

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FAÇULDADE DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO CONSUMIDOR

Ivana Formigheri Jacob

**INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE À LUZ DA BOA-FÉ
OBJETIVA**

Porto Alegre
2016

Ivana Formigheri Jacob

INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE À LUZ DA BOA-FÉ OBJETIVA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como pré-requisito para obtenção do título de Especialista em Direito do Consumidor pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Káren Rick Danilevicz Bertoncello.

Porto Alegre
2016

Dedico este trabalho às minhas
filhas, razão de tudo.

AGRADECIMENTOS

Quero agradecer, em primeiro lugar, minha orientadora, Professora Doutora Káren Rick Danilevycz Betoncello, pois, mesmo na correria em que vivemos, sempre teve tempo de ensinar, ler e ajudar.

Quero agradecer a Desembargadora Angela Terezinha de Oliveira Brito, pela compreensão, ensinamentos e apoio de sempre.

Quero agradecer às colegas Sabrina e Cibele, hoje amigas, pela parceria.

Quero agradecer minha mãe, pois é, com certeza, o meu ombro mais amigo sempre.

Quero agradecer aos meus amigos e colegas, Cristina e Giovani, pelo prazer de trabalhar e conviver juntos, respeitando sempre as individualidades.

Por último, quero agradecer ao meu marido, Leonardo, por estar ao meu lado, apoiando e criticando e, de jeito todo especial, amando.

RESUMO

O presente estudo objetiva analisar os contratos de planos de saúde à luz da boa-fé objetiva. Os contratos firmados neste âmbito são marcados pela coexistência de interesses existenciais – direito à saúde – e patrimoniais – fins lucrativos – sendo imprescindível a realização de juízo de ponderação, capaz de permitir a prevalência do direito à saúde, sem que, contudo, seja afastada a obtenção de lucro. Assim, buscar-se-á salientar a importância do princípio da boa-fé objetiva para a adequada e justa formação e execução do contrato de assistência à saúde, a fim de proteger as legítimas expectativas dos contratantes e, principalmente, o direito fundamental à saúde titularizado pelos seus beneficiários.

Palavras-chave: Contratos de planos de saúde. Direito à saúde. Princípio da boa-fé objetiva.

ABSTRACT

This study aims to analyze the health care contracts according to the objective good faith. The contracts in this area are marked by the coexistence of existential interests - the right to health - and property interests - profit - is essential to carry out a considered judgment, able to allow the prevalence of the right to health without, however, be away from the profit. So, it will seek to stress the importance of the principle of objective good faith for proper and fair adjustment and implementation of the health care contract in order to protect the legitimate expectations of the contracting parties, and especially the fundamental right to health secured by its beneficiaries.

Keywords: Health care contracts. The right to health. Principle of objective good faith.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 OS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE À LUZ DA BOA-FÉ OBJETIVA	10
2.1 Contratos de planos de saúde	10
2.2 Princípio da boa-fé objetiva.....	21
3 INTERPRETAÇÃO NOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE: CONCRETIZANDO A BOA-FÉ OBJETIVA.....	33
3.1 Estudo de Caso – REsp nº 418.572-SP.....	33
3.2 As cláusulas limitadoras de responsabilidade à luz da boa-fé objetiva.....	36
4 CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS.....	44

1 INTRODUÇÃO

O sistema de saúde suplementar no Brasil ocupa, hoje, um grande espaço no mercado de consumo e as práticas implementadas, configuram-se, em determinados momentos, abusivas e desleais, violando direitos reconhecidos na Constituição Federal.

No presente trabalho, se buscou abordar a evolução e expansão da assistência médica suplementar, que avançou de maneira significativa em razão da ineficiência do sistema público.

O sistema de saúde foi tratado em capítulo especial na Constituição e em dispositivos legais correlatos, porém, na prática, não foram promovidas melhoras significativas, o que contribuiu para o avanço dos planos/seguros saúde, cujos interesses são inegavelmente lucrativos.

O Estado, objetivando regular e fiscalizar o sistema privado de saúde, criou a Agência Nacional de Saúde (ANS), a qual, juntamente, com a Lei nº 9.656/98, normatizou o setor.

Assim, destacou-se as características dos contratos de planos de saúde, abordando as características inerentes ao próprio contrato e também a função delimitadora da função social do contrato, definindo as suas características, particularidades e formas de contratação, conforme as normas aplicáveis.

Para melhor explicitar o tema trazido, foi descrito caso concreto julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, onde é abordado o princípio da boa-fé objetiva na proteção do direito do contratante.

O princípio da boa-fé objetiva produz reflexos no âmbito dos contratos de planos de saúde, na medida em que justifica o dever, por parte das operadoras, de assegurar a efetividade do direito fundamental à saúde. O contrato, no Estado Democrático de Direito, além de ser instrumento de circulação de riqueza, representa instrumento funcionalizador de direitos sociais, imprimindo às partes, assim, o dever de agirem com lealdade e boa-fé, sem prejudicar uns aos outros ou a sociedade, de modo a alcançar a sua função social. Assim, deve-se fazer um juízo de ponderação entre a liberdade contratual – e os interesses econômicos das operadoras – e o direito à saúde, cujo resultado deve tender para a prevalência deste, sem que haja a eliminação daquela, de modo que os contratos de plano de saúde se adaptem aos valores da vida e da dignidade humana.

Assim, o presente estudo tem por objetivo analisar o contrato de plano de saúde à luz do princípio da boa-fé objetiva, que será, um primeiro momento, abordada em seu conceito e abrangência e, depois, analisada a importância de mencionado princípio para a adequada e justa formação e execução dos contratos de assistência privada à saúde, no sentido de proteger as legítimas expectativas dos contratantes e, principalmente, do direito fundamental à saúde titularizado pelo usuário de plano de saúde.

2 OS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE À LUZ DA BOA-FÉ OBJETIVA

2.1 Contratos de planos de saúde

A assistência à saúde é questão permeada por grande polêmica no nosso cotidiano, pois há uma equação importante e difícil a ser resolvida entre a preservação da saúde e o equilíbrio econômico do contrato, onde o ponto fulcral da relação deve sempre objetivar o acesso do consumidor aos serviços necessários à preservação da sua saúde e, mais ainda, de sua dignidade humana.

O direito fundamental à saúde no Brasil somente foi efetivamente instituído com o advento da Constituição Federal de 1988, pois, embora o Brasil fosse signatário da Declaração Universal dos Direitos do Homem desde a Constituição de 1964, nesta Constituição e nas anteriores, não havia previsão da saúde enquanto direito de todo o cidadão brasileiro e somente sob a égide da atual Constituição é que todo cidadão passou a ter direito a assistência à saúde e não exclusivamente os trabalhadores inscritos na previdência social.

A Constituição de 1988, além de eleger como princípio fundamental da República Federativa a dignidade da pessoa humana, erigiu a saúde à condição de direito social, competindo ao Estado o desenvolvimento de uma política de saúde fulcrada na universalidade e igualdade de todos, nos termos do que estabelece o artigo 196 da CF: “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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. A saúde passou a ser, assim, direito fundamental de todos.

Como leciona Ingo Wolfgang Sarlet, o direito à saúde comunga, na ordem jurídica-constitucional, de dupla fundamentalidade formal e material:

A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e, ao menos na Constituição pátria, desdobra-se em três elementos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também a saúde), situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois de norma de superior-hierarquia; b) na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (as assim denominadas cláusulas pétreas) da reforma constitucional; c) por derradeiro,

nos termos do que dispõe o artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam diretamente entidades estatais e os particulares. [...] Já no que diz com a fundamentalidade em sentido material, esta se encontra ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, o que – dada a inquestionável importância da saúde para a vida (e vida com dignidade) humana, parece-nos ser ponto que dispensa maiores comentários.¹

No artigo 197 da Constituição Federal, “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”, o constituinte colocou o direito à saúde no topo dos direitos sociais e destacou que mesmo que ações e serviços de saúde sejam praticados por particulares, não podem desgarrar-se do interesse público, prevalecendo a observância da dignidade da pessoa humana e o próprio direito à vida, em sentido mais amplo.

Assim, diante desta essencialidade, surge para o Estado um dever-poder de prestar o serviço e, mesmo quando não o faz diretamente, tem poder de intervenção em nível mais elevado em relação a outros serviços prestados por particulares.

Manuel Gonçalves Ferreira Filho, sobre o ponto, destaca que “a noção de relevância pública, no art. 197, vem conjugada à idéia de regulamentação, fiscalização e controle especiais do serviço público pelo Poder Público”.²

A saúde privada foi expressamente referida no artigo 199 da CF³, onde se concedeu autorização a atuação do setor privado na assistência a saúde, competindo a regulação e fiscalização ao Estado.

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado**, Salvador, n. 11, set/nov. 2007, p. 3.

² FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 192

³ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. § 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos. § 3º É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei. § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Assim, todos os serviços à saúde, mesmo os prestados pela iniciativa privada, envolvem direitos fundamentais e, portanto, não podem ser prestados com o objetivo único de lucro, afigurando-se dever constitucional do poder público atuar para que seja respeitado o direito à vida, prevalecendo a dignidade humana.

Conforme afirma Marcelo S. Duque:

[...] assim, ao mesmo tempo em que se considera o contrato como instrumento de circulação de riquezas, há que considerá-lo, também, como instrumento de proteção de direitos fundamentais.⁴

E segue, ainda, o referido autor:

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais passa, portanto, a ser compreendida não como uma limitação da dimensão subjetiva, mas como uma reforço dessa, na busca de uma maior proteção e eficácia dos direitos individuais subjetivos, alargando a sua influência normativa no ordenamento jurídico e na sociedade. O aspecto nuclear da questão compreende, pois, a idéia de que as normas de caráter jurídico-fundamental não contêm somente direitos subjetivos de defesa do indivíduo perante o Estado, eis que representam, ao mesmo tempo, uma ordem de valores objetiva que gera efeitos para todos os âmbitos do Direito, proporcionando diretrizes e impulsos para os Poderes Públicos. Nessa perspectiva, o reconhecimento de uma função jurídico-objetiva dos direitos fundamentais desenvolve uma eficácia particular a esses direitos e, sobretudo, conforme a acepção dos constitucionalistas alemães Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, em três pontos distintos: na interpretação e aplicação do Direito ordinário, principalmente no Direito Privado; na proteção que o Estado tem de garantir aos cidadãos, a qual também pode ser exigida por esses perante o Estado; e na concessão de participação na organização, prestações e procedimentos estatais. Em suma, ao significado dos direitos fundamentais subjetivos corresponde seu significado jurídico-objetivo, pelo qual o *status* do particular é organizado, delimitado e protegido.

Diante dessa perspectiva, pode-se afirmar que o ponto de partida para o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas foi, sem sombra de dúvida, o fato desses direitos terem extrapolados a mera relação cidadão-Estado, mediante reconhecimento da já referida dimensão objetiva. Trata-se de um duplo caráter, ou seja, os direitos fundamentais conservam a dimensão subjetiva, da qual nunca podem ser apartados, sob pena de perderem parte de sua essencialidade, recebendo, entretanto, um aditivo, expresso por uma nova qualidade e feito, que é

⁴ DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos fundamentais e direito privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.115.

precisamente a sua dimensão objetiva, dotada, por sua vez, de um notável conteúdo valorativo-decisório e de uma inegável função protetora. Assim, o reconhecimento da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais corroborou, sobremaneira, a eficácia dos direitos fundamentais no campo dos poderes sociais, fora da tradicional órbita do poder estatal.⁵

O bem tutelado saúde é indivisivelmente ligado ao direito à vida e cabe ao Estado a delicada e imprescindível tarefa de conjugar o interesse do capital privado com a garantia do cumprimento do preceito constitucional, na medida em que a matéria é de relevância pública.

Nesta ordem de ideias, é possível depreender que a Constituição Federal de 1988 definiu metas que modificariam o modelo de assistência de saúde, por meio do Sistema Único de Saúde, regulamentado pela Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde) e pela Lei nº 8.142/90, o que, na prática, continuou ser prestado de forma precária e acabou fomentando o crescimento do setor privado.

O setor de saúde suplementar, em verdade, operou por vários anos sem que houvesse controle estatal, pois as legislações aplicadas não eram específicas, o que contribui, sem sombra de dúvida, para a formação de contratos abusivos.

Como anota Adalberto Pasqualotto:

Ao instituir o seguro-saúde, o Dec.-Lei 73 prescreveu o prazo 120 dias para a sua regulamentação (art. 149), fato que nunca se concretizou, propiciando que entidades passassem a funcionar sem qualquer controle, muitas vezes prejudicando os segurados, como anota Maria Leonor Baptista Jourdan. A ausência de regulamentação pública franqueou espaço à autonomia privada. Num setor de atividade dominado pelos contratos de adesão, os abusos seriam inevitáveis.⁶

A Lei nº 9.656/98 e as Medidas Provisória sucessivas configuram o marco regulatório do mercado de saúde, pois, até então, apenas o setor de seguro-saúde era regulamentado no seu aspecto econômico.

Sobre a Lei nº 9.656/98, destaca-se novamente a posição de Adalberto Pasqualotto:

⁵ DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos fundamentos e direito privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.114-115.

⁶ PASQUALOTTO, Adalberto. A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde: uma interpretação construtiva. In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Saúde e responsabilidade**: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 40.

A Lei nº 9.656/98 trouxe importantes modificações ao sistema legal normativo e fiscalizador, da assistência privada à saúde. Em primeiro lugar, deu-lhe organicidade, definindo a natureza dos operadores e as modalidades de sua atuação. Em segundo lugar, reconheceu a especificidade do setor, criando órgãos de contrato próprios, não obstante tenha mantido as competências administrativas no CNSP e da Susep para as sociedades seguradoras. Apesar de melhor do que a anterior, a nova estrutura padece de ambiguidade, ao sujeitar as seguradoras a duplo controle, mal que talvez venha a causar conflitos de atribuições ou, o que pode ser pior, anomia pela inércia de um órgão, pressupondo atuação do outro, que também se omite.

Ao reconhecer a especificidade da assistência à saúde, independentemente da sua eventual feição securitária, a Lei nº 9.656/98 atribuiu ao Ministério da Saúde a função de fonte de proposições normativas do sistema e também de órgão fiscalizador. Aqui reside a ambiguidade, porque, no primeiro caso, há paralelismo com o CNSP e, no segundo, com a Susep. O sistema ostenta-se equívoco, havendo necessidade de uma delimitação de atribuições para o seu correto e adequado funcionamento.⁷

Assim, importa ressaltar que a Lei nº 9.656/98, em linhas gerais, deu grande contribuição a um setor, que só a partir da Constituição Federal de 1988 considerou a saúde como um direito social de qualquer cidadão, porém está longe de ter a segurança jurídica almejada, sobressaindo o dever do Poder Público em fazer respeitá-lo.

Antes da Lei nº 9.656/98, as operadoras de planos privados de assistência à saúde cometiam uma série de abusos no cumprimento dos contratos por parte das seguradoras, inserindo cláusulas inelegíveis e obscuras, que tornavam a proteção do segurado difícil. O Decreto nº 73, de 22/11/1966, criou o seguro-saúde, o que não restou afastado pela Lei nº 9.656/98, porém, exigiu que fossem criadas as sociedades seguradoras especializadas em saúde, sob a forma de sociedade anônima e estando submetidas às normas do Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP e SUSEP – Superintendência de Seguros Privados.

Em verdade, a Lei 9656/98 materializou, através do contrato, duas modalidades de prestação de serviços na área da saúde privada, pela qual a operadora e o assistido formam relação contratual.

⁷ PASQUALOTTO, Adalberto. A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde: uma interpretação construtiva. In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 41- 42.

A primeira modalidade de cobertura é o seguro saúde, cujo objetivo é garantir o reembolso de despesas pela ocorrência de fatos previstos como riscos ligados a saúde, de modo que o próprio indivíduo efetua o pagamento, reembolsando-se, posteriormente, perante a companhia seguradora.

Já na segunda modalidade de cobertura, se têm os chamados planos de assistência à saúde ou planos de saúde, onde há o credenciamento de médicos, hospitais e clínicas junto ao segurador, que oferece ao segurado uma rede médico-hospitalar, no sentido de garantir assistência, pagando o segurado diretamente o valor fixo estipulado mensalmente as operadoras de planos de saúde.

O contrato de plano de saúde se assemelha ao contrato de seguro, pois o seu fim principal é garantir indenização contra evento futuro, incerto e danoso à saúde do contratante.

Cláudia Lima Marques leciona sobre tal modalidade:

O objetivo principal destes contratos é a transferência (onerosa e contratual) de riscos referentes à futura necessidade de assistência médica ou hospitalar. A afetiva cobertura (reembolso, no caso dos seguros de reembolso) dos riscos futuros à sua saúde e de seus dependentes, a adequada prestação direta ou indireta dos serviços de assistência médica (no caso dos seguros de pré - pagamento ou de planos de saúde semelhantes) é o que objetivam os consumidores que contratam com estas empresas. Para atingir este objetivo os consumidores manterão relações de convivência e dependência com os fornecedores desses serviços de saúde por anos, pagando mensalmente suas contribuições, seguindo as instruções (por vezes, exigentes e burocráticas) regulamentadoras dos fornecedores, usufruindo ou não dos serviços, a depender da ocorrência ou não do evento danoso à saúde do consumidor e seus dependentes (consumidores - equiparados).⁸

Dessa forma, novamente voltamos ao ponto inicial para pontuar que o contrato de seguro-saúde está intimamente ligado aos princípios constitucionais da proteção à vida, à saúde e ao dever do Estado de colocar a dignidade de pessoa humana acima dos interesses lucrativos das empresas participantes do setor.

Para uma correta compreensão de todas as questões, que envolvem a dicotomia antes mencionada, não há como deixar de lado alguns princípios do direito contratual, na medida em que os contratos de plano de saúde são

⁸ MARQUES, Claudia Lima. A abusividade dos contratos a assistência a saúde e de assistência médica no Brasil. **Revista Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Rio Grande do Sul, v. 15, n. 22, 1999, p. 22.

determinados por negócios bilaterais, onde o princípio da autonomia da vontade, liberdade de contratar, deve reger o contrato, pois está fundado na liberdade contratual das partes, podendo haver a estipulação livre das partes, mediante acordo de vontades.

O Código Civil de 2002 dispõe, em seu Art. 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Todavia, a liberdade de contratação não é absoluta, pois a supremacia da ordem pública interfere na esfera contratual.

O princípio da função social do contrato também deve ser grifado, tendo em conta a regra explicitada no artigo 421 do Código Civil, em que a dignidade da pessoa humana é paradigma do sistema jurídico, não podendo prevalecer qualquer regra contratual, que crie cláusulas abusivas ou viole valores como a vida, a saúde ou, ainda, a segurança das pessoas.

Portanto, nos contratos de saúde, os interesses privados devem estar harmonizados com os interesses de toda a coletividade.

Assim menciona a doutrina de Theodoro Júnior:

É “elegível”, nos termos atuais, que os contratos, de acordo com a visão social do Estado Democrático de Direito, não de submeter-se ao intervencionismo estatal manejado com o propósito de superar o individualismo egoístico e buscar a implantação de uma sociedade presidida pelo bem estar e sob “efetiva prevalência da garantia jurídica dos direitos humanos”⁹.

Diante de todas estas características, é possível dizer que o contrato de plano de seguro saúde é um contrato formal (solene), somente consumado se observada a forma exigida pela lei - escrita.

A bilateralidade também é uma característica de tal contrato, pois de um lado está a pessoa que objetiva o atendimento de suas necessidades em termos de assistência à saúde, mediante o pagamento de contribuições/mensalidades para a cobertura dos riscos previstos ou assinalados, e de outro, uma operadora constituída legalmente para satisfazer a pretensão do usuário conforme contrato.

Arnaldo Rizzardo destaca sobre o contrato bilateral:

⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.6.

Ocorrendo mais de uma declaração de vontade, o ato jurídico é bilateral, ou oneroso na acepção do Código atual, podendo ou não ter natureza contratual. [...] Em suma, no contrato bilateral ou oneroso prepondera a vinculação de uma prestação à outra, o que é característico do sinalagma, termo este que etimologicamente significa reciprocidade, ou contrato com reciprocidade.¹⁰

De igual forma, a reciprocidade também é marca registrada deste tipo de contrato, pois há a cobertura de certos eventos relacionados à saúde e o pagamento por esta prestação de serviços.

Joseane Suzart Lopes da Silva discorre sobre o referido tema da seguinte forma:

Apesar da negociação entre consumidor e as operadoras ser marcada pela bilateralidade e reciprocidade, tem-se entendido que dará origem a um contrato de natureza aleatória, uma vez que a prestação das operadoras de planos de saúde depende de um risco futuro e incerto. Aproveitam-se as empresas do ramo desta justificativa para alegarem que não têm condições de fixarem, de forma prévia, os gastos a serem concretizados. Contudo, as operadoras de planos de saúde não podem fazer uso de cláusulas genéricas para disporem sobre os aumentos periódicos com base nos custos operacionais, devendo haver referência a índices que reflitam realidade do setor, a fim de se evitar futuros prejuízos para os consumidores.¹¹

Alguns doutrinadores consideravam que os contratos de planos de saúde eram atípicos, porém, a Lei nº 9.656/98 acabou com a controvérsia, os prevendo expressamente.

Ressalta-se, ainda, o princípio da solidariedade nos contratos referente à assistência médica suplementar, visto que os valores pagos pelos usuários não são revertidos tão somente para a cobertura financeira das despesas geradas.

Nesse sentido, discorre novamente Joseana Suzart Lopes:

Os planos seguros de saúde também se caracterizam pela necessária constituição de um fundo mútuo, ou seja, pela formação de uma massa financeira que servirá de lastro para que as empresas gestoras atendam a demandas dos usuários. Todos os consumidores devem, mensalmente, efetivar o pagamento de contraprestações, mas a utilização dos serviços disponibilizados dependerá da necessidade de cada usuário, permitindo que as

¹⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 4. ed. Rio de Janeiro, 2005, p. 68.

¹¹ SILVA, Joseana Suzart Lopes da. **Planos de saúde e boa fé objetiva**. 2. ed. Bahia: JusPODIVM, 2010, p. 160.

operadoras e seguradoras angariem recursos financeiros suficientes para comporem fundos que servirão para a garantia do atendimento de todos os contratantes.¹²

Destarte, é possível concluir que a relação contratual no âmbito da assistência à saúde privada é, via de regra, viabilizada por meio de contratos de duração extensa, mas, mais importante, é o próprio exercício de um direito fundamental, que tem por escopo a proteção à saúde, evitando-se, assim, a ocorrência de qualquer espécie de abuso contra os interesses dos consumidores.

Além disso, não se pode deixar de mencionar que é tipicamente um contrato de adesão, nos termos em que preceitua o artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90):

Art. 54 Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.¹³

Daí advém a necessidade de uma atenção especial do Estado na fiscalização destes tipos de contrato, a fim de evitar a inserção de cláusulas abusivas, capazes de ensejar um desequilíbrio contratual.

Nesse sentido discorre Maria Stella Gregori:

Com pretexto de assegurar a ampla liberdade contratual na convicção de estar garantida a celebração de um contrato justo, por força da condição de igualdade entre os contratantes, o Estado liberal permitiu grandes iniquidades no campo do direito contratual, percebe-se que uma vez que não havia uma vida real igualdade econômica e contratual entre as partes, a manifestação de sua vontade estava atrelada ao exercício de liberdades. Daí se verifica a ineficácia da teoria clássica para garantir a equidade contratual.¹⁴

¹² SILVA, Joseana Suzart Lopes da. **Planos de saúde e boa fé objetiva**. 2. ed. Bahia: JusPODIVM, 2010, p. 164.

¹³ BRASIL. Lei nº 8.078/90, de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 de março de 2016.

¹⁴ GREGORI, Maria Stella. **Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 137.

A Lei de Introdução do Código Civil prevê no artigo 17: “(...) como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

Assim, conforme menciona Claudia Lima Marques, a natureza jurídica do contrato contemporâneo à ordem social, a imposição legal da boa – fé, da equidade, do equilíbrio econômico entre as partes e da função social do contrato¹⁵.

Mais adiante, novamente ressalta a autora:

O direito dos contratos socializado redescobre o papel da lei, que não será mais meramente interpretativa ou supletiva, mas cogente. A lei protegerá determinados interesses sociais e servirá como instrumento limitador do poder da vontade, conforme artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor.¹⁶

Em outra passagem, sinala Cláudia Lima Marques:

Em resumo, certos estão aqueles que consideram a Constituição Federal de 1988 como o centro irradiador e o marco de reconstrução de um direito privado brasileiro mais social e preocupado com os vulneráveis de nossa sociedade, um direito privado solidário. Assim, temos hoje uma força interpretativa da menção constitucional ao consumidor, isto é, o direito privado não pode ser interpretado “contra” o – e sim, sempre a favor do- sujeito de direitos identificado pela Constituição como sujeito vulnerável a ser protegido pelo Poder Judiciário e Executivo e uma força normativa imposta a estes poderes como guia de atuação positiva e funcional, que também vincula o Poder Legislativo. Em outras palavras, a Constituição seria a garantia (de existência e de proibição de retrocesso) e o limite (limite-guia e limite-função) de um direito privado construído sob seu sistema de valores e incluindo a defesa do consumidor como princípio geral.¹⁷

E segue:

Efetivamente, no Brasil de hoje, a proteção do consumidor é um valor constitucionalmente fundamental, é um direito fundamental e é um princípio da ordem econômica da Constituição Federal (art. 170, V), princípio limitador da autonomia da vontade dos fortes em

¹⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 212.

¹⁶ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 213.

¹⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 33.

relação aos fracos ou vulneráveis, construindo um novo direito privado mais consciente de sua função social.¹⁸

Orlando Gomes também leciona sobre a questão:

É a chamada constitucionalização do direito privado que, ao mencionar direitos para os iguais, para as relações privadas na CF/88, institucionaliza e garante estes direitos com origem constitucional, adaptando o direito privado brasileiro aos novos tempos e a esta nova sociedade de consumo: A chamada Constituição econômica institucionaliza a propriedade, o contrato e o trabalho [...] os preceitos constitucionais devem ser observados como diretrizes internas do direito civil e os avanços da sociedade industrial no Brasil reclamam um novo sistema de valores que seja recolhido pela Constituição e no qual o contrato passará a ter diretrizes internas que refletirão as exigências do capitalismo maduro da era tecnológica e da sociedade de consumo¹⁹.

Portanto, a Constituição Federal de 1988 inaugurou nova sistemática ordinária, institucionalizando a construção de um direito privado focado na função social.

Em atenção à nova sistemática inaugurada, bem como aos princípios constantes no Código de Defesa do Consumidor, em especial o da boa-fé constante no artigo 4º, caput, inciso III, faz-se imprescindível a análise das cláusulas inseridas nos contratos de planos de saúde, de modo a repudiar toda e qualquer prática contrária a cláusula geral da boa-fé, que a seguir será tratada.

Em suma, o direito privado, na sua versão mais social inaugurada pela Constituição Federal de 1988, deve ser interpretado a favor do consumidor, que é o sujeito de direitos identificado pela Constituição como vulnerável, a ser protegido por todos os poderes – Judiciário, Executivo e Legislativo.

¹⁸MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 33.

¹⁹ GOMES, Orlando. **A constituição e seus reflexos no direito das obrigações**: novos temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1982, p. 64-75.

2.2 Princípio da boa-fé objetiva

O Código de Defesa do Consumidor foi um marco divisor de águas na defesa dos usuários de planos de saúde.

Para Cláudia Lima Marques, é um regramento com microssistemas:

O Código de Defesa do Consumidor é uma lei de função social, traz normas de direito privado, mas de ordem pública (direito privado indisponível), e normas de direito público. É uma lei de ordem pública econômica (ordem pública de coordenação, de direção e de proibição) e lei de interesse social (a permitir a proteção coletiva dos interesses dos consumidores presentes no caso), como claramente especifica seu art. 1º, tendo em vista a origem constitucional desta lei.²⁰

Para Neslon Nery Jr, o art. 1º do CDC ressalta que as regras são de ordem pública e de interesse social, estabelecendo, na prática, que o juiz deve apreciar *ex officio* qualquer questão relativa às relações de consumo já que não incide nestas matérias o princípio dispositivo.²¹

Por ser uma lei principiológica, explica Bruno Miragem, que é outorgado um caráter preferencial ao Código de Defesa do Consumidor, pois a determinação como de ordem pública revela um *status* diferenciado, todavia, não a tornando superior.²²

A relação de consumo não foi conceituada pelo legislador, deixando ao intérprete da lei, o juiz ou o aplicador da lei, determinar com exatidão o que se trata de uma relação de consumo, desde que presentes os seguintes pressupostos: de um lado consumidor e, de outro, o fornecedor, tendo por objeto do negócio jurídico a aquisição ou utilização de um produto ou serviço.

Claudia Lima Marques, destaca a missão da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, sustentando:

Assim, o grande desafio do interprete e aplicador do CDC, como Código que regula uma relação jurídica entre privados, é saber diferenciar e saber “ver” quem é comerciante, quem é civil, quem é consumidor, quem é fornecedor, quem faz parte da cadeia de

²⁰ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual do Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.60.

²¹ NERY JUNIOR, Nilson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: Forense, 2010, p.117.

²² MIRAGEM, Bruno. Os direitos do consumidor como direito fundamental – Consequências jurídicas de um conceito. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 43, Revista dos Tribunais, p.126, jul./set. 2002.

produção e de distribuição e quem retira o bem do mercado como destinatário final, quem é equiparado a este, seja porque é uma coletividade que intervém na relação, porque é vítima de um acidente de consumo ou porque foi quem criou o risco no mercado. No caso do CDC é este exercício, de definir quem é o sujeito ou quem são os sujeitos da relação contratual e extracontratual, que vai definir o campo da aplicação desta lei, isto é, a que relações ela se aplica. Como vimos, o diferente no CDC é seu campo de aplicação subjetivo (consumidor e fornecedor), seu campo de aplicação *ratione personae*, uma vez que materialmente ele se aplica em princípio a todas as relações contratuais e extracontratuais (campo de aplicação *ratione materiae*) entre consumidores e fornecedores.²³

Maria Stella Gregori acrescenta, ainda, requisitos fundamentais da relação de consumo:

Pressupostos ou requisitos necessariamente devem coexistir para que se possa aplicar o Código de Defesa do Consumidor. Se, porventura, algum desses requisitos não se enquadrar nos conceitos definidos de CDC, não há relação de consumo e, portanto, não se aplica a Lei Consumerista, aplicando-se o direito comum: direito civil, direito comercial, direito trabalhista etc.²⁴

No artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, há a conceituação de consumidor:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.
Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.²⁵

Todavia, o conceito de consumidor não é definido somente nesse artigo, há outros dispositivos por interpretação, que remetem à figura do consumidor.

No artigo 17, por exemplo, todas as vítimas de acidente de consumo são equiparadas a consumidores.

Segundo leciona Claudia Lima Marques, a defesa das normas consumeristas somente como normas orientadoras de consumo, instituem normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais poderiam assumir os papéis ora de

²³ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual do Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 95-96.

²⁴ GREGORI, Maria Stella. **Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 117.

²⁵ BRASIL. Lei nº 8.078/90, de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 25 de março de 2016.

fornecedores, ora de consumidores, caracterizando uma teoria finalista colocando em patamar de igualdade econômica todos que estão na relação de consumo²⁶.

E segue ainda a autora, destacando que a teoria finalista responde a definição de consumidor:

- a) o conceito de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial;
- b) a tutela só existe porque o consumidor é a parte vulnerável na relação contratual.

Nessa seara, conforme afirma Cláudia Lima Marques, citando Antônio Herman Benjamin, a vulnerabilidade é “peça fundamental” do direito do consumidor, é “o ponto de partida” de toda a sua aplicação, principalmente em matéria de contratos (art. 4º, I, c/c art. 2º do CDC).²⁷

Segundo Paulo Valério, há varias formas de vulnerabilidade: técnica jurídica, política ou legislativa, a biológica a psicológica, a econômica, ou social e a ambiental; assim como várias situações ou formas de tornar o consumidor vulnerável²⁸.

A jurisprudência brasileira reconhece, ainda, a hipervulnerabilidade de alguns consumidores por idade, condições especiais de saúde (como doenças preexistentes, contaminados com o vírus HIV) e pessoas com e necessidade especiais.

Cristiano Heineck Schmitt, em sua obra sobre a matéria, menciona:

No que se refere ao consumidor idoso, assim como verificado em relação a outros consumidores, como as crianças e os enfermos, sobressai o aspecto da vulnerabilidade potencializada, que se opta por designar de hipervulnerabilidade.

Constatam-se manifestações normativas e jurisprudenciais enfatizando a posição contratual debilitada desse consumidor face a determinadas espécies de negócios, ainda que isso não tenha atingido o patamar de uma proteção mais arrojada. De qualquer forma, o registro de tais ocorrências autoriza sustentar que o Estado, através de seu legislador constitucional, nitidamente preocupado com a proteção do consumidor, elevando essa garantia ao nível de norma jusfundamental, também tem se interessado em

²⁶ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual do Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 98-99.

²⁷ *Ibidem*, p. 103.

²⁸ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **O código de defesa do consumidor: principio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade nas demais praticas comerciais**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 115.

salvaguardar os interesses dos consumidores de idade avançada, ou melhor, dos consumidores hipervulneráveis.²⁹

Assim, é fácil depreender que os usuários de planos de saúde são típicos consumidores, cuja situação de vulnerabilidade, seja contínua, seja provisória, o fragiliza, surgindo daí a necessidade de proteção.

No artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, há definição de fornecedor.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.³⁰

O conceito de fornecedor abrange todos os profissionais da cadeia de fornecimento, desde a fabricação até a execução de serviços da sociedade de consumo. A cadeia responsável, ou seja, tanto o fornecedor principal como o equiparado, que é aquele terceiro na relação de consumo, que apenas intermedeia ou ajuda a relação de consumo principal.

Assim, a prestadora de serviços de assistência médica, que cobra mensalidade ou outra forma de contribuição, sem dúvida, é considerada fornecedora.

No mesmo rumo, o artigo 3º, §2º, define serviço como: “Qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira de crédito e secundarista, alvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

²⁹ SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 217.

³⁰ BRASIL. Lei nº 8.078/90, de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 25 de março de 2016.

Portanto, os serviços em geral são as atividades e benefícios, cuja finalidade é satisfazer uma necessidade do adquirente ao serem colocados no mercado de consumo.

Dito isso, se passa à análise dos contratos de plano de saúde à luz da boa-fé objetiva, para que se perceba a importância do referido princípio para a adequada e justa formação e execução destes tipos de contratos, visando à efetiva proteção e promoção das legítimas expectativas dos contratantes e, principalmente, do direito fundamental à saúde titularizado pelo usuário do plano de saúde.

A boa-fé objetiva constitui princípio que integra a concepção social da teoria contratual, responsável por consagrar a ideia de que, aquele que declara algo referente ao negócio que está prestes a concluir deve responder pela confiança que a outra parte nele depositou ao contratar.

Em face disso, buscando compreender a dimensão e os reflexos do princípio da boa-fé objetiva no campo contratual, é necessário delimitar a sua dimensão conceitual. Com efeito, a boa-fé pode ser definida sob o enfoque subjetivo e objetivo.

A boa-fé subjetiva consiste no estado de espírito do agente, sendo caracterizada pela análise das intenções da pessoa cujo comportamento se queira qualificar. Traduz-se na sinceridade, veracidade ou fraqueza com que a parte se relaciona, não se utilizando de mentira, hipocrisia ou duplicidade, enfim, não se utilizando de má-fé. Já como princípio informador da validade e eficácia contratual, deve ser observada a boa-fé objetiva, que corresponde ao princípio social do direito contratual, que representa uma cláusula geral de lealdade e colaboração para o alcance dos fins contratuais.

Assim, a boa-fé objetiva consiste em dever geral de conduta, que atribui às partes o dever de agir no sentido de recíproca cooperação, confiança, lealdade, correção e lisura, a fim de garantir a segurança e a manutenção das relações jurídicas. Deve estar presente em todas as fases contratuais, a fim de garantir a promoção do sentimento de justiça social.

Cláudia Lima Marques define com o brilhantismo de sempre o que representa a boa-fé objetiva no direito contratual:

Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem

abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.³¹

A boa-fé objetiva possui caráter tridimensional, que se apresenta por meio de três funções: integrativa, de controle e interpretativa.

A função integrativa é a principal, pois deste princípio se originam deveres anexos ou acessórios, que se constituem em verdadeiras obrigações contratuais, que, junto com a obrigação principal, devem ser cumpridas pelos contratantes.

Conforme leciona Judith Martins Costa, os deveres anexos “visam ao exato processamento da relação obrigacional, à satisfação dos interesses globais envolvidos, auxiliando na realização positiva do fim contratual e na proteção à pessoa e aos bens da contraparte.”³²

Da análise dos deveres anexos, é possível observar que as partes assumem uma postura colaboracionista, a fim de que se atinja o adimplemento, que é o bem comum.

Os deveres acessórios, por sua vez, se resumem em três principais: dever de informar, dever de cooperação e dever de cuidado.

O dever de informar é de ambos os contratantes e deve ocorrer desde a fase pré-contratual, até a fase posterior à sua execução. A sua grande função é possibilitar o direito de escolha das partes, protegendo, em suma, a própria confiança, que deve integrar a relação jurídica.

O dever de cooperação enseja que as partes ajam de forma leal, de forma positiva a alcançar o fim contratual, incluída aí a possibilidade de renegociação do contrato, a fim de reverter uma condição excessivamente onerosa superveniente e, conseqüentemente, preservar a própria avença.

Sobre o ponto, afirma Cláudia Lima Marques:

Estas dificuldades excessivas impedem o cumprimento da prestação principal e significam o descumprimento das obrigações acessórias oriundas do contrato e do dever de conduta segundo a boa-fé:

³¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 216.

³² MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé como modelo (uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale). In: BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 187-221.

descumprir o dever de cooperação, de lealdade, significa inadimplir, mesmo que parcialmente

Este dever de lealdade, de cooperação, reflete-se também na redação dos contratos, a qual é executada de maneira unilateral e prévia pelo fornecedor. O fornecedor está autorizado a utilizar o método da contratação em massa, através de contratos de adesão, e a imposição de condições gerais, mas deve redigir estes textos de forma clara e precisa, destacando as cláusulas que limitem ou excluam direitos do consumidor.³³

Por último, o dever de cuidado consiste na preservação mútua dos contratantes contra danos à integridade pessoal (moral e física) e de seu patrimônio.

Os deveres anexos, por óbvio, não são ilimitados, pois devem guardar estreita relação com a matéria contratual da qual se originaram.

Portanto, os deveres anexos advindo da boa-fé objetiva se aplicam às relações contratuais independentemente de previsão expressa no contrato, porém, seu conteúdo está atrelado e limitado pela função sócio-econômica do negócio firmado.

A boa-fé objetiva, além de ser fonte de deveres anexos, também possui como função controlar e limitar o exercício abusivo dos direitos subjetivos dos contratantes, restringindo a liberdade de atuação das partes, na medida em que atua como critério de diferenciação entre o exercício regular e o irregular ou abusivo de direitos frente à outra parte na relação obrigacional.

A terceira função atribuída à boa-fé é de interpretação dos contratos, que consiste, grosso modo, na interpretação das cláusulas contratuais de modo a sempre privilegiar o sentido que esteja mais conforme com a lealdade e a honestidade entre os contratantes, ou seja, é forma de auxílio na determinação do sentido das estipulações contidas no contrato, observando a necessidade de cooperação e respeito entre as partes.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior bem pontua a questão:

São dois os lados, ambos iluminados pela boa-fé; externamente, o contrato assume função social e é visto como um dos fenômenos integrantes da ordem econômica, nesse contexto visualizado como um fator submetido aos princípios constitucionais de justiça social, solidariedade, livre concorrência, liberdade de iniciativa, etc., que fornecem os fundamentos para uma intervenção no âmbito da autonomia contratual; internamente, o contrato aparece como

³³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contatos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 197.

vínculo funcional que estabelece uma planificação econômica entre as partes, à quais incumbe comportar-se de modo a garantir a realização dos seus fins e a plena satisfação das expectativas dos participantes do negócio.³⁴

Além disso, a boa-fé objetiva, no âmbito das relações contratuais, está intimamente ligada às legítimas expectativas que a negociação gera nos contratantes, visto que o contrato não se resume ao instrumento escrito, englobando todo o processo de negociação anterior à sua elaboração.

Em sendo assim, ao se valer de atuação pautada pela boa-fé objetiva, há permissão para o cumprimento das expectativas reciprocamente pelos contratantes, tutelando-se, pois, a confiança contratual.

Em suma, a confiança e, por decorrência, a boa-fé objetiva, é fonte de responsabilidade contratual, pois aquele que rompe a expectativa legitimamente criada e depositada no vínculo contratual deve responder pelos prejuízos de ordem patrimonial e extrapatrimonial suportados pelo parceiro no contrato.

O Código Civil de 2002 prevê a função interpretativa da boa-fé objetiva, em seu artigo 113, a função restritiva do exercício abusivo de direitos contratuais em seu artigo 187 e a consagra como regra de conduta imposta aos contratantes em seu artigo 422.

O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, arrola a boa-fé objetiva como princípio da Política Nacional de Relações de Consumo em seu artigo 4º, inciso III, bem como declara nulas as obrigações que sejam com ela incompatíveis em seu artigo 51, IV.

O contrato de plano de saúde, além de consistir em relação jurídica de natureza patrimonial, tendo em vista ser um contrato de prestação de serviços, nos termos do artigo 1º, inciso I, da Lei nº 9.656/98, se caracteriza pelo aspecto existencial, pois o seu objeto é bem de natureza essencial para a manutenção da vida e para o alcance da dignidade da pessoa humana.

O fato de se considerar a natureza existencial da relação contratual não retira a característica de ser um instrumento de circulação de riquezas da sociedade, mas também o torna um escudo protetivo dos direitos fundamentais, que, aqui, se restringirá ao direito à saúde, titularizado pelos usuários dos planos de saúde.

³⁴ JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar, A Boa-fé na Relação de Consumo, **Revista de Direito do Consumidor**, v. 50, p. 20.

Cabe, aqui, trazer doutrina de Verena Nygaard Becker, acerca dos atos existenciais.

A questão permanece em aberto; as duas concepções são viáveis. Todavia, a que vê no ato existencial negócio jurídico fundado na proteção à confiança parece-nos mais adequada aos princípios éticos que informam o ordenamento jurídico, porque a concepção do ato-fato teria o inconveniente de ordem meta-jurídica, no sentido de que viria contribuir para uma visão filosófica, hoje difundida, do indivíduo massificado ou do ser humano coisificado (para evitar este inconveniente é que Larenz exige que a conduta seja imputável ao agente, no sentido de que é necessário que ele possa orientá-la segundo o seu significado social-típico). Embora esta visão tenha sido consequência imediata, no plano filosófico, da revolução industrial e signifique apenas um estágio passageiro para uma liberação maior do indivíduo, no sentido de lhe permitir o gozo efetivo de uma liberdade concreta, a concepção do ato-fato implica numa certa desvalorização da personalidade humana.³⁵

A característica econômica constante em qualquer contrato, desta forma, sofre ponderações razoáveis frente ao valor do direito fundamental em comento.

Deve ser feita ponderação dos interesses da operadora – cunho patrimonial – e dos usuários – cunho existencial, de modo a possibilitar o alcance dos objetivos de ambos os contratantes.

O direito à saúde de qualquer usuário, tendo em vista o seu alcance, demonstra inegável superioridade a qualquer interesse porventura reclamado pela operadora de plano de saúde.

Em razão disso, o respeito à boa-fé objetiva se coloca em posição de suma importância nos contratos de plano de saúde, pois, assim como a operadora do plano de saúde necessita ter a segurança de que as mensalidades pagas pelos usuários serão suficientes para a manutenção do saldo positivo do fundo comum destinado à cobertura dos serviços médico-hospitalares contratados, os usuários têm a expectativa de que, caso venham a necessitar de algum tratamento médico, terão acesso a todos os serviços médico-hospitalares para o restabelecimento de sua saúde, os quais serão prontamente fornecidos/custeados pela operadora de plano de saúde contratada.

³⁵ BECKER, Verena Nygaard. A categoria jurídica dos atos existenciais: transformação da concepção clássica de negócio jurídico. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, vol. VII/VIII, 1973/1974, p. 15-53.

Aí entra o dever de informação, que é dever contratual acessório, decorrente da boa-fé objetiva, na medida em que protege as legítimas expectativas geradas por ambos os contratantes, impedindo o surgimento de conflitos e questionamentos ao longo da execução do objeto do contratado.

O dever de informar, aliás, está expressamente disciplinado no artigo 16 da Lei nº 9.656/98, que dispõe:

A todo consumidor titular de plano individual ou familiar será obrigatoriamente entregue, quando de sua inscrição, cópia do contrato, do regulamento e das condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o §1º do artigo 1º, além de material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, todas as suas características, direitos e obrigações.³⁶

Segundo Judith Martins Costa:

O princípio da boa-fé é chamado a atuar via atividade de integração contratual também por meio de deveres informativos. Trata-se de grupo extremamente polimorfo, pois a informação pode ser caracterizada, conforme as circunstâncias, como a própria obrigação principal (e. g., um contrato cujo objeto reside na prestação de informações sobre aplicações financeiras); um dever anexo ao dever principal (por exemplo, informar, via – manual de instruções -, sobre o correto uso da máquina adquirida); um dever lateral de proteção (v. g., informar sobre riscos de queda no chão do supermercado que está a ser lavado); um dever legal (por exemplo, a informação devida pelos administradores à assembleia de acionistas) e mesmo um ônus ou encargo material, como, por exemplo, o chamado – dever de se informar – atribuído aos profissionais sobre o estado da arte de sua profissão, ou, ainda, de um comprador de determinado bem para que se informe sobre as suas utilidades e/ou potencialidades, pois mesmo no domínio das relações de consumo, em que a informação é dever legal do fornecedor, não se exclui totalmente o princípio da autorresponsabilidade, sendo esse o correlato necessário à autonomia: quem abre conta em banco deve, no mínimo, se informar, a cada cheque a emitir sobre o estado de seu saldo bancário.³⁷

Mais adiante, refere ainda:

Assim, seja caracterizada como dever anexo a uma prestação principal, seja como dever lateral ao dever de prestação, a

³⁶ BRASIL. Lei nº 9.656/98, de 3 de junho de 1998. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm>. Acesso em: 25 de março de 2016.

³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 526-527.

informação é, no mais das vezes, marcada pela instrumentalidade (informa-se para atingir determinado resultado útil) e pela racionalidade (o dever e sua intensidade são relativos às concretas situações, pois o que pode ser uma informação lacunosa ou incompreensível para um leigo, poderá ser uma informação despicienda para um profissional).³⁸

A definição dos deveres informativos está diretamente ligada a fase da relação em que esse dever se encontra, do tipo de relação jurídica e, ainda, do interesse envolvido, o que ensejará diferentes intensidades do dever de informar.

Como refere, ainda, a mencionada autora:

De fato, o tema dos deveres informativos é exemplarmente ilustrativo do caráter eminentemente relacional da boa-fé. O conteúdo e extensão da informação devida são determináveis apenas em vista de um compósito de elementos contextualmente enquadrados. Por essa razão, no exame do caso concreto, devem ser averiguados e entrecruzados (i) elementos fáticos subjetivos (ligados à pessoa dos envolvidos, tais como a sua possibilidade de acesso à informação; bem como à presunção, ou não, de assimetria informacional entre as partes); (ii) elementos normativos (tais como os usos do tráfico jurídico, a presença, ou não, de um dever legal e/ou contratual de informar) e elementos fáticos objetivos (v. g., a aceitabilidade, conforme a relação, de assumir-se o risco de – jogadas equivocadas –, como é próprio das relações interempresariais, o cuidado prévio revelado pela realização de *due diligence*, ou a sua negligência, etc.). Em qualquer caso o *quantum* informativo é questão de grau: não há dever jurídico de dação de informação *ilimitada*.³⁹

Cláudia Lima Marques, traz compreensão pontual enfática:

Esta inversão de papéis, isto é, a imposição pelo CDC ao fornecedor do dever de informar sobre o produto ou serviço que oferece (suas características, seus riscos, sua qualidade) e sobre o contrato que vinculará o consumidor, inverteu a regra do *caveat emptor* (que ordenava ao consumidor uma atitude ativa: se quer saber detalhes sobre o plano de saúde, informe-se, descubra o contrato registrado em cartório no Rio de Janeiro ou São Paulo...atue ou nada poderá alegar) para a regra do *caveat venditor* (que ordenava ao vendedor ou corretor de planos de saúde que informe sobre o conteúdo desses, riscos, exclusões, limitações, etc.). Estabeleceu-se, assim, um novo patamar de conduta, de respeito no mercado, que não admite mais sequer o *dolus bonus* do vendedor, do atendente, do representante autônomo dos fornecedores, em face do dever legal. Este dever legal de atuação conforme a boa-fé sempre que o

³⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 530.

³⁹ Ibidem, p. 535.

fornecedor realizada ato negocial visando atrair consumidores como clientes e criando expectativas legítimas é reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, como se observa do leading case:

“Seguro de assistência médico-hospitalar – Plano de assistência integral (cobertura total)”, assim nominda o contrato.

- As expressões “assistência integral” e “cobertura total” são expressões que têm significado unívoco na compreensão comum, e não podem ser referidas num contrato de seguro, esvaziadas do seu conteúdo próprio, sem que isso afronte o princípio da boa-fé nos negócios. Recurso especial não conhecido (Resp. 26.456-2-SE, j. 13.08.2001, Rel. Min. Ari Pargendler).⁴⁰

Seguindo o mesmo raciocínio, cabe ao usuário, do mesmo modo, no momento da contratação, prestar informações fidedignas acerca do seu atual estado de saúde, a fim de se verificar a presença de doença ou lesão preexistente.

A tutela da confiança, sob a luz do princípio da boa-fé objetiva, é muito importante na execução das obrigações decorrentes do contrato de plano de saúde, na medida em que, pela teoria da confiança, objetiva-se “proteger prioritariamente as expectativas legítimas que nasceram no outro contratante, que confiou na postura, nas obrigações assumidas e no vínculo criado através da declaração do parceiro”.⁴¹

Em síntese, o princípio da boa-fé objetiva e, por consequência, a teoria contratual social é responsável por assegurar o equilíbrio da relação contratual de plano de saúde, na medida em que permite a satisfação dos interesses globais envolvidos.

A função social do contrato de plano de saúde – acesso a serviços de assistência médico-hospitalar adequados e efetivos – exige das partes a plena observância dos deveres contratuais de proteção e cooperação recíproca – deveres anexos à boa-fé objetiva, no sentido de atuarem de modo convergente para a proteção da integridade existencial e material uns dos outros, bem como para a promoção do completo adimplemento do contrato.

⁴⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 192.

⁴¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 180.

3 INTERPRETAÇÃO NOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE: CONCRETIZANDO A BOA-FÉ OBJETIVA

3.1 Estudo de Caso – REsp nº 418.572-SP

O caso concreto proposto trata de relação de consumo, advinda de contrato de plano de saúde, onde o consumidor propôs em face de Golden Cross Assistência ação de indenização, em razão da alteração unilateral do contrato firmado.

O autor, associado do plano de saúde desde 02/08/1978, foi incluído, por decisão unilateral da empresa, no plano de assistência integral – PAI, o qual estabelecia, de forma diversa do anterior, que a assistência médico-hospitalar seria prestada apenas por estabelecimento credenciado, sendo que, em caso de realização de serviços fora dos quadros conveniados, caberia ao consumidor adimplir as despesas, a serem reembolsadas com base na tabela da AMB.

Posteriormente, com 80 anos de idade, em razão de ter sido acometido por tumor maligno no pâncreas, enfermidade coberta pelo plano de saúde, teve negado os pagamentos de sua internação no Hospital Albert Einstein, em 19/06/1997, para a realização de cirurgia, sob o argumento de que o referido hospital não era credenciado.

Deferida a liminar, a sentença de primeiro grau julgou procedente o pedido, baseada, basicamente, no *pacta sunt servanta*, sendo inadmissível qualquer alteração posterior e unilateral, em detrimento de outra parte contratante, mantendo-se inalteradas as obrigações assumidas perante os associados, especialmente quanto a livre escolha de médico e hospital previsto.

A parte demandada apelou, sendo provido o recurso, por maioria, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, acórdão assim ementado:

SEGURO-SAÚDE – LEGITIMIDADE “AD CAUSAM” DA EMPRESA QUE CONTRATOU COM O BENEFICIÁRIO – IRRELEVÂNCIA DA CESSÃO UNILATERAL DE DIREITOS E OBRIGAÇÕES A OUTRA EMPRESA DO MESMO GRUPO – RECURSO DE AGRAVO RETIDO IMPROVIDO.
CONTRATO – SEGURO-SAÚDE – CLÁUSULA AUTORIZADORA DA ESCOLHA DE HOSPITAIS NÃO CREDENCIADOS, LIMITADO O REEMBOLSO À TABELA AMB – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE- NÃO TIPIFICAÇÃO DO SERVIÇO DEFEITUOSO – PRETENSÃO

AO REEMBOLSO TOTAL – INADMISSIBILIDADE – RECURSO
PROVIDO PARA JULGAR A AÇÃO IMPROCEDENTE.⁴²

O Espólio do autor interpôs embargos infringentes, os quais foram rejeitados, conforme ementa:

SEGURO-SAÚDE – em constando do Plano de Seguro Saúde do segurado direito de reembolso no Hospital onde foi ele atendido, não pode exigir da seguradora pagamento integral das despesas hospitalares e médica – Regra contratual expressa, clara e objetiva – Ação Improcedente – Rejeição dos embargos.⁴³

Inconformados, interpuseram recurso especial, pugnando, em síntese: a) que nem todos os hospitais estavam habilitados para atender o Sr. Ignácio Waligora, tendo em vista o quadro clínico do autor e da sua idade, motivo pelo qual foi internado no Hospital Albert Einstein; b) violação dos arts. 46, 47 e 51, IV, §1º, II, do CDC, pois a Golden Cross Seguradora AS, sucessora da Golden Cross Internacional de Saúde, alterou unilateralmente o contrato, motivo pelo qual a modificação que estabelece que a assistência médico hospitalar será prestada apenas por estabelecimento credenciado não produz efeitos em relação ao autor.

Em julgamento realizado no Recurso Especial nº 418.572-SP, foi provido o recurso, para condenar as rés, solidariamente, a ressarcir todas as despesas de internação de tratamento dispensadas ao autor junto ao hospital Albert Einsten, a partir da recusa em proceder a cobertura.

A ementa do referido julgado foi assim publicada:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PLANO DE SAÚDE. ALTERAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO. INTERNAÇÃO EM HOSPITAL NÃOCONVENIADO. CDC. BOA-FÉ OBJETIVA.

1. A operadora do plano de saúde está obrigada ao cumprimento de uma boa-fé qualificada, ou seja, uma boa-fé que pressupõe os deveres de informação, cooperação e cuidado com o consumidor/segurado.

2. No caso, a empresa de saúde realizou a alteração contratual sem a participação do consumidor, por isso é nula a modificação que determinou que a assistência médico hospitalar fosse prestada

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 418.572-SP. Recorrente: Ignácio Waligora. Recorrido: Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda e Outro. Relator: Min. Felipe Salamão. Brasília, 10 de março de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200200255150&dt_publicacao=30/03/2009>. Acesso em: 04 de janeiro de 2016.

⁴³ Ibidem.

apenas por estabelecimento credenciado ou, caso o consumidor escolhesse hospital não credenciado, que o ressarcimento das despesas estaria limitado à determinada tabela. Violação dos arts. 46 e 51, IV e § 1º do CDC.

3. Por esse motivo, prejudicadas as demais questões propostas no especial.

4. Recurso especial provido.⁴⁴

Na fundamentação, a Corte Superior reconheceu que o contrato em análise está submetido ao regramento do Código de Defesa do Consumidor, ainda que o acordo original tenha sido firmado anteriormente a entrada desse regramento, em 1991.

Em breve arrazoado, reconheceram a incidência de tal regramento por ser um contrato de trato sucessivo, que se renova a cada mensalidade.

Em razão do reconhecimento da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, consideraram que a operadora de seguro-saúde está obrigada ao cumprimento de uma boa-fé qualificada, ou seja, uma boa-fé que pressupõe os deveres de informação, cooperação e cuidado com o consumidor/segurado.

No caso em tela, houve alteração contratual, limitadora dos direitos do consumidor ao acesso a qualquer estabelecimento hospitalar, o que afetou o equilíbrio da relação.

Houve destaque, ainda, à condição de vulnerabilidade do consumidor nestes tipos de contrato.

Por fim, reconheceram a nulidade da alteração contratual, pois violados deveres fundamentais de informação e cooperação, decorrentes da boa-fé objetiva, bem como os artigos 46 e 51, IV e §1º do Código de Defesa do Consumidor, a seguir transcritos.

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 418.572-SP. Recorrente: Ignácio Waligora. Recorrido: Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda e Outro. Relator: Min. Felipe Salamáo. Brasília, 10 de março de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200200255150&dt_publicacao=30/03/2009>. Acesso em: 04 de janeiro de 2016.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais

(...)

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

(...)

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.⁴⁵

Assim, o recurso especial foi provido para restabelecer a sentença de primeiro grau.

O estudo de caso trazido limita a problemática proposta, no sentido de identificar, para os contratos de plano de saúde, a forma de incidência e aplicação do princípio da boa-fé objetiva.

3.2 As cláusulas limitadoras de responsabilidade à luz da boa-fé objetiva

Como visto na exposição traçada anteriormente, os contratos de plano de saúde são contratos cativos de longa duração, onde fornecedor e consumidor se relacionam por muitos anos com um fim precípuo, que é “assegurar ao consumidor o tratamento e ajudá-lo a suportar os riscos futuros envolvendo a saúde deste, de sua família, dependentes ou beneficiários”.⁴⁶

Neste tipo de contrato, aos que são assinados antes da Lei nº 9.656/98, a jurisprudência brasileira reconheceu reiteradamente que se aplica apenas o Código de Defesa do Consumidor e a lei anterior especial aos seguros, somente retroagindo a nova lei por força do próprio Código de Defesa do Consumidor, em, como menciona Cláudia Lima Marques, um verdadeiro diálogo das fontes.

⁴⁵ BRASIL. Lei nº 8.078/90, de 11 de setembro de 1990. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 25 de março de 2016.

⁴⁶ MARQUES, Cláudia Lima Marques. Conflitos de leis no tempo e direito adquirido dos consumidores de planos e seguros de saúde. In: MARQUES, Cláudia Lima Marques; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Saúde e Responsabilidade**: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 117.

O Código de Defesa do Consumidor, como já antes referido, é lei principiologicamente e se aplica a toda a relação de consumo.

A Lei nº 9.656/98, por seu turno, é lei especial, que regula os planos privados de assistência à saúde e expressamente menciona a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 35-G, ao estipular que se aplicam “subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o §1º do art. 1º desta Lei as disposições da Lei 8.078, de 1990”.

Conforme menciona Cláudia Lima Marques:

Efetivamente, o Código de Defesa do Consumidor trabalha com cláusulas gerais, como a da conduta segundo a boa-fé, ou como o do combate ao abuso e ao desequilíbrio contratual, logo é possível ao juiz considerar que a nova lei consolidou o que é (e já era) abusivo segundo o Código de Defesa do Consumidor e ofensivo, pois as suas normas, então em vigor. O espírito do intérprete deve aqui ser guiado pelo do art. 7º do CDC, que como uma interface aberta do sistema tutelar dos consumidores (Lex specialis ratinae personae), estabelece que a legislação tutelar incorpora todos os direitos assegurados aos consumidores em legislação ordinária, tratados, etc. A ratio legis é, pois, de incorporar os “direitos” assegurados nas leis especiais e não os deveres, o ônus, ou o retroceder da interpretação judicial já alcançada apenas com a lista de direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor.⁴⁷

O Código de Defesa do Consumidor é que regula os contratos anteriores à Lei nº 9.656/98, mas se deve atentar para o que foi positivado como abusivo.

A interpretação das novas regras deve ser sempre pró-consumidor, nos termos do artigo 47 do CDC, para o fim de haver incorporação apenas do que vier a favorecê-lo e não o que importar em redução, limitação ou violação dos direitos assegurados pelo CDC e pela jurisprudência anteriormente estabelecida.

Neste sentido, importa trazer novamente lição de Cláudia Lima Marques:

É o denominado, por Erik Jame, de diálogo das fontes, cada vez mais comum no direito pós-moderno onde a revogação expressa é cada vez mais rara e a derrogação impossível pelos diferentes campos de aplicação, cada vez mais difusos e modificáveis, segundo os papéis exercidos na sociedade. Em verdade é apenas uma nova luz para preencher a norma antes existente e evitar o conflito, com a opção constitucional pelo valor mais alto em conflito

⁴⁷ MARQUES, Cláudia Lima Marques. Conflitos de leis no tempo e direito adquirido dos consumidores de planos e seguros de saúde. In: MARQUES, Cláudia Lima Marques; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Saúde e Responsabilidade**: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 118.

nesta antinomia. Nunca é demais lembrar que o Código de Defesa do Consumidor tem origem constitucional e que, em caso de antinomia, a opção deve valorá-lo hierarquicamente, pois é direito fundamental do brasileiro à proteção se deus direitos como consumidor.⁴⁸

Assim, os consumidores que firmaram contratos antes da Lei dos Planos de Saúde estão protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor, pois as renovações sucessivas e automáticas impõem a aplicação das normas vigentes no período de cada renovação, conforme esclarece Rizzatto Nunes:

Anote-se que uma grande quantidade de contratos do setor foi assinada no período que compreende 11.03.1991 e 04.06.1998. Esses contratos já estavam protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor e continuam. Ninguém duvida que nenhuma cláusula contratual abusiva pode prevalecer, pois é expressamente nula por disposição do art. 51 da lei. O outro ponto está ligado aos contratos que foram assinados antes de 11.03.1991, isto é, antes da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor. Pergunta-se: eles também foram atingidos? Lembre-se que a Constituição Federal (LGL\1988\3) garante que a lei não prejudicará ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI). Ora, ato jurídico perfeito é o ato praticado em certo momento histórico, em consonância com as normas jurídicas vigentes ao tempo em que ele foi exercido. Note-se: é o ato consumado e não o ato que ainda está em curso. Isso traz uma série de conseqüências. Por mais razão de ser, o mesmo se dá com contratos de prestação diferida ou continuada, como são os de plano privado de assistência à saúde. Eles são contratos que implicam em prestação de serviços contínuos e que se propagam no tempo, Podem, portanto, ser atingidos pela lei nova. Isso já seria suficiente para se defender a inaplicabilidade das cláusulas contratuais que prejudicavam – e prejudicam – o consumidor.⁴⁹

Portanto, ainda que o contrato tenha sido firmado antes da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, é por ele regulado, pois é da sua própria natureza o estabelecimento de um trato sucessivo entre as partes, por prazo indefinido, permitindo, portanto, a aplicação do CDC.

Ademais, não se deve esquecer que o caso proposto e narrado no capítulo anterior faz necessária a análise também no Estatuto do Idoso – Lei nº 10.741/2003 – que entrou em vigor em janeiro de 2004.

⁴⁸ Ibidem, p. 119.

⁴⁹ NUNES, L. A. Rizzatto. O Código de Defesa do Consumidor e os Planos de Saúde: o que importa saber, **Revista de Direito do Consumidor**, n. 48, São Paulo, Revista dos Tribunais, out./dez. 2003, p. 86.

O interesse social que subjaz ao Estatuto do Idoso exige sua incidência em contratos de trato sucessivo, assim, como já referido em outras passagens, como os contratos de plano de saúde, ainda que firmado anteriormente à vigência do estatuto protetivo.

O direito do consumidor e a proteção do idoso, dada a eficácia horizontal dos direitos fundamentais prevista na Constituição, têm incidência nas relações privadas, devendo nortear também a interpretação dos contratos.

O sistema adotado pelo Código de Defesa do Consumidor surgiu com objetivo de restabelecer o equilíbrio entre as partes contratantes, limitando os abusos que o rigor do *pacta sunt servanda* propicia nas relações privadas, ensejando cumprimento do ajuste a qualquer custo, ainda que configurem forma de abuso e exploração da parte vulnerável.

O Código de Defesa do Consumidor outorgou um amplo leque de proteção na área contratual, notadamente pela limitação da liberdade de contratar, hoje expressamente disciplinada no artigo 421 do Código Civil de 2002, resguardando os direitos dos consumidores dos abusos anteriormente praticados, permitindo a modificação das cláusulas que estabeleçam condições abusivas e desproporcionais.

A liberdade contratual deixou de ser absoluta, sendo atribuída uma função social ao contrato, no sentido de que se conclua em benefício dos contratantes, sempre analisado conjuntamente com o interesse público.

Os princípios da supremacia da ordem pública, da defesa do consumidor e da boa-fé são amplamente aplicados aos contratos de adesão, derrogando as cláusulas abusivas.

Sobre o ponto, Celso Bandeira de Mello leciona:

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comando. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumácia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.⁵⁰

⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 112.

Os termos dos contratos de adesão de prestação de serviços médico-hospitalares, como o do caso em análise, devem ser analisados com extremo rigor, para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor se torne efetiva, com a proteção dos bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

As alterações contratuais operadas de forma unilateral são abusivas e por isso nulas, pois qualquer revisão que se faça deve se dar como resultado de um processo onde ocorram tratativas bilaterais, garantindo os interesses das partes.

Ademais, há de ser lançado olhar atento às cláusulas limitadoras de responsabilidade, espécies do gênero cláusulas abusivas, que, no caso trazido, está claramente estampado.

O questionamento proposto residiria em identificar a existência de cláusula abusiva, em virtude de desequilíbrio gerado na relação contratual, diante da elaboração de cláusula limitadora da obrigação, a partir da exclusão ou limitação de cobertura do plano de saúde.

Sobre o ponto, destaca-se lição da Dra. Káren Rick Danilevicz Bertoncello ao analisar a possibilidade de acesso ao mapa genético individual pelas seguradoras.

Não obstante isso, a proposta aqui formulada objetiva a avaliação relativa ao objeto do contrato de seguro e às conseqüências sobre a relação obrigacional entabulada entre a seguradora e segurado – consumidor, em especial, a presença de risco, diante da possibilidade de minoração substancial nas hipóteses de ocorrência do sinistro em face da possibilidade de acesso da seguradora aos mapas genéticos individuais, que propiciarão, por conseguinte, um negócio jurídico exageradamente favorável à seguradora, diante da circunstância dos riscos passarem a abranger, com maior probabilidade, a esfera dos demais infortúnios a que o segurado possa ser acometido, favorecendo-as em vista do prévio conhecimento sobre a provável evolução na saúde do segurado.⁵¹

Além disso, o artigo 115 do Código Civil de 1916, já proibia a estipulação contratual que reverta em condições capazes de sujeitar uma das partes ao arbítrio de outra.

O descredenciamento de hospitais, como no caso concreto trazido, é prática condenável praticada pelas operadoras de saúde e implicam na responsabilidade civil – obrigação de fazer ou não fazer – da empresa contratada, nos termos dos

⁵¹ BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Seguro de pessoas e acesso ao mapa genético individual. *Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*. Porto Alegre, n. 3, 2005, p. 140.

artigos 48 e 84 do CDC, possibilitando ao consumidor obter a medida judicial específica.

A par de toda a ordem de irregularidades cometidas, a Lei nº 9.656/98 fez constar expressamente em seu texto critérios que regulam a hipótese de descredenciamento, de modo que nos contratos firmados a partir de 04 de janeiro de 1999, ou nos contratos antigos que tenham sofrido a adaptação facultada por lei, somente poderá ocorrer descredenciamento mediante comunicação prévia – com 30 dias de antecedência – aos consumidores e ao Ministério da Saúde.

Tal regulamentação não deixa de ser um passo importante rumo à redução da prática de descredenciamento de prestadoras de serviços, contudo, garante, em suma, o direito à informação do usuário, mas dificilmente inibirá esta prática.

Os contratos de plano de saúde não têm um objeto qualquer, comum (tratam da proteção à saúde e à vida). Por serem de adesão, reiteradamente renovados ao longo dos anos, são considerados como negócios de longa duração, em que o segurado, dada a importância do objeto pactuado, deposita inúmeras expectativas no vínculo contratual, expectativas essas protegidas pelo CDC.

Nesse compasso, a cláusula geral da boa-fé objetiva se constitui em dever de conduta que impõe o dever de lealdade aos contratantes e também um limite ao exercício abusivo de direitos, atuando como fonte de integração do conteúdo contratual. Da incidência da boa-fé objetiva decorrem os chamados deveres instrumentais ou deveres acessórios de conduta.

Em verdade, são deveres de adoção de determinados comportamentos, impostos pela boa-fé em relação ao contrato, dada a relação de confiança que o contrato fundamenta, comportamentos variáveis com as circunstâncias concretas da situação. Ao ensejar a criação desses deveres, a boa-fé atua como fonte de integração do conteúdo contratual, determinando a sua otimização, independentemente da regulação voluntariamente estabelecida.

Destarte, a alteração dos contratos de plano de saúde deve obedecer aos preceitos constitucionais de proteção do consumidor e ao idoso, quando necessário, quer seja pelo princípio da supremacia da Constituição, que seja pela eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

4 CONCLUSÃO

O sistema de saúde no Brasil, que iniciou pelo sistema público e avançou, posteriormente, para o sistema privado, está marcado, hoje, pelo hibridismo, onde coexistem as duas esferas – pública e privada.

O mercado de saúde suplementar se formou e cresceu sem regulação e fiscalização efetivas pelo Estado e, apenas a partir da década de 90, é que se percebeu a necessidade de intervenção estatal na regulação e fiscalização do sistema de saúde privada.

Diante desta realidade, foi criada a Agência Nacional de Saúde (ANS) e, depois, com Lei nº 9.656/98, foi dado o passo mais significativo para a regulação do sistema, objetivando equilibrar as relações e forças existentes no mercado, a fim de proteger o consumidor ou aderente de plano ou seguro saúde.

A Lei nº 9.656/98, juntamente com o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil, definiu as características do contrato de plano de saúde, destacando a função social do contrato, consagrando o dirigismo contratual, no sentido de alicerçar a constitucionalização do direito privado por meio da equidade, tendo em vista que o serviço que se opera nesse mercado possui características próprias, pois afeta um bem constitucional indisponível: a vida, a qual deve, necessariamente, ser blindada pela segurança jurídica na relação contratual dos planos de saúde, confirmando a saúde como bem indisponível.

Todo o contrato é dotado de determinada finalidade, que justifica e orienta a sua formação, devendo, pois, ser excluída do seu texto qualquer previsão que elimine ou impossibilite o cumprimento de prestação inerente à natureza do contrato.

Assim, o contrato não pode se tornar instrumento a serviço apenas dos interesses dos contratantes, que aproveita da posição de dependência e vulnerabilidade do seu parceiro contratual, para obter vantagem excessiva e injustificada, pois, dessa forma, provoca a impossibilidade de concretização das legítimas expectativas próprias do vínculo contratual, e, portanto, impede o alcance do objetivo econômico-social do pacto.

Daí se compreende a importância da boa-fé objetiva para a verificação da presença ou não de abusividade nos contratos de planos de saúde, haja vista ser responsável por impor às operadoras, em razão da essencialidade do objeto contratado e da posição de dependência contratual assumida pelos

usuários/consumidores, a obrigação de exercício de sua autonomia privada de forma qualificada pelos deveres de informação, cooperação e cuidado para com estes, visando, assim, o efetivo cumprimento da obrigação contratual.

Desta forma, alterações unilaterais do conteúdo do contrato, como no caso trazido, devem ter a abusividade reconhecida, por ofenderem, diretamente, as legítimas expectativas geradas nos beneficiários, os quais detinham, até então, a confiança de ter contratado a cobertura de serviços médico-hospitalares aptos à efetiva tutela de sua saúde.

REFERÊNCIAS

BECKER, Verena Nygaard. A categoria jurídica dos atos existenciais: transformação da concepção clássica de negócio jurídico. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, vol. VII/VIII, p. 15-53, 1973/1974.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual do Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Seguro de pessoas e acesso ao mapa genético individual. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**, Porto Alegre, n. 3, p. 140, 2005.

DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos fundamentos e direito privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

¹FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. Ineficácia das cláusulas abusivas no sistema brasileiro do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 43, 2002.

GOMES, Orlando. **A constituição e seus reflexos no direito das obrigações: novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1982.

GOMES, Josiane Araújo. Dos Contratos de Plano de Saúde à luz da Boa-fé Objetiva. **Revista de Direito Privado**, n. 60. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. Out-Dez, 2014.

GREGORI, Maria Stella. **Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar, A Boa-fé na Relação de Consumo, **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 50.

LIMBERGER, Têmis. Direito à saúde: Os contratos celebrados anteriormente à lei dos planos de saúde e ao estatuto do idoso, **Revista de Direito do Consumidor**, n. 73. São Paulo, 2010.

MARQUES, Claudia Lima. A abusividade dos contratos a assistência a saúde e de assistência médica no Brasil. **Revista Associação dos juizes do Rio Grande do Sul**, Rio Grande do Sul, vol. 15, n. 22, 1999.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima Marques. Conflitos de leis no tempo e direito adquirido dos consumidores de planos e seguros de saúde. In: MARQUES, Cláudia Lima Marques; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 526-527.

_____. A boa-fé como modelo (uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale). In: BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 50. 2004.

MIRAGEM, Bruno. Os direitos do consumidor como direito fundamental – Consequências jurídicas de um conceito. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 43, jul./set. 2002.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **O código de defesa do consumidor: princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade nas demais praticas comerciais**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

NERY JUNIOR, Nilson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: Forense, 2010.

NUNES, L. A. Rizzato. O Código de Defesa do Consumidor e os Planos de Saúde: o que importa saber, **Revista de Direito do Consumidor**, n. 48, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

PASQUALOTTO, Adalberto. A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde: uma interpretação construtiva. In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 4. ed. Rio de Janeiro, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado**, Salvador, n. 11, 2007.

SILVA, Joseana Suzart Lopes da. **Planos de saúde e boa fé objetiva**. 2. ed. Bahia: JusPODIVM, 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 de março de 2016.

BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm>. Acesso em: 25 de março de 2016.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 12 de maio de 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 24 de maio de 2016.

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200200255150&dt_publicacao=30/03/2009