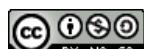


Contratos privados de assistência à saúde: paradigma da essencialidade

Assis Borges Nasser Ferreira, Jussara Suzi; Aparecida Costa, Larissa
Contratos privados de assistência à saúde: paradigma da essencialidade
Prisma Jurídico, vol. 17, núm. 1, 2018
Universidade Nove de Julho, Brasil
Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93458828010>
DOI: <https://doi.org/10.5585/prismaj.v17n1.8144>



Este trabalho está sob uma Licença Internacional Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhamento Pela Mesma Licença.

Contratos privados de assistência à saúde: paradigma da essencialidade

Private contracts for health care: paradigm of essentiality

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

jussara@bflaw.adv.br

Universidade de Marília, Brasil

Larissa Aparecida Costa larissac.adv@gmail.com

Universidade de Marília, Brasil

Resumo: O modelo gerado pela globalização nas últimas décadas, promove mudanças importantes nas interações sociais, fomentando discussões acerca da posição de vulnerabilidade do consumidor nos contratos privados de plano de saúde, objeto da investigação. A partir de uma análise crítica, por meio do método dedutivo e levantamento bibliográfico, o estudo analisa os pressupostos que marcam a constitucionalização das relações negociais, com vistas a um regramento adequado à tutela da parte débil, acrescido da metodica do paradigma da essencialidade.

Palavras-chave: Contratos Privados, Assistência à Saúde, Paradigma da Essencialidade.
Abstract: The model generated by globalization in the last decades, promotes important changes in social interactions, fomenting discussions about the position of vulnerability of the consumer in the private contracts of health plan, object of the investigation. From a critical analysis, through the deductive method and bibliographical survey, the study analyzes the assumptions that mark the constitutionalisation of business relations, with a view to an adequate regulation to the tutelage of the weak part, plus the methodical of the essentiality paradigm

Keywords: Private Contracts, Health Care, Paradigm of Essentials.

1 Introdução

Os avanços acompanhados nas últimas décadas no tocante à tecnologia proporcionaram novas interações no mercado econômico.

Dada a relevância que a evolução tecnológica exerce sobre o conjunto social, e assim sobre o mercado econômico, o Direito não poderia permanecer alheio aos novos fenômenos que, apesar de recentes, já alteraram o paradigma do mercado econômico.

Na sociedade contemporânea, pautada, sobretudo, pelas trocas comerciais inerentes ao capitalismo e os influxos da globalização que alteram o cenário social, imprimem contornos distintos à disciplina contratual na pós-modernidade.

Sendo assim, por meio de uma análise crítica, com a utilização do método dedutivo, o presente artigo apresenta ponderações iniciais das conjecturas gerais, acerca dos reflexos da globalização nas particularidades dos contratos celebrados atualmente, versando sobre a mudança da atenção dada à vontade única das partes, para um panorama que contempla a função social do contrato.

Considerando a constitucionalização do direito privado e a influência da primazia da dignidade da pessoa humana trazida pelo texto

Prisma Jurídico, vol. 17, núm. 1, 2018

Universidade Nove de Julho, Brasil

Recepção: 07 Dezembro 2017

Aprovação: 21 Junho 2018

DOI: <https://doi.org/10.5585/prismaj.v17n1.8144>

Redalyc: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93458828010>

constitucional, observa-se o direito à saúde enquanto direito fundamental inerente à condição humana.

Sobre a relevância social dos contratos de planos privados de assistência à saúde, são apresentadas as contribuições do Código de Defesa do Consumidor, ao definir o conceito de fornecedor e consumidor, indicando ainda instrumentos para sua proteção contratual, por meio da tutela de direitos básicos, dentre os quais se destacam a proteção contra as cláusulas abusivas e equilíbrio material, considerando a condição de vulnerabilidade do consumidor.

Por derradeiro, indica-se o paradigma da essencialidade como potencial mecanismo integrador da disciplina contratual na pós-modernidade, orientado pela constitucionalização do direito privado.

2 Os contratos na pós-modernidade

As premências e anseios dos indivíduos estão em constante mobilidade e apresentam ampla variabilidade em razão de contextos políticos, econômicos, históricos e culturais que acompanham a evolução dos agrupamentos humanos.

Imperioso analisar os novos contornos da disciplina contratual na pós-modernidade, influenciados pela nova dinâmica social e pelo compromisso constitucional com a tutela da pessoa humana.

O processo de globalização atua de forma profunda nas relações sociais da pós-modernidade, já que, por meio da tecnologia, apresenta soluções inovadoras diante do atual contexto social, possibilitando, além da comunicação global, ampla troca de serviços, mercadorias e produtos.

Ainda sobre os influxos da globalização no contexto social atual, relevantes são as lições de Zygmunt Bauman (1999, p. 7):

A ‘globalização’ está na ordem do dia; uma palavra da moda que se transforma rapidamente em um lema, uma encantação mágica, uma senha capaz de abrir as portas de todos os mistérios presentes e futuros. Para alguns, ‘globalização’ é o que devemos fazer se quisermos ser felizes; para outros, é a causa da nossa infelicidade. Para todos, porém, ‘globalização’ é o destino irremediável do mundo, um processo irreversível; é também um processo que nos afeta a todos na mesma medida e da mesma maneira. Estamos todos sendo ‘globalizados’ - e isso significa basicamente o mesmo para todos.

As interações sociais na pós-modernidade, demandam que o Estado se faça presente para regular os interesses envolvidos e conceder primazia à dignidade humana sob a luz dos preceitos constitucionais, sobretudo no que diz respeito aos reflexos dos direitos fundamentais na disciplina contratual.

A soberania da vontade dos contratantes, ainda que tutelada pelo artigo 170 da Constituição Federal, por meio da livre iniciativa, ganhou contornos a fim de alcançar os ditames da justiça social e a redução das desigualdades.

A constitucionalização do direito civil trouxe para a disciplina dos contratos preocupações com o desenvolvimento humano, atrelado ao progresso econômico.

A tendência contratual apresenta uma redução do papel da vontade das partes, o que Enzo Roppo (2009, p. 297) denomina de objetivação do contrato, uma vez que diante da moderna economia de massa, com trocas comerciais dinâmicas, o Estado deve atuar no sentido de garantir a estabilidade do mercado econômico.

Em prosseguimento, cabe remarcar a tutela da confiança e seu relevo:

A razão unificante de todas estas regras é a exigência de Tutelar a confiança (e enquanto isso, como sabemos, garantir a estabilidade, a leveza, o dinamismo das relações contratuais e, portanto das transferências, de riqueza). Mas Tutelar a confiança só é possível dando proeminência - na definição do tratamento jurídico das relações- aos elementos exteriores, ao significado objetivo e típico dos comportamentos, a sua cognoscibilidade social, e isto significa, por contraposição, atenuar o tradicional relevo dado às atitudes psíquicas singulares, concretas e individuais dos contraentes, as suas representações subjetivas, limitadas ao foro íntimo - em conclusão, à sua vontade. (ROOPPO, 2009, p. 301).

Frente às múltiplas relações contratuais desenvolvidas na atualidade, ganha relevância não apenas as vontades individuais dos contratantes, mas os interesses coletivos; dessa forma, a reconstrução das teorias contratuais dialoga com os princípios que sustentam o Estado Democrático de Direito e a ordem econômica.

2.1 A intervenção estatal no domínio econômico e a disciplina contratual na pós-modernidade

As mudanças paradigmáticas ocorridas no direito, sobretudo, a partir do século XX, alcançaram também as obrigações contratuais, impondo aos contraentes regramentos e condutas éticas, a fim de estabelecer uma relação de equidade.

O Estado, buscando tutelar o equilíbrio entre as partes, atua conforme preleciona Orlando Gomes (2007, p. 9), por meio de "leis que tutelam ou proíbem certos conteúdos contratuais, ou sujeitam a sua conclusão ou sua eficácia a uma autorização do poder público".

O Estado intervencionista, em certa medida, vem proteger a mudança no contrato, pautado anteriormente na plena liberdade de pactuar, para um direito pós-moderno que visa ao equilíbrio entre as partes, protegendo assim a parte vulnerável.

Frente aos avanços tecnológicos, as interações sociais vêm carregadas de dinamismo e fluidez, implicações que clamam por soluções adequadas e contextualizadas de conformidade com a dinâmica da chamada modernidade líquida.

[...] a passagem da fase "sólida" da modernidade para a "líquida" - ou seja, para uma condição em que as organizações sociais (estruturas que limitam as escolhas individuais, instituições que asseguram a repetição de rotinas, padrões de comportamento aceitável) não podem mais manter sua forma por muito tempo (nem se espera que o façam), pois se decompõem e se dissolvem mais rápido que o tempo que leva para moldá-las e, uma vez reorganizadas, para que se estabeleçam. (BAUMANN, 2007, p. 7).

Considerando as novas demandas da sociedade, ganham destaque as teorias que influenciaram o Código de Defesa do Consumidor, uma vez que o contrato não figura mais como um mecanismo voltado exclusivamente para a circulação de riquezas e a vontade dos contratantes, mas com o propósito de proteção dos direitos fundamentais.

Assim, considerando a constitucionalização do direito privado, tem-se que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais ganha novos contornos, a fim de consolidar a tutela destes direitos também em sede de relações jurídicas privadas.

Sobre o tema, em recente decisão do Supremo Tribunal Federal, ficou assentado que:

as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm campo de incidência em qualquer relação jurídica, seja ela pública, mista ou privada, donde os direitos fundamentais assegurados pela Carta Política vinculam não apenas os poderes públicos, alcançando também as relações privadas. (BRASIL. STF. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário - 1.008.625/SP, Relator: Luiz Fux, DJ:19/04/2017).

A disciplina contratual entre sujeitos privados deve ter por base o cardápio principiológico contido na Carta Magna, com vistas a alcançar o equilíbrio contratual e a dignidade da pessoa contratante.

Como referido, a intervenção do Estado nas relações privadas, sobretudo no campo dos contratos, ganha relevância à medida em que atua para harmonizar os interesses em conflito e a efetivação dos direitos fundamentais no âmbito privado, uma vez que a ordem constitucional-econômica brasileira encontra-se assentada na busca pela valorização do trabalho humano, da livre iniciativa, da existência digna, da livre concorrência e nos ditames da justiça social, ao mesmo tempo em que figuram como princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

3 O direito fundamental à saúde

A saúde constitui objeto de proteção em âmbito internacional, estando disciplinada no Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde de 1946, indicando que a possibilidade de gozar do melhor estado de saúde, seja sob o prisma mental ou físico, figura como um direito fundamental inerente à pessoa humana, cenários que não permitem qualquer tipo de distinção, seja está por religião, raça ou mesmo condição econômica.

Cumpre destacar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que integra os preceitos da Organização das Nações Unidas, da qual o Brasil é signatário. Referido instrumento normativo preconiza no artigo XXV que “toda pessoa tem o direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar”. (Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), 1948).

Em consonância com a normatização internacional, a Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo o compromisso do Estado brasileiro na tutela dos direitos humanos e fundamentais, disciplinando o direito

fundamental à saúde conforme dicção do artigo 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Nesse sentido, para a preservação da força normativa da Constituição, as relações devem ser pautadas pela tutela à dignidade da pessoa humana e aos princípios constitucionais.

Conforme destaca Flávia Piovesan (1998, p. 195), “o valor da dignidade humana impõe-se como núcleo básico informador do ordenamento jurídico brasileiro”; sendo assim, a saúde coloca-se como um direito fundamental assegurando o acesso universal e igualitários a todos.

Dessa forma, enquanto valor fonte do sistema constitucional, a primazia atribuída à dignidade da pessoa humana pela Constituição Federal acaba por vincular a atuação legislativa infraconstitucional, que deve guardar harmonia com a norma hierarquicamente superior e, ainda, em relação à postura judicial, sob pena de lesar o espírito da Carta Magna.

Segundo Ingo Sarlet (2007, p. 62), a dignidade da pessoa humana consiste em:

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano, que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Uma vez positivado pelo constituinte originário, o direito à saúde ganha status de fundamentalidade formal, tendo em conta o bem jurídico maior tutelado pelo Estado, que é a vida humana, pressuposto para o acesso e gozo aos demais direitos e garantias assegurados pela Constituição Federal.

Preleciona Walber de Moura Agra (2008, p. 134) nos seguintes termos:

A concretização dos dispositivos concernentes à saúde, pela importância que elas representam para a sociedade, torna-se um instrumento para aumentar o sentimento constitucional e consequentemente sua eficácia normativa. Destarte, cria-se um ciclo benéfico, em que a densificação da Lei Maior propicia a implementação das normas sociais relacionadas à saúde e, por sua vez, sua concretização auxilia no incremento do sentimento constitucional e contribui para o aumento de sua eficácia normativa.

Tendo em vista a complexidade das relações sociais da atualidade e as balizas que norteiam o Estado, por meio do qual estabelece direitos e garantias aos cidadãos, atendendo aos ditames da justiça social e concedendo à dignidade da pessoa humana, o direito à saúde inegavelmente compõe o núcleo indissociável de manutenção da vida humana, conferindo, assim, uma identidade própria à Carta Magna.

A Constituição Federal, ao eleger o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, sinaliza o valor essencial da vida humana, uma vez que a garantia do direito à vida apenas se efetiva

de forma plena por meio de pressupostos que assegurem o preceito constitucional fundamental da dignidade humana.

Nestes termos, importante é o apontamento de Alexandre de Moraes (2000, p. 62):

[...] O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à sua subsistência.

Uma vez que o direito à saúde figura como direito fundamental, cumpre destacar que o Estado deve viabilizar não apenas as condições mínimas de sobrevivência, mas uma vida com saúde, sob os aspectos físicos, mentais, culturais e sociais.

Sobre a importância da tutela ao direito fundamental da saúde, Julio César de Sá da Rocha (1999, p. 43) dispõe que:

A conceituação da saúde deve ser entendida como algo presente: a concretização da sadias qualidade de vida, uma vida com dignidade. Algo a ser continuamente afirmado diante da profunda miséria por que atravessa a maioria da nossa população. Conseqüentemente a discussão e a compreensão da saúde passa pela afirmação da cidadania plena e pela aplicabilidade dos dispositivos garantidores dos direitos sociais da Constituição Federal.

Tendo em vista a importância da tutela à saúde humana, o ordenamento jurídico pátrio concedeu possibilidades de proteção por meio da criação do Sistema Único de Saúde (SUS) que, de acordo com o artigo 4 da Lei nº 8.080/1990, pode ser conceituado como um “conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais”.

No entanto, frente à inabilidade de o Estado atender a demanda de serviços de saúde pública com qualidade e eficiência, diante das dimensões continentais do país e a limitação de recursos públicos, a normativa interna permite a atuação do sistema de assistência privada à saúde atuando de forma a complementar a atividade Estatal, suprindo as deficiências na prestação adequada de saúde pública.

Consoante Antonio Joaquim Fernandes Neto (2002, p. 29), no Brasil, em meados dos anos de 1920, surgiu o sistema privado de assistência à saúde, sendo que nas décadas de 1960 e 70 se acompanha o crescimento na contratação de planos de saúde.

A partir da globalização e o crescimento econômico, ocorrem alterações nas relações entre os planos de saúde e os beneficiários, sobretudo, diante da ausência de uma regulação adequada, que promovesse a tutela da parte vulnerável na relação de consumo.

Frente à realidade nacional, inconteste a viabilidade de realizar contratos privados de assistência à saúde, ponto do qual surgem grandes debates no que tange à efetivação da tutela do consumidor e, sobretudo, da vida humana.

3.1 Contratos de planos privados de assistência à saúde

Diante da positivação do direito à saúde como direito fundamental, resulta o compromisso do Estado, a fim de concretizar os valores do Estado Democrático de Direito, fiscalizar a atividade privada de serviços prestados na área da saúde, assim como promover, no âmbito do Sistema Único de Saúde, cuidados médicos de qualidade.

A Lei nº 9.656/98 define o plano privado de assistência à saúde em seu artigo 1, inciso I, como a:

[...] prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.

De acordo com o referido instrumento normativo, as operadoras de saúde, que celebram contrato de assistência médica privada, estão incluídas na qualidade de fornecedores, já que prestam serviços no mercado de consumo, de forma continuada e mediante remuneração.

No outro polo desta relação jurídica, figuram os beneficiários, típicos consumidores e seus dependentes que, a partir das disposições contratuais, passam a utilizar o serviço de cuidados médicos, como destinatários finais.

O consumidor está diante de várias empresas que oferecem serviços no ramo de saúde suplementar, devendo avaliar e optar por celebrar o contrato com a empresa que melhor atenda a suas necessidades, dentro das balizas estabelecidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, a legislação sobre o tema e a Constituição Federal.

Cumpre destacar o papel fundamental do Código de Defesa do Consumidor, contra práticas abusivas que tendem a lesar os consumidores.

Como consequência dessa relação, os contratos privados de assistência à saúde são contratos de consumo, em que se tem, de um lado, “a prestação de serviços de assistência à saúde aos consumidores, por meio de um contrato de adesão, padronizado, em que todas as cláusulas são preestabelecidas pelo fornecedor” (FERNANDES NETO, 2002, p. 128).

Outra característica do contrato de assistência à saúde é a condição sinalagmática, que estabelece obrigações recíprocas, em que o consumidor realiza periodicamente o pagamento das prestações pecuniárias correspondentes aos serviços oferecidos e a empresa que fornece o serviço de assistência à saúde cumpre a cobertura dos procedimentos médicos e hospitalares descritos no contrato.

Além disso, os contratos com os planos de saúde são aleatórios, vez que estão vinculados a evento futuro e incerto, que seria exatamente a necessidade eventual da utilização dos serviços médicos contratados.

Ao celebrar um contrato para a assistência privada à saúde, o contratante objetiva proteger o bem maior, a vida humana. A esse respeito, Bruno Miragem (2016, p. 464) assim se pronuncia:

A causa do contrato em questão diz respeito à oferta de segurança ao usuário dos serviços e a seus dependentes acerca de riscos relacionados com a saúde e a manutenção a vida. Neste sentido, constitui elemento comum de contratos de planos e seguros saúde o fato de ambas as modalidades envolverem serviços (de prestação médica ou de seguro) de trato sucessivo, ou seja, contratos de fazer de longa duração e que possuem uma grande importância social e individual.

Os contratos de plano de saúde ilustram como o contrato de adesão é utilizado por uma gama de indivíduos, criando os contratos de massa, para consolidar instrumentos jurídicos pré-redigidos.

Considerando a importância do bem contratado, que versa sobre a saúde e o bem-estar dos indivíduos, que por meio do texto constitucional é um direito fundamental, o regramento deve ser diferenciado, uma vez que o Estado deve impor limitações na liberdade contratual, a fim de igualar as partes contratantes.

Sobre o tema, segue a lição de José Afonso da Silva (2013, p. 285):

Assim, a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que 'liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo'. É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social.

Com vistas a combater o abuso do poder econômico em face dos direitos e garantias do consumidor, ao analisar a legislação vigente, pode-se considerar uma relação de proteção tanto da livre concorrência como do consumidor, visando à tutela da ordem econômica.

Nessa esteira, as considerações de Rezende e Almeida (2013, p. 293):

A da concorrência, assim como a defesa do consumidor, preocupa-se em evitar que, em função das estruturas de mercado e de assimetrias de informação, a detenção de poder econômico seja usada pelas empresas em prejuízo de consumidores. No entanto, há diferenças significativas na abordagem analítica e nos objetivos de cada um desses dois conjuntos de políticas públicas. A defesa da concorrência tem como foco central preservar o padrão de competição entre as empresas, para que, por esse meio, o mercado atinja níveis mais elevados de eficiência econômica, beneficiando assim os consumidores. Já a defesa do consumidor tem uma ação mais imediata na proteção dos interesses desse agente econômico em uma relação comercial com qualquer empresa.

O Sistema Único de Saúde apresenta em várias regiões do país profundas deficiências estruturais, e considerando a importância da proteção à saúde para o bem-estar dos indivíduos, os contratos de planos de assistência à saúde são essenciais para a sociedade.

A intervenção estatal ponderada mostra-se relevante para regular e fiscalizar os contratos de saúde, por diversas razões, das quais se destaca a importância da proteção à saúde, considerada pelo texto constitucional um direito fundamental, assim como diante da supremacia econômica e

jurídica das operadoras de saúde em face da condição de vulnerabilidade do consumidor.

Acerca das mudanças na cena negocial, Schimitt, Benjamin e Marques (2015, p. 59) assim se pronunciam:

O surgimento de perspectivas voltadas para o campo do social deram margem a um processo de restauração da vontade legítima do consumidor prejudicado por eventual desequilíbrio contratual ou afetado por serviços inadequados e ineficientes comparados à sua expectativa quanto da contratação, bem quanto à imagem de um negócio seguro e eficiente a consagrar o “princípio da manutenção do contrato”, sem a presença da cláusula abusiva, com fundamento na função social desempenhada pelo contrato dentro da sociedade, orientando a relação obrigacional, realizando a distribuição equitativa dos direitos e deveres das partes contratantes.

A jurisprudência pátria atua de forma adequada no sentido de promover a concretização da tutela da parte débil nos contratos privados de plano de saúde. Nesse sentido, a decisão do colendo TJ-SP:

Apelação Cível. Plano de Saúde. Obrigaçāo de Fazer. Mulher do autor beneficiário que apresentou gravidez ectópica, e em seu início teve hemorragia abdominal de grande porte. Atendimento em hospital que era credenciado do plano de saúde apenas para o pronto-atendimento. Exames que identificaram nível crítico de hemácias e hemoglobina. Verificada a necessidade de internação urgente da autora, sob risco de vida, não havendo tempo hábil para transferência. Internação não coberta no nosocomio onde a paciente foi atendida. Autor que pagou a internação e a cirurgia às suas expensas, e pretende o reembolso de seu plano de saúde. Recusa de reembolso de internação em caráter emergencial, sob alegação de exclusão contratual [...] Procedência da ação para determinar ao plano de saúde a cobertura de todos os procedimentos de que a paciente necessitou em razão do quadro de hemorragia apresentado, com determinação de resarcimento das despesas que o autor desembolsou em razão do atendimento [...] Abusividade na recusa do reembolso. Não se trata de hospital que seja de alto padrão, verificando-se a boa-fé por parte do autor [...]. Exclusão contratual que não se aplica ante evidenciado caso de emergência crítica. Situação que importa no reembolso integral das despesas tidas com a internação e a cirurgia, nos termos do quanto determinado em sentença, que fica mantida. Recurso improvido.

(TJ-SP - APL: 10087281020148260006 SP 1008728-10.2014.8.26.0006, Relator: Silvério da Silva, Data de Julgamento: 12/12/2016, 8^a Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 12/12/2016)

É de rigor considerar que quando o usuário firma contrato privado de plano de saúde, presume estar acobertado por um serviço eficiente, capaz de atendê-lo especialmente no momento que mais necessita. De conformidade com os princípios da boa-fé e a vedação de abusividade, a jurisprudência atua no sentido de declarar a impossibilidade de restrição de reembolso ou a limitação. De modo que autorizar que as empresas de plano de saúde, limitem e restrinjam a cobertura e o reembolso de maneira unilateral, resta por privilegiar o interesse econômico, em detrimento da saúde e da vida.

Em sequência, cabe consignar a importância da dimensão da função social nos contratos de plano de saúde e consequente operabilidade como destaca Leonardo Vizeu Figueiredo (2006, p. 177) a respeito do tema leciona que:

A função social do contrato de plano de assistência à saúde é garantir ao beneficiário, o qual contribui periodicamente para a formação e manutenção de um fundo pecuniário do plano, direito ao atendimento médico, nos casos de sinistralidade contratualmente coberta, assegurando, ainda, que o custo financeiro pelo procedimento prestado corra às expensas da respectiva operadora, a qual administra o referido fundo para tanto.

Neste ambiente contratual os pactos devem, igualmente, observar o regramento estabelecido pelo princípio da boa-fé objetiva entre as partes, mormente por se tratar de contrato de plano de saúde, observando a necessidade do acolhimento da cooperação entre os contratantes, atendendo a tutela da confiança e o respeito aos direitos fundamentais.

Assim, no inciso IV do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor há a previsão da vedação do abuso de direito, mecanismo que impõe ao fornecedor uma conduta proba e com transparência, seja na publicidade ou mesmo diante de cláusulas abusivas (Art. 51, CDC) ao consumidor restando banidas a aplicabilidade de cláusulas limitativas de riscos extensivos ou adicionais, sendo que a interpretação, nesses casos, deve favorecer o segurado consoante regra do Art. 54 § 4º. (BRASIL, 1990).

Importante destacar que na seara dos contratos de planos de saúde, é vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade de coberturas de internações hospitalares, conforme o disposto no artigo 12, inciso II, “a”, da Lei nº 9.656/98, assim como a suspensão ou rescisão unilateral do contrato durante a ocorrência de internação hospitalar, de acordo com o Artigo 13, inciso II, da Lei nº 9.656/98.

O Superior Tribunal de Justiça consolida a interpretação mais benéfica ao segurado.

Direito civil. Contrato de seguro-saúde. Transplante. Cobertura do tratamento. Cláusula dúbia e mal redigida. Interpretação favorável ao consumidor. Art. 54, § 4º, CDC. Recurso especial. SúmulaSTJ, enunciado 5. Precedentes. Recurso não-conhecido. i – cuidando-se de interpretação de contrato de assistência médico-hospitalar, sobre a cobertura ou não de determinado tratamento, tem-se o reexame de cláusula contratual como procedimento defeso no âmbito desta corte, a teor de seu verbete sumular nº cinco. ii - acolhida a premissa de que a cláusula excludente seria dúbia e de duvidosa clareza, sua interpretação deve favorecer o segurado, nos termos do art. 54, § 4º do código de defesa do consumidor. Com efeito, nos contratos de adesão, as cláusulas limitativas ao direito do consumidor contratante deverão ser redigidas com clareza e destaque, para que não fujam de sua percepção leiga. (STJ, 3ª T., REsp. 311.509SP, Relator Min. Sálvio Figueiredo Teixeira, DJ de 25062001, p. 196, JBCC Vol. 193, p. 87).

A posição da jurisprudência em relação a tutela dos direitos fundamentais, no que diz respeito à saúde, resta essencial por estabelecer que de acordo com o Código de Defesa do Consumidor, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas da forma mais favorável ao consumidor, buscando assim reestabelecer a igualdade na relação e a proteção ao consumidor.

3.2 A tutela ao Consumidor

Inicialmente cumpre ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor foi a primeira legislação do país a regular o contrato de adesão, em seu Artigo 54, já que nesta modalidade as cláusulas são estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor, e o consumidor não tem possibilidade de discutir a composição delas.

Dessa forma, para minimizar os abusos do poder econômico em detrimento do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor impõe

que os contratos sejam elaborados de forma clara, a fim de impedir que o consumidor tenha dificuldades em compreender seu conteúdo e alcance, podendo com isso incorrer em erros. Referida determinação, (artigos 31, 46 e 54, § 3º do CDC) é consequência dos princípios da informação e da transparência e visam equilibrar a relação, uma vez que inegavelmente o fornecedor encontra-se em posição de supremacia técnica ou econômica.

O Código de Defesa do Consumidor estabelece as relações de consumo, estas devem ser pautadas nos princípios da equidade e boa-fé, estabelecendo que as cláusulas que se opõem a esse regramento são nulas de pleno direito.

Considerando a velocidade das relações sociais que marcam a pós-modernidade, e a rápida troca de informações, o mercado econômico impõe informações variadas sobre produtos e serviços que, muitas vezes, não correspondem a verdade.

As transformações ocorridas com a globalização geraram impactos nas relações de consumo, sobretudo na área dos contratos de saúde, que adquiriram a perspectiva de contratos de longa duração e, considerando as rápidas transformações sociais, também contemplam a mutabilidade dos termos ajustados. Sendo assim, deve-se recorrer a mecanismos jurídicos que permitam a renegociação das cláusulas, haja vista que a relação entre fornecedor e consumidor constitui-se por meio da confiança.

Segundo Marques, Bessa e Benjamin (2009, p. 38), a função social dirige-se à proteção do reconhecimento da vulnerabilidade do contratante em face dos desafios da sociedade massificada e informatizada:

Se as relações de consumo têm funções econômicas, têm funções particulares de circulação das riquezas, a função social deve necessariamente envolver o reconhecimento da vulnerabilidade da pessoa humana, nos seus vários papéis ou status, inclusive de consumidor na sociedade de consumo atual. Essa função só pode ser perseguida com uma nova visão e interpretação do direito privado, especialmente valorizando as diferenças materiais e formais nos poderes e liberdades das pessoas, procurando a igualdade, a liberdade com fraternidade (os ideais da modernidade), consciente do desafio do direito contemporâneo de não excluir as pessoas dos mercados, mas, ao contrário, incluindo-as com igualdade e fraternidade e protegendo-as, com liberdade, nestes contextos sociais atuais.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça, pelo voto da ministra Nancy Andrighi, já se posicionou quanto à vulnerabilidade do consumidor e a necessária garantia da realização do princípio da igualdade e do equilíbrio nas relações de consumo:

[...] É já cediça a compreensão, tanto pela doutrina, como pela jurisprudência, de que a única maneira de se otimizar a realização do princípio da igualdade é mediante o reconhecimento de que, em algumas situações, os sujeitos de uma relação jurídica não se encontram em posição similar. Nesses casos, em que as circunstâncias de fato provocam um desequilíbrio, tratar esses sujeitos de maneira objetivamente igual não basta para a plena realização do princípio da isonomia. É necessário reequilibrar os pólos da relação, estabelecendo regras excepcionais que tutelam a parte mais frágil. Promove-se, com isso - sempre nos termos estritos da lei - a igualdade substancial entre as partes, em detrimento da mera igualdade formal - que, em última análise, é apenas uma roupagem diferente para o arbítrio (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n.º 691.738 – SC, 2005).

O direito do consumidor incorpora os princípios que orientam a ordem econômica e institui outros que lhe são próprios, dando especial proteção ao consumidor, uma vez que este se encontra no polo mais fraco das relações econômicas, principalmente, frente à contratação de plano de assistência à saúde.

O panorama já superado da plena e irrestrita autonomia da vontade das partes acaba sendo limitado pelo dirigismo contratual do Estado, com vistas a tutelar o consumidor nos contratos de adesão, para encontrar o justo equilíbrio.

RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. SERVIÇO DE HOME CARE. COBERTURA PELO PLANO DE SAÚDE. DANO MORAL. 1 - Polêmica em torno da cobertura por plano de saúde do serviço de "home care" para paciente portador de doença pulmonar obstrutiva crônica. 2 - O serviço de "home care" (tratamento domiciliar) constitui desdobramento do tratamento hospitalar contratualmente previsto que não pode ser limitado pela operadora do plano de saúde. 3- Na dúvida, a interpretação das cláusulas dos contratos de adesão deve ser feita da forma mais favorável ao consumidor. Inteligência do enunciado normativo do art. 47 do CDC. Doutrina e jurisprudência do STJ acerca do tema. 4- Ressalva no sentido de que, nos contratos de plano de saúde sem contratação específica, o serviço de internação domiciliar (home care) pode ser utilizado em substituição à internação hospitalar, desde que observados certos requisitos como a indicação do médico assistente, a concordância do paciente e a não afetação do equilíbrio contratual nas hipóteses em que o custo do atendimento domiciliar por dia supera o custo diário em hospital. 5 - Dano moral reconhecido pelas instâncias de origem. Súmula 07/STJ. 6 - Recurso Especial a que se Nega Provimento.

(STJ - REsp: 1378707 RJ 2013/0099511-2, Relator: Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, Data de Julgamento: 26/05/2015, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJ 15/06/2015)

Considerando a desigualdade econômica, a liberdade de contratar não pode ser irrestrita à medida que deve atender aos anseios sociais de bem-estar e solidariedade. A sociedade moderna, marcada pela corrupção que assola a população, clama que também na disciplina contratual se tenha um pacto equilibrado.

As operadoras de planos de saúde, detentoras do poder econômico, estabelecem as condições e cláusulas do contrato, a legislação deve atuar no sentido de impedir que o contrato se torne mecanismo de abuso do direito, em detrimento do consumidor.

O artigo 6º, inciso V do Código de Defesa do Consumidor, estabelece como direito básico a possibilidade de modificação das cláusulas contratuais que estabelecem prestações desproporcionais, assim como a revisão de cláusulas em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas, mecanismo que indica a natureza da legislação, com vistas à colaboração mútua e solidariedade entre fornecedor e consumidor.

Visando à igualdade entre os contratantes e a manutenção do equilíbrio frente à disciplina contratual do consumidor observa o princípio da equivalência material.

Paulo Luiz Netto Lôbo (2002, p. 4), acerca de referido princípio, dispõe que:

O princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis.

A colaboração mútua justifica-se nos fins colimados da função social dos contratos de plano de saúde, visando coibir práticas abusivas, fornecendo aos consumidores um patamar mínimo de segurança para garantir uma contratação isonômica e livre de vícios e dirigido à manutenção do equilíbrio contratual.

4 O paradigma da essencialidade

A constitucionalização do direito civil gerou reflexos na teoria contratual, imprimindo nota de democratização e humanização dos pactos.

A esse respeito, preconiza Teresa Negreiros (2006, p. 337):

Com efeito, a constitucionalização do direito civil, instituído a dignidade da pessoa humana como valor a ser resguardado em toda e qualquer relação jurídica, repercute no direito contratual, alterando o modo de ser o contratante: o conceito abstrato e atomizado, próprio a uma concepção individualista, é substituído por um conceito que ganha em concretude e que põe a mostra o caráter desigual, e por isso é injusto, de certas relações contratuais.

Considerando os pressupostos que marcam a disciplina contratual na pós-modernidade, sugere-se como complemento das teorias contratuais a adoção do paradigma da essencialidade proposto por Teresa Negreiros (2006, p. 342), "segundo qual o regime do contrato deve ser diferenciado em correspondência com a classificação do bem contratado".

Assim sendo, à luz das necessidades reais dos contratantes, e da mesma forma frente à desigualdade do poder negocial entre eles, o paradigma da essencialidade poderá ser invocado para auxiliar na busca do equilíbrio contratual, uma vez que a disparidade do poder negocial entre as operadoras de saúde e os consumidores deve ser objeto de preocupação e regulação da ordem contratual contemporânea. Teresa Negreiros (2006, p. 388) assim discorre acerca do paradigma da essencialidade:

A luz do denominado paradigma da essencialidade propõe-se que a utilidade existencial do bem contratado passa a ser um critério juridicamente relevante no exame das questões contratuais. O paradigma da essencialidade sintetiza uma mudança no modo de se conceber os princípios do contrato traduzindo a superação de uma concepção predominantemente patrimonialista e socialmente neutra do fenômeno contratual. Como tal o paradigma da essencialidade proporcione instrumentos e conceitos que permitem tratar os problemas sociais como problemas a serem enfrentados também pelo Direito contratual.

O paradigma da essencialidade encontra fundamento na tutela da dignidade da pessoa humana, impondo também à teoria contratual o reconhecimento de interesses extrapatrimoniais nas relações contratuais.

Em relação aos contratos de planos de saúde, torna-se notável a essencialidade do bem, qual seja a vida humana, que deve ser considerada

como diferenciação em relação àqueles contratos com repercussão estritamente patrimonial.

A autora, ao propor o paradigma da essencialidade, faz ressalvas importantes no tocante ao alcance e à efetividade da medida, nas seguintes palavras (NEGREIROS, 2006, p. 489):

O paradigma da essencialidade não é evidentemente capaz de dar solução as desigualdades sociais tão pouco de assegurar aos que nada tem aquilo que lhes seja essencial para viver dignamente. Contudo, a consciência dos limites do direito - em especial, do direito civil - e de seu papel como agente de transformação não pode levar o jurista a se despedir de todo e qualquer responsabilidade social.

Teresa Negreiros (2006, p. 501) defende a justiça social lavrada a partir e também do ambiente contratual:

É certo que o direito contratual não tem instrumentos que, por si, possam garantir, em uma sociedade tão desigual como a brasileira, uma efetiva tutela da pessoa humana, mas certamente [...] em nenhuma sociedade se poderá abrir mão da disciplina contratual como fator de promoção da justiça social.

As operadoras de planos de assistência à saúde não manejam um serviço qualquer, pois lidam diretamente com a vida e o bem-estar dos indivíduos, sendo imperioso imprimir uma disciplina contratual que possa para além de equilibrar a relação de consumo, posicionar a vida humana acima dos interesses meramente econômicos, pautados na essencialidade do bem e nos princípios constitucionais-negociais.

Conclusão

A crescente complexidade dos fatos sociais, próprio das sociedades pós-modernas, por via de consequência, exigem do Direito uma resposta suficiente a atender desafios que tais, devendo buscar a estabilização temporal de expectativas, com o fim de assegurar a harmonização dos interesses envolvidos.

A Magna Carta incorporou no âmbito de sua proteção a tutela ao consumidor como vetor principiológico da atividade econômica e, por conseguinte, prescreveu que o Estado deve assegurar o pleno exercício dos direitos sociais e individuais, assim como indicou como valores supremos de uma sociedade fraterna e pluralista, a igualdade e a justiça.

Os valores que orientam a ordem econômica determinam efeitos na disciplina contratual, com maior proeminência no âmbito dos contratos de assistência à saúde, direito fundamental, resguardando a vida e a dignidade humana.

A normativa interna e os princípios contratuais e consumeristas impõem a vedação a qualquer atuação contratual abusiva e atentatória aos direitos dos consumidores por parte das operadoras de saúde, vez que o setor de saúde suplementar deve ser demarcado pelo interesse social.

O papel relevante da jurisprudência na tutela dos consumidores reafirma a prevalência da tutela da vida humana e saúde do segurado em oposição à manutenção de interesses econômicos e abusos de direito nas

relações de consumo, orientadas pela função social, boa-fé e equivalência material que devem permear toda relação contratual.

Tomando as limitações do direito privado e visando a redução das desigualdades das avenças dos pactos, o paradigma da essencialidade como posto, deve operar como mecanismo integrante na disciplina contratual, vez que a essencialidade do bem deve ser considerada como fator determinante na composição dos princípios aplicáveis à relação contratual.

O paradigma da essencialidade, ainda atua como indicativo da imprescindibilidade da proteção da parte débil da relação negocial, vinculando a utilidade existencial do bem contratado que passa a ser um critério juridicamente relevante no exame das questões contratuais, acrescentando um modo hermenêutico de forma a resolver problemas reais.

Referências

- AGRA, Walber de Moura. Retrospectiva da proteção ao direito da saúde pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais* – RBEC, Belo Horizonte, ano 2, n.8, p. 131-150, out./dez. 2008.
- BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução de Mauro Gama e Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 nov. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: 22 jun. 2018.
- BRASIL. Lei nº 9.656 de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 04 jun. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm. Acesso em: 22 jun. 2018.
- BRASIL. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 set. 1990. Edição extra e retificado em 10.1.2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078.htm. Acesso em: 22 jun. 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 691.738 – SC. Relator: Ministra Nancy Andrighi, j. 12 maio 2005. DJ de 26/09/2005. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7196111/recurso-especial-resp-691738-sc-2004-0133627-7/relatorio-e-voto-12944493>. Acesso em: 13 de jul 2017, p. 07.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 311.509/SP. Relator: Ministro Sálvio Figureiredo Teixeira. DJ de 25062001, p. 196, JBCC Vol. 193, p. 87.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1378707 RJ 2013/0099511-2. Relator: Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, DJ de 26/05/2015, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJ 15/06/2015
- BRASIL. Superior Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.008.625/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ de 19/04/2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/132346144/stf-02-12-2016-pg-18>. Acesso em: 23 de jul de 2017.
- BRASIL. Tribunal de Justiça – SP. Apelação nº 10087281020148260006 SP 1008728-10.2014.8.26.0006. Relator: Silvério da Silva. DJ de 12/12/2016. 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 12/12/2016.
- FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. Plano de saúde e direito do consumidor. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Curso de Direito de Saúde Suplementar. Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2. ed. São Paulo: MP, 2006.
- FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em: 22 jun. 2018.
- GOMES, Orlando. Contratos. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LÔBO NETTO, Paulo Luiz. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2796>. Acesso em: 17 jul. 2017.
- MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe; BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos. Manual de direito do consumidor. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009.
- MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000.
- NEGREIROS, Teresa. Teoria dos contratos: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 1998.
- REZENDE, Gustavo Madi; ALMEIDA, Sílvia Fagá de. Defesa do consumidor e disciplina antitruste. In: SCHAPIRO, Mario Gomes, CARVALHO, Vinícius Marques e CORDOVIL, Leonor (Coord). Direito econômico concorrencial. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ROCHA, Julio César de Sá da. Direito da saúde: direito sanitário na perspectiva dos Interesses Difusos e Coletivos. São Paulo: LTr, 1999.
- ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

- SCHMITT, Cristiano Heineck; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima. Cláusulas abusivas nas relações de consumo. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 285.

Ligaçāo alternative

[http://periodicos.uninove.br/index.php?
journal=prisma&page=article&op=view&path%5B%5D=8144&path
%5B%5D=3815 \(pdf\)](http://periodicos.uninove.br/index.php?journal=prisma&page=article&op=view&path%5B%5D=8144&path%5B%5D=3815 (pdf))