante da mudança de entendimento acerca do instituto do contrato acima exposta, surge a pergunta: o que é o Contrato hoje? É claro que para essa pergunta não se admite uma resposta unívoca, afinal de contas, nos dias atuais, em virtude da multiplicidade de relações sociais possíveis também são infundáveis os invólucros normativos criados pelos indivíduos a fim de disciplinar tais relações (dentro é claro do âmbito de atuação que lhes é permitido pela Constituição).

Diz-se atualmente que estamos numa época de neoliberalismo, ou seja, haveria um resgate dos valores que disciplinavam as relações à época do liberalismo clássico, fato esse que inevitavelmente refletir-se-ia no Direito Contratual.

Mas a assimilação de tais valores pelo Direito Contratual atual não é mais autorizada nos moldes em que o era à época do direito liberal clássico por um simples motivo: nos tempos do chamado direito liberal clássico a lei possuía primazia em todo o sistema normativo e não se concebia que algo estivesse acima dela. Porém, hoje, não é assim, pois o Direito Privado e, conseqüentemente, o Direito Contratual, deve ser

⁸ MARQUES, Cláudia Lima. op. cit., 168.

⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Idem. p. 175.

lido à luz dos valores e princípios da Constituição. É esta o vetor de todo o sistema jurídico.

Então, mesmo que haja tentativa de se privilegiar os valores do direito liberal clássico no âmbito do Contrato em detrimento da Constituição, tal ato deve sofrer imediata e forte repulsa pelo Direito. Como nos ensina ARNOLD WALD:

não é, pois, possível manter o contrato como existiu no passado, já tendo, aliás, evoluído nas diversas fases da história e nas várias civilizações, que se sucederam desde o mundo romano até agora. O novo contrato que surge, atualmente, não tem mais a rigidez que o caracterizou em outros tempos. [...] É hoje, um instrumento de cooperação que deve atender aos interesses tanto das partes quanto da sociedade, admitindo-se até a existência de uma *affectio contractus* não muito distinta da existente entre os sócios, na empresa, ou até na vida conjugal, devendo o vínculo contratual ser aprimorado e preservado no tempo, na medida do possível, e prevalecendo sobre os interesses de cada uma das partes, respeitados os direitos adquiridos e o equilíbrio que deve ser mantido entre as prestações devidas pelos contratantes. A sociedade necessita do bom funcionamento da circulação das riquezas e da segurança jurídica baseada na sobrevivência das relações contratuais eficientes e equilibradas. Num mundo em constante transformação, o contrato deixa, pois, de definir direitos necessariamente imutáveis e situações jurídicas estratificadas para ser um instrumento de parceria no qual as partes estabelecem um determinado equilíbrio econômico e financeiro que pretendem salvaguardar, fazendo as adaptações necessárias para tal fim. Não desaparecem, pois, nem a autonomia da vontade, nem a liberdade de contratar; ambas mudam de conteúdo e de densidade, refletindo a escala de valores e o contexto de uma sociedade em constante evolução e de um Estado que precisa e deve ser eficiente por mandamento constitucional.¹⁰

O gradativo desenvolvimento da idéia de que o Contrato não é apenas um invólucro para uma relação econômica, possibilitou que nele se identificassem outras funções, outras características.

Uma das mais importantes foi o reconhecimento de que o Contrato possui efeitos relativos ou seja, por tal característica se “reconhece que os acertos de vontade não têm efeitos somente entre as partes contratantes, mas geram efeitos, maléficis ou não, por toda a sociedade onde se inserem os contratantes”.¹¹

Esse entendimento quebra o paradigma clássico da extrema liberdade conferida aos contratantes para celebrar um contrato pois este

tal com houera sido, antes, concebido no Código Francês de 1804, conferia poder absoluto à vontade individual e à liberdade contratual. Tal poder podia fazer surgir todos os direito

¹⁰ WALD, Arnold. A dupla função econômica e social do contrato. p.4-5.

¹¹ SANTOS, Eduardo Sens dos. op. cit., p. 104.

atribuíveis ao sujeito emissor da vontade, independentemente da preocupação social gerada a indagar se estaria, ou não, ferindo o interesse jurídico dos demais.¹²

Mas hoje não se pode mais se admitir esse pensamento porque “o contrato levado a efeito entre os atores contratuais contemporâneos, pois, passa a ser um contrato que exige mais do comprometimento ético e político de cada um desses partícipes, de modo a expandir projeção para muito além da fronteiras do mero sinalagma”.¹³

E quando se fala em extrapolar as fronteiras do mero sinalagma, está-se falando e reconhecendo que o contrato não é um ato que é caracterizado por “um momento”, mas sim, por “momentos” que se localizam antes e depois do ato de celebração do instrumento contratual pois se a obrigação é um processo¹⁴, tal como nos ensina CLÓVIS DO COUTO E SILVA, o Contrato, como uma espécie de obrigação, não poderia ser entendido de forma diversa.

Vê-se, então que:

a velha obrigação estática não mais responde aos anseios sociais sendo certo que não mais se duvida serem dinâmicas as relações obrigacionais, e, portanto, dever ser adequada a moldura contratual. A resposta do Direito a essa necessidade não foi o abandono do contrato, mas sua atualização e modernização, ou seja, a releitura e reconstrução parcial de seus princípios. Como já ressaltamos, o contrato deixou de ser um negócio jurídico isolado, uma relação jurídica estática, uma espécie de bolha ou de uma ilha isolada, para transformar-se num bloco de direitos e obrigações, verdadeiro ente vivo de caráter dinâmico, tornando-se um vínculo que evolui de acordo com as circunstâncias, mas mantém o equilíbrio inicialmente estabelecido entre os contratantes.¹⁵

Também não se pode olvidar que hoje novos princípios permeiam o âmbito do direito contratual com o intuito de melhor adaptá-lo aos novos valores consagrados pela ordem Constitucional, podendo-se citar como exemplos, em apertada síntese: a) o princípio da equidade, que pode ser definido como o equilíbrio entre prestação e contraprestação, evitando-se, assim, que apenas uma das partes aufera vantagens no âmbito da relação contratual; b) o princípio da transparência, que possui como objetivo “possibilitar uma aproximação e uma relação contratual mais clara e menos danosa

¹² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Contrato: Estrutura Milenar de Fundação do Direito Privado*. p.129

¹³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Idem*.p.132

¹⁴ SILVA, Clóvis do Couto e. *A Obrigação como Processo*.

entre fornecedor e consumidor”¹⁶; c) o princípio da boa-fé, que não se resume a uma mera intenção de bem proceder, mas sim como “objetivo primordial de conduta, exigência de respeito, lealdade, cuidado com a integridade física, moral e patrimonial, devendo prevalecer desde a formação inicial da relação de consumo”¹⁷.

Importante frisar que para a materialização de tais princípios não basta que as partes os observem apenas no momento da realização do contrato, mas, também, antes, durante e depois de assumir a obrigação.

Enfim, todos os aspectos acima aludidos ao somarem-se quando da análise dos contratos comprovam que todo e qualquer destes possuem uma dimensão social, principalmente quando o objeto da avença é um bem Constitucionalmente tutelado, tal como o é a saúde.

Tanto é assim que o STJ, reconhecendo a relatividade dos efeitos dos contratos de planos de saúde, já decidiu que o Ministério Público detém legitimidade para a propositura de ação civil pública com o fito de obter pronunciamento judicial acerca da legalidade de cláusulas constantes do contrato de plano de saúde, pois a legitimação extraordinária justifica-se pelo relevante interesse social e pela importância do bem jurídico a ser tutelado.¹⁸

Mas, para que sejam materializados os novos princípios vetores da teoria contratual, são necessários instrumentos para que isso se torne possível, assunto este a ser abordado na próxima seção.

Seção II – Instrumentos para a funcionalização do contrato

Dizer que o contrato possui uma função social é ir de encontro à idéia que tal instituto do Direito Civil possuía quando da época do Direito liberal clássico, afinal de contas, naquele tempo, se o contrato era firmado por dois sujeitos de direito de forma

¹⁵ WALD, Arnold. op. cit., p.4.

¹⁶ BICALHO, Ana Beatriz Rutowitsch. *Os contratos de plano de saúde e a sua revisão jurisdicional*. p. 112

¹⁷ BICALHO, Ana Beatriz Rutowitsch. Idem. p. 116

¹⁸ Resp nº. 208068-SC (1999/0022989-4), Relatora Ministra Nancy Andrigui – 3ª Turma. Data do julgamento 08/10/2001. DJ 08/04/2002. p. 208.

individual e livre, era impensável que os efeitos daquele negócio jurídico pudesse se expandir para além das fronteiras individuais das quais provinha.

No sistema jurídico anteriormente citado, conforme já se disse, “os indivíduos formalmente iguais dispõem sobre o trânsito jurídico de seus bens e interesses conforme a sua vontade, sem ingerência estatal: a autonomia da vontade informa as relações contratuais entre os indivíduos.”¹⁹ Na seara contratual do Direito liberal clássico “não cabe perquirir se o contrato atende a interesses que extrapolam aos indivíduos contratantes, pois, se assim fosse, estar-se-ia intervindo em algo que só diz respeito à autonomia individual sobre a propriedade.”²⁰

Mas hoje é reconhecida a dimensão social dos contratos e que tais instrumentos jurídicos possuem uma função, entendida esta como uma ação natural e própria de qualquer coisa, que é mais do que proporcionar a simples circulação de riqueza. “O art. 421 do novo Código Civil deu concretude ao princípio constitucional da função social da propriedade e determinou que ‘a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato’ ”²¹

Mas, reconhecer tal função não é tarefa simples pois não se pode olvidar que ela, se por um lado possibilita um maior equilíbrio na relação entre os contratantes, por outro “não deve, nem pode, afastar o seu conteúdo econômico, cabendo conciliar os interesses das partes e os da sociedade”²²

Nessa atividade de ponderação, a atuação do magistrado é imprescindível pois, diante de uma situação conflitiva sobre o conteúdo do contrato, caberá ao juiz identificar a função social deste e tal análise deverá pautar-se, sempre, pela observação dos valores Constitucionalmente consagrados e dos atuais parâmetros filosóficos do Direito Civil porque o princípio da função social, se por um lado “dá ao juiz uma maior liberdade para dar concretude à socialidade que permeia o novo diploma”²³

¹⁹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Os princípios contratuais: da formação liberal à noção contemporânea. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (coord). Direito civil constitucional: situações patrimoniais. p. 20

²⁰ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Idem, ibidem.

²¹ WALD, Arnold. op. cit., p.3.

²² WALD, Arnold. Idem, ibidem.

²³ WALD, Arnold. Idem. p.4.

jamais poderá ser considerada “uma carta branca para que o magistrado decida ao arrepio da lei e de princípios sedimentados”²⁴.

PAULO LUIZ NETTO LÔBO, a respeito do assunto afirma que:

no Código de 2002 ampliou-se, consideravelmente, o poder do juiz para revisar o contrato e para assumir o juízo de equidade, levando-o às fronteiras do legislador, ao menos no que concerne ao caso concreto. Ao juiz é dada a moldura, mas o conteúdo deve ser preenchido na decisão de cada caso concreto, valendo-se de princípios, conceitos indeterminados ou cláusulas gerais. Destaquem-se, nessa dimensão os arts. [...] 421 (função social do contrato), 422 (boa-fé objetiva), 423 (interpretação favorável ao aderente), 478 (resolução por onerosidade excessiva), 480 (redução da prestação em contrato individual).²⁵

Porém, “a intervenção do ordenamento jurídico só se justifica tendo o interesse geral, considerando as conseqüências econômicas e sociais produzidas pelo contrato”²⁶, não devendo ser autorizada quando não haja sido identificada alguma utilidade social para fazê-lo.

Outrossim, intervir no Contrato de tal maneira não se faz sem que se reconheça também que hoje há uma limitação da liberdade contratual, pois, nulo será o contrato que contrarie os preceitos de ordem pública e os Constitucionalmente consagrados, visto que hoje sabe-se que a extrema liberdade contratual “transformou-se nas mãos dos poderosos em instrumento iníquo de exploração do que se presume vulnerável”.²⁷

Desse modo,

a Ciência jurídica dos nossos dias tem buscado cada vez mais a funcionalização, impondo certas restrições ao exercício dos direitos. Assim, como exemplos mais evidentes, o direito de propriedade e o direito contratual já não são mais considerados absolutos. O que se quer dizer é que tanto o direito de propriedade quando o direito de contratar devem, para ser dignos de alguma tutela pelo direito, atender a uma função na sociedade. Essa função social, portanto, limita o exercício do direito, condicionando-o ao atendimento de certos requisitos [...]. No entanto, diferentemente da regulamentação da função social da propriedade, em que há normas precisas indicando quando se cumpre e quando não se cumpre essa função, no âmbito dos contrato nada foi regulamentado por lei. Tendo isso em mente [...], pode-se entender que a função social do contrato requer [...] a adequada ponderação entre os três princípios fundamentais do direito contratual: a autonomia privada, a boa-fé objetiva e o equilíbrio contratual. Sem que estejam bem balanceados esses três princípios na relação contratual, efetivamente não se pode dizer que o contrato cumpriu sua função social, pois

²⁴ WALD, Arnold. op. cit., p.4.

²⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. op. cit., p.112.

²⁶ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, apud WALD, Arnold. op. cit., p. 9.

²⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. op. cit., p.107.

será uma mera imposição de uma parte sobre a outra, quando for desobedecido o princípio da autonomia das partes; ou então será um contrato abusivo e desleal, quando faltar observância ao princípio da boa-fé objetiva; ou será um contrato injusto quando não se atender para o princípio do equilíbrio contratual²⁸

Conforme leciona SÉRGIO SELEME

com o advento do Estado de índole social, marcado pela intervenção no domínio econômico como forma de regular o mercado, começaram a ser abertas exceções aos princípios fundamentais da autonomia da vontade e da igualdade. [...] Pouco a pouco, foi-se restringindo a liberdade contratual através das intervenções do legislador e o do papel criativo da jurisprudência.²⁹

Tais limitações, conforme se vê, podem assumir diversas formas e tipos, mas a que interessa ao objeto de estudo do presente trabalho é aquela que se dá com a “limitação da liberdade de determinação do conteúdo do contrato, parcial ou totalmente, quando a lei define o que ele deve conter de forma cogente, como no exemplo [...] dos planos de saúde”.³⁰

E quando se fala em saúde não poderia ser de outra maneira pois diz a Constituição Federal, em seu artigo 196, que a saúde se constitui como *um direito de todos e é dever do Estado tutelá-la*. Além disso, são considerados como de *relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado*, conforme estipulado no artigo 197 da Carta Magna.

Então, hoje para se verificar se um contrato está em consonância com a ordem Constitucional é necessário que nele se identifique uma função social. Esta envolve “a manutenção do equilíbrio entre as partes e o bom funcionamento do mercado, sem prejuízo da obediência aos princípios éticos, pois a função do direito consiste em conciliar a economia e a moral, garantindo, assim, a segurança jurídica sem a qual nenhum país pode progredir.”³¹

²⁸ SANTOS, Eduardo Sens dos. op. cit., p. 109.

²⁹ SELEME, Sérgio. Contrato e empresa: notas mínimas a partir da obra de Enzo Roppo. In: Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. p. 264-265.

³⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. op. cit., p.110.

³¹ WALD, Arnold. op. cit., p.5.

Mas para que tal conciliação seja possível, deve esta ser realizada dentro daquilo que a lei determina. Nesse caso, qual lei ou quais leis podem ou devem ser aplicadas? Apenas uma? Várias? Além disso, há um critério rígido e imutável para a aplicação do Direito ao caso concreto visando a realização dos atuais valores que balizam o Direito atual?

Na próxima seção será visto que os princípios são a chave para se encontrar uma resposta para tais perguntas pois, se no Direito Liberal Clássico a resposta era limitada e unívoca para o que seria “Direito”, ou seja, naquela época: “Direito era a Lei”, hoje o caminho é o chamado “diálogo das normas”, afinal de contas, se hoje as relações sociais são plúrimas e inúmeras, o Direito também deve assumir tal perspectiva para que a tutela dos direitos no âmbito dos contratos seja efetiva e real e não apenas formal e ilusória.

Seção III – Fontes plúrimas, soluções concentradas: o contrato pensado de forma unificada

No Direito atual é cediço que há um sem número de leis visando tutelar os direitos nas mais diversas áreas e no campo do Direito Contratual o fenômeno da pluralidade de leis também ocorre. Em virtude disso, diante de um fato concreto, muitas vezes, há dúvida sobre qual lei aplicar a fim de resolver um conflito de interesses.

Na época do Direito Liberal Clássico o problema de saber como lidar com a pluralidade de normas era menor, uma vez que o Direito àquele tempo possuía uma perspectiva limitada e era impensável o fato de se poder aplicar, para apenas um caso concreto, mais de uma lei, mais de uma norma. O sistema jurídico era considerado não como um sistema com múltiplas possibilidades de conformação, mas sim como sendo estático e estável, possuindo estas mesmas qualidades os critérios de resolução de conflitos de normas dentro desse sistema de mono perspectiva.

Constata-se essa afirmação analisando-se os critérios utilizados pelo Direito Liberal Clássico para a resolução de conflitos de leis no tempo, pois:

nesta visão ‘perfeita’ ou ‘moderna’, teríamos a ‘Tese’ (lei antiga), a ‘antítese’ (lei nova) e a conseqüente síntese (a revogação), a trazer clareza e certeza ao sistema (jurídico). Os critérios para resolver os conflitos de leis no tempo seriam assim apenas três: anterioridade, especialidade e hierarquia, a priorizar-se, segundo Bobbio, a hierarquia. A doutrina atualizada, porém, está a procura hoje mais da harmonia e da coordenação entre as normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema), do que da exclusão. É a denominada ‘coerência derivada ou restaurada’, que em um momento posterior a decodificação, a tópica e a micro-recodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a antinomia, a incompatibilidade ou a não-coerência.³²

Em virtude da atual multiplicidade de relações sociais possíveis, vê-se que o Direito, para ser eficaz e melhor tutelar os interesses dos sujeitos de direito, deve ser entendido numa perspectiva plural, diferente daquela visão da época do liberalismo clássico. Esse entendimento o tornará apto a dar respostas para os conflitos de interesses surgidos nas relações contratuais travadas pelas pessoas, principalmente, conforme adiante será visto, quando o objeto de tais relações envolve, por exemplo, a vida humana, tal como ocorre quando se contrata um plano ou seguro de saúde visando, com isso, a busca de amparo quando da ocorrência de moléstias ou doenças.

Refutando a idéia de um sistema jurídico de uma perspectiva só e baseada nos ensinamentos do mestre de Heidelberg, Erik Jayme, CLÁUDIA LIMA MARQUES ensina que

os tempos pós-modernos, onde a pluralidade, a complexidade, a distinção impositiva dos direitos humanos e do *droit à la différence* (direito a ser diferente a ser tratado diferentemente, sem necessidade mais de ser ‘igual’ aos outros) não mais permitem este tipo de clareza ou de ‘mono-solução’. A solução sistemática pós-moderna deve ser mais fluida, mais flexível, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções. Nestes tempos, a superação de paradigmas é substituída pela convivência dos paradigmas, a revogação expressa pela incerteza da revogação tácita indireta através da incorporação (veja art. 2.043 do novo CC), há por fim a convivência de leis com campos de aplicação diferentes, campos por vezes convergentes e, em geral diferentes, em um mesmo sistema jurídico, que parece ser agora um sistema (para sempre) plural, fluído, mutável e complexo. Não deixa de ser um paradoxo que o ‘sistema’, o todo construído, seja agora plural...³³

E prossegue a renomada autora dizendo que a chave para se trabalhar o sistema jurídico na atual realidade pós-moderna está na coordenação das normas. “uma coordenação flexível e útil (*effet utile*) das normas em conflito no sistema a fim de

³² MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. p. 71-75

³³ MARQUES, Cláudia Lima. op. cit., p. 71-75

restabelecer a sua coerência, isto é, uma mudança de paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico (ou do ‘monólogo’ de uma só norma possível à ‘comunicar’ a solução justa), à convivência destas normas. ao diálogo das normas para alcançar a sua ratio, a finalidade ‘narrada’ ou ‘comunicada’ em ambas”.³⁴

Além disso:

na belíssima expressão de Erik Jayme, é o atual e necessário ‘diálogo das fontes’ (dialogue de sources), a permitir a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes. ‘Diálogo’ porque há influências recíprocas, ‘diálogo’ porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso. seja complementariamente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis modelos) ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato. Uma solução flexível e aberta, de interpenetração ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes).³⁵

Diante do acima exposto, pergunta-se: se pode haver o chamado “diálogo das fontes” na observação e interpretação do fenômeno jurídico, o Contrato, no âmbito do direito privado, poderia ser pensado de uma forma unificada? E, caso a resposta seja afirmativa, qual o benefício que isso traria?

A resposta para tais perguntas pode estar na análise dos princípios constantes do Código Civil (CC) e do Código de Defesa do Consumidor (CDC) no que diz respeito aos contratos.

Quando se fala em contrato regulado pelo CC, pensa-se em uma relação composta por sujeitos de direitos em igualdade de condições, ou seja, o contrato é pensado como sendo a materialização de uma relação onde não há uma parte mais vulnerável que a outra. Já o CDC trabalha com a hipótese de que a relação que disciplina compõe-se tendo um dos sujeitos a qualidade de hipossuficiente. Desse modo, verifica-se que, aparentemente, há diferentes âmbitos de atuação para os diplomas acima citados, ou seja, onde há uma relação considerada de consumo, aplica-se o CDC, caso contrário, o C.C.

³⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Idem, ibdem.

³⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Idem, ibdem.

Se o estudo do problema se limitasse a considerar apenas o âmbito de aplicação das leis, seria seguro afirmar: o contrato na seara do Direito Privado não pode ser pensado de forma unificada, uma vez que o C.C e o CDC possuem campos de aplicação distintos.

Mas se o estudo da problemática anteriormente exposta pautar-se tendo como baliza os princípios contratuais, a resposta encontrada poderá ser diversa da citada no parágrafo anterior, pois o CC

traz ao direito privado brasileiro geral os mesmos princípios já presentes no Código de Defesa do Consumidor (como a função social dos contratos, a boa-fé objetiva. etc.). Realmente, a convergência de princípios entre o CDC e o NCC/2002 é a base da inexistência principiológica de conflitos possíveis entre estas duas leis que, com igualdade ou equidade, visam a harmonia nas relações, civis em geral e nas de consumo ou especiais.³⁶

Além disso,

não haveria, pois, entre estas duas leis possibilidade de conflito de ‘princípios’. somente conflitos de ‘normas’ ou antinomias. Decisivo é, pois, o campo de aplicação de ambas as normas, uma vez que só há conflito de ‘normas’ quando o campo de aplicação das leis é o mesmo naquele caso concreto. A convergência de campos de aplicação pode levar ao ‘conflito’, já a convergência de princípios é o caminho para o ‘diálogo’ entre fontes.³⁷

Tal convergência é especialmente importante quando se fala nos contratos que são objeto de estudo do presente trabalho, ou seja, os de planos de saúde. Conforme será visto posteriormente, em tais contratos é possível identificar um vasto repertório de cláusulas abusivas. No combate a estas, como exemplo de diálogo de normas, vê-se que “na parte geral dos contratos em geral, o NCC/2002 traz apenas uma norma sobre cláusulas abusivas, o art. 424, que em nada colide ou conflita com os arts. 51, 53 e 54 de CDC, ao contrário reforça o mesmo espírito. [...] Logo, conclui-se que não há conflito possível entre o art. 424 e as normas do CDC, há diálogo neste sistema plural”.³⁸

Ainda,

³⁶ MARQUES, Cláudia Lima. op. cit., p. 78.

³⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Idem, ibdem.

³⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Idem. p. 93.

observando-se o texto do art. 7.º do CDC conclui-se que representa uma cláusula de abertura, uma *interface* com o sistema maior: os direitos dos consumidores podem estar em outras leis e não só no CDC. Funcionalmente, ou pela teleologia do próprio CDC e da Constituição Federal há que se utilizar a norma mais favorável aos direitos do consumidor. Sendo assim, parece-me que o NCC/2002 trará também novos direitos aos consumidores.³⁹

E nessa atividade de integração que leva ao diálogo das normas, reforça-se ainda mais o importante papel do magistrado na identificação e repressão de cláusulas abusivas, pois

neste diálogo de complementaridade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais entre o CDC e o NCC/2002, as cláusulas gerais do NCC/2002 podem encontrar uso subsidiário ou complementar em caso regulado pelo CDC, se mais favoráveis ao consumidor. O juiz, no caso concreto, irá, pois, concretizar o *favor debilis* expressamente permitido no art. 7.º do CDC, que menciona inclusive a equidade, sua *ratio maior*.⁴⁰

Desse modo, e respondendo-se à pergunta proposta no início desta Seção, pode-se afirmar que em face dos atuais valores constantes da Constituição Federal e dos novos princípios que informam o Direito Contratual atual, o Contrato, no âmbito do Direito Privado, pode e deve, ao nível dos princípios, ser pensado de forma unificada. Somente assim se poderá combater os abusos e fazer com que o contrato não só seja um instrumento para possibilitar a circulação de riquezas, mas também para a realização de direitos fundamentais dos indivíduos, tal como o acesso a um serviço de saúde digno e eficaz, como o que deve ser prestado pelas operadoras de planos de saúde.

Enfim,

é necessário superar a visão antiga dos conflitos e dar efeito útil às leis novas e antigas! Mister preservar a *ratio* de ambas as leis e dar preferência ao tratamento diferenciado dos diferentes concretizado nas leis especiais, como no CDC, e assim respeitar a hierarquia dos valores constitucionais, sobretudo coordenando e adaptando o sistema para uma convivência coerente! A convergência de princípios e cláusulas gerais entre o CDC e o NCC/2002 e a égide da Constituição Federal de 1988 garantem que haverá diálogo e não retrocesso na proteção dos mais fracos nas relações contratuais.⁴¹

³⁹ MARQUES, Cláudia Lima. op. cit., p. 81.

⁴⁰ MARQUES, Cláudia Lima. Idem. p. 81-82.

⁴¹ MARQUES, Cláudia Lima. Idem. p. 99.

CAPÍTULO II – A COMPREENSÃO CONTEMPORÂNEA DO CONTRATO

A compreensão contemporânea do que seja o Contrato hoje e quais as formas que tal instrumento jurídico pode assumir não é possível de ser obtida sem que se faça uma análise da evolução da sociedade, bem como, também, da evolução que sofreram os processos para a realização da circulação de riquezas, entendida esta não só como composta por bens materiais, como também por serviços.

Como afirma ENZO ROPPO:

Contrato é um conceito jurídico, uma construção da ciência jurídica elaborada (além do mais) com o fim de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir designando-os de forma sintética, uma série de princípios e regras de direito, uma disciplina jurídica complexa. Mas como acontece com todos os conceito jurídicos, também o conceito de contrato também não pode ser entendido a fundo, na sua essência íntima, se nos limitarmos a considerá-lo numa dimensão exclusivamente jurídica – como se tal constituísse uma realidade autônoma, dotada de autônoma existência nos textos legais e nos livros de direito. Bem pelo contrário, os conceitos jurídicos – e entre estes, em primeiro lugar, o de contrato – refletem sempre uma realidade exterior a si próprios, uma realidade de interesses, de relações, de situações econômico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental. Daí que, para conhecer verdadeiramente o conceito do qual no ocupamos, se torne necessário tomar em atenta consideração a realidade econômico social que lhe subjaz e da qual ele representa a tradução científico-jurídica: todas aquelas situações, aquelas relações, aqueles interesses reais que estão em jogo, onde quer que se fale em contrato.⁴²

Desse modo, ao verificarmos o atual estágio da dinâmica da circulação de riquezas na atual sociedade, não é uma tarefa difícil perceber que ela difere, e muito, daquela que existia à época do século XIX.

Neste tempo as relações econômicas eram unidimensionais, ou seja, o contrato era pensado com sendo um instrumento jurídico destinado “de indivíduo para indivíduo”. Mas com o progresso das transações econômicas, o Contrato deixa de possuir apenas essa perspectiva para se transformar em um instituto com dimensão plural, que visa regular as relações de indivíduo para uma infinidade de indivíduos, tal como ocorre nos contratos de adesão.

⁴² ROPPO, Enzo. *O Contrato*. p. 7-8

Um dos motivos que ensejou essa mudança na perspectiva do Contrato foi o desenvolvimento da massificação das relações de consumo. Com a crescente evolução dos negócios jurídicos e com o aumento de sua freqüência criou-se a idéia de que o contrato não mais poderia ser pensado como um âmbito no qual os indivíduos deliberam sem limites sobre as cláusulas, sobre as condições de execução, enfim, sobre o próprio conteúdo do contrato.

Conforme assevera CLÁUDIA LIMA MARQUES, no atual estágio da economia, pode-se afirmar que

na sociedade de consumo, com seu sistema de produção e de distribuição em grande quantidade, o comércio jurídico se despersonalizou e se desmaterializou. Os métodos de contratação em massa, ou estandardizados, predominam em quase todas as relações contratuais entre empresas e consumidores.⁴³

Tal fenômeno vai de encontro ao que ocorria nos tempos do auge da Teoria Liberal Clássica do Contrato, pois, àquela época, o fulcro de toda a teoria contratual era a autonomia da vontade, mas hoje o contrato que viabiliza a massificação de relações de consumo, não dá espaço para maiores deliberações, fato este que facilita a profusão de cláusulas abusivas que afrontando, inclusive, aspectos da dignidade da pessoa humana, conforme será abordado adiante quando se falar das cláusulas abusivas nos contratos de planos de saúde.

Mas a realidade atual é esta e é com ela que temos de lidar pois:

hoje, estas novas técnicas contratuais, meios e instrumentos de contratação são indispensáveis ao atual sistema de produção e de distribuição em massa, não havendo como retroceder o processo e eliminá-lo da realidade social. Elas trazem vantagens evidentes para as empresas (rapidez, segurança, previsão dos riscos etc.), mas ninguém duvida de seus perigos para os contratantes vulneráveis ou consumidores. Estes aderem sem conhecer as cláusulas, confiando nas empresas que as pré-elaboram e na proteção que, esperam, lhes seja dada por um Direito mais social. Esta confiança nem sempre encontra correspondente no instrumento contratual elaborado unilateralmente, porque as empresas tendem a redigi-los da maneira que mais lhe convém, incluindo uma série de cláusulas abusivas e inequitativas.⁴⁴

Porém, se por um lado se verifica uma profusão dos chamados contratos de adesão, a ponto de se poder afirmar que hoje se constituem como o tipo

⁴³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. p. 52-53.

⁴⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Idem*. p. 57-58.

predominantemente utilizado para a viabilização dos negócios entre os sujeitos de direito que visam determinados objetivos, também é verdade que tal fenômeno não passou incólume à visão estatal.

Nem poderia ser diferente, pois hoje a nossa Carta Magna possui a dignidade da pessoa humana como o valor fundamental a ser protegido pela ordem jurídica. Desse modo

nota-se claramente que a política intervencionista do Estado Social acaba por produzir uma diluição das fronteiras outrora rígidas entre direito público e direito privado. Nessa esteira, opera-se outro fenômeno: A consitucionalização do direito civil. Com efeito, se o Código Civil era tido, no liberalismo como uma espécie de Constituição do homem privado, passa-se a reconhecer que, em um direito tomado como sistema, somente é possível estabelecer-se a coerência e unidade a partir dos princípios constitucionais que, por conseguinte, passam a inforar o direito privado, com o fim da centralidade do Código Civil. A constitucionalização do direito civil, desse modo, repercute nas relações contratuais. No Brasil, com o reconhecimento constitucional da dignidade da pessoa humana, como fundamento da República, pode-se reputar a realização dessa dignidade como um dos escopos de base de todo o direito civil, e, portanto, da disciplina das relações contratuais.⁴⁵

Assim, quando se fala em dignidade da pessoa humana, deve-se ter em mente que este é o valor supremo a ser observado em todos os ramos do Direito, pois este é feito para disciplinar as relações entre os indivíduos, ou seja, o Direito não se dirige a coisas, mas sim a pessoas. Por isso é tão importante ter em mente que o contrato não possui mais aquela perspectiva do sistema jurídico do qual provém a sua teoria mais poderosa: o direito liberal clássico. A Ordem Constitucional e o Direito Privado pensado sob a ótica do respeito às pessoas exige mais, exige uma mudança da maneira de se observar o fenômeno contratual.

A compreensão contemporânea desse importantíssimo instituto do Direito Privado que é o Contrato exige do legislador e do operador do direito da atualidade o respeito aos princípios contratuais que promovam, além da circulação de riquezas a realização de interesses que estão no ambiente que sub jaz todo o acerto materializado pelas cláusulas do contrato, pois este não é um invólucro que contém vácuo, mas sim, interesses e objetivos muitas vezes envolvendo a própria existência do indivíduo que dele faz parte.

⁴⁵ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. op.cit., p. 23-24

Pense-se naquele que contrata um plano ou seguro de saúde. O que tal indivíduo busca? A segurança de que no futuro os serviços prestados por aquele que lhe oferece tal assistência lhe possibilite, quando do surgimento de uma moléstia, poder curá-la, ou mesmo, no caso de irreversibilidade do quadro clínico, possa ter um tratamento condizente com a sua condição de sujeito de direito tutelado pela Constituição.

E tais anseios devem ser tutelados por uma atuação firme do poder judiciário, principalmente no que diz respeito ao combate das cláusulas abusivas dos contratos supracitados, pois tais cláusulas “não violam um interesse individual, mas sim um interesse público, [...] são cláusulas contrárias aos fins e aos valores éticos, sociais, econômicos perseguidos pelos contratos, como mecanismos de preservação de sua função social”.⁴⁶

Somente balizando a atuação pelos princípios anteriormente aludidos será possível identificar no contrato outras funções do que a simples circulação de riquezas. Desse modo,

tudo isso se reflete na nova disciplina dos contratos. Eles continuam tendo sua função econômica, sendo instrumentos de trânsito jurídico de bens e interesses. Todavia, a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da justiça social, essa função econômica, que se refere a uma racionalidade instrumental, que liga linearmente os meios aos fins – alheia a qualquer outro valor jurídico –, passa a ter um novo fundamento, a ela subjacente e que acaba por informá-la: uma “racionalidade reprodutiva do sujeito”. [...] A racionalidade instrumental que informava o contrato do liberalismo passa a ter um fundamento a ela subjacente, que se baseia em uma racionalidade material, ou seja, uma racionalidade com relação a valores.⁴⁷

É da idéia acima exposta que se parte para que se reconheça no contrato algo mais do que um simples instrumento destinado à circulação de bens e interesses.

Seção I – O contrato como forma jurídica de uma operação econômica

O contrato como instituto jurídico que visa disciplinar relações humanas que buscam um determinado objetivo pode ser encarado de diversas formas. Se o

⁴⁶ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *O dever de informar nas relações de consumo*. p.94.

⁴⁷ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. op. cit., p. 23-24

analisarmos tendo como parâmetro apenas o aspecto patrimonial que se propõe a dinamizar, veremos que ele se constitui como um invólucro que delimita uma determinada operação econômica, qual seja, a circulação da riqueza no âmbito social.

É claro que tal perspectiva não é incorreta, porém, não deve ser entendida como a única possível. Será visto na próxima seção que o contrato também pode (e deve) ser entendido como um instrumento que viabiliza aos sujeitos de direito que dele participam obter a realização e o acesso a direitos fundamentais de qualquer indivíduo como, por exemplo, o direito à vida saudável, direito este Constitucionalmente albergado, tal como ocorre quando alguém decide realizar um contrato de plano ou seguro de saúde.

Mas vejamos por que, ao se pensar em Contrato, tem-se em mente primeiramente essa idéia de circulação de riquezas e não outra.

Como uma resposta para tal pergunta pode-se dizer que tal pensamento provém da época do Liberalismo Clássico, pois

as teorias econômicas do século XVIII, em resposta ao corporativismo e as limitações impostas pela igreja católica, propõem a liberdade como panacéia universal. Para estas teorias, é basicamente necessária a livre movimentação das riquezas na sociedade. Uma vez que o contrato é o instrumento colocado à disposição pelo direito para que esta movimentação aconteça, defendem a necessidade da liberdade contratual. [...] O contrato seria justo e equitativo por sua própria natureza. Na expressão da época: 'Qui dit contractuelle, dit juste'. [...] Note-se aqui uma dupla função econômica do contrato: instrumentalizar a livre circulação das riquezas na sociedade e ao mesmo tempo indicar o valor de mercado de cada objeto cedido (sua nova 'utilidade').⁴⁸

Perceptível é, então, que, ao falar-se da realidade contratual àquela época, dá-se mais ênfase a dois aspectos de cunho eminentemente patrimonial, são eles:

- a) a circulação de riquezas era a finalidade principal do contrato, ofuscando qualquer outra que pudesse surgir;
- b) como o contrato era pensado sempre em sua dimensão econômica, tornava-se, também, um importante parâmetro para a mensuração das riquezas.

⁴⁸ MARQUES, Cláudia Lima. op.cit., p. 47.

Para resumir, segundo o Liberalismo Clássico, “o valor decisivo do contrato está, portanto, em ser o instrumento jurídico que possibilita e regulamenta o movimento de riquezas dentro da sociedade”.⁴⁹

Porém, a crítica que se faz sobre o que foi acima exposto não é sobre a estrutura do contrato, mas sim a respeito da maneira com a qual ele é interpretado por aqueles que só enxergam nele um instrumento dotado de uma única finalidade, qual seja: propiciar a circulação de riquezas.

É claro que esta função de instrumento para o trânsito das riquezas desempenhada pelo contrato é uma de suas razões de ser, afinal de contas, como atesta EROS ROBERTO GRAU,

*todo contrato instrumenta a jurisdicização de uma ou mais relações negociais travadas entre as partes que dele participam e por ele se obrigam. O vínculo contratual [vínculo jurídico] instala uma situação de certeza e segurança jurídicas para as partes. Vale dizer: cada parte tem a aparente certeza e a segurança que desse vínculo deflui, de que, na hipótese de descumprimento do contrato, poderá recorrer a meios jurídicos adequados à obtenção de reparação por esse descumprimento, ou mesmo a execução coativa da avença*⁵⁰

Além disso, deve-se ter em mente que

para as partes, o contrato objetiva, fundamentalmente, uma troca de prestações, um receber e prestar recíproco. Assim, o contrato de compra e venda é um sinalagma em que um contratante assume a obrigação de pagar certo preço para alcançar um novo *status* jurídico. *status* de proprietário (seja de um automóvel, televisão ou mesmo de bens alimentícios). enquanto o outro assume a obrigação de transferir um direito seu de propriedade, porque lhe é mais interessante, no momento, ser credor daquela quantia. A idéia de troca. de reciprocidade de obrigações e de direitos serve para frisarmos a existência dentro da noção de contrato de um equilíbrio mínimo de direitos e deveres. Note-se que o contrato remedia a desconfiança básica entre os homens e funciona como instrumento, antes individual. hoje social, de alocação de riscos para a segurança dos envolvidos e a viabilização dos objetivos almejados pelas partes.⁵¹

Mas hoje a visão exclusivamente patrimonialista do que seja o contrato deve necessariamente ser superada. Atualmente, em todos os contratos de âmbito privado, verifica-se que outros aspectos que extrapolam a dimensão unicamente patrimonial devem obrigatoriamente ser levados em conta quando da realização de um Contrato,

⁴⁹ MARQUES, Cláudia Lima. op. cit., p. 38.

⁵⁰ GRAU, Eros Roberto. op. cit., p.73.

⁵¹ MARQUES, Cláudia Lima. op. cit., p. 38.

tais como, por exemplo, o reconhecimento do dever de conduzir as relações com observância aos princípios da boa-fé, da lealdade contratual, da transparência, bem como o dever de pautar a relação contratual pela observância dos valores e princípios do Direito Civil à luz da Constituição.

Porém, o fato de se dizer que o aspecto puramente patrimonialista do Contrato deve ser superado, não implica necessariamente desconsiderar a estrutura que o compõe, mas sim analisá-la esta sob outra ótica, reconhecendo-se que: 1) a realidade subjacente não deve ser desconsiderada na análise do fenômeno contratual; 2) hoje são objetos de contratos não apenas bens materiais, mas sim outros tipos de “riquezas”. muitas delas imateriais, tais como a propriedade intelectual ou mesmo a manutenção da saúde das pessoas, tal como ocorre quando alguém contrata um plano ou seguro de saúde.

Essa releitura do contrato deriva do fato de que

nada obstante, se o contrato possui uma função econômica, não se pode olvidar que o ordenamento jurídico impõe, também, uma função social. Há um arcabouço normativo presente na Constituição Federal que deve ser atendido, ainda que, em muitas situações, venha em prejuízo da eficiência. Se é certo que a eficiência é um valor que não pode ser descartado, é certo, também, que não é um valor supremo. Sua busca deve estar funcionalizada às necessidades da pessoa humana, ou seja, a pessoa humana é fundamento de possibilidade de uma racionalidade instrumental que vise à eficiência. Ainda que a economia venha a assumir, definitivamente, os pressupostos neoliberais – o que não se pode dizer de antemão, haja vista que a idéia de que o mercado atende a uma ‘ordem natural’ é insustentável à luz de um exame, ainda que precário do transcurso da história – isso não implica dizer necessariamente, que o direito seguirá o mesmo caminho da economia. [...] Cabe ao Direito impor à economia uma racionalidade reprodutiva do sujeito, que funcionalize o econômico à promoção da dignidade da pessoa humana, sob pena de legitimação de uma racionalidade que, no dizer de Hinkelamert, mostre-se suicida, com o aniquilamento do próprio sujeito.⁵²

Enfim, hoje ainda pode-se afirmar que o contrato continua sendo “o negócio jurídico por excelência, onde o consenso de vontades dirige-se para um determinado fim”.⁵³ É ele o invólucro que dá forma jurídica a uma operação econômica, facilitando, dessa forma a realização das relações de cunho patrimonial dentro da atual dinâmica do mercado.

⁵² RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. op. cit., p. 36-37

⁵³ MARQUES, Cláudia Lima. op. cit., p. 38.

Porém o Contrato não é mais intangível. Ao Poder Judiciário caberá intervir, quando ao realizar um contrato, os particulares extrapolarem os limites impostos pela ordem pública e pelos princípios consagrados no Direito Privado, todos decorrentes. é claro, da Carta Magna.

Além disso, não se pode olvidar que as partes, quando contratam, buscam um mínimo de garantia e segurança e deve o Direito tutelar tal expectativa contrabalançando-a com os valores vetores da atual Ordem Jurídica. Segundo EROS ROBERTO GRAU,

em busca da instalação daquela situação de certeza e de segurança que as partes se acomodam ao vínculo contratual e, principalmente, o ordenamento jurídico o tutela. Prestando-se o direito a organizar, administrar e harmonizar conflitos, a jurisdição dos contratos viabiliza a sua própria funcionalidade, porque traduz segurança e previsibilidade. porque viabiliza e permite a fluência das relações de mercado.⁵⁴

Mas, ao se analisar o fenômeno contratual, jamais se pode perder de vista que para se sopesar segurança e realização de valores deve-se reconhecer que

se o contrato deve continuar sendo instrumento de trânsito jurídico de bens e de interesses, esse não é mais seu único escopo, à luz da atual ordem constitucional, refletida na atual configuração dos princípios do contrato. A função econômica está subordinada a uma racionalidade que enfatiza a necessidade de realização da dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade livre justa e solidária, conforme preconizado no Carta Constitucional⁵⁵

E é essa possibilidade do contrato ser algo mais do que um simples instrumento a serviço da economia de mercado que será abordada na Seção seguinte.

Seção II – A relação contratual como instrumento para a satisfação de Direitos Fundamentais

Viu-se na Seção anterior que o Contrato é o contorno que exterioriza uma relação econômica. Porém, não se pode olvidar que por trás de uma relação econômica

⁵⁴ GRAU, Eros Roberto. op. cit., p.74.

⁵⁵ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. op. cit., p. 37

estão sempre bens ou interesses. Essa relação pode ser proveniente dos mais diversos motivos, mas há casos em que ela deriva de uma situação que envolve bens ou interesses que tem haver com a própria existência da pessoa humana, tal como ocorre quando o objeto da relação contratual é a própria manutenção da saúde do indivíduo.

Sobre a saúde, nossa Carta Magna trata do assunto em diversos dispositivos, mas aqueles que possuem maior relevância para o assunto que aqui será tratado são os constantes dos artigos 196 e 197 da Constituição.

Diz o artigo 196 que *“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”*. Já o artigo 197 preceitua que *“são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”*.

Nota-se, na análise dos artigos supracitados, que a saúde é um direito fundamental dos indivíduos, afinal, hoje, uma vida digna pressupõe uma vida saudável.

Como afirma GRACIELA LOVECE,

el beneficio de gozar de un elevado nivel de salud es uno de los derechos fundamentales de cada ser humano de acuerdo a lo establecido en el Preámbulo de la Organización Mundial de la Salud, no identificándose la noción de salud únicamente con la ausencia de enfermedad, sino que fundamentalmente atiende a un estado completo de bienestar dentro del cual intervienen factores económicos, culturales, sociales y no exclusivamente sanitarios. El ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos especialmente el de la preservación de la salud; no necesita justificación alguna sino por el contrario debe justificarse la restricción que se haga de los mismos. Aún cuando no existan normas sistemáticas que referencien a la salud, su reconocimiento y protección sugen de varias disposiciones de la Constitución Nacional⁵⁶

Além do Direito à Saúde estar exaustivamente reconhecido em nossa Constituição, vê-se que no âmbito internacional isso também ocorre, pois

la salud como valor y derecho humano fundamental también encuentra reconocimiento en diversos instrumentos comunitarios e internacionales en materia de derechos humanos [...] la

⁵⁶ LOVECE, Graciela. *El derecho a la salud como nuevo derecho civil constitucional*. p. 35

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre arts. 7 y 11; la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948 arts. 3, 8 y 25; el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales art. 12, inc. 1 y 2; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos art. 24 inc. 1; la convención Americana de Derechos Humanos art. 4 inc. 1, art. 5 inc. 1, arts. 19, y 26; la Convención sobre los Derechos del Niño art. 3 inc. 1 y arts. 6, 23, 24 y 26.⁵⁷

Em nosso ordenamento jurídico, na parte inicial do artigo 196 da Carta Magna, verifica-se que a saúde é um *dereito de todos e dever do Estado*, porém hoje o que se vê, na maioria das vezes, é que o Estado tem falhado no cumprimento desse dever.

Diante desse fato, ao verificar que o Estado não é competente para prestar um serviço de assistência à saúde digno e eficaz resta, para aqueles que podem pagar pelos serviços privados, aderirem aos planos de saúde pois, conforme já confirmado por nosso poder judiciário,

é importante rememorar que as atividades concernentes aos planos privados de saúde, decorrem inequivocamente da carência e incompetência estatal de fazer cumprir o preceito constitucional de que a saúde é um direito de todos e dever do Estado (art. 196 CF/88). Esta incapacitação estatal gerou um nicho bastante profícuo à proliferação da atividade privada de serviços de saúde, ofertados a uma parcela da população que tem condições de pagar por tais serviços que o Estado lhes sonega. Trata-se, portanto, de um negócio exercido por particulares agrupados sob a forma de sociedades comerciais limitadas sociedades anônimas ou organizações cooperativas, que naturalmente, objetivam a percepção de lucro, buscando sempre o crescimento de sua carteira de clientes. A própria lei n.º 9.656/98 afasta qualquer intenção filantrópica ou assistencialista.⁵⁸

Sobre o acima exposto e superando a visão simplista de que o Contrato só pode viabilizar a movimentação de riquezas, é perfeitamente possível que a relação contratual seja o veículo para a satisfação de Direitos Fundamentais, na medida em que aquele instituto de Direito Privado possibilita ao particular atingir algo que o Estado, por ineficiência e incompetência, lhe negou alcançar: a assistência à saúde digna e eficaz.

Tal idéia corrobora o pensamento de que o contrato, além de ser um instrumento jurídico que serve à circulação de riquezas, pode (e deve) ser entendido como um instituto jurídico dotado de aspectos que materializam a solidariedade, a

⁵⁷ LOVECE, Graciela. op. cit., p. 36

⁵⁸ TJ/PR, Apelação Cível n.º 156.349-3. Acórdão 4084, Relator Des. Rafael Augusto Cassetari – 8ª Câmara Cível. Data do julgamento 03/11/2004.

justiça social, bem como concretiza um dos princípios fundamentais constantes de nossa Constituição: a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, CF/88).

recentemente, em congresso jurídico realizado na Europa, o eminente professor Philippe Jestaz dizia sonhar com o dia no qual uma reforma do Código Napoleão definiria o contrato não tão-somente como um acordo de vontade das partes, mas também como um instrumento comutativo e equilibrado realizado no interesse social. Por sua vez, o professor Denis Mazeaud se referiu ao contrato como um instrumento de lealdade, solidariedade e fraternidade. Talvez, no tocante aos contratos onerosos em geral, possamos substituir a fraternidade pela dignidade, mas estará sempre presente a idéia de colaboração entre os contratantes, como dever que a ambos incumbe.⁵⁹

Além disso, não se pode esquecer que se a atividade privada de prestação de assistência à saúde se mostra como uma alternativa possível, não é menos verdade que as Empresas que comercializam tais planos devem ter suas atividades permanentemente fiscalizadas pelos poderes públicos, conforme determinação constante do artigo 197 da Constituição anteriormente citado, pois se “a verdade é que o art. 199 da Constituição Federal autorizou a iniciativa privada a exercer a assistência à saúde, mas menos verdade não é que as entidades de prestação de serviços médicos devem seguir as mesmas diretrizes estabelecidas para os órgãos públicos (art. 199, § 1.º)”.⁶⁰

Dessa maneira e diante do acima exposto, vê-se que é sim possível se afirmar: o Contrato pode ser um instrumento para a satisfação de Direitos Fundamentais. Para concretizar tal afirmação faz-se necessário sopesar os dois aspectos do contrato anteriormente aludidos – o contrato como instrumento a serviço da economia de mercado e o contrato como meio para se alcançar os direitos fundamentais – só assim se poderá dotar esse importantíssimo instituto do Direito Privado de características que superem a ótica limitada que lhe imprimiu o Direito Liberal Clássico e conjugá-lo de acordo com os valores hoje Constitucionalmente consagrados, pois,

a Constituição garantidora das liberdades formais incorpora a promoção da justiça social e de regulação da atividade econômica. Além das funções de organização do Estado, delimitando o poder político, e da garantia das liberdades individuais decorrentes, a Constituição do Estado social incorpora outra função, que a identificará: a de reguladora da ordem econômica e social. [...] O Estado não é mais apenas o garantidor da liberdade e da

⁵⁹ WALD, Arnold. op. cit., p.9.

⁶⁰ TJ/PR, Apelação Cível n.º 165.414-4. Acórdão 199, Relator Des. Ruy Cunha Sobrinho – 9ª Câmara Cível. Data do julgamento 09/12/2004.

autonomia contratual dos indivíduos; vai além, intervindo profundamente nas relações contratuais, ultrapassando os limites da justiça comutativa para promover não apenas a justiça distributiva mas a justiça social. [...] Por consequência, o contrato não pode ser concluído, executado ou interpretado tendo em conta apenas os interesses individuais dos contratantes, mas o interesse social. Afinal, qualquer contrato interfere no ambiente social e no tráfico jurídico, ainda quando não seja integrante de atividade econômica (art. 170 da Constituição). No Código Civil de 2002, a justiça social revela-se principalmente no avançado enunciado do art. 421 (“A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”).⁶¹

A seguir será visto que, quando se fala em contrato que visa tutelar a saúde da pessoa humana que dele participa, deve-se romper a idéia de um contrato estático e analisá-lo de outra forma: como sendo uma continuidade, afinal de contas, a saúde não pode ser fracionada em momentos, mas sim, deve ser um aspecto permanente durante a vida do indivíduo. E a permanência ao longo de vários anos é justamente uma das características dos chamados Contratos Cativos de Longa Duração.

Seção III – Os contratos cativos de longa duração

Hoje, diante da atual realidade das relações sociais, vê-se que quase tudo pode ser objeto de relações contratuais. Cada vez mais contrata-se não apenas visando a concretização de um interesse em um determinado espaço de tempo, mas sim, de acordo com o bem jurídico objeto da relação, contrata-se pensando em continuidade, em proteção duradoura.

Tal fenômeno verifica-se quando nele estão envolvidos bens ou interesses jurídicos que não admitem fracionamento. Para exemplificar, pode-se citar o caso de alguém que contrata um plano ou seguro de saúde. Este sujeito que procura realizar tal contrato quer segurança, certeza de que, quando do surgimento de moléstias ou doenças, terá sua saúde tutelada pela cadeia de prestadores de serviços médico-hospitalares participantes do conglomerado empresarial responsável pelo cumprimento do objeto contratual.

⁶¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. op. cit., p.108.

Diante desse fato, é fácil verificar que o contrato pensado de forma estática tal como o era à época do Direito Liberal Clássico não é mais capaz de tutelar tais interesses permanentes e duradouros.

Nesses contratos com idéia de permanência, de realização duradoura, verifica-se que

para atingir o objetivo contratual os consumidores manterão relações de convivência e dependência com os fornecedores desses serviços por anos, pagando mensalmente suas contribuições, seguindo as instruções (por vezes, exigentes, burocráticas e mais impeditivas do que) regulamentadoras dos fornecedores, usufruindo ou não dos serviços, a depender da ocorrência ou não do evento contratualmente previsto. 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 ao consumidor desvencilhar-se do contrato. Tratam-se igualmente, não só de contratos comutativos, mas geralmente de contratos aleatórios, cuja contraprestação principal do fornecedor fica a depender da ocorrência de evento futuro e incerto.⁶²

Além disso, nota-se que cada vez mais os contratos são elaborados na forma de contratos de adesão, pois diante do grande número de contratos realizados pelas empresas que comercializam os planos e seguros de saúde, é mais fácil, seguro e rápido para aquele que elabora o contrato de forma unilateral elaborar cláusulas uniformes e fixas, fato este que, se por um lado possibilita rapidez e facilidade quando da contratação dos serviços – tudo é claro visando obedecer à lógica sempre ágil do mercado – muitas vezes, conforme será visto a seguir, na Seção II do Capítulo III, torna-se fonte de abusos.

Conforme leciona CLÁUDIA LIMA MARQUES, os objetos de tais contratos envolvem

serviços que prometem segurança e qualidade, serviços cuja prestação se protraí no tempo, de trato sucessivo, com uma fase de execução contratual longa e descontínua, de fazer e não fazer, de informar e não prejudicar, de prometer e cumprir, de manter sempre o vínculo contratual e o usuário cativo. São serviços contínuos e não mais imediatos, fornecedores-‘terceiros’, aqueles que realmente realizam o ‘objetivo’ do contrato, daí a grande importância da noção de cadeia ou organização interna de fornecedores e sua solidariedade. O contrato é de longa duração, de execução sucessiva e protraída, trazendo em si expectativas outras que

⁶² MARQUES, Cláudia Lima. op. cit., p. 88-89.

os contratos de execução imediata. Estes contratos baseiam-se mais na confiança, no convívio reiterado, na manutenção do potencial econômico e da qualidade dos serviços, pois trazem implícita a expectativa de mudanças das condições sociais, econômicas e legais na sociedade nestes vários anos de relação contratual. A satisfação da finalidade perseguida pelo consumidor (por exemplo, futura assistência médica para si e sua família) depende da continuação da relação jurídica fonte de obrigações. A capacidade de adaptação, de cooperação entre contratantes, de continuação da relação contratual é aqui essencial, básica. Tais serviços envolvem normalmente obrigações denominadas ‘duradouras’ nas quais ‘o adimplemento sempre se renova sem que se manifesta alteração no débito’. O débito contratual continua o mesmo, isto é, o dever de prestar continua total, assim, mesmo que, por exemplo, o segurado tenha usado os serviços, o dever de prestar assistência médica ou de reembolsar os gastos com saúde, renova-se, continua o mesmo e total, conforme o objetivo do contrato. Não se trata, nestes casos, de mera divisão da prestação contratual no tempo ou de obrigação divisível, fracionável no tempo e no espaço, mas de obrigações renovadas no tempo, que ‘são adimplidas permanentemente e assim perduram sem que seja modificado o conteúdo do dever de prestação, até seu término’. O tempo aqui corresponde a um interesse do credor e é essencial, uma vez que o contrato desenvolve seus efeitos justamente através da passagem do tempo, da divisão de riscos no tempo e da cooperação entre os contratantes”.⁶³

E é em virtude dessa permanência do vínculo contratual ao longo de vários anos que se verifica que num determinado momento torna-se extremamente desvantajoso para aquele que aderiu ao contrato desfazer o vínculo que o une ao prestador de serviços, não sendo exagero afirmar-se que o sujeito credor passa a ter uma posição de cativo em relação ao contrato anteriormente realizado. Tal idéia não é captada se o contrato é analisado de forma estática e imutável, pois essa realidade é composta

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. Essa 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 [...] os contratos de seguro-saúde e de assistência médico-hospitalar, [...]”.⁶⁴

⁶³ MARQUES, Cláudia Lima. op. cit., p. 87-88.

⁶⁴ MARQUES, Cláudia Lima. op. cit., p. 79.

É em virtude dessas características que a Doutrina dá a esses contratos o nome de Contratos Cativos de Longa Duração. “O objeto principal destes contratos muitas vezes é um evento futuro certo ou incerto, é a transferência (onerosa e contratual) de riscos referentes a futura necessidade, por exemplo, de assistência médica ou hospitalar”.⁶⁵ Porém, vale frisar que “incerta nesses contratos é a ‘necessidade’ da prestação e não ‘se’ e ‘como’ com que qualidade, segurança e adequação, deve ela ser prestada”.⁶⁶

Assim sendo, ao se necessitar de tais serviços, a realização destes deve ser feita de forma eficiente pelo sujeito passivo da obrigação contratual (o que muitas vezes, conforme adiante será visto, não acontece), principalmente nos casos que envolvem a prestação de serviços médico-hospitalares, pois nestes casos, em última análise, o bem em jogo é a própria vida da pessoa que anteriormente contratou tais serviços com o pensamento de que estes, ao serem requisitados, não falhariam.

E essa expectativa não deve ser frustrada e sua tutela deve ser pronta e eficaz por parte do Estado pois

estes novos contratos de longa duração envolvem, em sua maioria, serviços ‘autorizados’, são controlados, fiscalizados pelo Estado ou por conselhos profissionais, todos, porém, são prestados por um grupo reduzido de fornecedores, únicos que possuem o poder econômico, o *know how*, a autorização ou a concessão estatal para oferecê-los no mercado. Tratam-se de negócios jurídicos privados, mas cuja importância econômica leva o Estado a autorizar o seu fornecimento, controlar e fiscalizar o seu fornecimento e mesmo, ditar o conteúdo do contrato.⁶⁷

Essa autorização Estatal para o fornecimento de tais serviços deriva inevitavelmente da incapacidade do Estado em atender à sempre crescente demanda pela prestação de serviços que envolvam a manutenção da saúde das pessoas.

Porém, infelizmente, nem todos possuem condições de pagar por serviços privados de prestação de serviços médico-hospitalares, mas para aqueles que podem, o Estado não lhes pode negar uma eficiente tutela quando do surgimento de uma controvérsia no âmbito da relação contratual pois, quando se está se falando em contratos de planos de saúde, não se pode utilizar, na análise do caso, apenas a lógica

⁶⁵ MARQUES, Cláudia Lima. op. cit., p. 88.

⁶⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Idem. p. 89.

⁶⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Idem, ibdem.

patrimonialista que hoje domina o mercado, pois o bem envolvido em tal relação é a vida humana, valor supremo a ser tutelado por qualquer ordem jurídica que se diga Constitucional.

Desse modo

conclui-se que os modelos tradicionais de contrato (contratos envolvendo obrigações de dar, imediatos e menos complexos) fornecem poucos instrumentos para regular estas longuíssimas, reiteradas e complexas relações contratuais, necessitando seja a intervenção regulamentadora do legislador, seja a intervenção reequilibradora e sábia do Judiciário.⁶⁸

Conforme será visto no Capítulo seguinte, nos contratos de assistência médico-hospitalar estão sempre “em jogo” dois aspectos: o direito à vida, ou pelo menos da vida saudável, daquele que contrata tais serviços e a expectativa de lucro por parte das empresas que comercializam os planos de saúde. Quando tais interesses entram conflito, caberá ao poder judiciário dar a palavra final e, para que esta surja, não se pode olvidar que

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 de novas necessidades’, vinculam o consumidor de tal forma que, ao longo dos anos de duração da relação contratual complexa, torna-se este 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. Esta fática submissão garante um ‘poder de imposição’ em grau mais elevado do que o conhecido na pré-elaboração dos instrumentos contratuais massificados, pois aqui o poder se renova constantemente durante a obrigação de longa duração, permitindo inclusive modificações formalmente ‘bilaterais’ do conteúdo da obrigação e do preço, pois contam com a teórica ‘aceitação’ do co-contratante mais vulnerável. Tal novo poder reflete-se nas cláusulas do contrato massificado e em suas futuras modificações e permite mesmo que o fornecedor libere-se do vínculo contratual, sempre que este não lhe seja mais favorável ou interessante (rescindindo, denunciando, resolvendo o vínculo, cancelando o plano etc.) Uma vez que tais relações contratuais cativas podem durar anos e visam, na maioria das vezes, a transferência de riscos futuros ou o suprimento de uma necessidade futura, estabelecendo um verdadeiro processo de convivência necessária entre a empresa fornecedora de serviços e os consumidores, notou-se que a ótica escolástica tradicional, de uma análise estática e unitemporal da relação obrigacional de execução diferida ou contínua não mais oferecia respostas adequadas.. O lapso de tempo que se situa entre o nascimento da obrigação e o momento previsto para a satisfação da obrigação principal não pode mais ser visto como um ‘espaço vazio’, ao longo do qual o devedor não é obrigado a qualquer comportamento

⁶⁸ MARQUES, Cláudia Lima. op. cit., p. 89-90.

particular, não se lhe impõe qualquer dever de conduta. Ao contrário, a relação obrigacional é um todo contínuo [...] Trata-se, portanto, de uma nova visão da obrigação, como um complexo de atos, condutas, deveres a prolongar-se no tempo, do nascimento à extinção do vínculo.⁶⁹

E é durante a execução de tais contratos que ocorre a problemática a seguir exposta, ou seja, quando do surgimento de uma controvérsia surgirão questões que envolvem a tutela da saúde ou a do estrito cumprimento das cláusulas do contrato cujo cerne da lide reside no embate entre o direito à saúde versus lucro.

⁶⁹ MARQUES, Cláudia Lima. op. cit., p. 90-91.

CAPÍTULO III – OS CONTRATOS DE PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE E A SUA PROBLEMÁTICA: O DIREITO À SAÚDE VERSUS LUCRO.

Não é de hoje que se verifica cada vez mais a incompetência estatal para atender à demanda pela prestação dos serviços de saúde. A cada dia os meios de comunicação noticiam mortes de cidadãos que não tiveram o seu direito à vida tutelado em virtude de falta de atendimento ocasionado por negligência ou descaso das autoridades públicas.

Assim sendo, pode-se afirmar: o atual sistema de saúde pública já não consegue fornecer atendimento a toda população que dele necessita. Tal fato nos faz refletir a respeito da atual importância das Empresas Privadas que atuam no chamado ramo de saúde suplementar.

Diante da situação de calamidade acima descrita, não é exagero dizer que atualmente contratar um plano ou seguro de saúde passou a ser um caso de necessidade a ponto de se poder afirmar que, em muitos casos, tais planos ou seguros extrapolam o âmbito da chamada saúde suplementar tornando-se, em diversas vezes, a ser a única opção viável para quem quer ter a certeza (muitas vezes não correspondida, conforme se verá adiante) de que, quando do surgimento de uma moléstia ou doença terá a sua saúde tutelada pelo plano ou seguro contratado.

Desse modo, vê-se que os contratos que materializam a disciplina que regerá a relação entre o contratante e as Empresas de Planos e Seguros de Saúde não são contratos quaisquer, e essa diferenciação reside no objeto constante da relação contratual firmada entre as partes envolvidas nessa avença, qual seja, a prestação de serviços médico-hospitalares.

Dessa relação de prestação de serviços dependerá, na grande maioria dos casos, a própria vida do contratante, assim sendo, quando do surgimento de uma controvérsia estarão sempre em confronto dois direitos: o direito à vida daquele que contrata tais planos ou seguros e o direito da Empresa de obter o lucro anteriormente esperado em virtude do estrito cumprimento das cláusulas contratuais

É claro que estamos numa sociedade capitalista na qual a busca do lucro é um dos objetivos principais das Empresas, seja qual for o ramo de sua atuação. Mas há a necessidade de se reconhecer, também, que a lógica do mercado não atua de forma igual para todos os tipo de contratos.

A análise que se faz de um contrato que objetiva a aquisição de um bem material ou mesmo de um serviço que envolva, por exemplo, a construção de uma casa, a realização de uma pequena obra ou mesmo a confecção de bens móveis, não pode possuir a mesma lógica utilizada quando se analisa, por exemplo, um contrato que visa em ultima razão a manutenção da vida humana, tal como acontece com os planos e seguros de saúde.

E não se pense que tal enfoque visa apenas garantir a vida de um ou de poucos contratantes, afinal, quando se fala em contratos de planos e seguro de saúde fala-se sempre (mesmo que não de forma aparente) de forma coletiva, tanto é assim que o STJ, ao julgar o caso controverso de um determinado plano de saúde afirmou que

qualquer dano proveniente de condutas contrárias à legislação pertinente terá conseqüências graves e poderá repercutir em toda a estrutura montada pelo Estado, através de políticas sociais e econômicas, com o fito de propiciar o acesso universal, igualitário e irrestrito às ações e serviços para se salvaguardar a saúde dos cidadãos. [...] Embora se afirme que uma beneficiária direta e imediata fora a paciente [...] em favor de quem foi deferido o pedido liminar para a continuidade do fornecimento da droga “beta interferon”, a tutela jurisdicional propiciada não irá permitir que apenas essa consumidora enferma se beneficie da decisão judicial. Em última análise, todos os consumidores aderentes do plano de saúde oferecido pela recorrente poderão se beneficiar com uma decisão judicial que venha a decretar a nulidade das cláusulas que estiverem contrárias a direitos tutelados pela Magna Carta e pela legislação infraconstitucional correlata. [...] O interesse da paciente [...] é individual, mas o que realmente sobreleva, no caso *sub examen*, é a defesa de todos os contratantes do plano de saúde, pela relevância social atribuída aos interesses da coletividade, mormente por se tratar da saúde.⁷⁰

Tal idéia deriva do fato de que o Direito Privado hoje, conforme o ensinamento de RICARDO LUIZ LORENZETTI, estar mudando de enfoque.

Diz o mestre que

em uma sociedade de massa, a atuação do indivíduo não é indiferente ao que respeita os demais indivíduos e aos bens públicos. A consciência desta inter-relação nos obriga a enfocar o problema do Direito Privado de outra maneira. A necessidade de superar a noção

⁷⁰ Resp. 158.728-RJ, julgado em 16/03/99, Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Pub. DJ em 17/05/99

de “sujeito isolado” para chegar a uma idéia de “sujeito situado”. Situar o sujeito, importa estabelecer um modo de relação com os demais indivíduos e com os bens públicos, o que nos leva às regras institucionais que fixam os parâmetros mínimos dessa organização. O Direito Privado não é indiferente à organização da sociedade e começa a observar o sujeito sob esta perspectiva. A teoria do contrato não está fundada na vontade como única fonte de regulação jurídica. A aparição da ordem pública de proteção de grupos contratantes, das disposições imperativas nos contratos de consumo, dos contratos ditados, das que estabelecem uma diretriz na economia, tem mudado substancialmente o panorama. Em realidade há um acúmulo de regras institucionais, criadas pelo legislador, que atuam de modo similar a uma partitura, que o contratante interpreta em cada caso.⁷¹

Assim sendo, as práticas abusivas das Empresas que comercializam os planos ou seguros de saúde devem ser analisadas e, se for o caso, reprimidas de forma enérgica quando discutidas em juízo, pois tais práticas colocam em risco a vida daquele que com aquelas Empresas contrata, e a vida humana, como bem se sabe e jamais se pode esquecer, é o valor supremo a ser tutelado pelo poder público.

Sobre a conduta inequívoca das Operadoras de Planos e Seguros de Saúde, em julgamento proferido no Tribunal de Justiça de Santa Catarina afirmou-se que

sabe-se que de forma ordinária, as empresas que administram planos de saúde dificultam, ao máximo, o pagamento de procedimentos mais caros aos quais são, muitas vezes, essenciais para a vida das pessoas. Tal prática tornou-se um inesgotável manancial de lucros para os grupos empresariais que exploram esse segmento da economia dita de mercado. Acrescenta-se que os grupos empresariais que exploram os serviços de administração de planos de saúde não admitem qualquer falha do usuário no que se refere ao pagamento das faturas mensais. Um simples atraso no pagamento das faturas, às vezes decorrente de problemas de saúde ou perda temporária de fonte de renda, importa na imediata suspensão do fornecimento do serviço. Ora, as relações negociais não podem se pautar em desequilíbrio tal que permita a uma das partes obter, sempre da outra, a total remissão de suas falhas e, por outro lado, impor a outra parte cláusulas penais incidentes sobre toda e qualquer falha por ela cometida. Ademais, é de domínio público que as empresas administradoras de plano de saúde estão figurando nos primeiros lugares do ‘ranking’ das reclamações dos usuários de tais serviços.⁷²

É claro que nem todas as Operadoras de Planos e Seguros de Saúde atuam de forma lesiva em relação àqueles que as contratam, mas o que se observa é que, na maioria das vezes, procuram, as que assim não atuam, impor a sua vontade ao contratante, independentemente da observância de qualquer outro valor que não provenha da lógica do mercado, tudo, é claro, na busca do tão almejado lucro.

⁷¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. p. 83

⁷² TJ/SC, Apelação Cível n.º 2001.016642-9, Relator Des. Carlos Prudêncio.

Mas, sabe-se que quando dois valores encontram-se em jogo deve-se sopesá-los e verificar, analisando-se o caso concreto, qual deles deverá prevalecer. Num contrato de plano ou seguro de saúde, a controvérsia envolverá, na grande maioria das vezes, um aspecto de ordem patrimonial, ou seja, o lucro ou o estrito cumprimento do contrato buscados pela Operadora do Plano ou Seguro de Saúde e um outro de caráter pessoal, a saúde ou, porque não dizer, a vida da pessoa que com aquela Empresa contratou.

Para decidir qual valor predominará, é inadmissível atualmente, conforme já se afirmou anteriormente, utilizar-se unicamente a lógica do Direito Civil pensado sob a ótica patrimonialista, tal como ocorria na época do Direito Liberal Clássico. A atual Ordem Constitucional exige mais. Exige que valores tais como os da dignidade da pessoa humana estejam em primeiro plano na análise de qualquer caso trazido ao judiciário.

Desse modo, hoje pode-se afirmar, juntamente com diversos tribunais, conforme será visto adiante, que se a dúvida for entre optar pelo direito de ordem patrimonial, o lucro, e o direito à vida saudável, não se deve titubear em privilegiar este, em detrimento daquele, afinal de contas, a vida humana constitui-se como o valor supremo a ser tutelado por qualquer Ordem Jurídica pertencente a um Estado que se intitule Democrático de Direito e que seja realmente comprometido em concretizar os valores Constitucionalmente albergados.

Na próxima seção serão vistas algumas características da norma que procura disciplinar a sistemática da prestação da chamada saúde suplementar.

Seção I – Disciplina legal: a lei 9.656, de 03 de junho de 1998

A Lei que hoje rege a disciplina da saúde suplementar no Brasil é a Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1988. Tal Lei alterou significativamente a sistemática a ser observada pelas Empresas que comercializam os chamados seguros ou planos de saúde.

O aspecto positivo da edição da Lei supracitada consiste no fato de que ela proporcionou a unificação e a sistematização da maneira pela qual se prestam os serviços ligados ao âmbito da saúde suplementar, matéria essa que, até então era “regida de forma bastante insatisfatória e isolada”.⁷³

A norma que até então regulava a forma da prestação da chamada saúde suplementar era o Decreto-lei n.º 73, de 21 de novembro de 1966. Fácil é verificar o quão defasada estava a norma responsável por disciplinar os serviços das Empresas operadoras dos planos e seguros de saúde, fato esse que ensejou a necessidade de edição de uma Lei mais atual e que se propusesse, senão a resolver todos os problemas, pelo menos, disciplinar de forma mais clara as regras a serem observadas quando o objeto do contrato seja a manutenção da saúde humana.

Sendo assim, “fazia-se necessária uma intervenção mais direta do Poder Público, mediante uma legislação coerente com os tempos atuais”⁷⁴, intervenção essa que teve início com a edição da já citada Lei.

Vários aspectos podem ser observados na Lei n.º 9.656, dentre eles pode-se citar que ela “criou normas, procedimentos e padrões que definem regras claras e objetivas, além de estender as coberturas até então previstas”.⁷⁵

Já em seu artigo 1.º afirma que se submetem às suas disposições *as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos ou seguros privados de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento das legislação específica que rege a sua atividade.*

De plano, já se verifica que duas podem ser as formas utilizadas pelas Empresas que atuam no setor de saúde suplementar para o fornecimento dos serviços destinados à manutenção da saúde daqueles que contratam os seus serviços: o plano ou seguro-saúde.

A denominada operadora de plano privado de assistência à saúde *é toda e qualquer pessoa jurídica de direito privado, independente da forma jurídica de sua constituição que ofereça tais planos mediante contraprestações pecuniárias, com*

⁷³ RIZZARDO, Arnaldo. *Planos de assistência e seguros de saúde: Lei n.º 9.656, de junho de 1998*. p. 11

⁷⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Idem*. p. 17

⁷⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Idem*. p. 12

atendimento em serviços próprios ou de terceiros (Lei n.º 9.656/98, art.1.º, § 1.º, inc. I).

Já as operadoras de seguros privados de assistência à saúde são as *pessoas jurídicas constituídas e reguladas em conformidade com a legislação específica para a atividade de comercialização de seguros e que garantam a cobertura de riscos de assistência à saúde, mediante livre escolha pelo segurado do prestador do respectivo serviço e reembolso de despesas, exclusivamente (Lei n.º 9.656/98, art.1.º, § 1.º, inc. II).*

Vê-se, então, que a legislação acima citada disciplina as formas pelas quais as Empresas que se dedicam ao serviço de saúde suplementar podem comercializar seus produtos, ou seja, estes podem assumir a forma de seguro-saúde ou de plano de assistência à saúde.

ARNALDO RIZZARDO leciona que o seguro-saúde

visa a garantir o pagamento de determinadas importâncias no caso de acontecerem certos fatos previstos como riscos e ligados à saúde da pessoa. O segurador se obriga a cobrir as despesas ligadas à saúde e à hospitalização. A proteção, pois, é contra os riscos acarretados por doenças e outros males do corpo e do espírito humano, de modo que se tenha a garantia da assistência médico-hospitalar. É de ressaltar que os custos para fazer frente a uma saúde qualificada são elevados, tornando-se pesados inclusive para as camadas privilegiadas da sociedade. A medicina privada pura e simples, ou seja, aquela em que o produtor e o consumidor de serviço acertam um preço e uma forma de pagamento, fica cada vez mais reduzida, expandindo-se o sistema pelo qual se combina a cobertura de eventos ligados à saúde. Neste campo de pessoas em condições econômica razoáveis, de acordo com levantamentos de entidades que congregam as seguradoras, cerca de 20% a 25% da população contrataram os serviços de seguro ou assistência à saúde, havendo quem estime em 40 milhões de pessoas que integram o sistema suplementar de saúde.⁷⁶

Continua o autor acima citado afirmando que

o seguro-saúde é uma forma de financiamento das despesas médico-hospitalares com suporte na legislação e nos princípios do mútuo. A seguradora compromete-se, face à ocorrência de determinados eventos previstos no contrato, a ressarcir as despesas realizadas pelo segurado, respeitados os limites estabelecidos. Ou seja, quando o prestador do serviço não for credenciado à seguradora, mediante a apresentação de nota fiscal, o segurado é reembolsado parcialmente pelas despesas, eis que há um limite para o reembolso previsto no contrato de seguro”.⁷⁷

⁷⁶ RIZZARDO, Arnaldo. op. cit., p. 14

⁷⁷ RIZZARDO, Arnaldo. op. cit., p. 15

Já os planos de assistência à saúde tem como objeto não a cobertura de eventos ou riscos ligados à saúde, tal como ocorre no âmbito do seguro saúde. O que ocorre com tais planos é que, por estes, as Empresas que os comercializam

oferecem uma série de serviços às pessoas que aos mesmos aderem, relativamente à assistência médica, hospitalar, ambulatorial e odontológica. Organizam-se através de convênios, ou de planos, custeando os atendimentos. Colocam à disposição dos interessados serviços e procedimentos médicos e de outros profissionais ligados à saúde, envolvendo internamentos hospitalares e o fornecimento de remédios, de modo a objetivar a cura de pacientes. Os planos de assistência à saúde integram a ‘medicina de grupo’, a qual constitui-se de empresas que administram, sob a forma de pré-pagamento, planos de saúde para indivíduos, famílias ou empresas. O interessado paga antecipadamente, no mais das vezes a cada mês, prestações fixas, tendo direito à cobertura de eventos previstos no contrato. Os atendimentos são efetuados ou por intermédio de serviços próprios, ou através de uma rede conveniada, a qual é remunerada pelos serviços profissionais e hospitalares prestados. A medicina de grupo surgiu e desenvolveu-se nos anos 60, no ABC Paulista, em virtude da precariedade dos serviços públicos da região e dos altos preços da medicina liberal. Visava atender basicamente as necessidades de assistência médico-hospitalar da classe trabalhadora, mediante sistema de convênio-empresa, financiado pelos empregadores. As pessoas que se filiam ou se inscrevem nos planos pagam mensalidades constantes durante um certo prazo, passando a usufruir dos benefícios oferecidos após certo prazo de carência. As empresas atendem os usuários, oferecendo-lhes diversos níveis de cobertura e padrões de conforto, através de uma rede de hospitais credenciados e próprios, médicos e outros profissionais de serviços de centros de diagnósticos.⁷⁸

Importante nesses tipos de contratos, sejam eles planos de assistência ou seguro-saúde, é identificar suas características, a fim de que, quando do surgimento de algum problema ou controvérsia durante a sua vigência, possa a respectiva análise dar-se de forma mais clara e eficiente possível pois, na maioria das vezes, aquele que necessita da resposta do Poder Judiciário não possui muito tempo para esperar, tal como ocorre quando do surgimento de uma ação visando discutir, por exemplo, a permanência ou não de um paciente num leito de UTI.

Dessa forma, visualiza-se que os contratos anteriormente mencionados são contratos bilaterais, aleatórios, de execução continuada e ditos ‘de adesão’, característica essa fonte muitas vezes (conforme será visto adiante) de abusos por parte das Empresas componentes do sistema de saúde suplementar. Assim sendo,

a primeira característica refere-se à bilateralidade do contrato. O associado ou segurado busca se garantir (e/ou aos seus familiares e pessoas indicadas) contra as conseqüências de certos riscos sociais e pessoais. Para isso, acorda com a administradora do plano ou seguradora, mediante o pagamento de contribuições, em uma só vez ou em prestações, a

⁷⁸ RIZZARDO, Arnaldo. Idem. p. 16-17.

cobertura dos riscos previstos ou assinalados. A reciprocidade das obrigações está justamente na cobertura de certos eventos relacionados à saúde e no pagamento por esta prestação de serviços. Cuida-se de um contrato essencialmente *aleatório*. Este termo significa que o ganho ou a perda dos contratantes depende de circunstâncias futuras e incertas. A operadora obterá, normalmente, vantagens se não acontecerem os eventos previstos. Já o segurado terá a cobertura caso ocorrerem as doenças preestabelecidas no contrato. Considera-se o contrato de *execução continuada*, eis que destinado a vigorar por um período determinado de tempo. Durante a sua existência, vem sempre acompanhando o risco, podendo ocorrer as eventualidades assinaladas no contrato entre o seu início e o seu término. Na *adesividade*, estava o cunho mais nítido do contrato, especialmente antes da Lei n.º 8.078 (Código de Defesa do Consumidor), de 11.09.1990, e da Lei n.º 9.656. As cláusulas já vinham prontas e uniformes na generalidade dos contratos, com muitas restrições contra o segurado. Ainda assim continua, embora reduzidas as limitações dos direitos do segurado ou filiado. Aliás, a natureza técnico-operacional que envolve as operações impõe a elaboração de contratos por meio de formulários uniformes, que reproduzem cláusulas extraídas de regulamentos e estatutos das entidades.⁷⁹

É claro que muitos outros aspectos poderiam ser abordados sobre a Lei n.º 9.656/98, porém tal fato extrapolaria o objetivo primeiro deste trabalho. O que se quis com a breve análise do diploma legislativo supramencionado foi dar um rápido panorama sobre a maneira pela qual hoje estão disciplinadas as condutas daqueles que querem explorar os serviços ligados à assistência a saúde em nosso País.

Infelizmente, há de se reconhecer como um dos motivos para a enorme expansão do mercado de serviços privados de assistência à saúde a incapacidade Estatal em dar aos cidadãos uma tutela à saúde digna, conforme previsto em nossa Constituição Federal. Porém, não se deve relegar o importante papel desempenhado pela atual legislação, afinal de contas,

com o surgimento da Lei n.º 9.656, de 03 de junho de 1998, uma nova realidade passou a vigorar. Várias as mudanças que ocorreram. Dentre elas, pode-se destacar que foram definidas com mais clareza as entidades que prestam o serviço. Com a nova lei, as empresas passam a ser co-responsáveis pela saúde da população que atende, e os consumidores podem comparar antes de se decidir por um plano ou outro, já que todas as empresas devem ser obrigadas a oferecer, no mínimo, aquilo que determina a lei. Houve a inclusão de alguns atendimentos que não eram cobertos. Introduziram-se instrumentos de fiscalização das atividades relacionadas à saúde e das operadoras dos planos, com previsão de penalidades para as infratoras. Estabeleceram-se prazos máximos de carência e foi afastado o prazo mínimo em alguns casos. Incluíram-se doenças de alto risco que antes não eram abrangidas pelos planos. A nova realidade dos planos e seguros de saúde prevê a cobertura de doenças mentais, AIDS e transplantes de rins e córnea, pondo fim às constantes exclusões de clientes com base em critérios abstratos ou unicamente financeiros. No mínimo, procura imprimir a ética e a moral nesse setor. Garantiu-se a continuidade da cobertura para certas pessoas, especialmente para os desempregados, quanto aos planos patrocinados pelas empresa

⁷⁹ RIZZARDO, Arnaldo. op. cit., p. 19-20.

pagadoras, e restou proibido o reajuste das mensalidades de determinados clientes, dentre outras inovações.⁸⁰

Apesar de todas as inovações e tutelas contidas na lei, num grande número de casos, vê-se que as Empresas insistem em desrespeitá-la, não se importando, inclusive, com importantes aspectos concernentes à dignidade da pessoa humana, conforme a seguir será visto. É o sempre presente problema das cláusulas abusivas.

Seção II – As cláusulas abusivas

Abusar é exorbitar, exceder-se, prevalecer-se de alguém ou de alguma coisa, usar mal, enganar, faltar à confiança, ir além dos limites, tirar proveito doloso, aproveitar.

Vê-se que é plural o significado da palavra ‘abusar’ e tal pluralidade é também identificada quando se fala em abusar quando da elaboração de cláusulas contratuais pois tal abuso pode assumir diversas formas, tudo visando, é claro, maquiagem o real interesse daquele que as estipula.

Sobre o assunto, nos ensina CLÁUDIA LIMA MARQUES que

a abusividade da cláusula contratual é, portanto, o desequilíbrio ou descompasso de direitos e obrigações entre as partes, desequilíbrio de direitos e obrigações típicos àquele contrato específico; é a unilateralidade excessiva, é a previsão que impede a realização total do objetivo contratual, que frustra os interesses básicos das partes presentes naquele tipo de relação, é, igualmente, a autorização de atuação futura contrária à boa-fé, arbitrária ou lesionária aos interesses do outro contratante, é a autorização de abuso no exercício da posição contratual preponderante [...]. A abusividade é, assim, abstrata, potencial ou atual, porque ataca direitos essenciais àquele tipo de contrato, porque impõe excessivas ou surpreendentes obrigações, porque leva à lesão do co-contratante. A abusividade é potencial, porque a cláusula talvez ainda não tenha sido executada ou exigida, logo, no mundo dos fatos, sua abusividade é apenas potencial e talvez o consumidor – que geralmente não lê ou não se intera totalmente do conteúdo dos contratos – desconheça a sua inclusão em sua relação contratual. É atual, pois no mundo do direito, no conteúdo do contrato, já ‘existe’ tal previsão abusiva, mesmo que não tenha aquele direito contratual sido exercido, mesmo que a previsão não tenha surtido ainda efeitos no mundo dos fatos, mas os direitos e obrigações, que ela assegura ou impõe, já compõem (e desequilibram ou frustram) a relação jurídica que vincula o fornecedor e o consumidor. A abusividade é abstrata, porque jurídica, com o abuso de direito é fenômeno jurídico da má utilização do próprio direito, das autorizações, da liberdade concedida ao indivíduo.”⁸¹

⁸⁰ RIZZARDO, Arnaldo. op. cit., p. 20-21

Cada vez mais tais cláusulas são identificadas em contratos de planos ou seguro de saúde, porém, conforme será visto na última Seção deste Capítulo, cabe ao Judiciário reprimi-las energicamente quando da análise de um caso concreto, afinal de contas, nos contratos anteriormente mencionados, o objeto, em última instância, é a manutenção da vida humana e esta é o valor supremo a ser tutelado, mesmo que para isso tenha que ser feito em detrimento de outros princípios contratuais de ordem patrimonialista, tal como o da *pacta sunt servanda*.

E assim deve ser, pois “as cláusulas abusivas caracterizam-se como a estratégia utilizada pelo fornecedor que se vangloria do seu poderio econômico e lança mão dele para estipular prévia e unilateralmente as condições gerais e assim provocar a quebra da harmonia das relações de consumo. Há uma franca e clara desproporcionalidade entre os pólos da relação”.⁸²

Tal entendimento acerca da repressão a tais cláusulas deriva do fato de hoje já estar sedimentado o entendimento de que há novos valores a serem observados quando da análise dos contratos e que para tal tarefa utilizar-se, apenas, da ótica eminentemente patrimonialista não mais serve, pois como ensina PAULO LUIZ NETTO LÔBO hoje “o que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem desproporcional para uma das partes e onerosidade excessiva para outra, aferíveis objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária”.⁸³

Trazendo tal análise para os contratos de planos e seguros de saúde, vê-se que tais contratos são um campo profícuo para a proliferação de cláusulas abusivas. Conforme atesta ROSANA GRINBERG,

é por demais tormentoso analisar as questões contratuais relativas aos planos e contratos de seguro de saúde, pois, sendo estes de adesão, e, na medida em que vivemos a total falência da previdência e da saúde públicas no Brasil, o consumidor se vê na angustiada situação de se submeter às cláusulas contratuais que lhe são impostas pela previdência privada, e, só no momento em que necessita utilizar o seu plano ou contrato, é que vai se deparar com as inúmeras dificuldades, sejam elas relativas ao atendimento médico-hospitalar, sejam relativas aos reajustes exorbitantes.⁸⁴

⁸¹ MARQUES, Cláudia Lima. op. cit., p. 148-149.

⁸² ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. op. cit. p.88.

⁸³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. op. cit., p.111.

⁸⁴ GRINBERG, Rosana. *A questão das cláusulas abusivas nos contratos e planos de saúde*. p. 98

Para o estudo das cláusulas contratuais abusivas inseridas em contratos de planos ou seguros de saúde, num primeiro momento apenas citaremos alguns exemplos daquelas cláusulas. A análise de como o Poder Judiciário está decidindo a respeito do tema será objeto da Seção III deste Capítulo.

Desse modo, como um primeiro exemplo, podemos citar que há cláusulas que limitam o tempo de internação hospitalar do contratante quando da ocorrência de alguma moléstia ou doença, ou seja, por tal cláusula aquele que elabora o contrato compromete-se apenas em custear as despesas do tratamento por um período pré-determinado. Caso tal tratamento dure mais do que o tempo de cobertura, o contratante deverá arcar com o restante das despesas, independentemente do fato de já estar pagando o plano anos a fio sem dele nunca haver usufruído.

Outro tipo de cláusula abusiva encontrada é aquela que limita não o tempo, mas sim o número de sessões de um determinado tratamento, tal como pode ocorrer quando estipula-se que o contratante ou segurado terá direito à cobertura de, por exemplo, dez sessões de quimioterapia. Se o número de sessões necessárias ao tratamento do contratante extrapolar o número estipulado no contrato, não serão elas pagas pela Empresa que lhe vendeu o plano de saúde.

Verifica-se, também que há controvérsia quando o contrato prevê a cobertura para um determinado procedimento, por exemplo, uma cirurgia cardíaca para a instalação de um marca-passo, porém não prevê, também, a cobertura das despesas referentes à aquisição deste equipamento.

ROSANA GRINBERG traz outros exemplos de cláusulas que afrontam o objeto do contrato de seguro ou plano de saúde, qual seja, proporcionar a segurança da manutenção da saúde daquele que contrata as Empresas que os comercializam, pois, em tais exemplos, visualiza-se claramente a valoração predominante do aspecto patrimonial em detrimento do aspecto humano. Assevera a autora:

o primeiro absurdo com o qual me deparei foi a cláusula que trata dos reajustes por mudanças de faixa etária, onde está dito que o valor mensal a ser pago sofrerá alteração *automaticamente*, correspondente a essa nova idade, sendo que, após os 60 anos, o acréscimo chega a 15% e após os 65 anos, o absurdo de ser processado um reajuste de 10% a cada nova idade atingida, tudo isso sem prejuízo dos reajustes previstos na cláusula seguinte, relativos às respectivas mensalidades. [...] Outra cláusula [...] estabelece que ‘o presente contrato será

reajustado pelos acréscimos da AMB (Associação Médica Brasileira), Sindhospe (Sindicato dos Hospitais de Pernambuco), incrementação de novos procedimentos hospitalares e das novas tecnologias da medicina, *a qualquer tempo* independente dos reajustes previstos em lei e anualmente através do IGP da Fundação Getúlio Vargas, e ainda por outros índices que venham a ser criados. Na ausência ou extinção destes índices, prevalecerá o reajuste que for determinado em lei. Quando houver aumentos extras de CH (Coeficientes de Honorários) na relação de eventos da Tabela da AMB (Associação Médica Brasileira) ou a criação de novos procedimentos não constantes da referida Tabela quando da elaboração deste contrato, este acréscimo será *integralmente repassado para o valor das mensalidades*.⁸⁵

Nesses dois exemplos citados pela autora, observa-se que são identificados vários fatores que fazem com que tais cláusulas sejam considerada abusivas, tais como: o reajuste *automático* do valor mensal, no caso de mudança de faixa etária, bem como, também, a previsão de reajuste *a qualquer tempo e por qualquer índice* para o segundo contrato supracitado.

E tais disposições são abusivas pois provocam iniquidade, e violam a boa-fé contratual, conforme previsto no artigo 51 do CDC, sendo a sua elaboração um fenômeno cada vez mais freqüente, pois

o modelo capitalista instiga a competitividade acirrada entre as empresas; a meta é a redução dos custos frente ao crescimento constante do lucro, perpassando necessariamente pela ampliação e conquista de espaços no mercado. O contrato como operação econômica, por excelência, além de sofrer todas as vicissitudes e ingerências deste processo global, fica cada vez mais circunscrito ao dirigismo contratual privado. Nessa espécie de dirigismo, o poderio econômico das empresas é determinante, as condições gerais dos contratos são unilaterais e previamente predispostas. São os chamados contratos standards, típicos das relações negociais modernas, que impõem a utilização de instrumentos práticos, rápidos e uniformes.⁸⁶

Porém tais cláusulas, felizmente, sofrem cada vez mais repressão dos órgãos judiciários quando da necessidade de se analisar uma controvérsia no âmbito do contrato, pois, como assevera FABÍOLA SANTOS ALBUQUERQUE, “é crescente a preocupação em estabelecer mecanismos de controle para refrear este crescimento galopante do dirigismo privado das empresas, a fim de coibir ou ao menos limitar os abusos, por elas cometidos. E isto se verifica a partir da tendência mundial de inserir

⁸⁵GRINBERG, Rosana. op. cit., p. 98-99

⁸⁶ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. op. cit., p.83.

normas cogentes e protetivas nos ordenamentos jurídicos internos, erigindo a defesa do consumidor como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana”.⁸⁷

Exemplo disso será visto a seguir, na análise de algumas decisões exaradas pelos tribunais envolvendo questões atinentes aos contratos de planos e seguros de saúde.

Seção III – A atuação do Poder Judiciário na correção dos excessos: uma análise jurisprudencial

Conforme já exposto, no Direito Liberal Clássico o contrato era considerado intangível pela atuação estatal, pois o valor supremo a ser preservado era a autonomia dos sujeitos de direito para formular as cláusulas que iriam disciplinar a relação contratual.

Porém hoje, em virtude dos novos valores consagrados pela Constituição Federal, a autonomia da vontade por parte dos contratantes continua sendo tutelada mas desde que, é claro, tal autonomia esteja em consonância com os atuais princípios constitucionais vetores de toda e qualquer atividade, seja ela particular ou estatal. Como exemplo de princípio constitucional vetor pode-se citar o princípio da dignidade da pessoa humana que, num contrato com os de planos e seguros de saúde, deve ser um dos aspectos principais a serem observados pois o objeto de tais contratos em última análise é a manutenção da vida humana, valor supremo a ser tutelado por um estado que se diga Constitucional.

A tal princípio juntam-se outros mais diretamente ligados à disciplina contratual, pois “com a mudança das formas contratuais, também mudaram os princípios que regem o instituto. Se antes a autonomia da vontade era o mote do direito contratual, hoje princípios como a boa-fé e o equilíbrio contratual preponderam”.⁸⁸

E, atualmente, para o reconhecimento e afirmação de tais princípios, torna-se importantíssima a atuação do poder judiciário, principalmente no que diz respeito ao combate às cláusulas ditas abusivas, pois caberá àquele poder, quando do surgimento

⁸⁷ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Idem, ibdem.

⁸⁸ SANTOS, Eduardo Sens dos. op. cit., p. 99.

de uma controvérsia que envolva um contrato de plano ou seguro-saúde, decidir contrabalançando dois valores sempre presentes nos contratos acima citados: *pacta sunt servanda* e o direito à vida saudável.

Tal atividade do poder judiciário é de suma importância, pois “a segurança e a previsibilidade dos contratos passam, necessariamente, pela interpretação que as cortes dão às avenças. Não é a lei, em última instância, que dá segurança e permite o cálculo e a previsibilidade aos agentes econômicos, mas o Poder Judiciário. Os textos [=as leis] nada dizem; eles dizem o que os intérpretes dizem que eles dizem.”⁸⁹

É claro que há uma infinidade de ações envolvendo discussões a respeito de cláusulas inseridas nos contratos de planos e seguros-saúde⁹⁰, e seria impossível analisar todas neste trabalho, então, a seguir, foram selecionados alguns casos que permitem traçar um rápido perfil a respeito das decisões exaradas pelos tribunais quando entram em conflito o direito à vida saudável e o direito do exato cumprimento das cláusulas contratuais.

Como primeiro exemplo pode-se citar os contratos que contém cláusulas que limitam o tempo de internação do contratante quando do surgimento de alguma doença ou moléstia. Tal cláusula afronta de modo flagrante a dignidade da pessoa humana, pois, como pode o paciente prever quanto tempo durará a sua internação? Afinal de contas uma moléstia ou doença não é auto-programável, ou seja, não detém o paciente e nem o próprio médico o poder de determinar em quantos dias será curado o mal que aflige o paciente, conforme já atestou o Superior Tribunal de Justiça, afirmando que

é abusiva a cláusula que limita no tempo a internação do segurado, o qual prorroga sua presença em unidade de tratamento intensivo ou é novamente internado em decorrência do mesmo fato médico, fruto de complicações da doença, coberto pelo plano de saúde. O consumidor não é senhor do prazo de sua recuperação, que como é curial, depende de muitos fatores, que nem mesmo os médicos são capazes de controlar⁹¹

⁸⁹RUIZ, Alicia e CÁRCOVA, Carlos. “Derecho y transición democrática”. In *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Enrique Marí et alii, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991. p. 320 *apud* GRAU, Eros Roberto. op. cit., p.80.

⁹⁰TJ/SC. Agravo de Instrumento n.º 01.025533-2/2002. Relator Des. José Volpato de Souza: “Convém analisar, ainda que de forma sucinta, as principais cláusulas abusivas limitativas ou exoneratórias de responsabilidade, nos contratos de plano de saúde, além daquelas anteriormente mencionadas, de forma extensiva para todos os negócios jurídicos. São elas: exclusão genérica de cobertura; limitação do direito de internação; exclusão de método experimental; exclusão de cobertura chapas e exames de manutenção; e a cláusula que fixa período de carência iníquo para o consumidor”.

⁹¹ Resp. 158.728-RJ, julgado em 16/03/99, Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Pub. DJ em 17/05/99

Em outro caso decidiu aquele Egrégio Tribunal que “é inválida a cláusula do plano de saúde que limita o tempo de internação hospitalar e exclui os exames que nesse tempo se fizeram necessários ao tratamento do paciente”.⁹²

Outra hipótese que enseja discussão é a se a Empresa contratada pode se escusar de cobrir despesas com materiais ligados ao ato cirúrgico, por exemplo, o de custear despesas referentes a um marca-passo a ser utilizado em um procedimento previsto no contrato. A respeito do assunto, decidiu o Tribunal de Justiça do Paraná da seguinte maneira:

I) As empresas administradoras de planos e seguros de saúde comercializam um produto (cuja própria lei 9.656/98 algumas vezes denomina de serviços), ofertados ao destinatário final, a parcela da população que tem condições de pagar por tais serviços que o Estado lhes sonega, justamente a sua carteira de segurados ou associados, restando inequívoca, a relação consumerista existente entre os mesmos. II) Por limitarem a cobertura de instrumento que está intimamente ligado ao ato cirúrgico que é coberto (e aliás o ato cirúrgico ocorre justamente para a instalação do marca-passo), é que tais cláusulas contratuais não podem ser interpretadas contra o paciente, haja vista que restringem um direito fundamental inerente à natureza do contrato, como previsto no inc. III, do § 1.º, do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor.⁹³

Interessante nesse caso é o fato da decisão reconhecer que está contida na obrigação final, ou seja, na cirurgia, uma obrigação meio, qual seja a de fornecer o equipamento ou a prótese que viabilizará a recuperação do paciente. Em tal caso vê-se que o contrato não foi analisado numa mono perspectiva, tal como o era no Direito Liberal Clássico e sim como sendo plural, complexo, de acordo com os novos princípios que regem a atividade dos contratantes.

O caso exemplificado acima revela que nem sempre a abusividade surge e pode ser identificada concomitantemente ao ato da celebração do contrato, vindo a ser visualizada somente durante a relação contratual.

Conforme atesta CLÁUDIA LIMA MARQUES

por ser um fenômeno jurídico, a abusividade das cláusulas contratuais necessita, para sua identificação, da atividade do intérprete, do aplicador da lei, daquele que, examinando a relação jurídica e o contrato que vincula o consumidor e o fornecedor, irá concluir pelo

⁹² REsp. n.º 434.699/RS. Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, j. 10/09/02

⁹³ TJ/PR, Apelação n.º 156349300, Acórdão n.º 4084, Órgão Julgador 8ª Câmara Cível, Relator Des. Rafael Augusto Cassetari.

caráter abusivo da cláusula. Assim, é a presença da cláusula abusiva nos contratos massificados ou na relação jurídica individual que a torna atual, é a execução do contrato que vai, na maioria das vezes, esclarecer o potencial abusivo da previsão contratual, mas é a interpretação do contrato *in concreto*, em qualquer desses momentos, a atividade básica para a identificação da abusividade das cláusulas. Em outras palavras, a estipulação de cláusulas abusivas é concomitante com a celebração dos contratos, mas a ‘descoberta’, a ‘identificação’ de sua abusividade é geralmente posterior, é atividade do intérprete do contrato, do aplicador da lei, em face dos reclamos daquele que, ao executar o contrato, verificou o abuso cometido. A atividade do intérprete para reconhecer a abusividade das cláusulas é, portanto, crucial e deve se concentrar na visão dinâmica e total dos contratos⁹⁴

Outra discussão pode surgir quando a contratada estipula que o contratante, quando da necessidade de algum tratamento que se realize em sessões, por exemplo, a de quimioterapia, terá apenas direito à cobertura de apenas algumas delas.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a respeito do assunto decidiu que

a teor da norma engastada no artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade. [...] É abusiva a cláusula contratual que restringe o número de sessões quimioterápicas e radioterápicas do beneficiário de plano de saúde, mormente porque impossível prever-se o tempo necessário à sua convalescença. [...] Em se tratando de direito a tratamento de saúde indispensável à manutenção da vida do beneficiário, pena de ferir-se direito fundamental [...]⁹⁵

No Agravo de Instrumento acima analisado, continua afirmando o Relator que

a moléstia que aflige a esposa do segurado é das mais insidiosas, exigindo pronta intervenção médica e tratamento ininterrupto, dependendo da precocidade dessa intervenção, como da presteza médica na ministração do tratamento adequado, o sucesso ou não da empreitada. No caso sob comentário, a Agravada é portadora de neoplasia maligna de mama, a exigir toda a urgência e a maior eficácia terapêutica possível. Assim, deve ela tratar-se, em sessões quimioterápicas e radioterápicas, não se podendo quebrar a regularidade desse tratamento. E não são cláusulas abusivas, figurantes de contratos draconianos, que irão furtar-lhe o direito de cuidar de sua saúde, utilizando o mais amplamente possível dos meios médicos que seu seguro de saúde permite. Nesse mister não vingam as proibições ou restrições contratuais que revistam abusividade ou limitações ao direito do segurado, mormente se se tiver em vista o Código de Defesa do Consumidor, por força do qual as pactuações absurdas e que cerceiem direito do consumidor proscovem-se do mundo jurídico. [...] Nestas circunstâncias, tendo em vista o interesse da Agravada em cuidar-se adequadamente, porque em jogo sua saúde e sua vida, avultam preponderantes esses direitos sobre eventual direito patrimonial da Agravante.⁹⁶

⁹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. op. cit., p. 148-149.

⁹⁵ TJ/SC, Agravo de Instrumento 2002.015754-1, Relator Des. Luiz Carlos Freyesleben.

Diante das decisões acima expostas, nota-se que nos casos concretos que ponham em confronto o direito à vida saudável e o direito ao estrito cumprimento do contrato vê-se que os tribunais têm privilegiado, como não poderia ser diferente, o primeiro aspecto.

Assim sendo, sempre que a vida do contratante esteja em jogo em detrimento do cumprimento do pacto avençado deve-se seguir a orientação contida em Acórdão do TJ/PR no qual o Desembargador Relator afirma que: “o que se deve ter em mente quando tal espécie de ação é analisada é que existem dois valores em jogo e a qual deles se deve abraçar: uma cláusula que restringe direitos ou a preservação do maior bem humano, a vida. Fico com o segundo.”⁹⁷

Em tal situação, sem dúvida, esta parece ser a melhor decisão.

⁹⁶ TJ/SC, Agravo de Instrumento 2002.015754-1, Relator Des. Luiz Carlos Freyesleben.

⁹⁷ TJ/PR, Apelação n.º 165414400, Acórdão n.º 199, Órgão Julgador 9ª Câmara Cível, Relator Des. Ruy Cunha Sobrinho.

CONCLUSÃO

Diante do que foi anteriormente exposto, pode-se tecer as seguintes considerações.

Em primeiro lugar o reconhecimento de que atualmente deve-se interpretar o contrato como um fenômeno que envolve não apenas aspectos de ordem patrimonial, mas também outros que não derivam da simples e pura lógica do mercado.

Assim sendo, não é exagero afirmar-se que o contrato deve ser entendido como um instrumento que viabiliza a obtenção de Direitos Fundamentais, tal como ocorre com os Contratos que possuem como objeto a prestação de serviços destinados à manutenção da qualidade de vida daquele que se encontra na posição de credor de tal obrigação.

Na medida em que o Estado se mostra cada vez mais incapaz de prestar uma assistência à saúde condizente com o que preconiza a Constituição Federal, tal fato faz com que os particulares procurem uma maneira de suprir esta lacuna na atuação estatal contratando Operadoras de Planos ou Seguros de Saúde, buscando, com isso, a segurança de que, quando tais serviços forem requisitados, serão prestados de forma ágil e eficiente por aquelas empresas.

Porém nem sempre é assim, na Seção II do Capítulo III dessa monografia foram citados alguns casos que mostram que nem sempre o entendimento de que a vida humana é o valor supremo a ser preservado numa sociedade está em primeiro lugar.

Ainda estão muito presentes as concepções ideológicas que enxergam o contrato como sendo algo intangível pela atuação Estatal, servindo apenas para formalizar a manifestação da “vontade livre” dos contratantes.

Mas a nossa Carta Magna e o Direito Contratual constitucionalmente interpretado não mais permitem que se tenha apenas essa idéia a respeito de tão importante instituto do Direito, tal como é o Contrato.

Cientes disso, nossos Tribunais cada vez mais tem atuado no sentido de reprimir as cláusulas abusivas inseridas nos Contratos de Planos e Seguros de Saúde. E assim deve ser, pois hoje o verbo contratar deve ser conjugado de forma simultânea

com outros, quais sejam: cooperar, informar, agir (e não se omitir), sempre de forma a criar e manter no espaço da relação contratual uma convivência leal entre aqueles que dela fazem parte.

E tais deveres de conduta são especialmente importantes quando se está falando de Contratos que, em última análise, visam manter a qualidade de vida, e porque não dizer a própria vida, do contratante, tal como ocorre no âmbito dos Contratos de Planos e Seguros de Saúde.

Na análise de tais contratos jamais se deve perder o foco na idéia de que essa relação contratual possui em seu âmago o valor supremo a ser preservado por qualquer Ordem Jurídica que se diga Constitucional, qual seja, a vida humana.

Dessa forma, inevitavelmente, no surgimento de uma controvérsia que envolva os contratos anteriormente mencionados sempre estará em jogo dois interesses opostos: o do contratante, que quer a continuidade do tratamento, mesmo em detrimento do pacto anteriormente firmado e o interesse da Operadora dos Planos e Seguros de Saúde no sentido de que o contrato seja cumprido da forma em que foi anteriormente estipulado pelas partes, em estrita obediência ao princípio da *pacta sunt servanda*.

Se hoje se reconhece que uma vida digna pressupõe uma vida saudável, e que a saúde, na maioria das vezes, está cada vez mais distante daqueles que por ela não podem pagar, deve-se tutelar ao máximo o interesse daqueles que (felizmente) possuem condições de investir em um Contrato elaborado por uma Operadora de Plano ou Seguro de Saúde, pois, na grande maioria dos casos, a vida dessa pessoa que com aquelas Operadoras contrata, dependerá do serviço que por essas lhe será proporcionado.

Assim sendo, quando a vida humana depende da desconsideração do princípio da *pacta sunt servanda* não se deve titubear em privilegiar aquele valor supremo, pois a saúde, e conseqüentemente a vida da pessoa humana, não se fracionam, tal como ocorre quando se estipulam cláusulas que limitam tempo de internação em UTI ou mesmo limitam o número de sessões de tratamento a que tem direito o portador, por exemplo, de câncer que necessita se submeter a um tratamento envolvendo sessões de quimioterapia, pois quem tem “quase saúde” ou “saúde pela metade”, saúde não tem.

Esta é direito de todos e deve ser garantida pelo Estado, seja diretamente, prestando os serviços por meio de sua rede de Hospitais, seja indiretamente quando, por exemplo, o judiciário afasta cláusulas abusivas ou iníquas da relação contratual.

Somente dessa maneira se conseguirá concretizar um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III) pois esta só será alcançada com o respeito à vida, esteja esta no seu início, no seu desenvolvimento, bem como em seu final.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *O dever de informar nas relações de consumo*. Revista trimestral de direito civil. – v. 5 (janeiro/março 2001). Rio de Janeiro: Padma, 2000.

BACELLAR, Luiz Ricardo Trindade. *Cláusula de Exclusividade na Prestação de Serviços Médicos: aspectos concorrenciais e administrativos*. Revista de Direito Privado. – n. 17 (janeiro/março 2004). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. e.d. São Paulo: Saraiva, 1997.

BICALHO, Ana Beatriz Rutowitsch. *Os contratos de plano de saúde e a sua revisão jurisdicional*. Revista de Direito do Consumidor – n. 49 (janeiro/março 2004). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *Um novo paradigma dos contratos?* Revista trimestral de direito civil. – v. 5 (janeiro/março 2001). Rio de Janeiro: Padma, 2000.

GRINBERG, Rosana. *A questão das cláusulas abusivas nos contratos e planos de saúde*. Revista de Direito do Consumidor – n. 34 (abril/junho 2000). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Contrato: Estrutura Milenar de Fundação do Direito Privado*. Revista da Faculdade de Direito / Universidade de São Paulo – v. 97. São Paulo: Serviço Técnico de Imprensa, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto, *Transformações gerais do contrato*. Revista trimestral de direito civil. – v. 16 (outubro/dezembro 2003). Rio de Janeiro: Padma, 2000.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LOVECE, Graciela. *El derecho a la salud como nuevo derecho civil constitucional*. Revista de Direito do Consumidor – n. 34 (abril/junho 2000). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas*. Revista de Direito do Consumidor – n. 45 (janeiro/março 2003). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

MATTIETO, Leonardo. *O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos contratos*, in: *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras* In: *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

RIZZARDO, Arnaldo. *Planos de assistência e seguros de saúde: Lei n.º 9.656, de junho de 1998* / Arnaldo Rizzardo, Eduardo Heitor Porto, Sérgio Bergonsi Turra, Tiago Bergonsi Turra. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Os princípios contratuais: da formação liberal à noção contemporânea*. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (coord). *Direito civil constitucional: situações patrimoniais*. Curitiba: Juruá, 2002.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. v.3. Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*, 28 e.d. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

SANTOS, Eduardo Sens dos. *A função social do contrato: elementos para uma conceituação*. Revista de Direito Privado. – n. 13 (janeiro/março 2003). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

SELEME, Sérgio. *Contrato e empresa: notas mínimas a partir da obra de Enzo Roppo*. In: *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SILVA, Clóves do Couto e. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Editor José Bushatsky, 1976.

WALD, Arnaldo. *A dupla função econômica e social do contrato*. Revista trimestral de direito civil. – v. 17 (janeiro/março 2004). Rio de Janeiro: Padma, 2000.