

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA – UNIMAR
MESTRADO EM DIREITO

RODOLFO SOUZA PAULINO

INCONSTITUCIONALIDADE DA RESILIÇÃO UNILATERAL EM CONTRATO
COLETIVO DE PLANO DE SAÚDE.

MARÍLIA

2016
RODOLFO SOUZA PAULINO

INCONSTITUCIONALIDADE DA RESILIÇÃO UNILATERAL EM CONTRATO
COLETIVO DE PLANO DE SAÚDE.

Dissertação apresentada ao programa de
Mestrado em Direito da Universidade de
Marília, como exigência parcial para a
obtenção do grau de Mestre em Direito, sob
orientação da Professora Dra. Jussara Suzi
Assis Borges Nasser Ferreira.

MARÍLIA
2016

Paulino, Rodolfo Souza

Inconstitucionalidade da rescisão unilateral em contrato coletivo de plano de saúde /Rodolfo Souza Paulino. - Marília: UNIMAR, 2016.
109f.

Dissertação (Mestrado em Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social) – Universidade de Marília, Marília, 2016.

Orientação: Prof^ª. Dra. Jussara S. Assis Borges Nasser Ferreira

1. Inconstitucionalidade 2 . Contratos Coletivos 3. Operadora de Plano de Saúde 4. Rescisão Unilateral I. Paulino, Rodolfo Souza

CDD – 342.144

Autor: Rodolfo Souza Paulino

Título: inconstitucionalidade da rescisão unilateral em contrato coletivo de plano de saúde.

Aprovado pela Banca Examinadora em, ___/___/_____

Professora Doutora Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira
Orientadora

Professor(a) Doutor(a) Marisa Rossignoli

Professor(a) Doutor(a) Roberto Wagner Marquesi

Dedico este trabalho à minha esposa Cláudia e ao meu filho Miguel, que são o combustível infindável para a realização de todos os meus objetivos.

Ao final da mais uma valorosa jornada, não poderia deixar de agradecer inicialmente a Deus, pois sem a permissão d'Ele eu sequer abriria os olhos, quanto mais teria realizado este trabalho;

Agradeço de modo muito especial a minha amada e minha vida Claudia, pelo carinho, paciência e compreensão, ao longo dos meses que se sucederam no decorrer dos meus estudos;

Agradeço ao meu filho Miguel, por existir em minha vida, fazendo de mim um ser humano melhor, e aproveito para pedir perdão pela ausência durante este período;

Não poderia deixar de agradecer a minha fonte inspiradora e orientadora, Professora Doutora Jussara, pela atenção dispensada e principalmente pela inestimável orientação, que poucos felizardos tiveram a honra de receber;

Aos professores do Mestrado, pelos momentos únicos de ensinamentos, que se perpetuarão em minha consciência;

A UNIMAR, pela oportunidade inenarrável de realizar um sonho que se tornou realidade.

Eu não troco a justiça pela soberba. Eu não deixo o direito pela força. Eu não esqueço a fraternidade pela tolerância. Eu não substituo a fé pela superstição, a realidade pelo ídolo.
(Rui Barbosa)

INCONSTITUCIONALIDADE DA RESILIÇÃO UNILATERAL EM CONTRATO COLETIVO DE PLANO DE SAÚDE.

Resumo: O presente estudo tem como objeto a análise da atual situação dos contratos de planos privados de assistência à saúde, nas modalidades coletivas, pois estes apresentam verdadeira fragilidade na proteção dos interesses dos consumidores quando seus interesses são confrontados com os das operadoras. O trabalho leva à reflexão do atual momento jurídico, quanto o respeito aos princípios constitucionais que permeiam esta modalidade de contratação. Analisou-se os princípios da dignidade da pessoa humana, função social do contrato, boa fé e isonomia, a fim de constatar se a contratação estipulada incorre em constitucionalidade ou inconstitucionalidade, haja vista que os principais princípios constitucionais estão presentes nestes contratos. Foi efetuada a abordagem da proteção à saúde e à vida a partir de 1988 no novo sistema constitucional, bem como o nascimento do atual Sistema Único de Saúde. Verificou-se que a incapacidade do Estado em suprir as necessidades na área de saúde fizeram com que boa parte da população se voltasse em direção aos contratos privados de assistência à saúde. Esta busca se deu por meio de contratos individuais, mas principalmente contratos coletivos, sejam empresariais ou por adesão. O trabalho aponta os conflitos existentes e a posição da doutrina e jurisprudência acerca da proteção e equilíbrio que deve ser alicerce desta modalidade de contratação, enfatizando a resilição unilateral dos contratos coletivos por iniciativa das operadoras, resilição esta que concluiu-se colocar o consumidor em extrema desvantagem contratual. A dissertação desenvolveu-se através do método dedutivo, iniciando-se por meio de análise da legislação vigente, do posicionamento da doutrina e o entendimento do poder judiciário, buscando ingressar na realidade fática das relações contratuais vigentes, utilizando-se ainda, na investigação metodológica, a pesquisa documental e bibliográfica.

Palavras chave: Inconstitucionalidade. Contratos coletivos. Operadora de plano de Saúde. Resilição Unilateral.

UNCONSTITUTIONALITY TERMINATION OF ONE-SIDED ON CONTRACT HEALTH PLAN COLLECTIVE.

Abstract: The present study has as object the analysis of current situation of private healthcare plans, the collective modes, because they have real weakness in the protection of consumers ' interests when their interests are confronted with the carriers. The work leads to reflection of the current moment, as compliance with the constitutional principles that permeate this mode of recruitment. We analyzed the principles of human dignity, social function of the contract, good faith and neutrality, in order to find out if hiring stipulated incurs constitutionality or unconstitutionality, since the main constitutional principles are present in these contracts. Was made the protection approach to health and life from 1988 in the new constitutional system, as well as the birth of the current health system. It was found that the inability of the State to meet the needs in the area of health have caused much of the population should turn towards private health care contracts. This search took place through individual contracts, but mainly collective contracts, whether business or by accession. The work points out the existing conflicts and the position of the doctrine and jurisprudence on the protection and balance that must be the Foundation of this hiring mode, emphasizing the unilateral collective contracts rescisão on the initiative of operators, rescisão concluded that put the consumer in extreme disadvantage. The dissertation developed through the deductive method, starting by analysing the existing legislation, the position of the doctrine and the understanding of judicial power, seeking to join the factual reality of the contractual relations in force, using even, in methodological research, documentary and bibliographic research

Keywords: Unconstitutionality. Collective Agreements. Health plan operator. Unilateral Termination.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 SAÚDE COMO DEVER DO ESTADO.....	13
1.1 DA PROTEÇÃO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	16
1.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	18
1.3 PRINCÍPIO DA ISONOMIA.....	30
1.4 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA.....	35
2 BOA FÉ E FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE COLETIVOS.....	46
2.1 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS.....	47
2.1.1 Princípio da autonomia da vontade e liberdade contratual.....	47
2.2 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NOS PLANOS DE SAÚDE.....	49
2.2.1 Função social do contrato nos contratos de assistência à saúde.....	53
2.3 BOA FÉ NO DIREITO PRIVADO.....	54
2.3.1 Boa fé objetiva nas relações de consumo.....	58
3 CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE.....	61
3.1 NOÇÃO CONSTITUCIONAL DE CONTRATO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE.....	62
3.2 CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE.....	67
3.3 CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE.....	72
3.3.1 Plano privado de assistência à saúde individual ou familiar.....	72
3.3.2 Plano privado de assistência à saúde empresarial.....	74
3.3.3 Plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão.....	75
3.4 RELAÇÃO DE CONSUMO NOS CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE.....	76
3.5 INCONSTITUCIONALIDADE.....	81
3.6 RESILIÇÃO DE CONTRATOS.....	83

3.6.1 Diferenciação terminológica entre rescisão e resilição contratual.....	85
3.6.2 Resilição bilateral.....	88
3.6.3 Resilição unilateral.....	89
3.6.4 Resolução por onerosidade excessiva.....	91
3.7 RESILIÇÃO DE CONTRATO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE.....	95
3.8 RESILIÇÃO DE CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE COLETIVO.....	97
CONCLUSÃO.....	104
REFERÊNCIAS.....	107

INTRODUÇÃO

A busca por uma melhor qualidade de vida está se tornando senão o maior, pelo menos um dos maiores desafios da sociedade moderna, principalmente no Brasil.

A qualidade de vida a ser buscada está longe de ser tão somente a busca frenética por valores econômicos, pois hoje em dia, com o crescimento do Estado democrático de direito onde a economia, via de regra, proporciona condições de o cidadão ter alguns anos a mais de vida, a preocupação não pode ser somente em como se passarão os últimos dias de vida e sim que estado biológico se alcançará quando se encontrar idoso.

Juntando-se a busca pela qualidade de vida e o caos do sistema público de saúde, as empresas e os órgãos públicos e passaram a oferecer cada vez mais o benefício a seus colaboradores de ingressarem em seus contratos privados de assistência à saúde.

Os efeitos deste fato social, resultou em um número absolutamente superior de usuários contratantes de planos privados de assistência à saúde conhecidos popularmente como plano de saúde empresarial.

O Estado passou a regular a relação entre os usuários de planos de saúde, sejam os individuais ou coletivos bem como as respectivas operadoras de planos de assistência privada à saúde.

O presente estudo busca trazer à tona, as normas que deveriam equilibrar as relações contratuais, equilíbrio este baseado nos mais importantes princípios constitucionais vigentes atualmente.

O poder econômico e a desigualdade entre os contratantes fez surgir descompassos absolutamente incompatíveis com o ordenamento jurídico hodierno, pois o respeito aos princípios constitucionais estão sendo deixados à margem no momento da materialização dos contratos de assistência à saúde.

Contratos coletivos e individuais, que tem como objeto a manutenção da vida e da saúde são celebrados por parte das operadoras com intuito unicamente econômico, desconsiderando que o resultado final pode custar vidas humanas.

A relação contratual que se estabelece entre as partes, gera uma complexa rede contratual, que deve ser muito bem definida, a fim de que se estabeleça onde começa o direito de determinada parte, bem como onde termina este direito.

As partes consumidoras deveriam ser protegidas pelo ordenamento jurídico e pelo próprio poder público, mas, o que se constata é que nem sempre isso ocorre.

O poder judiciário, por meio de suas decisões, em diversos casos, julgam as relações contratuais de planos de assistência à saúde, baseando-se unicamente em normas infralegais expedidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Estes julgamentos deixam por vezes de aplicar os princípios constitucionais que norteiam as relações contratuais na área de saúde, princípios como o da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da boa fé e da função social do contrato.

O estudo tem como ponto central metodológico a busca pelo arcabouço normativo por meio de levantamento doutrinário e jurisprudencial a respeito das relações entre operadoras e usuários de planos de saúde, utilizando-se o método dedutivo axiológico para a obtenção de resultados que ajudem a encontrar soluções para a complexa rede contratual que se estabelece nas relações contratuais de assistência privada à saúde determinando se a legalidade constitucional está sendo aplicada e respeitada pelos órgãos da administração pública, pelas partes contratantes e ainda, pelo próprio poder judiciário.

1 SAÚDE COMO DEVER DO ESTADO.

A abordagem constitucional do presente trabalho, é condição *sine qua non* para uma compreensão mais ampla de todo conteúdo desenvolvido, pois o direito à proteção e manutenção à vida e à saúde não podem ser discutidos sem a observação e o estudo dos preceitos constitucionais norteadores dos direitos hodiernos.

A Constituição Federal consagra em seu artigo 6º como sendo o direito à saúde um direito social, de igual importância em face dos direitos à educação, moradia, alimentação, entre outros:

Art. 6º São Direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.¹

Deste modo, reconhecida a importância constitucional do direito à saúde, conforme já asseverado anteriormente, sendo um direito social, somente restou ao legislador constituinte positivar a quem caberia a responsabilidade por este direito.

Assim, determina a Constituição Federal em seus artigos 196 e seguintes que a saúde é direito de todos e dever do Estado, sendo, portanto, responsabilidade primária do poder público.

Art. 196 A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção.²

A expressão utilizada no art. 196 da Constituição, de modo afirmativo e claro, não deixa dúvidas de que o Estado tem o dever de promover e manter a saúde de todos.

Não há margem para dúvidas ou interpretações quanto a obrigatoriedade e a responsabilidade que recaem sobre o Estado, não somente na manutenção e reestabelecimento da saúde, mas também em políticas que visem a redução dos riscos que ameaçam a saúde da população.

¹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 22.ed. São Paulo: Rideel, 2016. p 12.

² Ibidem. p. 76.

Ingo Wolfgang Sarlet, seguindo este entendimento expressa a exatidão e clareza da norma Constitucional, quando leciona sobre a responsabilização do Estado na manutenção e promoção da saúde pública.

Consagrado no art. 6º de nossa Constituição, é no art. 196 e ss. que o direito à saúde encontrou sua maior concretização em nível normativo-constitucional, para além de uma significativa e abrangente regulamentação normativa na esfera infraconstitucional, com destaque para leis que dispõem sobre a organização e os benefícios do SUS e o fornecimento de medicamentos. Mesmo assim, basta uma leitura superficial dos dispositivos pertinentes (arts. 196 a 200) para que se perceba que nos encontramos, em verdade, no que diz com a forma de positivação, tanto em face de uma norma definidora de direito (direito à saúde como direito subjetivo, de todos, portanto de titularidade universal), quanto diante de normas de cunho impositivo de deveres e tarefas, pois o art. 196 enuncia que a saúde é direito de todos e dever do Estado, além de impor aos poderes públicos uma série de tarefas nesta seara (como a de promover políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, além de estabelecer o acesso universal e igualitário às ações e prestações nesta esfera).³

O Estado, iniciando-se pela União, deve, portanto, assegurar por meio de políticas públicas a manutenção da saúde da população, criando condições para que os Estados membros, distrito federal e municípios se enquadrem e do mesmo modo atendam a população neste fundamental direito constitucional.

A responsabilidade do Estado também é mencionada por José Luiz Toro da Silva, salientando que esta responsabilidade é atribuída pela Constituição Federal.

Denota-se, claramente, que esse direito deve ser assegurado pelo Estado, porém a realidade brasileira não é esta, havendo aqueles que defendam que citado artigo representa uma norma programática, não uma pragmática, em que aludido direito estaria sujeito às limitações orçamentárias e de conjunturas. Esta corrente entende que existe somente um direito público subjetivo às políticas públicas na área da saúde, sendo que os recursos e as prioridades seriam definidas pelo Congresso Nacional, por ocasião da aprovação do orçamento, para que a alocação dos recursos seja realizada de forma democrática.⁴

³ SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; MARINONI, Luiz Guilherme; MIDITIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 592.

⁴ SILVA, José Luiz Toro da,. *Manual de direito da saúde suplementar: a iniciativa privada e os planos de saúde*. São Paulo: M.A. Pontes Editora, 2005. p.20

Nesta esteira, o legislador constituinte a fim de não deixar dúvidas a respeito das atribuições do Estado, deu a seguinte redação ao art. 198 da Constituição Federal consignando detalhadamente o que deve ser compreendido por mecanismos de manutenção da saúde:

Art. 198 As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III – participação da comunidade;

§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do artigo 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

§2º União, os estados, o distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I – no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15%(quinze por cento);

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o artigo 155 e dos recursos de que tratam os artigos 157 e 159, inciso I, alínea *a* e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos municípios;

III – no caso dos Municípios e do distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o artigo 156 e dos recursos de que tratam os artigos 158 e 159, inciso I, alínea *b* e § 3º.

§3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I – os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 2º;

II – os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III – as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, distrital e municipal;

IV – Revogado;

§4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate à endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.

§5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde agente de combate à endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial.

§6º Além das hipóteses previstas no §1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerce funções equivalentes à de agente comunitário de saúde ou de agente de combate à endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício.⁵

Neste ponto da Constituição, nasce o atual Sistema Único de Saúde - SUS do modo como se conhece nos dias atuais.

Observa-se que a legislação constitucional, traça o perfil legal do Sistema Único de Saúde, bem como de onde surgirão seus recursos e como será sua estrutura.

A Constituição define ainda a forma e a amplitude geral da responsabilidade da união, dos estados membros, distrito federal e dos municípios, norteando o caminho a ser trilhado pelo poder público a partir de então.

Diante deste novo ordenamento constitucional que demandou novas obrigações ao Estado no que se refere a assistência à saúde, coube ao legislador editar em 19 de setembro de 1990 a lei 8.080⁶ que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde e a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

O Estado ficou encarregado de promover a saúde pública de modo isonômico, ou seja, sem nenhuma discriminação entre os cidadãos, devendo manter, mesmo que indiretamente este tratamento em todas as esferas, seja união, estados membros, distrito federal e municípios.

Neste passo, necessário a abordagem dos principais princípios constitucionais norteadores do direito à saúde.

1.1 DA PROTEÇÃO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Conforme se observou até este ponto, a Constituição de 1988 promoveu o direito à saúde a direito fundamental, sendo protegido constitucionalmente a partir de então.

Daniela Batalha Trettel é assertiva ao indicar os efeitos da Constituição Federal de 1988 nas áreas de direitos à saúde e à vida.

⁵ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Op. Cit. p. 75.

⁶ BRASIL, Lei 8080/90. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm> Acesso em 24 out. 2016.

A Constituição de 1988, além de eleger como princípio fundamental da república Federativa a dignidade humana e de elencar em seus artigos 5º e 6º os direitos fundamentais, dedicou espaço para tratar especificamente de alguns direitos sociais, dentre eles o direito à saúde.⁷

Deste modo fica claro que a Constituição de 1988 demarcou o espaço destinado à saúde a ser respeitado como princípio constitucional que deve ser.

Neste sentido, observa-se que há similaridade entre o direito à saúde constitucionalmente protegido, com o direito à saúde protegido pela declaração universal dos direitos humanos.⁸

A abordagem dos direitos humanos, mesmo que superficialmente, oferece subsídios teóricos imprescindíveis ao desenvolvimento do tema em questão, haja vista que o direito à saúde tem sua fundamentalidade formal e material determinadas na Constituição brasileira, que conforme já dito, sofreu grande influência da declaração universal dos direitos humanos.

Desta feita, para apurar-se a validade e eficácia da declaração universal dos direitos do homem, no que se refere à saúde, se faz necessário abordar a Constituição Federal que expressa nos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º, que os tratados em que a República Federativa do Brasil seja parte, bem como os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada casa, com o mínimo de três quintos de seus membros em dois turnos terão efeito de Emenda Constitucional.

O Brasil é signatário da declaração universal dos direitos humanos bem como do pacto de São José da Costa Rica⁹, tratados estes com eficácia e aplicabilidade de Emendas Constitucionais, que acima de qualquer outra disposição preceituam o respeito à dignidade da pessoa humana em detrimento das demais disposições.

⁷ TRETTEL, Daniela Batalha. Planos de saúde na visão do STJ e do STF. São Paulo: Ed. Verbatim, 2010, p. 59.

⁸ Disponível em <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>> Acesso em 13 out. 2016.

⁹ Brasil, Decreto nº. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm Acessado em: 14 out. 2016.

Gabriel Schulman assevera que a observação da declaração universal dos direitos humanos é resultado da constitucionalização do direito à saúde estabelecida na Carta de 1.988:

Descortinou-se acima o cenário da saúde suplementar no Brasil, de maneira a incorporar, no exame da eficácia do direito fundamental à saúde, sua contextualização. Revela-se útil neste momento a referência aos direitos humanos a qual oferece subsídios teóricos interessantes ao presente estudo, no que tange às duas ordens de fundamentalidade formal e material desse direito.

Nessa quadra, a posição da saúde como direito fundamental (Constituição brasileira, art. 6º, art. 7º, inc. IV e art. 196) é reflexo de sua *constitucionalização*, aqui tomada em sentido material e não simplesmente formal (ou topográfico).¹⁰

Fica claro conforme demonstra Schulman que a saúde no Brasil figura como um direito fundamental constitucional, e deve ser assim aplicado e respeitado.

A fundamentalidade constitucional do direito à saúde tem sua força normativa amplificada principalmente por conta de sua origem humanitária, oriunda da declaração universal dos direitos humanos, devendo, portanto, ter assegurada pelo Estado a sua proteção, validade e efetividade para todos os cidadãos protegidos pela Carta Maior.

1.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O direito à saúde e a vida estão diretamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Os direitos humanos são direitos indisponíveis, devendo ser tratados de tal modo que todo ser humano os tenha assegurado por seus Estados nações.

Não se trata de direitos passíveis de análise e sim direitos obrigatórios e passíveis de reivindicação.

Flávia Piovesan, entende que os direitos humanos são direitos fundamentais, acionáveis e exigíveis.

A idéia da não-acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não científica. São eles autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis, e demandam séria e

¹⁰ SCHULMAN, Gabriel. *Planos de saúde – saúde e contrato na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 286.

responsável observância. E por isso, devem ser reivindicados como direitos e não como caridade ou generosidade.¹¹

A parte final da exposição de Piovesan, não deixa dúvidas de que os direitos fundamentais não são atos de caridade ou generosidade por parte do Estado, e sim direitos da sociedade que devem ser respeitados com a importância global que possuem.

A sociedade em sua esfera global tem a necessidade de sentir-se segura em relação aos seus direitos. A segurança dos direitos já integralizados ao homem tornam-se imprescindíveis para a paz interior e exterior da humanidade.

Neste sentido, Piovesan destaca que o indivíduo está no centro do debate, quando implica em definir que seus direitos não serão ameaçados.

A segurança é vista aqui a partir do indivíduo e não do Estado, isto é, a partir de um discurso de direitos e não de restrição de direitos. Como realça o Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos: "Por todo o mundo, indivíduos se sentem inseguros quando seus direitos e os direitos de outros estão em perigo. Aplicar uma definição mais ampla de segurança implica alocar a liberdade de não ter seus direitos ameaçados no cerne da análise da segurança". Em outras palavras, esta noção humana de segurança, para utilizar o termo adotado pelo Relatório de Desenvolvimento Humano de 1994, "coloca o indivíduo no centro do debate sobre a segurança".¹²

A segurança sobre os direitos já existentes e a percepção pela sociedade desta segurança é fundamental para o desenvolvimento das sociedades reconhecidas como democráticas.

Tendo como base jurídica a declaração universal dos direitos humanos, e considerando que sua lógica busca proteger os seres humanos, pode-se afirmar que a interpretação das legislações aplicáveis na defesa dos direitos humanos, devem ser inspiradas unicamente no valor da dignidade humana.

Neste sentido Piovesan afirma que:

O que importa é o grau de eficácia da proteção, e, por isso, deve ser aplicada a norma que, no caso concreto, melhor proteja a vítima.

¹¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e Segurança Jurídica*: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudo em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2ed., ver. e ampl. 1.reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.51.

¹² *Ibidem*. p.48.

Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, estes sistemas se complementam, interagindo com o sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. Esta é inclusive a lógica e a principiologia próprias do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Vale dizer, a lógica do Direito dos Direitos Humanos e, sobretudo, uma lógica material, inspirada no valor da dignidade humana. São aqui afastados os critérios da temporariedade (lei posterior revoga lei anterior com ela incompatível) e da especialidade (lei especial revoga lei geral no que ela tem de especial). A lógica é exclusivamente material: merece prevalência a norma mais benéfica, mais protetiva e mais favorável (independentemente se anterior ou posterior, se geral ou especial).¹³

Seguindo esta linha de entendimento, a hermenêutica hodierna deve, portanto, extrair das normas constitucionais e infraconstitucionais a interpretação que mais respaldo atribui aos agentes acobertados pela dignidade humana.

As leis ou artigos de leis que nascem com o gene dos direitos humanos, devem ser interpretados conforme sua força humanística, pois nenhuma lei será justa se desrespeitar os princípios humanísticos instalados no período pós-segunda guerra mundial.

Flávia Piovesan não deixa dúvidas sobre o alcance e profundidade que os direitos humanos têm sobre todas as leis ao afirmar que:

Conclui-se que a Declaração Universal de 1948, ao introduzir a concepção contemporânea de direitos humanos, acolhe a dignidade humana como valor a iluminar o universo de direitos. A condição humana é requisito único e exclusivo, reitera-se, para a titularidade de direitos. Isso ocorre porque todo ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, intrínseca e incondicionada, não dependendo de qualquer outro critério, senão ser humano.¹⁴

Piovesan conclui a questão da obediência aos pressupostos da dignidade humana quando encerra:

O valor da dignidade humana se projeta, assim, por todo o sistema internacional de proteção. Todos os tratados internacionais, ainda que assumam a roupagem do positivismo jurídico, incorporam o valor da dignidade humana.¹⁵

¹³ PIOVESAN, Flávia. Op.cit. p. 52.

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. Op. cit.p.54

¹⁵ Ibidem p.55

Deste modo, dúvidas não restam de que leis, normas e quaisquer outros institutos que buscam regular a vida e o comportamento humano devem estar iluminados pela defesa e aplicação dos direitos humanos.

Neste mesmo sentido, a regulamentação legal e infralegal da prestação de assistência à saúde, seja pelo poder público, seja pela iniciativa privada, deve ter, portanto, a inspiração e o respeito pela dignidade humana, juridicamente concebida.

A dignidade da pessoa humana está sendo aplicada como fundamento para decisões em ações que discutem contratos de assistência privada à saúde. Neste sentido, apresenta-se algumas decisões, a fim de demonstrar estas aplicações em segundas instâncias de alguns Estados.

Em pesquisa realizada no sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, com as palavras chaves dignidade e plano saúde ocorreram 1.162 (um mil cento e sessenta e dois) resultados.

Diante destes números, observa-se que o Tribunal paranaense vem julgando ações onde se discute planos de saúde e dignidade.

A título de exemplo, foi realizada aleatoriamente seleção para apurar quais discussões e entendimentos estão sendo tratados pelo Egrégio Tribunal de Justiça Paranaense.

RECURSO INOMINADO PLANO DE SAÚDE - OPERADORA QUE SE UTILIZA DE VENÁBULOS INCONSISTENTES PARA NEGAR LIBERAÇÃO DE PROCEDIMENTO DE CESÁREA E OLVIDA DA SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE DA PARTURIENTE NO PERÍODO EM QUE ANTECEDE O PARTO CONVENIADA QUE TEVE QUE SE SUBMETER A EXCRUCIANTE DEMORA PARA A LIBERAÇÃO, APÓS PERCORRER VÁRIOS ESTABELECIMENTOS PROCEDIMENTO LIBERADO APÓS TER TRANSCORRIDO LAPSO EXCESSIVO DO AGENDADO PARA A CIRURGIA DESRESPEITO À GESTANTE E AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA - DANO MORAL CARACTERIZADO - VALOR DO DANO MORAL QUE ATENDE A GRAVIDADE DO CASO - MINORAÇÃO INDEVIDA. RAZÕES DE RECURSO QUE REPETEM AS MESMAS RAZÕES ESCANDIDAS EM CONTESTAÇÃO - 2 Diante do exposto, resolve esta Turma Recursal, por maioria de votos, conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento, nos exatos termos do voto, ficando vencido o relato (TJPR - 2ª Turma Recursal - 0010711-67.2015.8.16.0018/0 - Maringá - Rel.: Marcelo de Resende Castanho - Rel.Desig. p/ o Acórdão: Marco Vinicius Schiebel - - J. 12.08.2016)¹⁶

¹⁶ SEGUNDA TURMA RECURSAL Recurso Inominado nº 10711- 67.2015.8.16.0018. Recorrente: Unimed Regional de Maringá Recorrida: Cassia Valeria Peterneli - Pires Origem: 3º JEC de Maringá

Observa-se desta decisão de segunda instância, que no entendimento do Tribunal, a operadora ao descumprir cláusula contratual, desrespeitou a usuária e o princípio da dignidade humana.

Há que se ressaltar que neste caso houve somente descumprimento contratual. O que se pode concluir é que, em havendo descumprimento contratual por parte da operadora de assistência privada à saúde em autorização de procedimento, este descumprimento segundo o Tribunal paranaense, fere o princípio da dignidade humana. Se o é assim, o que se dirá em relação a rescisão unilateral de contrato afetando indefinido número de usuários.

A rescisão unilateral, não significa negar determinado procedimento, e sim negar-lhes todos os procedimentos, pois o contrato estaria resiliado, e os usuários abandonados à própria sorte.

A reflexão a ser exercida é, ao se aplicar o princípio da dignidade humana, qual diferença faz se o contrato de assistência privada é individual ou coletivo?

Conforme expressamente afirmado anteriormente por Flávia Piovesan, o critério a se adotar para a aplicação do princípio da dignidade humana é simplesmente ser humano, e não estar vinculado a este ou aquele tipo contratual.

Dando seguimento a pesquisa foram efetuadas com as mesmas palavras chave dignidade e plano saúde no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, resultando em 1.250(um mil duzentos e cinquenta) julgados.

Da mesma forma foi realizada escolha aleatória de uma decisão para análise e apresentação das considerações.

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE MANUTENÇÃO DE CONTRATO. PLANO DE SAÚDE, RESCISÃO. ABUSIVIDADE. CASO CONCRETO. Preliminar: Desacolhimento. Inocorrência de inadequação de rito, cuidando-se de ação ordinária com pedido liminar, hipótese prevista na legislação aplicável ao tempo do ajuizamento da demanda. 1. Os contratos de planos de saúde estão submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos do artigo 35 da Lei 9.656/98, pois envolvem típica relação de consumo. Assim, incide, na espécie, o artigo 47 do CDC, que determina a interpretação das cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor. 2. Hipótese em que, embora tenha a rescisão do contrato coletivo sido inequivocamente informada previamente pela operadora do plano de saúde, não trouxe qualquer razão válida para

a extinção do plano em pleno período de tratamento quimioterápico do beneficiário. Afronta aos princípios da boa-fé contratual e dignidade da pessoa humana. 3. Sucumbência recursal. Honorários advocatícios devidos pela parte ré majorados, nos termos do art. 85, §§2º e 11, do NCPC. PRELIMINAR DESACOLHIDA E APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70070586946, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 31/08/2016)¹⁷

Já neste caso julgado no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a modalidade contratual discutida é exatamente a que se aborda neste trabalho, qual seja, o contrato de assistência privada coletivo.

Na decisão o Relator enfatiza expressamente que a rescisão unilateral do contrato afronta os princípios da boa fé contratual e da dignidade da pessoa humana.

Seguindo a esteira da pesquisa, da mesma forma foi realizada consulta idêntica no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sendo encontrados 38 resultados, dos quais se destaca o que segue:

APELAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL. PLANO DE SAÚDE COLETIVO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL INATIVO. MANUTENÇÃO DO CONTRATO. ART. 31 DA LEI N. 9.656/98. Partes que pugnam pela eficácia da contratação. Solução da lide à luz da boa-fé objetiva (art. 422, CC). A rescisão do contrato a que visa a ré viola a boa-fé objetiva na medida em que os autores permaneceram anos contribuindo integralmente para o plano de saúde inclusive na vigência do aditamento e quando o autor já era aposentado. Autores com idades de 71 e 65 e que dependem da manutenção do vínculo e de suas bases contratuais mais do que nunca para assegurar o tratamento de saúde adequado e desejado por eles no momento em que aderiram ao plano. Não se vislumbra abusividade do aditamento. Ausência de alegação de restrição de cobertura assistencial. Comportamento contraditório da ré caracterizador da supressão. Contrato e seu aditamento amparam a pretensão dos autores, dando ensejo à incidência da regra do art. 31 da Lei n. 9.656/98. Dever de a ré manter os autores vinculados ao plano de saúde por expressa disposição contratual. TEMPO DE DURAÇÃO DO CONTRATO APÓS O SERVIDOR PÚBLICO TORNAR-SE INATIVO. Ré que manteve o vínculo contratual com os autores por quase quatro anos durante a vigência do aditamento, período entre a aposentadoria e a comunicação de que o contrato seria rescindido, continuando a receber a contribuição integral. Inclusão dessas contribuições no cômputo do art. 31 da Lei n. 9.656/98. Supressão. Ré que aceitou as contribuições pagas por anos não pode rescindir o contrato por conveniência. Função social do contrato integra

¹⁷ Apelação Cível Nº 70070586946, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 31/08/2016. Disponível em <www.tjrs.jus.br> Acesso em: 19 out. 2016.

o conteúdo do ajuste. Paradigma da essencialidade. O contrato deve servir à pessoa e sua dignidade, especialmente, considerada a vulnerabilidade dos autores frente à ré, justificando a manutenção do ajuste enquanto perdurar a contribuição para o plano de saúde. DANOS MORAIS NÃO CARACTERIZADOS. Mero inadimplemento contratual. Situação que não ultrapassou o mero aborrecimento ou dissabor cotidiano. Ausência de lesão a direito da personalidade. Indenização indevida. DANOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS. Sucumbência mantida. Recurso dos autores providos em parte. Recurso da ré provido em parte. (Relator(a): Hamid Bdine; Comarca: Tanabi; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 30/07/2015; Data de registro: 01/08/2015).¹⁸

Neste julgamento, o desembargador deixa claro que o contrato deve servir a pessoa e sua dignidade.

Julga-se o caso de pessoas que contribuem para o contrato coletivo durante anos a fio, e repentinamente se veem desprovidos de quaisquer seguranças oriundas da relação contratual que perdurou por longa data.

Para buscar decisões nos mais diversos Tribunais do Brasil, partiu-se para pesquisa no sítio do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, com as mesmas palavras chave, onde se constatou a ocorrência de 500 julgados.

O mesmo procedimento foi adotado, escolhendo-se aleatoriamente um julgado para análise neste trabalho.

APELAÇÃO CÍVEL. DEFESA DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. SEGURADO COM AUMENTO DA GLÂNDULA TIREÓIDE. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO CIRÚRGICA. DEMORA DA AUTORIZAÇÃO. RECUSA EM CUSTEAR PROCEDIMENTO INTEGRAL. INTERVENÇÃO INDISPENSÁVEL À PRESERVAÇÃO DA VIDA COM DIGNIDADE E RECUPERAÇÃO DA SAÚDE DO RECORRIDO. DANOS MATERIAIS E MORAIS CONFIGURADOS. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.(Classe: Apelação, Número do Processo: 0528904-67.2014.8.05.0001, Relator(a): Augusto de Lima Bispo, Primeira Câmara Cível, Publicado em: 13/09/2016)¹⁹

Neste julgamento, o tribunal de Justiça do Estado da Bahia a fim de reconhecer o direito de indenização por danos morais, por demora injustificada em

¹⁸ Apelação nº. 0000358-12.2013.8.26.0615 (Relator(a): Hamid Bdine; Comarca: Tanabi; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 30/07/2015; Data de registro: 01/08/2015. Disponível em <www.tjst.jus.br> acesso em 19 out. 2016.

¹⁹ Apelação, Número do Processo: 0528904-67.2014.8.05.0001, Relator(a): Augusto de Lima Bispo, Primeira Câmara Cível, Publicado em: 13/09/2016. Disponível em <www.tjba.jus.br> acesso em 17 out.2016.

autorizar procedimento, reconhece que o contrato de seguro saúde tem a função indispensável de preservação e recuperação da vida com dignidade.

Mais uma vez, se destaca que a dignidade humana foi um dos motivos para condenar empresa prestadora de serviços privados ligados à saúde, ao pagamento de indenização por danos morais.

Prosseguindo na jornada de pesquisa pela região nordeste do país, a busca ancorou no Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, onde, ao se adicionar as palavras chaves, dignidade e plano saúde surgiram um indefinido número de julgados.

O Tribunal de Justiça não disponibiliza em seu sítio eletrônico a quantidade de julgados encontrados.

Buscando-se aleatoriamente dentre os julgados, apurou-se o seguinte para a pesquisa:

EMENTA PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NAGATIVA DE DÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. COBRANÇA HOSPITALAR INDEVIDA DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO COBERTO POR PLANO DE SAÚDE. PROTESTO TAMBÉM INDEVIDO. DANO IN RE IPSA. DESCONSTITUIÇÃO DO DÉBITO E CONDENAÇÃO A REPARAÇÃO POR DANO MORAL FIXADA EM R\$3.000,00. SENTENÇA MANTIDA. APELO IMPROVIDO. I -A relação processual em análise tem natureza consumerista, nos termos das disposições do Código de Defesa do Consumidor, devendo, para tanto, ser focada a finalidade maior do diploma protetivo, ex vi do art. 5º, XXXII, da Constituição Federal e da orientação contida na Súmula nº 469 do Superior Tribunal de Justiça. II - Na presente demanda, que existem duas relações jurídicas, uma da apelada com o plano de saúde CONMED, e deste com o hospital associado, ora apelante III - Apesar de o apelante alegar que não há responsabilidade civil caracterizada, pois que, segundo defende, não é conveniado do Plano de Saúde CONMED o qual o paciente, filho da apelada é associado, constata-se, pelas provas colacionadas aos autos que, em realidade, há um vínculo categórico entre hospital e plano de saúde, conforme se conclui da Guia de Solicitação de Internação juntado aos autos. IV - Injustificável a cobrança ao paciente, associado e coberto por plano de saúde, assim como conseqüente protesto, quadro este que evidencia o total menosprezo à boa-fé objetiva e função social dos contratos, o que resultou por resvalar em uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais, notadamente a vida e a saúde. V - Danos morais caracterizados e arbitrados dentro da razoabilidade e proporcionalidade em R\$ 3.000,00, razão pela qual devem ser mantidos. VI - Apelo que se nega provimento. (Ap 0292072016, Rel.

Desembargador(a) JOSÉ DE RIBAMAR CASTRO, QUINTA CÂMARA CÍVEL, julgado em 01/08/2016, DJe 04/08/2016)²⁰

Em ato de cobrança indevida praticado por hospital, por conta de uma internação que não foi coberta pela operadora de assistência privada à saúde, - verifica-se aqui, que ocorre o estabelecimento de uma rede contratual – a Turma Recursal, fundamentando-se nos princípios da boa-fé objetiva e função social dos contratos, entenderam que tais violações resvalaram no princípio da dignidade humana, e portanto, caberia condenação.

Neste ponto, depara-se com o valor dado a dignidade da pessoa humana naquele Tribunal, pois um simples resvalar no princípio humanístico foi o suficiente para a condenação da parte que o desrespeitou.

A dignidade da pessoa humana está à frente dos demais princípios constitucionais, pois a partir dele, se respeitará a saúde e a vida com dignidade.

Deste modo, na busca pela maior transparência de informações, utilizou-se os mesmos critérios de pesquisa no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça onde destaca-se o julgado apresentado no informativo de jurisprudência nº. 3078²¹, que há um julgamento envolvendo dependente/sucessor e manutenção do contrato de assistência privada à saúde.

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. POSSIBILIDADE DE O DEPENDENTE ASSUMIR A TITULARIDADE DE PLANO DE SAÚDE APÓS O PERÍODO DE REMISSÃO.

Após o transcurso do período previsto em cláusula de remissão por morte de titular de plano de saúde, o dependente já inscrito pode assumir, nos mesmos moldes e custos avençados, a titularidade do plano. De início, impende asseverar que a cláusula de remissão, pactuada em alguns planos de saúde, consiste em uma garantia de continuidade da prestação dos serviços de saúde suplementar aos dependentes inscritos após a morte do titular, por lapso que varia de 1 a 5 anos, sem a cobrança de mensalidades. Objetiva, portanto, a proteção do núcleo familiar do titular falecido, que dele dependia economicamente, ao ser assegurada, por certo período, a assistência médica e hospitalar, a evitar o desamparo abrupto. Nesse contexto, no tocante à transferência de titularidade do plano de saúde após o término do período de remissão, cumpre ressaltar que a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS editou a Súmula Normativa n. 13/2010, pontificando que *"o término da remissão não extingue o contrato de plano familiar, sendo assegurado aos*

²⁰ Ap 0292072016, Rel. Desembargador(a) JOSÉ DE RIBAMAR CASTRO, QUINTA CÂMARA CÍVEL, julgado em 01/08/2016, DJe 04/08/2016. Disponível em <www.tjma.jus.br> Acesso em: 16 set. 2016.

²¹ Pesquisa realizada com as palavras chave dignidade e plano saúde. Disponível em: <www.stj.jus.br> acesso em: 17 set. 2016.

dependentes já inscritos o direito à manutenção das mesmas condições contratuais, com a assunção das obrigações decorrentes, para os contratos firmados a qualquer tempo". Essa orientação foi fundada especialmente nos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da proteção da segurança jurídica e da proteção à entidade familiar, conjugados com o previsto no art. 3º, § 1º, da Resolução Normativa n. 195/2009 da ANS, com o fim de evitar o desamparo dos dependentes inscritos do titular falecido quanto à assistência médica e hospitalar. Assim, deve ser assegurado a dependente o direito de assumir a posição de titular de plano de saúde - saindo da condição de dependente inscrito - desde que arque com as obrigações decorrentes e sejam mantidas as mesmas condições contratuais, em virtude da ausência de extinção da avença, não sendo empecilho, para tanto, o gozo do período de remissão. REsp 1.457.254-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 12/4/2016, DJe 18/4/2016.²²

Neste julgamento abordou-se a possibilidade, desde que previsto contratualmente, de que falecendo o titular do contrato de assistência à saúde, seus dependentes sejam beneficiados por remissão de pagamentos por períodos de até 5(cinco) anos.

A fundamentação partiu principalmente dos princípios da dignidade da pessoa humana conforme se denota no corpo da ementa.

O informativo 0581 do Superior Tribunal de Justiça traz a orientação de que nos casos em que o titular do contrato de plano privado de assistência à saúde falecer, e após transcorridos 5(cinco) anos, um de seus dependentes assumira a posição de titular e arque com todas as obrigações contratuais nas mesmas condições até então avençadas.

Conforme mencionado no texto destacado, a posição da Agência Nacional de Saúde Suplementar, em possibilitar a manutenção dos contratos após o falecimento do titular, assumindo esta posição um de seus dependentes, foi fundada especialmente nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e da proteção da segurança jurídica.

Neste caso pode se verificar que, a Agência Nacional de Saúde Suplementar assumidamente e expressamente aplica em determinados casos os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da proteção jurídica.

²² Informativo nº. 0581. Período 14 à 28 de abril de 2016. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em 16 set. 2016.

Se em casos como os que envolvem os sucessores dos contratantes titulares de contratos de assistência à saúde suplementar a Agência Nacional de Saúde Suplementar respeita e aplica os princípios constitucionais elencados – não poderia ser diferente – em casos de resilições unilaterais promovidas pelas operadoras a mesma Agência reguladora não pode se manter inerte e permissiva como faz até os dias atuais, pois estaria utilizando dois pesos e duas medidas para casos análogos.

Já o informativo 0491 traz o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em casos de cláusulas abusivas e que os princípios constitucionais devem ser respeitados e aplicados nos contratos de assistência privada à saúde.

CONTRATO. PLANO. SAÚDE. CLÁUSULA ABUSIVA.

O cerne da questão cinge-se à análise da existência de abuso na cláusula do contrato de plano de saúde que prevê limite de valor para cobertura de tratamento médico-hospitalar. *In casu*, a beneficiária de plano de saúde foi internada em hospital conveniado, em razão de moléstia grave e permaneceu em UTI. Todavia, quando atingido o limite financeiro (R\$ 6.500,00) do custo de tratamento previsto no contrato celebrado entre as partes, a recorrida (mantenedora do plano de saúde) negou-se a cobrir as despesas médico-hospitalares excedentes. De fato, o sistema normativo vigente permite às seguradoras fazer constar da apólice de plano de saúde privado cláusulas limitativas de riscos adicionais relacionados com o objeto da contratação, de modo a responder pelos riscos somente na extensão contratada. No entanto, tais cláusulas limitativas não se confundem com as cláusulas que visam afastar a responsabilidade da seguradora pelo próprio objeto nuclear da contratação. Na espécie, a seguradora de plano de saúde assumiu o risco de cobrir o tratamento da moléstia que acometeu a segurada. Porém, por meio de cláusula limitativa e abusiva, reduziu os efeitos jurídicos dessa cobertura ao estabelecer um valor máximo para as despesas hospitalares, tornando, assim, inócuo o próprio objeto do contrato. É que tal cláusula não é meramente limitativa de extensão de risco porque excludente da própria essência do risco assumido. O Min. Relator ressaltou que não se pode equiparar o seguro-saúde a um seguro patrimonial, no qual é possível e fácil aferir o valor do bem segurado, criando limites de reembolso/indenização. Pois, quem segura a saúde de outrem está garantindo o custeio de tratamento de doenças que, por sua própria natureza, são imprevisíveis, sendo essa uma das razões que leva a pessoa a contratar seguro de saúde. Assim, seja por violação das normas do CDC (arts. 4º, 6º, 51) ou do disposto na Lei n. 9.656/1998 e no DL n. 73/1966, deve ser considerada abusiva a cláusula contratual de seguro-saúde que crie limitação de valor para o custeio de tratamento de saúde ou de internação hospitalar de segurado ou beneficiário. Com efeito, em observância à função social dos contratos, à boa-fé objetiva e à proteção à dignidade humana, deve ser reconhecida a nulidade de tal cláusula. Com essas e outras considerações, a Turma deu provimento ao recurso para, julgando

procedente a ação e improcedente a reconvenção, condenar a seguradora ao pagamento das despesas médico-hospitalares (deduzindo-se as já suportadas pela recorrida) a título de danos materiais e dos danos morais decorrentes da cláusula abusiva e da injusta recusa da cobertura securitária pela operadora do plano de saúde, o que causou aflição à segurada (acometida de moléstia grave que levaria a estado terminal) que necessitava dar continuidade à sua internação em UTI e ao tratamento médico hospitalar adequado. Precedente citado: REsp 326.147-SP, DJe 8/6/2009. REsp 735.750-SP, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 14/2/2012.²³

Do julgado exposto no informativo, depreende-se inicialmente que as seguradoras podem prever e limitar os valores referentes a cobertura do objeto contratado estando esta cobertura obrigada a atender as extensões provenientes do objeto do contrato.

O que se limita na realidade são riscos adicionais ao objeto do contrato.

A previsão de limitação de riscos e valores, nos contratos de assistência privada à saúde, que compreendam a extensão de riscos do objeto do contrato são consideradas abusivas.

As cláusulas que limitam valores referentes a cobertura de despesas com assistência privada à saúde, são consideradas inócuas, pois no caso do julgado em apreço, limitavam a extensão de cobertura do objeto do contrato.

O Desembargador Relator destaca que não se pode comparar um limite de cobertura de um bem patrimonial, cujo valor facilmente se faz aferível, com a cobertura de procedimentos que asseguram a própria vida.

Ao aceitar cobrir enfermidades diversas por meio de contrato de seguro ou assistência privada à saúde, a operadora ou seguradora tem ciência de que este tipo de contratação tem como característica a imprevisibilidade, pois, como natural que é, os desdobramentos de uma enfermidade, são imprevisíveis e esta é a razão principal que levam os usuários a contratarem seguros ou planos de assistência privada à saúde.

Deste modo, nesta decisão do Superior Tribunal de Justiça, as cláusulas que limitam valores do objeto do contrato são consideradas abusivas, passíveis de ser consideradas nulas.

²³ Informativo nº. 0491. Período 13 à 24 de fevereiro de 2012. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em 16 set. 2016.

Detalhe importante a ser considerado, está justamente neste ponto da decisão, pois a cláusula limitadora foi considerada nula, gerando, portanto, efeitos *ex tunc*.

Não há espaço para interpretação divergente da que, se uma cláusula que limita valores de cobertura de atendimento à saúde é considerada nula, a cláusula que permite a rescisão unilateral sem motivação, exceto aquelas que se referem a inadimplência ou fraude por parte do usuário, também são consideradas nulas.

O paralelo é simples, pois se uma cláusula que causa um dano menor é considerada nula, outra cláusula que gera enorme dano a um grupo de pessoas, por certo, nasce eivado de nulidade.

O ponto principal a se apreciar no julgamento em análise, é justamente a fundamentação exarada pelo Desembargador Relator, quando diz que “Com efeito, em observância à função social dos contratos, à boa-fé objetiva e à proteção à dignidade humana, deve ser reconhecida a nulidade de tal cláusula”.²⁴

A fundamentação do Desembargador destaca a proteção à dignidade humana, sendo, portanto, esta e os princípios constitucionais da boa-fé objetiva e a função social dos contratos o fundamento para considerar nula a cláusula que limita os valores de cobertura dos contratos de seguro saúde ou contratos privados de assistência à saúde, sobrepondo-se, portanto, a vida, às cláusulas contratuais referendadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Diante da pesquisa referente a dignidade humana, aplicada aos contratos de assistência privada à saúde nos julgamentos dos mais diversos Tribunais do país bem como decisões do Superior Tribunal de Justiça, constata-se que toda interpretação jurídica das regulamentações legais e infralegais que envolvem direito à saúde e a assistência a saúde devem também ser consubstanciadas pelos princípios da dignidade humana, segurança jurídica, isonomia e função social do contrato que fundamentalmente alicerçam a Constituição pátria e são objeto de estudo a seguir.

1.3 PRINCÍPIO DA ISONOMIA

²⁴ Informativo nº. 0491. Período 13 à 24 de fevereiro de 2012. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em 16 set. 2016.

No que se refere a rescisão unilateral dos contratos, há que se estudar também o princípio constitucional da isonomia, haja vista que o inciso II do art. 13 da lei 9.656 veda a rescisão unilateral dos contratos de assistência a saúde somente na modalidade individual/familiar.

O art. 13 da Lei 9.656/98 tem a seguinte redação:

Art. 31. Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação.

Parágrafo único. Os produtos de que trata o caput, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas:

I – [...]

II – a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência; e[...]²⁵

Para o estudo da isonomia, se faz necessário buscar informações sobre os números de pessoas que são atendidos pelas empresas de assistência privada a saúde no Brasil.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar disponibiliza em seu sítio eletrônico as informações sobre a quantidade de usuários atendidos pelas empresas privadas de assistência à saúde.

TABELA 1

Cobertura assistencial e tipo de contratação do plano	Total	Novo	Antigo
Assistência médica com ou sem odontologia	49.730.405	44.395.105	5.335.300
Individual ou Familiar	9.672.134	8.433.160	1.238.974
Coletivo Empresarial	33.123.445	30.842.700	2.280.745
Coletivo por adesão	6.625.478	5.109.081	1.516.397
Coletivo não identificado	9.153	9.153	0
Não Informado	300.195	1.011	299.184
Exclusivamente odontológicos	21.950.463	21.518.758	431.705
Individual ou Familiar	3.889.264	3.880.744	8.520
Coletivo Empresarial	16.074.121	15.773.298	300.823
Coletivo por adesão	1.917.002	1.860.134	56.868

²⁵ BRASIL. Lei 9.656 de 3 de junho de 1.998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656> Acesso em 19 ago. 2016.

Cobertura assistencial e tipo de contratação do plano	Total	Novo	Antigo
Coletivo não identificado	4.334	4.334	0
Não Informado	65.742	248	65.494

Fonte: Agência Nacional de Saúde Suplementar.²⁶

Ao observar o número de usuários atendidos pelos contratos individual/familiar verifica-se que este público não ultrapassa o percentual de 20%(vinte por cento) do total de usuários atendidos pelas empresas privadas de assistência à saúde.

Considerando estes números apresentados pela agência nacional de saúde suplementar, e o objeto deste trabalho, deve-se questionar os seguintes pontos:

O que é princípio da isonomia?

A Agência Nacional de Saúde Suplementar está efetivamente protegendo a grande massa da sociedade de modo isonômico?

A idéia da criação da Lei 9.656/98 foi realmente proteger somente parte dos usuários atendidos pelas empresas privadas de assistência à saúde suplementar, jogando por terra o princípio constitucional da isonomia?

Respondendo a estes questionamentos, o princípio da isonomia tem valor absoluto, ou seja, sua observância se sobrepõe a outros princípios, conforme esclarece Walter Claudius Rothenburg citando Ricardo Luis Lorenzetti.

Quanto ao modo de obtenção, admite-se que há: princípios sistemáticos, ou representativos, que não possuem maior operatividade imediata, mas que fazem a organização institucional da sociedade. Princípios dogmáticos, que se obtêm, por dedução, do ordenamento jurídico, como a liberdade de contratar. Existem princípios problemáticos ou idéias básicas em sentido retórico, que surgem por conexão de problemas. Seu fundamento é a experiência jurídica histórica, a natureza das coisas. Há princípios de um valor absoluto, como a unidade do ordenamento, a igualdade. Outros atuam ante a dúvida: *in dubio pro reo*. Há outros princípios corretivos como, por exemplo, a boa fé. Outros são subsidiários. Finalmente. Há princípios de Direito interno e de Direito comunitário, que têm uma importância crescente.²⁷

²⁶ Informação extraída do sitio da Agência Nacional de Saúde Suplementar disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>> acesso em 11 ago.2016.

²⁷ ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios constitucionais. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 71 apud LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

Verifica-se desta feita, que o princípio da igualdade ou isonomia tem seu valor absoluto, sobrepondo-se a outros princípios e normas.

Essa preponderância sobre outras normas, no caso do estudo em tela, demonstra que a aplicação do princípio da isonomia nos contratos de assistência a saúde tem como consequência a igualdade nas aplicações de normas, principalmente aquela que denotem a proteção à dignidade humana.

O princípio da isonomia determina que sejam tratados igualmente os iguais e de forma desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades, conforme prelecionava Aristóteles já a alguns milênios.

Segundo Nelson Nery Junior as normas cujos dispositivos sejam discriminadores e conseqüentemente desigualam adequadamente os desiguais, dando-lhes tratamentos diversos, devem ser consideradas constitucionais, do mesmo modo que quando estas mesmas normas desigualam equivocadamente os iguais, dando-lhes tratamentos distintos devem ser consideradas inconstitucionais.

[...] Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

Por isso é que são constitucionais dispositivos legais discriminadores, quando desigualam corretamente os desiguais, dando-lhe tratamentos distintos; e são inconstitucionais os dispositivos legais discriminadores, quando desigualam incorretamente os iguais, dando-lhes tratamentos distintos. Deve buscar-se na norma ou no texto legal a razão da discriminação: se justa, o dispositivo é constitucional; se injusta, é inconstitucional.²⁸

Observa-se, portanto que, seguindo a visão disposta por Nery, a Lei 9.656/98 ao desigualar os iguais, ou ser omissa na regulação do dispositivo em apreço, torna inconstitucionais quaisquer interpretações que desigualem os iguais - usuários dos contratos de assistência à saúde.

Assim como os demais autores, a concepção de Luiz Alberto David de Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior, é que o legislador e o aplicador do direito devem conferir tratamento isonômico sem quaisquer distinções a todos os indivíduos.

²⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição federal: (processo civil, penal e administrativo)*. 11. Ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 112.

A constituição da República instituiu o princípio da igualdade como um dos seus pilares estruturais. Por outras palavras, aponta que o legislador e o aplicador da lei devem dispensar tratamento igualitário a todos os indivíduos, sem distinção da qualquer natureza. Assim, o princípio da isonomia deve constituir preocupação tanto do legislador como do aplicador da Lei.²⁹

Deste modo os referidos autores corroboram o entendimento de que a Constituição conferiu ao princípio da igualdade a função de ser um de seus pilares, ou seja, suas bases, seu alicerce que sustenta toda estrutura constitucional.

Os autores concluem indicando que o princípio da igualdade alcança toda estrutura constitucional, sendo certo que em todas as situações, sejam referentes ao trabalho, a administração de direito público interno, política externa, enfim, todas as situações que atinjam as pessoas, deve ser aplicado o princípio da isonomia:

Dessa forma, além de estar garantido na rega genérica do *caput* do art. 5º, o princípio da igualdade permeia todo o texto constitucional, indicando, quer em relação ao trabalho e às pessoas de direito público interno, quer ainda quanto à política externa e à Administração Pública, dentre outras situações, que o princípio deve ser seguido.³⁰

A importância atribuída por eles ao princípio da igualdade denota a relevância e o alcance que este princípio perfaz, não deixando dúvidas de suas posições doutrinárias a respeito de sua aplicabilidade.

Por fim, busca-se respaldo no trabalho de Celso Antônio Bandeira de Melo onde ele faz um estudo preciso sobre o princípio da igualdade esclarecendo quaisquer dúvidas persistentes diante dos apontamentos acima.

Bandeira de Melo deixa claro que as desigualdades devem ser tratadas de modo desigual, quando por exemplo em um concurso público para promotor de justiça se estabeleça altura mínima de 1,70m (um metro e setenta centímetros).

Para o exercício desta função, não se faz necessário altura mínima, e portanto, se estaria discriminando os integrantes da sociedade que não alcançassem aquela altura, contrariando o princípio da isonomia.

²⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 131.

³⁰ *Ibidem* p. 133.

Por outro lado, em um concurso para policiais militares, ao se estabelecer a altura mínima de 1,70m (um metro e setenta centímetros) esta descrição se dá por conta das características do trabalho realizado pelos policiais militares.

Deste modo, havendo a justificativa e a necessidade de altura mínima para o exercício da profissão, não se estaria ferindo o princípio da igualdade.³¹

Bandeira de Melo ressalta ainda que o princípio da igualdade está voltado para o legislador e para o aplicador da lei:

O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas³².

Nota-se que os primeiros a serem atingidos pelo princípio da igualdade, são os legisladores e em seguida os aplicadores da Lei, conferindo a estes o dever e a responsabilidade de criar e aplicar as Leis observando rigorosamente este princípio que conforme já apontando, é um dos pilares de um Estado Democrático de Direito.

E ainda, Bandeira de Melo conceitua definitivamente o princípio da isonomia:

Com efeito, a igualdade é princípio que visa a duplo objetivo, a saber: de um lado propiciar garantia individual (não é sem razão que se acha insculpido em artigo subordinado à rubrica constitucional “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) contra perseguições e, de outro, tolher favoritismos.³³

Há que se observar, portanto, que a doutrina, nas pessoas dos mais renomados constitucionalistas brasileiros conferiu ao princípio da isonomia o status de alicerce constitucional e infraconstitucional do sistema legal brasileiro.

Na busca pela fundamentação deste tópico pesquisou-se no Superior Tribunal de Justiça, utilizando-se das palavras chave igualdade e planos de saúde alcançando-se o resultado de 261(duzentos e sessenta e uma) decisões monocráticas e 3(três) informativos de jurisprudência.

³¹ MELLO, Celso Antônio bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 11.

³² Ibidem, p. 9.

³³ Ibidem, p. 23.

Das informações acima alcançadas, subtrai-se dos acórdãos encontrados, aleatoriamente, o Agravo regimental no agravo de instrumento nº. 1378703/SP de Relatoria do Ministro Sidnei Beneti conforme se verifica a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - FATO SUPERVENIENTE - TÉRMINO DO PERÍODO DE REMISSÃO - MANUTENÇÃO DAS MESMAS CONDIÇÕES CONTRATUAIS - SÚMULA Nº 13 DA ANS - PROVIMENTO.

1.- A superveniência da edição da Súmula nº 13 da Agência Nacional de Saúde Suplementar - considerando os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da proteção da segurança jurídica e da proteção à entidade familiar - enseja o reconhecimento do direito à manutenção das mesmas condições contratuais por consumidora em mais de 75 anos de idade e 33 de contrato.

2.- A teor da referida Súmula nº 13 da ANS, o término da remissão não extingue o contrato de plano familiar, sendo assegurado aos dependentes já inscritos o direito à manutenção das mesmas condições contratuais, com a assunção das obrigações decorrentes, para os contratos firmados a qualquer tempo. 3.- Agravo Regimental provido.³⁴ (grifo nosso)

O julgamento em destaque cuida de agravo regimental contra agravo de instrumento que negou seguimento ao Recurso Especial interposto pela usuária contra a seguradora de assistência privada à saúde.

A ação busca manter a usuária dependente de titular que faleceu, sendo que esta dependente intenta manter-se no contrato mediante reajuste não abusivo, pois foi beneficiária de remissão, deixando de pagar os prêmios durante 5(cinco) anos.

A seguradora ofertou-lhe outro contrato com valores absolutamente superiores aos cobrados à época do último pagamento.

O Desembargador relator julgou parcialmente procedente o agravo regimental, mantendo a dependente no contrato, aplicando os reajustes autorizados pela agência nacional de saúde suplementar.

Para tanto, o magistrado de segunda instância fundamentou sua decisão baseado entre outros princípios constitucionais, no princípio da igualdade, a fim de que a usuária autora, mantivesse seus direitos protegidos e respeitados.

Portanto, aplicando inicialmente o princípio da isonomia, verifica-se que a agência nacional de saúde suplementar, ao não criar normas que estabeleçam

³⁴ (AgRg no Ag 1378703/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 01/07/2011). Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 17 set. 2016.

isonomia entre os usuários dos planos privados de assistência à saúde deixa de proteger essa grande massa de contratantes que aderiram aos coletivos empresariais e por adesão.

No mesmo sentido, aplicando-se o princípio da isonomia à Lei 9.656/98, a interpretação do inciso II do art. 13º não pode ser diferente do que, se há previsão legal vedando a rescisão dos contratos individuais por outros motivos que não sejam aqueles elencados na própria lei, usuários estes que são minoria nos números absolutos, esta vedação, em caso de omissão, se estende também a grande massa de usuários que são os contratantes na modalidade coletivos por adesão e empresariais.

Os operadores do direito, destacando-se os juízes, ao se depararem com situações que envolvam os referidos contratos, ao analisar os casos, devem inicialmente aplicar o princípio da isonomia, a fim de que as partes ali estipulantes não sofram com julgamentos desiguais.

Deste modo, verifica-se que o inciso II do Art. 13 da Lei 9656/98 que estabelece que os contratos individuais não podem ser rescindidos unilateralmente, exceto por fraude ou atraso nos pagamentos dos prêmios por período superior a 60(sessenta) dias ininterruptos ou não, está correto, principalmente por respeitar os princípios constitucionais da função social do contrato, da dignidade da pessoa humana, da boa-fé, dentre outros.

O consumidor final de contratos de assistência privada à saúde na modalidade de contratação coletiva, é exatamente igual ao cidadão que possui um contrato de assistência privada na modalidade individual, ou seja, outro ser humano.

Conforme se verifica na tabela 1 deste estudo, a imensa maioria dos contratantes são enquadrados na modalidade coletivos, sejam empresariais ou por adesão.

O inciso II do art. 13 da lei 9.656/98 protege exemplarmente os contratantes individuais, deixando a própria sorte a maioria absoluta dos contratantes coletivos.

O princípio da igualdade é fundamental neste caso, para que a agência nacional de saúde suplementar, o Poder Judiciário e toda a sociedade tenham o entendimento de que os contratos de assistência à saúde, em termos das garantias de manutenção contratuais, acolham todos os seus usuários, independentemente do tipo de contratação.

1.4 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA

A notícia que se tem do primeiro documento a proteger o direito a vida, data do ano de 1.776, conhecido como declaração de direitos da Virgínia, onde no seu art. 1º incluía a vida como direitos inerentes à pessoa humana.³⁵

Os Estados Unidos da América do Norte, ao promulgar sua Constituição Federal em 1.787 não contemplou a garantia do direito a vida. Este fato somente ocorreu por meio da quinta emenda datada de 1.791, passando a ser direito fundamental naquela nação.

Cumprе salientar que as cartas constitucionais da revolução francesa bem como as imediatamente posteriores também não previam a garantia constitucional do direito a vida.³⁶

Principalmente no período compreendido no século XX, após a segunda guerra mundial, o direito e o respeito à vida passaram a ser pressupostos de todos os demais direitos. Neste sentido, em um Estado democrático de direito, a vida pode ser considerada como natureza jurídica de todo o direito.

No sentido de proteção ao direito à vida cumprе destacar o posicionamento de Sarlet, que leciona:

Ainda no contexto da fase inaugural do constitucionalismo moderno, importa anotar que as constituições da Revolução Francesa, bem como a posterior Carta Constitucional de 1814, não faziam menção explícita ao direito à vida, utilizando apenas conceito de uma garantia da segurança. Desde então, ressalvadas algumas exceções, o direito à vida acabou não merecendo, durante muito tempo, um reconhecimento no plano do direito constitucional positivo da maior parte dos Estados, o que apenas acabou com a viragem provocada pela II Guerra Mundial, que não apenas alterou a ordem mundial, mas também afetou profundamente o próprio conteúdo e em parte também o papel das constituições além da influência gerada pela Declaração dos Direitos Humanos da ONU (1948) e dos posteriores pactos internacionais para a proteção dos direitos humanos (com destaque, numa primeira fase, para o Pacto de Direitos Civil e Políticos, de 1966) sobre as constituições promulgadas na segunda metade do século XX. Neste período, destaca-se a Lei Fundamental da Alemanha, de 1949, que não apenas reconheceu o direito à vida como direito fundamental, mas também foi a primeira a vedar completamente, em qualquer hipótese, a pena de morte.³⁷

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; MARINONI, Luiz Guilherme; MIDITIERO, Daniel. Op. Cit. p. 364.

³⁶ Ibidem.

³⁷ Ibidem.

No ordenamento jurídico brasileiro, a proteção a vida está presente no caput do artigo 5º da Constituição cidadã, onde se reconhece expressamente a inviolabilidade do direito à vida, quando assim dispõe: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida [...]”.³⁸

O direito à vida, portanto alcança o mais alto patamar em termos de importância de direito protegido.

Nos dias atuais não se alcança a plenitude da vida sem que a manutenção da saúde esteja da mesma forma protegida.

O avanço tecnológico global, trouxe também inúmeros avanços na área de prevenção e manutenção à saúde.

Esses avanços fazem com que a expectativa de vida da população brasileira aumente a cada ano, conforme a informação trazida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

TABELA 2

ANO	EXPECTATIVA DE VIDA
2.000	69,83
2.001	70,28
2.002	70,73
2.003	71,16
2.004	71,58
2.005	71,99
2.006	72,39
2.007	72,77
2.008	73,15
2.009	73,51
2.010	73,86
2.011	74,20
2.012	74,52
2.013	74,84
2.014	75,14

³⁸ Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil. Marcos Antonio Fernandes, (org.). 22. Ed. São Paulo: Rideel, 2016. p.6.

2.015	75,44
-------	-------

Fonte: IBGE, Projeção da População do Brasil 2013.³⁹

Este aumento na expectativa de vida da sociedade denota o avanço tecnológico e social principalmente em razão das mudanças trazidas pela Constituição de 1.998.

Para José Luiz Toro da Silva o aumento da expectativa de vida eleva a necessidade de prestação de serviços médicos hospitalares, sendo necessário inclusive a projeção de onde sairão os recursos para esta demanda.⁴⁰

As mudanças sociais e tecnológicas estão também consubstanciadas pelo art. 170 da Constituição Federal que estabelece como princípios da ordem econômica entre outros, a livre concorrência e a redução das desigualdades regionais e sociais, assim dispondo:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:⁴¹

A proteção e regulamentação do mercado proporcionou o intercâmbio de tecnologia, entre elas as médicas, resultando na manutenção da saúde e prevenção de doenças, redundando em uma dilatação da expectativa de vida dos brasileiros.

Como visto, a proteção constitucional da vida pode ser verificada em diversos pontos geográficos da Constituição Federal, não somente no texto expresso do art. 5º.

Observa-se que o resultado prático da aplicação de outros dispositivos, como o art. 170 desencadeiam indiretamente a extensão da longevidade populacional, por meio de princípios que protegem a vida.

Assim, o direito à vida, protegido pela Constituição Federal, não se resume somente naquela situação que veda a solução não espontânea da existência do indivíduo, o direito a vida busca também a manutenção e todos os seus desdobramentos, conforme preceitua Sarlet.

³⁹Disponível em: <<http://brasilemsintese.ibge.gov.br/populacao/esperancas-de-vida-ao-nascer.html>>. Acesso em 18 ago. 2016.

⁴⁰ SILVA, José Luiz Toro da, Op. Cit. p.22.

⁴¹ Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil. Marcos Antonio Fernandes, (org.). 22. Ed. São Paulo: Rideel, 2016. p.69.

Certo é que o direito à vida opera, para além de sua condição de direito fundamental autônomo, como “pressuposto fundante de todos os demais direitos fundamentais”, “verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente”, ou, como enfatizado pelo tribunal Constitucional Federal da Alemanha, como base vital da própria dignidade da pessoa humana. Além e independentemente disso, a relação entre o direito à vida e os outros direitos fundamentais é diversificada e evidentemente não se verifica em todos os casos [...].⁴²

Sarlet⁴³ destaca ainda que o direito à vida determina medidas de proteção contra degradação ambiental, ou seja, conforme apontado alhures, o direito à vida, influencia e recebe influência de outros institutos constitucionais, como por exemplo, a ordem econômica e o direito ambiental, entre outros.

Para se ter uma percepção do que entende a justiça brasileira em casos que envolvam a proteção da vida relacionados a contratos privados de assistência à saúde, realizou-se um levantamento no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça utilizando-se como parâmetro as palavras chaves direito à vida e plano de saúde, obtendo-se o resultado de 470(quatrocentos e setenta) decisões monocráticas e 1(um) informativo de jurisprudência.

Apurou-se que dos acórdãos levantados, nenhum deles se referia aos casos de rescisão unilateral, e tão pouco se aproveita das decisões a fim de confirmar ou contrariar a respeito da inconstitucionalidade da rescisão unilateral dos contratos por iniciativa das operadoras.

Avançando na pesquisa, a fim de obter maiores informações a respeito do posicionamento dos Tribunais Superiores, buscou-se as mesmas palavras chave nos sítios do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, onde se verificou o seguinte julgado;

APELAÇÃO CÍVEL - PLANO DE SAÚDE - AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DESPESAS CIRÚRGICAS - ASSISTÊNCIA MÉDICA - PESSOA IDOSA - IMPOSSIBILIDADE DE TRATAMENTO MÉDICO EM MANAUS - RESPONSABILIDADE CIVIL CONFIGURADA - DEVER DE REPARAR - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM RAZOÁVEL ARBÍTRIO - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - INOCORRÊNCIA - RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E DESPROVIDO. - Na sentença de procedência da

⁴² Op. Cit. p. 367.

⁴³ Op. Cit. p. 370.

Ação, ocorre a confirmação tácita dos efeitos da tutela antecipada. - Expor pessoa de avançada idade à negativa de tratamento médico sob a justificativa de cumprimento do Plano de Saúde gera dano moral passível de ressarcimento. - Trata-se de atendimento essencial à saúde e à vida do usuário e contratante do plano de saúde, portanto direito garantido pela Constituição Federal, pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo Estatuto do Idoso. - Reconheço a existência de honorários advocatícios em razoável arbítrio. - Recurso de Apelação conhecido e desprovido.⁴⁴

Na decisão do Relator constata-se que ao apreciar o recurso, onde se discutia somente valores de honorários advocatícios, a fundamentação para a procedência da ação e conseqüente condenação em honorários, foi baseada no fato de que o atendimento de plano privado de assistência à saúde é essencial a vida do usuário.

Deste modo observa-se que os contratos de assistência privada a saúde envolvem diretamente o direito a vida, direito este protegido pela Constituição Federal, e pelos ordenamentos jurídicos internacionais.

Em pesquisa realizada no sítio do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, com as mesmas palavras chave, alcançou-se um total de 500 registros, que se supõe ser o limite máximo de apresentações por consulta naquele sítio devido suas características.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. PLANO DE SAÚDE. INTERNAMENTO EM CLÍNICA ESPECIALIZADA (VALE VIVER). NECESSIDADE E URGÊNCIA COMPROVADAS ATRAVÉS DE RELATÓRIO MÉDICO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE INSTITUIÇÃO HOSPITALAR CREDENCIADA, APTA A REALIZAR O TRATAMENTO DE DEPENDÊNCIA QUÍMICA. ILEGALIDADE DA RECUSA PELA SEGURADORA. PREVALÊNCIA DO DIREITO À SAÚDE E À VIDA CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS. PERICULUM IN MORA INVERSO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.(Classe: Agravo de Instrumento, Número do Processo: 0005651-42.2016.8.05.0000, Relator(a): Dinalva Gomes Laranjeira Pimentel, Segunda Câmara Cível, Publicado em: 13/09/2016)⁴⁵

⁴⁴ Apelação nº. 2011.005257-7 3ª Câm. Cível. **Relator:** Des. Aristóteles Lima Thury **Publicação:**04/06/2012 **Nº Diário:** 2012. Disponível em <www.tjam.jus.br> Acesso em 17 set. 2016.

⁴⁵ Agravo de Instrumento, Número do Processo: 0005651-42.2016.8.05.0000, Relator(a): Dinalva Gomes Laranjeira Pimentel, Segunda Câmara Cível, Publicado em: 13/09/2016 Disponível em: <www.tjba.jus.br> acesso em: 17 set. 2016.

Este julgado trata de necessidade de tratamento para dependentes químicos, sendo que não há clínicas credenciadas pela operadora para realização do tratamento indicado pelo médico.

A relatora Dinalva Pimentel, em sua fundamentação para autorizar o procedimento apresentou sua decisão da seguinte forma:

Considera-se injusta a recusa da operadora de saúde em autorizar a internação recomendada por profissional médico, e necessária para a preservação da saúde do segurado, pois, além de não ter comprovado a existência de restrição contratual e de, clínica especializada em sua rede de convênios, o que se discute, no presente caso é a saúde e a vida, sendo direitos fundamentais, não admitem mitigação, principalmente diante da gravidade do quadro clínico da paciente.⁴⁶ (grifo nosso)

Extrai-se de sua decisão que, o que se discute em realidade são os efeitos do contrato que determinam a manutenção da vida humana, direitos estes de natureza fundamental e impossíveis de mitigação.

A importância dada a vida pela julgadora pode ser verificada quando ela faz paralelo entre a vida do usuário e os possíveis prejuízos sofridos pela operadora:

Na hipótese, o risco demonstrado pelo agravado, que busca preservar sua própria vida, supera, agravante, consistente nos prejuízos financeiros que podem advir de eventual improcedência dos pedidos formulados na exordial da demanda de origem em muito, aquele suportado pela agravante, consistente nos prejuízos financeiros que podem advir de eventual improcedência dos pedidos formulados na exordial da demanda de origem⁴⁷. (grifo nosso)

Segundo a relatora, a busca pela preservação da vida supera os interesses econômicos da operadora de assistência privada à saúde, devendo o direito à vida se sobrepôr aos demais direitos.

Ainda no Estado da Bahia, com as mesmas palavras-chave, verificou-se outra decisão onde se constata que a prestação de serviços de assistência privada à saúde está intimamente ligada à vida:

EMENTA DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ART. 14 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PLANO DE SAÚDE.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Ibidem.

TRATAMENTO MÉDICO. INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. RISCO DE MORTE IMINENTE. REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTOS FORA DA REDE CREDENCIADA. REEMBOLSO NO CASO DE URGÊNCIA. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. NEGATIVA. ABUSIVIDADE. RECONHECIMENTO. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. LIMITES DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. DANOS MATERIAIS. COMPROVAÇÃO. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Apelação desprovida, de acordo com o parecer ministerial. (Ap 0200932016, Rel. Desembargador(a) MARCELO CARVALHO SILVA, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, julgado em 31/05/2016, DJe 07/06/2016).⁴⁸

O caso em análise cuida de demora por parte da seguradora em autorizar procedimento para retirada de tumor do usuário.

O desembargador relator expressa em sua decisão que o contrato está ligado diretamente com a manutenção da saúde e da vida do usuário.

Diante da demora da empresa ré em autorizar a cirurgia Bócio Extirpação da Tireóide, necessária a retirada de tumor, bem como sua recusa em arcar com as despesas médicas relativas ao cirurgião e ao anestesista, não hesitou o autor, portador de doença na glândula da tireóide e diante do seu grave estado de saúde, em buscar a tutela do Estado Juiz, para garantir o seu direito a saúde, sendo tal comportamento da acionada, abusivo, dado que feriu a função social do próprio contrato do seguro saúde, que consiste em proporcionar ao aderente o necessário atendimento médico recomendado para debelar a sua enfermidade, no resguardo da sua própria vida⁴⁹.

Nota-se que da decisão, o fator vinculante da prestação de serviços, ou seja o objeto direto imediato da prestação obrigacional é a proteção e a manutenção da vida do credor, e deste modo deve ser respeitado com a sua importância.

Os usuários que celebram os contratos de assistência privada à saúde independentemente de serem individuais ou coletivos, buscam a segurança para o bem maior de toda a sociedade, a vida.

Neste sentido Bruno Miragem defende que:

A causa do contrato em questão diz respeito à oferta de segurança de segurança ao usuário dos serviços e a seus dependentes acerca de riscos relacionados com a saúde e a manutenção a vida. Neste

⁴⁸ Apelação nº. 0200932016, Rel. Desembargador(a) MARCELO CARVALHO SILVA, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, julgado em 31/05/2016, DJe 07/06/2016 Disponível em: <www.tjba.jus.br> Acesso em: 16 set. 2016.

⁴⁹ Ibidem.

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.⁵⁰

Pode-se dizer, portanto que o objeto mediato deste tipo de contrato é a prestação de serviços médicos, e o objeto imediato é a manutenção e preservação da vida.

As pessoas interessadas em montar operadoras de planos de assistência à saúde, devem ter ciência, ao analisar as possibilidades do negócio, que a prestação de serviços a ser realizada será justamente a manutenção e preservação da vida, por meio da assistência à saúde.

Não se trata de simples operação comercial. A prestação de serviços terá senão a mais, pelo menos uma das mais importantes obrigações contratuais pactuadas no ordenamento jurídico brasileiro, devendo portanto, ser esta obrigação embasada e alicerçada nos princípios constitucionais já elencados e principalmente no princípio da proteção à vida.

⁵⁰ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2016. p. 464.

2 BOA FÉ E FUNÇÃO SOCIAL NOS CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE COLETIVOS.

Para o presente trabalho, o estudo da boa-fé e da função social dos contratos se faz necessário, haja vista que todo tipo de contratação hodierna deve obedecer estes princípios.

Trata-se de valores que regem a conduta social em todos os sentidos, sendo que não poderia ser diferente no caso da celebração dos contratos em geral, conforme preceitua a doutrina atual.

Deste modo, considerando que estes valores, conforme asseverado acima, regem a conduta social e conseqüentemente a celebração de contratos em geral, a sua observância se faz necessária com maior ênfase nos casos de contratos de assistência à saúde, que são instrumentos que regulam o acordo entre as partes na prestação de serviços de prevenção de doenças e manutenção da saúde e da vida.

Na contratação de prestação serviços de assistência à saúde, deve ser considerado que a condição do contratante no momento da celebração do contrato, via de regra, é de boa e estável saúde, e seu estado emocional geralmente está estabilizado.

Entretanto, no momento em que se faz necessária a utilização dos serviços contratados, principalmente em caso de emergências e urgências, o contratante encontra-se em estado de elevada fragilidade emocional, seja por si ou por seus entes próximos dependentes daquele contrato.

O contratante adere ao contrato, certo de que no momento necessário, será atendido pela operadora prestadora de serviços. Maior confiança lhe confere quando o contrato se realiza por meio de empresa que lhe emprega, ou associação de classe.

Entretanto esta segurança nem sempre se concretiza, pois, as operadoras de planos de assistência privada à saúde, no caso dos contratos na modalidade coletivos, quando não alcançam o lucro almejado resilem o contrato deixando desamparados grande número de usuários, alegando que não há impedimento legal expresso que impeça tal ato.

É neste sentido que se analisará as ocorrências de como se aplicam a boa-fé e a função social do contrato quando as operadoras resilem seus contratos coletivos desprestigiando os consumidores usuários que pactuaram a avença.

2.1 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

Neste passo serão analisados os princípios contratuais pertinentes ao tema em estudo, a fim de que o objetivo principal seja alcançado.

Os princípios constitucionais e conseqüentemente os princípios contratuais devem ser observados em todas as contratações, seja no âmbito nacional, seja no internacional em razão do elevado risco de desequilibrarem-se as relações jurídicas⁵¹, o que no caso de relação jurídica na esfera da saúde, tal desequilíbrio onera sobremaneira a parte hipossuficiente.

2.1.1 Princípio da autonomia da vontade e liberdade contratual

A autonomia da vontade e a liberdade contratual advêm desde as remotas épocas do direito romano, que após sofrer lento processo histórico, culminou com o respeito à palavra dada.⁵²

A liberdade de contratar distingue-se da liberdade contratual, sendo certo que para o presente estudo, a apreciação das duas hipóteses se faz extremamente necessárias, haja vista que, consubstanciam um dos principais princípios contratuais vigentes no ordenamento jurídico hodierno.

A autonomia da liberdade de contratar permite que o homem contrate o que quiser e com quem quiser, desde que dentro dos limites legais.

É a manifestação da vontade da pessoa física ou jurídica que retrata seus interesses no meio social.⁵³

Esta manifestação, no caso da celebração de contrato bilateral, deveria expressar unicamente a vontade dos contratantes, de forma equilibrada respeitando os princípios da função social dos contratos e da boa fé objetiva, que serão estudados em momento oportuno.

Entretanto o que se observa no cotidiano é um desequilíbrio entre a parte economicamente mais forte em detrimento do mais fraco.

⁵¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.11.

⁵² TARTUCE, Flávio. *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécies*. 11. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 57.

⁵³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.11.

Neste sentido Álvaro Villaça Azevedo destaca o referido desequilíbrio quando adequadamente assevera:

[...]Todos são livres para realizar física e materialmente os contratos, desde que preenchidos os requisitos de validade dos atos jurídicos. Entretanto, no âmbito da liberdade contratual, na discussão das cláusulas e condições contratuais, há, na prática, o prevalecimento da vontade do economicamente mais forte.⁵⁴

Verifica-se destarte, que o desequilíbrio contratual, privilegiando a parte economicamente mais forte já era observado desde a concepção da expressão da autonomia da vontade de contratar, mesmo sem avançar para as questões específicas de microsistemas como o direito consumerista.

Este desequilíbrio é público e notório, de tal forma que para proteger aquele mais desprovido de recursos econômicos, Josaphat Martinho esclareceu que na justificativa do Projeto do Novo Código Civil, afastou-se o princípio do *pacta sunt servanda* a fim de que se pudesse discutir contratos que foram celebrados em desequilíbrio ou tornaram-se desproporcionais após sua celebração, quando assim dispôs:

Repele o Projeto, pois, a majestade do contrato, da velha cláusula *pacta sunt servanda*, para imprimir às obrigações assumidas caráter compatível com o alcance social do direito. Adota o espírito de justiça, que desenvolveu Duguit já em 1922, na Faculdade de Direito de Buenos Aires, e se alargou, pelo tempo afora, com Ripert, Savstier e tantos outros mestres. Mas transmitindo flexibilidade as relações jurídicas, o projeto não as desguarnece de segurança. Tanto que no parágrafo único do art. 896, relegando controvérsia e fixando garantia, veda o aval parcial.⁵⁵

Denota-se desta feita, que o projeto do Novo Código Civil, a época de sua elaboração, mesmo privilegiando o equilíbrio contratual, em detrimento do *pacta sunt servanda*, garantiu a segurança jurídica necessária para a proteção das partes contratantes, buscando o equilíbrio conforme as características de suas desigualdades.

⁵⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.13.

⁵⁵BRASIL. Projeto do Novo Código Civil Brasileiro.

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream_handle_id_576_r146-01.pdf_sequence=4>. Acesso em 22 ago. 2016.

Assim, a liberdade de contratar permanece livre, permitindo a sociedade realizar contratações atípicas conforme suas necessidades, mas desde que respeitados os limites legais e principiológicos.

Por outro lado, a liberdade contratual denota os limites a serem respeitados pelas partes contratantes na elaboração do contrato em si.

Desse modo observa-se que as partes poderão contratar, entretanto na elaboração do contrato devem respeitar os limites legais que demarcam os direitos de cada contratante, pois o direito de um termina onde começa o do outro. Villaça explica:

Se é verdade que todos devem ser livres para contratar, realizar o contrato em si, o mesmo não ocorre com a liberdade contratual, considerada como a possibilidade de livre disposição de seus interesses pelas partes. Essas devem, sem restrições, regular esses interesses, clausulando-os, sem colisão de direitos. O direito de um contratante vai até onde se inicia o direito do outro.⁵⁶

A liberdade contratual, tem em sua essência, a função de fazer com que as partes obedeçam aos limites legais no momento da materialização do negócio jurídico, qual seja, a elaboração do contrato.

Deste modo, fica clara a distinção entre liberdade contratual e liberdade de contratar, sendo que esta consubstancia-se na liberdade de celebrar contratos, inclusive os atípicos, e aquela na discussão do conteúdo a ser contratado.

Neste ponto, considerando a discussão do conteúdo do contrato, em se tratando de contratos de assistência à saúde, esta discussão deve respeitar os princípios constitucionais e contratuais, considerando a grande diferença entre os contratantes consumidores e as contratadas operadoras de planos de assistência à saúde, pois a diferença econômica desta se sobressai descomunalmente em detrimento daquele.

2.2 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NOS PLANOS DE SAÚDE

⁵⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.12.

A função social do contrato busca o equilíbrio entre as partes contratantes, tendo como parâmetro o equilíbrio que deve ser respeitado por toda sociedade, e não somente pelas partes interessadas.

Para Paulo Nader, o princípio da função social do contrato, impede o abuso de direito exercido geralmente pela parte economicamente mais forte nas relações contratuais, pois exigem que os negócios jurídicos estejam alinhados com os interesses da sociedade. Para Nader o conceito de função social do contrato se define em:

*A função social do contrato exige que os acordos de vontade guardem sintonia com os interesses da sociedade, impedindo o abuso de direito. A validade dos contratos não requer apenas o cumprimento dos requisitos constantes no art. 104, da lei Civil. Além do atendimento a estes requisitos gerais é indispensável a observância dos princípios da *socialidade*, que se afinam com os valores de justiça e de progresso da sociedade.*⁵⁷

Nader afirma ainda que o princípio da socialidade norteou a elaboração do Código Civil de 2.002, impedindo a prevalência dos interesses individuais sobre os coletivos, sendo certo que a contratação entre entes privados sejam pessoas jurídicas ou físicas, tem liberdade de contratar, mas a liberdade contratual deve respeitar os princípios estabelecidos pela sociedade.⁵⁸

Já para Antônio Jeová dos Santos a função social do contrato tem suas bases na solidariedade, sendo esta, um fato fundamental da qual o homem não pode viver em sociedade sem respeitar a solidariedade social. A este respeito destaca:

*A solidariedade não é uma simples regra de conduta. É um fato, fundamental de toda sociedade humana. A solidariedade não constitui para o homem um imperativo, mas, não podendo o homem viver senão em sociedade, vê-se ele forçado a respeitar a solidariedade social.*⁵⁹

Antônio Jeová concorda com a posição de que a função social, e principalmente a função social dos contratos buscam um equilíbrio entre o

⁵⁷ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, v. 3: Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 31.

⁵⁸ *Ibidem*. p. 30.

⁵⁹ SANTOS, Antônio Jeová. *Função social: lesão e onerosidade excessiva nos contratos*. São Paulo: Editora Método, 2.002. p. 108-109.

contratante economicamente mais forte no desprestígio do mais fraco, sentenciando da seguinte forma:

Atendiam, de certa forma, ao poder econômico dominante, que tem o receio de perder o privilégio de continuar usufruindo da sua condição de profissional que bem entende o que está fazendo, para captar a vontade de leigos, de profanos na arte de negociar.⁶⁰

Jeová exarou esta percepção em razão dos levantes contrários ao artigo 421 do Código Civil, ainda quando este se encontrava somente em projeto.

O Código Civil de 2.002 buscou equilíbrio contratual, principalmente por meio da observância da função social do contrato, sendo que a proteção ao economicamente mais fraco deve estar amparada também por meio de sanções de ordem pública que asseguram esta proteção.⁶¹

Alinhado a este entendimento, Álvaro Villaça Azevedo,⁶² assevera que para encontrar um meio de entendimento e negociação, sem que seja uma forma de opressão, as partes devem compreender-se e respeitar-se por meio dos contratos.

Por outro lado, para Villaça, o Estado deve intervir, combatendo os malefícios do liberalismo, protegendo a parte mais fraca da contratação, assim dispondo:

O novo Código Civil não ficou à margem dessa indispensável necessidade de integrar o contrato na sociedade, como meio de realizar os fins sociais, pois determinou que a liberdade contratual (embora se refira equivocadamente à liberdade de contratar) deve ser “exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Esse dispositivo (art. 421) alarga, ainda mais, a capacidade do juiz para proteger o mais fraco, na contratação, que por exemplo, possa estar sofrendo pressão econômica ou outros efeitos maléficis de cláusula abusivas ou de publicidade enganosa.⁶³

Verifica-se que a função social do contrato, caracteriza-se como uma espécie de cláusula geral, que deve nortear a sociedade e principalmente as partes contratantes, para que tenham a liberdade contratual, mas que esta liberdade esteja

⁶⁰ Idem, *Ibidem*, p. 112.

⁶¹ Idem, *Ibidem*, p. 116

⁶² AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Aspectos controvertidos do novo código civil: Escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. Coord. ALVIM, Arruda. CESAR, Joaquim Portes de Cerqueira. ROSAS Roberto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

⁶³ Idem, *Ibidem*. p. 34.

sempre dentro dos limites legais pré-estabelecidos, no que pertine a função social do contrato.

Seguindo este entendimento, Daniel Martins Boulos, afirma que a função social dos contratos, além de estar inserida expressamente no artigo 421 do Código Civil de 2.002, também se encontra dispersa em outros dispositivos esparsos do diploma civilista, assim esclarecendo:

O Código Civil brasileiro de 2002 consagrou, de forma inédita, o princípio segundo o qual o contrato, tanto quanto a propriedade, deve atender a uma *função social*. Como visto, além da norma contida no art. 421 do novo Código Civil, entendemos que a função social do contrato está dispersa em tantas outras normas do novo Código Civil que visam assegurar a função social do contrato.⁶⁴

Percebe-se que a força da função social dos contratos a partir do Código Civil de 2.002 passou a ter cada vez mais amplitude, buscando sempre o almejado equilíbrio sócio-contratual resultando em estudos doutrinários cada vez mais profundos.

Por fim, mas não menos importante, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, trazem a visão de função social do contrato atrelada aos princípios de cláusula geral defendidos por Judith Martins-Costa, redundando na seguinte definição:

Para nós, a *função social do contrato* é, antes de tudo, um princípio jurídico de conteúdo indeterminado, que se compreende na medida em que lhe reconhecemos o precípua efeito de impor limites à liberdade de contratar, em prol do bem comum. E essa socialização traduz, em nosso sentir, um importante marco na história do Direito, uma vez que, com ela, abandonaríamos de vez o modelo clássico-individualista típico do século XIX.⁶⁵

O que se observa por todo o exposto é que a função social dos contratos deixou para trás velhos conceitos individualistas e passou a proteger os princípios constitucionais, princípios estes que visam a proteção social acima dos interesses pessoais e individuais.

⁶⁴ BOULOS, Daniel Martins. *Aspectos controvertidos do novo código civil: Escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. Coord. ALVIM, Arruda. CESAR, Joaquim Portes de Cerqueira. ROSAS Roberto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 133.

⁶⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil IV: contratos, tomo 1: teoria geral*. 2. ed. ver., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 48.

2.2.1 Função social do contrato nos contratos de assistência à saúde

A resilição dos contratos de assistência à saúde por iniciativa das operadoras, nos contratos coletivos, que representam a grande maioria da população que utiliza esta modalidade de contratação, fere de morte tudo o que defende o princípio da função social dos contratos. A função social do contrato reflete a mais pura expressão de amplitude da proteção social na liberdade contratual.

Esta liberdade contratual, nos contratos de assistência à saúde se sujeitam ainda mais à observância do princípio da função social dos contratos bem como dos princípios constitucionais do direito a saúde e a vida.

Neste sentido, em pesquisa realizada no sítio do Superior Tribunal de Justiça⁶⁶ com as palavras chave função social e plano de saúde obteve-se os resultados de 699(seiscentos e noventa e nove) decisões monocráticas e 2(dois) informativos de jurisprudência.

Destes resultados, faz-se importante destacar o seguinte julgado de agravo interno em recurso especial:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. CONTRATO COLETIVO QUE BENEFICIA APENAS FAMÍLIA DO SÓCIO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE. BENEFICIÁRIOS ACOMETIDOS DE DOENÇAS GRAVES. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO. IMPOSSIBILIDADE. QUEBRA DA BOA-FÉ OBJETIVA, OFENSA À FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O STJ excepcionalmente admite a incidência do CDC nos contratos celebrados entre pessoas jurídicas, quando evidente que uma delas, embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, apresenta-se em situação de vulnerabilidade em relação à outra.

2. No caso dos autos, embora se trate de contrato firmado por pessoa jurídica, o contrato coletivo de plano de saúde possui como beneficiários apenas três pessoas, familiares do sócio, estando demonstrada sua hipossuficiência, que justifica seu enquadramento na figura de consumidor.

3. A ausência de impugnação dos fundamentos do aresto recorrido enseja o não conhecimento do recurso, incidindo, por analogia, o enunciado das Súmulas 283 e 284 do Supremo Tribunal Federal.

4. "É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional,

⁶⁶ Disponível em <www.stj.jus.br> acesso em 18 set. 2016.

qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário" (Súmula 126/STJ). 5. Agravo interno não provido. (AgRg no REsp 1541849/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 15/10/2015, DJe 09/11/2015)⁶⁷

Esse tipo de contratação não trabalha com um produto qualquer, a prestação de serviços realizadas pelas operadoras de planos de assistência à saúde lidam diretamente com a saúde e a vida das pessoas, bem como com a consequente estabilidade psicológica dos ligados diretamente aos casos e aos seus familiares que sofrem os efeitos daquela enfermidade.

2.3 BOA-FÉ NO DIREITO PRIVADO

O Código Civil de 1.916⁶⁸ tratava somente da boa-fé subjetiva, sendo aquela que está presente quando o agente ignora estar lesando direito de terceiro, fatos estes observados nos casos da usucapião, posse de boa fé e casamentos putativos, entre outros, por exemplo.⁶⁹

A boa-fé obrigacional, mesmo prevista desde meados do século XX, já no anteprojeto do Código Civil vigente, demorou sobremaneira a ser incorporada no ordenamento jurídico atual, pois foi somente a partir dos anos 90 por meio de sua previsão no Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078⁷⁰ de 11 de setembro de 1.990 como diretriz da política nacional das relações de consumo que passou a ser abordada nas discussões doutrinárias pertinentes.

Deste modo surge nos anos 90 por meio de texto legal a nulidade contratual, tendo como critério de averiguação a boa-fé como base significativa para a interpretação dos contratos consumeristas.⁷¹

Com o advento do Código Civil hodierno, Lei 10.406⁷² de 10 de janeiro de 2.002, no que pertine a boa-fé, houve a transferência de interpretação da Lei

⁶⁷ AgRg no REsp 1541849/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 15/10/2015, DJe 09/11/2015. Disponível em <www.stj.jus.br> acesso em 18 set. 2016.

⁶⁸ BRASIL, Código civil. Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1.916. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 01 set. 2016.

⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Vera Maria Jacob de., (org.). *Estudos de direito privado e processual civil: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva*. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2004, p. 192.

⁷⁰ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. *Código de defesa do consumidor interpretado*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Vera Maria Jacob de., (org.). Op. Cit. p. 192.

⁷² BRASIL, *Código civil*. São Paulo: Lex produtos jurídicos, 2.016.

consumerista para a lei civilista, sendo necessário a distinção de boa-fé obrigacional e boa-fé nas relações de consumo.

A respeito da distinção entre boa-fé na esfera cível e boa-fé consumerista torna-se mais uma vez necessário que se socorra a Judith Martins-Costa:

A boa-fé atua *contextualmente*, em vista da singularidade de cada concreta operação contratual, devendo ser filtrada por esquemas socialmente típicos a fim de consentir ao intérprete determinar aquilo que cada regulamento contratual concreto exprime em termos de normalidade e regularidade.⁷³

Observa-se desta feita que Judith demonstra como a boa-fé deve ser interpretada e aplicada caso-a-caso.

Seja qual for a forma de aplicação, é obrigatória a conceituação de boa-fé, sendo que neste caso a melhor conceituação pode ser encontrada nas palavras de Judith Martins-Costa, quando define boa-fé da seguinte maneira:

Os valores a que se direcionam a boa-fé (como *standard* de comportamento contratual, e não como estado de fato!) são a probidade, a lealdade e a consideração às legítimas expectativas do parceiro contratual.⁷⁴

Quando, diante da hipossuficiência de determinada parte contratante na relação contratual, havendo portanto, diferença de poder econômico entre consumidor e fornecedor haverá de ser aplicada a interpretação da boa-fé no sentido de que haja equilíbrio contratual, desde o momento do negócio jurídico, passando-se pela concepção contratual e sua execução até o período pós-contratual.

Deste modo, necessário se faz diferenciar a boa-fé subjetiva da boa-fé objetiva, buscando estabelecer seus contornos e alcances, para que se tenha uma precisão mais apurada de qual aplicação será indicada a cada caso concreto no meio jurídico contratual. Para tanto é obrigatório a conceituação de boa-fé entendida como noção sinónima de honestidade pública segundo a lição de Miguel Reale:

Como se vê, a boa-fé não constitui um imperativo ético abstrato, mas sim uma norma que condiciona e legitima toda a experiência jurídica, desde a interpretação dos mandamentos legais e das cláusulas contratuais até as suas últimas consequências.

⁷³ MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Vera Maria Jacob de., (org.). Op. Cit. p. 193.

⁷⁴ MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Vera Maria Jacob de., (org.). Op. Cit. p. 195.

Daí a necessidade de ser ela analisada como *conditio sine qua non* da realização da justiça ao longo da aplicação dos dispositivos emanados das fontes do direito, legislativa, consuetudinária, jurisdicional e negocial.

Em primeiro lugar, importa registrar que a boa-fé apresenta dupla faceta, a objetiva e a subjetiva. Esta última – vigente, *v.g.*, em matéria de direitos reais e casamento putativo – corresponde, fundamentalmente, uma atitude psicológica, isto é, uma decisão da vontade, denotando o convencimento individual da parte de obrar em conformidade com o direito. Já a boa-fé objetiva apresenta-se como uma *exigência de lealdade* modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal.⁷⁵

Neste ponto, a distinção apresentada por Miguel Reale, demonstra que a boa-fé subjetiva se encontra no íntimo, ou seja, como o próprio nome diz, trata-se de um elemento subjetivo, onde se verifica no conhecimento do agente contratante, tendo ele ciência ou não de que seu ato está eivado de ilicitude.

Judith Martins-Costa conceitua a boa-fé subjetiva como “[...] a boa-fé subjetiva (“ou agir de boa-fé”) expressa um estado de fato, que é constatado (ou presumido) ou não. Se constatada ou confirmada a presunção, decorrem consequências que a lei arrola: por exemplo a posse de boa-fé [...]”⁷⁶

Neste sentido, o sujeito que celebra um contrato de assistência à saúde, na sua consciência não povoa outros pensamentos senão aqueles que trazem a mais pura boa-fé subjetiva, pois, para ele, o contrato não possui e tão pouco deve possuir alguma irregularidade, haja vista que este instrumento assegura-lhe a segurança necessária para a manutenção de sua saúde e conseqüentemente a sua vida.

Não seria concebível por parte do aderente, uma subjetividade que não fosse a mais honesta, fiel e transparente possível, tratando-se principalmente de sua segurança e de seus entes familiares.

Já a boa-fé objetiva consubstancia-se segundo o renomado jurista em uma exigência de lealdade, probidade, conduta social honesta.

Felipe Netto, traz uma definição didática, que seria possível se fazer compreender por qualquer cidadão não habituado com as terminologias jurídicas, quando assim conceitua:

⁷⁵ REALE, Miguel. *A boa fé no código civil*. Disponível em: <www.miguelreale.com.br>. Acesso em 02 set. 2016.

⁷⁶ MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Vera Maria Jacob de., (org.). Op. Cit. p. 195.

É o dever, imposto a quem quer que tome parte em relação negocial, de agir com lealdade e cooperação, abstendo-se de condutas que possam esvaziar as legítimas expectativas da outra parte. Daí decorrem múltiplos deveres anexos, deveres de conduta que impõem às partes, ainda na ausência de previsão legal ou contratual, o dever de agir lealmente.⁷⁷

Trata-se, portanto, da conduta em si, conduta esta leal, proba e honesta. E neste passo, o contratante que adere ao contrato de assistência a saúde, ao celebrar seu contrato, busca somente esta conduta, pois como já asseverado, a celebração desta cártula contratual assegura a manutenção da saúde e da vida, sua e de seus familiares mais próximos.

Alinhada ao conceito de Reale, na concepção de Martins-Costa a boa-fé objetiva deve ser conceituada do seguinte modo:

Por outro lado, a conduta segundo a boa-fé (objetiva) é um *standard* jurídico, isto é: trata-se de um *standard* direcionador de condutas, modelo de comportamento a ser seguido pelos que pactuam atos jurídicos, em especial os contratantes. Assegurar expectativas e direcionar condutas, disse Niklas Luhmann, são funções primárias do Direito.⁷⁸

No mesmo sentido apresentado por Judith Martins-Costa, Cristiano Farias e Nelson Rosenvald, acertadamente corroboram a conceituação de boa-fé trazendo suas características fundamentais no tocante a conduta do contratante na celebração contratual:

Já percebemos que a boa-fé é a mais imediata tradução de confiança, verdadeiro alicerce da convivência social. Apresenta-se de modo multifuncional e, especificamente, como norma de conduta no direito das obrigações⁷⁹.

Deste modo, a boa fé, seja subjetiva ou objetiva, deve estar presente na celebração das avenças entre as partes celebrantes dos contratos.

No caso do estudo em apreço, onde se celebram contratos em que a prestação mediata, busca a manutenção e reestabelecimento da saúde e

⁷⁷ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ*. Salvador: Edições juspodivm, 2012, p.63.

⁷⁸ MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Vera Maria Jacob de., (org.). Op. Cit. p. 195.

⁷⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: Contratos: teoria geral e contratos em espécie*. volume 4. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 149.

consequente manutenção da vida, os princípios da boa-fé devem estar amplamente respeitados pelas partes.

As empresas operadoras de planos de assistência à saúde são detentoras de amplos departamentos jurídicos, departamentos atuariais e econômicos onde todas as possibilidades de êxito ou não são previamente analisadas e discutidas.

Estas discussões permitem que as operadoras tenham a mais ampla visão micro e macro do mercado por onde exercem seus negócios, possuindo portanto, informações infinitamente superiores ao aderente em seus contratos.

A detenção destas informações devem fazer parte da boa-fé das operadoras no momento da formalização dos contratos com os usuários.

O usuário por sua vez, está totalmente desprovido de quaisquer informações técnicas e muito menos de mercados.

A hipossuficiência deste último é gritante em relação aos primeiros.

Neste ponto, não há que se falar que a empresas e ou entidades que celebram contratos coletivos, tem maior poder econômico e ou poder de informação, pois a especificidade da área de saúde complementar é tanta, que existe, conforme já apresentado, uma Agência Nacional (ANS) responsável por direcionar os caminhos e fiscalizar as operadoras de contratos de assistência à saúde no Brasil.

A grande questão é que o consumidor, mesmo aderindo a um contrato coletivo, possui uma limitação ainda maior que as empresas contratantes dos produtos disponibilizados pelas operadoras.

Neste ponto se faz necessário, adentrar no estudo da boa-fé objetiva nas relações de consumo, a fim de que seja estabelecida a relação da boa-fé, nas relações consumeristas pertinentes aos contratos de assistência à saúde, principalmente os coletivos.

2.3.1 Boa fé objetiva nas relações de consumo.

Conforme já conceituado anteriormente, o princípio da boa-fé traduz-se na observância da lealdade, honestidade, transparência, segurança jurídica, enfim traduz-se em uma conduta a ser seguida.

Não poderia deixar de ser diferente, quando a boa-fé está presente em uma relação de consumo, pois neste caso, denota-se explicitamente a hipossuficiência técnica e econômica do celebrante aderente ao contrato.

Sobre a boa-fé, Cláudia Lima Marques assevera que:

Inicialmente é necessário afirmar que a *boa-fé objetiva* é um standard, um parâmetro objetivo, genérico, que não está a depender da má-fé subjetiva do fornecedor A ou B, mas de um patamar geral da atuação, do homem médio, do bom pai de família, que agiria de maneira normal e razoável naquela situação analisada.⁸⁰

Destarte, verifica-se que em uma relação consumerista não há necessidade da má-fé do fornecedor.

O que se faz necessário nas relações entre fornecedores e consumidores nas celebrações contratuais, é a atuação geral de um homem médio. Cláudia Lima Marques complementa, conceituando a boa-fé objetiva da seguinte forma:

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 partes⁸¹.

Assim, a boa-fé objetiva nas relações consumeristas devem ter no momento da celebração contratual e na materialização do instrumento a observância do respeito dos direitos e interesses da outra parte em proporção ainda maior do que em uma relação contratual convencional.

Já Leonardo Garcia em sua obra *Consumerista* conceitua do mesmo modo que a de seus pares, destacando a eticidade comportamental que deve ser seguida pelas partes em toda existência contratual, assim conceituando:

Em outras palavras, a boa fé objetiva constitui um conjunto de padrões éticos de comportamento, aferíveis objetivamente, que devem ser seguidos pelas partes contratantes em todas as fases da existência da relação contratual, desde a sua criação, durante o período de cumprimento e, até mesmo, após a sua extinção.⁸²

⁸⁰ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 219.

⁸¹ *Ibidem*. p. 219.

⁸² GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência*. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p.61.

Por sua vez, Felipe Peixoto ao tratar da boa-fé objetiva nas relações de consumo trouxe decisão do Superior Tribunal de Justiça amparada na referida boa-fé assim dispondo:

A suspensão do atendimento do plano de saúde em razão do simples atraso da prestação mensal, ainda que restabelecido o pagamento, com os respectivos acréscimos, configura-se, por si só, ato abusivo. Precedentes do STJ (STJ, REsp 285.618, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, 4ª T., DJ 26/02/09). Cabe frisar que a boa-fé objetiva se aplica a todos os partícipes da relação obrigacional de consumo (STJ, REsp 1.063.343, Rel. Min. Otávio de Noronha, 2ª Seção, DJ 16/11/10).⁸³

A boa-fé objetiva nas relações contratuais de assistência à saúde, baseada na proteção consumerista deve observar não somente a hipossuficiência econômica ou técnica dos consumidores, o que já bastaria para que caso a contratada não as respeitasse, o julgador, ao decidir, efetivamente aplique em sua interpretação os princípios da boa fé-objetiva.

Há, que se observar, que no momento da utilização dos serviços contratados, ou seja, no momento da consumação do contrato, onde o contratante ou uma pessoa próxima está com a saúde abalada ou ainda, a vida em risco o abalo é ainda maior.

Portanto, a boa-fé objetiva nas relações de consumo dos contratos de assistência à saúde devem considerar também a principal hipossuficiência dos aderentes aos referidos contratos, hipossuficiência esta denominada hipossuficiência emocional.

Esta hipossuficiência emocional coloca em extrema desvantagem o consumidor em todos os momentos do contrato, mas principalmente em rescisões contratuais unilaterais por iniciativa das operadoras quando os contratos não lhes trazem interesses.

Para a análise dos efeitos da hipossuficiência contratual, será abordado no próximo capítulo, os contratos de assistência à saúde, suas características e seus efeitos.

⁸³ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de direito do consumidor*. à luz da jurisprudência do STJ. Salvador: Edições juspodivm, 2012, p.65.

3 CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA A SAÚDE

Os contratos existem segundo consta nos registros, desde as primeiras manifestações humanas que já foram estudadas.

Estas manifestações contratuais, puderam ser verificadas em sua forma mais primitiva desde o agrupamento dos seres humanos em tribos, onde se presume que haviam nestes agrupamentos, a concordância em um determinado comportamento onde o grupo deveria seguir certas normas de convivência social àquela época.⁸⁴

Deste modo, desde os primeiros tempos após cessado o período da barbárie, a idéia de contrato informal e tácito passou a exercer função de transferência de riquezas, deixando a sociedade de se utilizar da violência e passando a buscar certa estabilidade nos negócios jurídicos celebrados aquela época.⁸⁵

Os contratos têm seu nascimento nos negócios jurídicos, pois advém destas convenções por conta da vontade do agente. Neste sentido e alinhando-se a conceituação de contratos exarada por Caio Mário, Washington de Barros Monteiro declara que:

[...] negócio jurídico é a manifestação da vontade tendente a criar, modificar ou extinguir um direito. A vontade, é pois, base e fundamento do ato, sua razão de ser, a alma do negócio jurídico⁸⁶.

Para Caio Mário, o contrato tem características de negócio jurídico bilateral, sendo necessário o consentimento, pressupondo-se em alinhada posição com a ordem legal, conceituando-os da seguinte maneira:

Com a pacificidade da doutrina, dizemos então que o contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos.⁸⁷

⁸⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 4^a. ed. Rio de Janeiro, 2005, p. 7.

⁸⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil IV: contratos, tomo 1: teoria geral*. 2. ed. ver., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, p. 2., 2006,

⁸⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 39.ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003, p.219.

⁸⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: Contratos*. v.3. 12^a ed. Rio de Janeiro: 2007, p. 7.

Desta feita, verifica-se que Caio Mário traz senão a melhor, uma das melhores definições de contratos utilizados na modernidade, servindo de espelho para outros grandes doutrinadores modernos.

Os contratos de assistência à saúde em sua estrutura inicial podem ser considerados contratos civis comuns. Entretanto, suas características trazem um conteúdo que o faz destoar de todas as outras espécies contratuais, conforme se verá a seguir.

3.1 NOÇÃO CONSTITUCIONAL DE CONTRATO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

Os contratos privados de assistência à saúde regulam relações jurídicas entre pessoas e empresas de grande porte, caracterizando imensa desigualdade econômica e técnica pertinentes às áreas contratuais e especificamente à saúde.

Mais adiante, no decorrer do trabalho, será tratada a relação estabelecida entre as partes, relação esta já pacificada como sendo uma relação consumerista.

Os direitos e obrigações pactuados pelos contratos privados de assistência à saúde dizem respeito a prestação de serviços ligados diretamente à manutenção e recuperação da saúde, e conseqüentemente à vida.

Desde modo, considerando que a vida é o bem mais preciso a ser protegido pela sociedade moderna, e considerando ainda que esta proteção está expressa na Constituição Federal Brasileira, a sua abordagem é medida obrigatória para o desenvolvimento deste trabalho.

Inicialmente, a título de melhor se compreender o alcance da proteção e aplicação da Constituição, abordar-se-á os vocábulos Constituição e constitucionalismo, em termos jurídicos e políticos, utilizados no mundo ocidental, que são considerados relativamente novos, pois datam de pouco mais de duzentos anos, sendo diretamente coligados aos processos revolucionários francês e americano.⁸⁸

⁸⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 29.

O constitucionalismo evoluiu e continua evoluindo. Desde seus primeiros passos observados com as Constituições dos Estados Unidos da América do Norte de 1.787 e da França de 1.791.⁸⁹

Para Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, a expressão Direito Constitucional, é uma ordem jurídica que explicita a organização do Estado, e que com seu desenvolvimento, assumiu uma feição protetora dos direitos humanos.

Com o seu desenvolvimento, em um período seguinte, o Direito Constitucional, aos poucos foi se desvinculando dos ideais puramente liberais. A Constituição assume uma nova feição, de norma jurídica e formal. Protetora dos direitos humanos⁹⁰.

Observa-se que a evolução do direito constitucional galopou a passos largos, evoluindo em direção a uma normatização mais voltada para os interesses da sociedade em geral, deixando de ser puramente norma regulamentadora das funções estatais.

Ingo Wolfgang Sarlet, detalha a formação da ideia de Constituição formal demonstrando a sua evolução e o seu alcance:

Embora a noção de constituição, compreendida em sentido material, ou seja, como o modo de organização da sociedade política, seja bem mais antiga, o fato é que *a idéia de uma constituição formal, no sentido de uma constituição jurídica ou normativa, portanto, como expressão de um poder constituinte formal, encontrou sua afirmação (teórica e prática) apenas a partir do final do século XVIII*. É precisamente nessa perspectiva que já se afirmou que o fato de cada unidade política estar em uma constituição (ou ser uma constituição) não significa que ela de fato tenha uma constituição (formal, no sentido de uma constituição normativa), de tal sorte que o termo constituição cobre ambas as realidades, que contudo, não são equivalentes em toda sua extensão, visto que na primeira acepção (que coincide com a de constituição material) se trata de um *conceito empírico ou descritivo de constituição, ao passo que no segundo sentido se cuida de um conceito normativo ou prescritivo de constituição*.⁹¹

⁸⁹ PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 2.

⁹⁰ Ibidem, p. 2.

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; MARINONI, Luiz Guilherme; MIDITIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 40-41.

A lição de Sarlet, deixa claro que no final do século XVIII havia ainda uma ideia de Constituição que compreendia somente o seu sentido material, de modo a tratar das delimitações políticas.

A partir daquele período, as constituições passaram a ter uma amplitude maior, passando gradativamente a estabelecer limites na esfera formal.

Estes limites passaram a nortear as relações interpessoais privadas, delimitando também os alcances legais que ditam as normas sociais da sociedade como um todo.

Para Barroso, “*constitucionalismo* significa, em essência, limitação do poder e supremacia da Lei (Estado de direito, *rule of the law*, *rechtstaat*)”.⁹²

Estes limites formais, com o decorrer do tempo, consolidaram a ideia de proteção da dignidade da pessoa humana, que a partir daí, teve voltado para si os olhos da comunidade global.

Conforme se verá em capítulo próprio, a base legal do direito à saúde e à vida estão dispostos na Constituição Federal de 1.988, e portanto, devem servir de norte legislativo a ser seguido, tanto na edição de leis e regras, quanto no momento da interpretação destas normas legais ou infralegais.

Considerando então a Constituição Federal de 1988, e a necessidade de ser ela respeitada e seguida, a questão central do objeto proposto neste estudo gira em torno do inciso II do art. 13 da Lei 9.656/98⁹³, conhecida como Lei dos planos de saúde, que veda a rescisão unilateral dos contratos de assistência privada à saúde na modalidade individual/familiar.

A título de deixar a terminologia técnica correta, a partir deste instante, somente será utilizado o termo rescisão do contrato ou rescisão contratual, nas transcrições textuais que assim se expressarem ou quando de fato houver a ocorrência de rescisão contratual.

No capítulo destinado a abordagem do assunto rescisão unilateral dos contratos, serão abordadas as distinções técnicas entre rescisão e rescisão contratual.

Ultrapassada a questão terminológica, que será tratada em momento oportuno, destaca-se que a ausência de regulamentação, proibindo a rescisão

⁹² BARROSO, Luis Roberto. Op. Cit. p. 29.

⁹³ BRASIL. Lei 9.656 de 3 de junho de 1.998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656>. Acesso em 19 ago. 2016.

unilateral nos contratos coletivos vem causando a equivocada interpretação de que os consumidores abrangidos por estes contratos não estejam protegidos pela vedação resilitória contratual apontada.

Trata-se, portanto, de interpretação da Lei e neste aspecto, se faz necessário o estudo da hermenêutica aplicada à Lei Federal 9.656/98⁹⁴ e os efeitos dos princípios constitucionais que precedem a referida Lei.

Após pesquisa na jurisprudência de diversos Estados, parcela dos julgadores pátrios, ao julgarem ações judiciais que buscam discutir a validade da rescisão unilateral, aplicaram a interpretação dos casos por meio dos princípios gerais do direito, verificados na Lei de Introdução das Normas Brasileiras.⁹⁵

A aplicação dos princípios gerais do direito, baseados na Lei de Introdução das Normas Brasileiras, restou descabida nos casos de rescisão unilateral dos contratos de assistência privada à saúde, especificamente nos contratos coletivos.

Este descabimento ocorre principalmente a partir do momento que passou a vigorar a aplicação da interpretação com base nos princípios constitucionais oriundos da carta maior de 1.988.

Para Lênio Streck, a questão da interpretação e aplicação dos princípios constitucionais, se contrapõem veementemente à discricionariedade aplicada por magistrados quando promovida a interpretação dos contratos, por meio dos princípios gerais do direito.

Os princípios gerais do direito, trazidos pela lei, hoje conhecida como Lei de Introdução as Normas Brasileiras, permitiam a aplicação da discricionariedade pelos juízes, quando detectada a omissão da lei, o que é refugado por completo por Streck.

Observe-se que o problema não é só de nomenclatura, não valendo, portanto, a assertiva, por vezes vista em parte da literatura nacional, de que os princípios gerais do direito foram “positivados” na Constituição. *Trata-se de uma análise equivocada da função dos princípios constitucionais*, ou seja, enquanto os princípios gerais do direito se constituíam em uma “autorização” para a discricionariedade, um fator que justificava a “saída” do juiz do sistema codificado para solucionar o caso que lhe era apresentado e

⁹⁴ Ibidem

⁹⁵ BRASIL. Lei 12.376/2010 de 31 dez. 2.010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm#art2>. Alterou o nome da lei de Introdução ao Código Civil para Lei de Introdução as Normas Brasileiras. Acesso em 13 set. 2016.

que não encontrava resposta no Código (foi para isso que dispositivos desse jaez foram colocados nos Código) os princípios constitucionais apresentam-se, contemporaneamente, *como um contraponto a essa discricionariedade*.⁹⁶

Estas interpretações das Leis praticadas pelos magistrados, com fundamento nos princípios gerais do direito, resultam em decisões baseadas conforme suas livres convicções, e assim sendo, suas decisões poderiam ir contra os verdadeiros princípios constitucionais que de fato regem o ordenamento jurídico hodierno.

A respeito das interpretações, com base nos princípios gerais do direito, fundamentadas pelo livre convencimento dos magistrados, Streck leciona:

Ora, o Direito não é aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é (lembramos, aqui, a assertiva de Herbert Hart, em seu *Concept of Law*, acerca das regras do jogo de críquete, para usar, aqui, um autor positivista contra o próprio decisionismo positivista.

Portanto, há que se ter o devido cuidado: a afirmação de que o “intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto” nem de longe pode significar a possibilidade de estar autorizado a “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e portanto, tivessem “existência” autônoma).⁹⁷

Verifica-se deste modo que a interpretação da norma não pode ser simplesmente o que entente o operador do direito dentro de suas concepções pessoais, e sim uma interpretação muito mais profunda e técnica, respeitando no caso do presente estudo, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, isonomia, função social do contrato entre outros.

Em momento adequado, será discutido neste trabalho as relações contratuais e quais as funções de cada sujeito de direito nesta relação, esclarecendo de fato, o que cada um representa nesta complexa rede contratual

⁹⁶ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. Ed. rev. ataul. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p.166.

⁹⁷ *Ibidem*.

3.2 CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

Segundo Maria Gregori, “a prestação de assistência à saúde firmada entre fornecedor e consumidor se dá por meio de um contrato, denominado contrato de plano ou seguro-saúde”.⁹⁸

Deste modo a principal identificação dos contratos de prestação de assistência à saúde, é o conhecido contrato de plano de saúde ou simplesmente plano de saúde.

Maria Gregori, conceitua os contratos de planos de saúde como “O plano ou seguro saúde é um contrato que vigora por tempo indeterminado e com execução continuada”.⁹⁹

Ela conclui ainda que estes contratos de plano de saúde são de trato sucessivo por ser de longo período de tempo de contratação e convivência contínua entre as partes.¹⁰⁰

Já Aurisvaldo Sampaio, conceitua a relação contratual entre as operadoras de planos de saúde e seus consumidores como:

[...] aquele por meio do qual uma das partes, a operadora, obriga-se diante da outra, o consumidor, a proporcionar a cobertura dos riscos de assistência à sua saúde, mediante a prestação de serviços médico-hospitalares e/ou odontológicos em rede própria, reembolso das despesas efetuadas, ou pagamento direto ao prestador dos referidos serviços. Trata-se de contrato de prestação de serviços por prazo indeterminado, obrigando o seu destinatário, como regra, ao pagamento de contraprestações mensais previamente definidas.¹⁰¹

O autor estabelece pontos fundamentais para a compreensão da relação contratual, conceituando o contrato, deixando claro a indeterminabilidade do prazo contratual, bem como a cobertura de riscos.

Neste sentido, e atribuindo características ainda mais consumeristas, Cláudia Lima Marques conceitua contratos de assistência à saúde como sendo:

⁹⁸ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 139.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 140

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ Sampaio, Aurisvaldo Melo. *O regime jurídico dos contratos de planos de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.010, p. 187-188.

Os contratos de planos de assistência à saúde são contratos de cooperação, regulados pela lei 9.656/1998 e pelo Código de Defesa do Consumidor, onde a solidariedade deve estar presente não só como mutualidade (típica dos contratos de seguro, que já não mais são *ex vi* a nova definição legal como “planos”), mas como cooperação com os consumidores, como divisão paradigmático-objetiva e não subjetiva da sinistralidade, como cooperação para a manutenção dos vínculos e do sistema suplementar de saúde, como possibilidade de acesso ao sistema e de contratar, como organização do sistema para possibilitar a realização das expectativas legítimas do contratante mais fraco...¹⁰²

Lima Marques, define de modo cirúrgico o alcance e a profundidade dos contratos de assistência à saúde, e quais são as suas principais características.

Deste modo, os contratos de assistência à saúde são contratos de prestação de serviços, de responsabilidade solidária, protegidos pela legislação consumerista, de trato sucessivo, onde o consumidor é pela própria característica do contrato notoriamente hipossuficiente economicamente, tecnicamente e emocionalmente, devendo ser protegido pela lei e principalmente pelo Estado.

O ponto principal a ser analisado neste estudo, aporta justamente na diferença de interpretação do inciso II do parágrafo único do artigo 13 da lei 9.656/98 que veda a rescisão unilateral dos contratos celebrados na modalidade individual, salvo por fraude ou não-pagamento por período superior a 60 (sessenta) dias, consecutivos ou não.

Art. 13 Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o §1º desta lei têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação.

Parágrafo único. Os produtos de que trata o caput, contratados individualmente, terão vigência mínima de uma ano, sendo vedadas:

I – (omissis)

II – a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência; e

[...] (grifo nosso)

Verifica-se neste passo, que o referido artigo veda a rescisão unilateral por iniciativa da operadora, para os contratos celebrados na classificação individual, protegendo estes contratantes consumidores.

¹⁰² MARQUES, Cláudia Lima. Op. Cit., p. 545-546.

Entretanto, conforme informado anteriormente, segundo os dados apresentados pela Agência nacional de Saúde Suplementar, somente 20% (vinte por cento) dos contratos celebrados vigentes são da classificação individual.

Justificando que a legislação é específica quanto aos contratos individuais, as operadoras, quando lhes convêm, e sem justificativa, resilem os contratos coletivos deixando desprotegidos inúmeros contratantes consumidores.

Deste modo a vedação para rescisão unilateral dos contratos, prevista no supracitado artigo beneficia e protege somente a ínfima minoria dos contratantes de planos privados de assistência à saúde, deixando desamparados aproximadamente 80% (oitenta por cento) dos contratantes das classificações coletivos empresariais e coletivos por adesão.

Neste ponto, observa-se o desequilíbrio de proteção entre os contratantes dos contratos individuais e os contratantes dos contratos coletivos.

A justificativa das operadoras cai por terra, ao se analisar o inciso I do artigo 18 da lei 9.656/98 que determina, em linhas gerais que não haverá discriminação ao atendimento dispensado aos clientes de outra operadora ou plano, assim dispondo:

Art. 18 A aceitação, por parte de qualquer prestador de serviço ou profissional de saúde, da condição de contratado, referenciado ou cooperado de uma operadora de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta lei implica as seguintes obrigações e direitos:
I – o consumidor de determinada operadora, em nenhuma hipótese e sob nenhum pretexto ou alegação, pode ser discriminado ou atendido de forma distinta daquela dispensada aos clientes vinculados a outra operadora ou plano;

Analisando-se o art. 18 da lei 9.656/98 em destaque, verifica-se que a intenção do legislador é de proteger os consumidores no caso de ocorrência de atendimentos desiguais, entre usuários de outra operadora ou outro plano, respeitando deste modo os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da boa fé objetiva, da isonomia e função social do contrato.

Veja-se que ao vedar ao prestador de serviços ou profissional de saúde a discriminação de atendimento entre usuários vinculados a outra operadora ou plano, o legislador busca impedir a discriminação entre usuários de operadoras distintas e ou usuário de contratos distintos sejam estes da mesma ou de outra operadora.

Esta mesma interpretação não poderá ser diferente para o atendimento das próprias operadoras entre seus usuários no que pertine a rescisão unilateral por iniciativa das operadoras para os contratos individuais e coletivos.

Outra demonstração do legislador em vedar discriminação e tratamentos desiguais entre usuários de contratos distintos pode ser encontrado no art. 20 da resolução Normativa 195 editada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar que dispõe: “Não poderá haver aplicação de percentuais diferenciados dentro de um mesmo plano de um determinado contrato, inclusive na forma de contratação prevista no inciso III do artigo 23 desta RN”.¹⁰³

Desta forma, fica evidenciado que a intenção neste caso também é trazer um equilíbrio, impedindo discriminação entre usuários.

Por onde quer que se observe, os caminhos levam a proteção isonômica dos contratantes, sendo necessário que esta proteção alcance a esmagadora maioria dos contratantes/usuários/consumidores signatários dos contratos coletivos no que diz respeito a ter seus contratos respeitados e não rescindidos por mera liberalidade das operadoras.

Para melhor se compreender o presente estudo, esclarece-se que nesta modalidade de contratação, qual seja, individual ou familiar, poderá haver cláusulas prevendo agravo ou a imposição de cobertura parcial temporária, no caso de o usuário possuir doenças ou lesões preexistentes, além de ser facultada à operadora que determine ao usuário o cumprimento de prazos de carência.¹⁰⁴

A Resolução normativa 162/2007¹⁰⁵ estabelece entre outras disposições, a especificação sobre doenças ou lesões preexistentes, além da cobertura parcial temporária e do agravo e que excepcionalmente devido sua importância, transcreve-se neste momento o seu art. 2º:

Art. 2º Para fins desta resolução, considera-se:

I – Doenças ou Lesões Preexistentes (DLP), aquelas que o beneficiário ou seu representante legal saiba ser portador ou sofredor, no momento da contratação ou adesão ao plano privado de assistência à saúde, de acordo com o art. 11 da lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, o inciso IX do art. 4º da Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000 e as diretrizes estabelecidas nesta resolução;

¹⁰³ RN 195 Disponível em <www.ans.org.br> acesso em 26 out. 2016.

¹⁰⁴ SAMPAIO, Aurisvaldo. Op. Cit. p.201.

¹⁰⁵ RN 162 Disponível em <www.ans.org.br> acesso em 26 out. 2016.

II – Cobertura Parcial temporária (CPT) aquela que admite, por um período ininterrupto de até 24 meses, a partir da data da contratação ou adesão ao plano privado de assistência à saúde, a suspensão da cobertura de procedimentos de Alta Complexidade (PAC), leitos de alta tecnologia e procedimentos cirúrgicos, desde que relacionados exclusivamente às doenças ou lesões preexistentes declaradas pelo beneficiário ou seu representante legal;

III – Agravo como qualquer acréscimo no valor da contraprestação paga ao plano privado de assistência à saúde, para que o beneficiário tenha direito integral à cobertura contratada, para a doença ou lesão preexistente declarada, após os prazos de carências contratuais, de acordo com as condições negociadas entre a operadora e o beneficiário; e

IV - [...] ¹⁰⁶

Deste modo, doenças ou lesões preexistentes em seu sentido técnico para aplicação contratual, podem ser compreendidas como sendo aquelas que o contratante ou seu representante legal saiba ser portador no exato momento da contratação ao plano de assistência privada à saúde.

Caso se constate a existência das lesões ou doenças preexistentes, poderá a operadora a sua escolha, disponibilizar ao contratante individual a cobertura total, sem qualquer aporte complementar, ou ainda oferecer a cobertura parcial temporária, que conforme se observa no inciso II do art. 2º da RN 162/07, que consiste na suspensão da cobertura de procedimento de alta complexidade, procedimentos cirúrgicos e ou leitos de alta tecnologia, desde que relacionados às doenças admitidas ou detectadas no ato da contratação. Tal suspensão poderá ser aplicada por um período de no máximo 24(vinte e quatro) meses. ¹⁰⁷

Nos casos de doenças ou lesões preexistentes, para que os contratantes consumidores possam ter acesso pleno aos atendimentos, sem suportar a cobertura parcial temporária, o regulamento da Agência Nacional de Saúde Suplementar, por meio da Resolução Normativa 162, faculta às operadoras de assistência privada à saúde, a possibilidade de oferecimento de agravo, que compreende em acréscimo ao valor da contraprestação contratual a fim de que os consumidores possam ter acesso à cobertura integral para as doenças ou lesões preexistentes, após cumpridos os períodos de carência contratuais. ¹⁰⁸

¹⁰⁶ BRASIL. Resolução Normativa 162/2007 editada pela Agência nacional de Saúde Suplementar. Disponível em <www.ans.org.br> acesso em 26 out. 2016.

¹⁰⁷ SAMPAIO, Aurisvaldo. Op. Cit. p. 201.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 201-202

O artigo 16 da lei 9.656/98 estabelece entre outras coisas, a distinção entre os tipos de contratos possíveis de serem celebrados entre operadoras de planos de assistência à saúde e os usuários, sendo que destas possibilidades distintas observa-se a ocorrência da possibilidade de rescisão de contrato unilateral por parte da operadora para uns contratantes e para outros não.

Para melhor compreensão da diferença na classificação dos contratos de assistência privada à saúde, se faz necessário a análise de cada espécie de contratos disponibilizados no mercado atual, análise esta que se dará a seguir.

3.3 CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

A lei 9.656¹⁰⁹ de 1.998 estabelece no inciso VII o regime ou tipo de contratação que se realizará entre operadora e consumidor, podendo ser individual ou familiar, coletivo empresarial ou coletivo por adesão.

A previsão legal estabelecida pela Lei 9.656/98 no que se refere a classificação dos contratos de assistência à saúde fez com que a Agência Nacional de Saúde Suplementar por meio do Conselho de Saúde Suplementar – Consu, editasse em 03/11/98 a resolução 14 que regulou inicialmente as modalidades de classificação supramencionadas, resolução esta revogada posteriormente.

Passados aproximadamente 11 anos, a Agência Nacional de Saúde Suplementar editou em 17/07/2009 a Resolução Normativa 195, conhecida como RN 195¹¹⁰, que revogou a resolução 14 editada pelo CONSU, regulamentando especificamente cada uma das opções de contratação.

A diferença do tipo de contratação está ligada diretamente com presente estudo, pois a diferença de tratamento protetivo disciplinado em face dos contratos individuais, colocam em extrema desvantagem os contratos coletivos, sejam eles empresariais ou por adesão.

3.3.1 Plano privado de assistência à saúde individual ou familiar

¹⁰⁹ BRASIL, Lei 9.656/98. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm> acesso em 05 set. 2016.

¹¹⁰ BRASIL, Resolução normativa Agência Nacional de Saúde Suplementar.(ANS) Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ10A==>>>. Acesso em: 05 set. 2016.

O plano privado de assistência à saúde individual é o contrato necessariamente celebrado, diretamente entre o consumidor e a operadora de assistência à saúde.

Tal tipo de contratação encontra-se disciplinada na alínea “a” do inciso VII do art. 16 da Lei 9.656/98, e regulamentado pelo art. 3º da Resolução Normativa 195 (RN 195) editada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar. Se faz necessária a pormenorização deste artigo, em razão de ser ele uma das bases legais da discussão deste trabalho.

É o tipo de situação onde uma pessoa que mesmo que esteja empregada ou participe de alguma associação ou entidade de classe, busca a contratação de planos de assistência á saúde privada individual.

O motivo desta contratação pode ser o mais diverso, em muitos casos o consumidor já possui contrato individual celebrado, e ao iniciar em novo emprego que lhe ofereça outro tipo de plano coletivo, o consumidor não abre mão daquele individual já contratado anteriormente.

Por sua vez, o plano familiar pode ser considerado como uma submodalidade do plano individual, pois caracteriza-se pela faculdade do consumidor em incluir seus dependentes ou grupo familiar no referido contrato individual¹¹¹.

O reajuste anual desta modalidade de contratação deve ser determinado pela Agência nacional de Saúde Suplementar, conforme se preceitua a Resolução Normativa nº. 171 editada em 29 de abril de 2.008, que assim dispõe em seu artigo 2º.¹¹²:

Dependerá de autorização da ANS a aplicação do reajuste das contraprestações pecuniárias dos planos de saúde individuais e familiares de assistência suplementar à saúde que tenham sido contratados após 1º de janeiro de 1999 ou adaptados à Lei nº. 9.656, de 3 de junho de 1998.

Para efeito de complemento de informação, o reajuste autorizado para os contratos individuais pela ANS no ano de 2.016 foi de 13,57% (treze inteiros e

¹¹¹ SAMPAIO, Aurisvaldo. Op. Cit. p. 202.

¹¹² BRASIL, Resolução Normativa 171 de 29 de abril de 2008. Disponível em; <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTI4NA==>> Acesso em: 07 set. 2016.

cinquenta e sete décimos pontos percentuais)¹¹³ para os contratos celebrados a partir de 1.999 ou adaptados a Lei 9.656/98.

Conforme tabela1 apresentada no início deste trabalho, esta modalidade de contratação alcança o número de aproximadamente 6.000.000 seis milhões de usuários, conforme dados da Agência nacional de Saúde Suplementar.

3.3.2 Plano privado de assistência à saúde coletivo empresarial.

A fundamentação legal para este tipo contratual está prevista na alínea “b” do inciso VII do art. 16 da lei 9.656/98.

Trata-se dos contratos estipulados entre pessoa jurídica e as operadoras, para atender restritamente aqueles que mantêm consigo, vínculo empregatício ou estatutário. A disponibilidade de contratação deste plano de assistência privada poderá ser estendida aos sócios e administradores, e ou aposentados e demitidos que tenham tido vínculo trabalhista com a pessoa jurídica contratante e ainda os agentes políticos, trabalhadores temporários, menores aprendizes e estagiários¹¹⁴.

Além destes, poderão também ingressar no plano de assistência à saúde privada, o grupo familiar até o terceiro grau de parentesco consanguíneo, até o segundo grau de parentesco por afinidade, cônjuge ou companheiro dos empregados e servidores públicos, bem como dos demais vínculos já apresentados¹¹⁵.

O ingresso do grupo familiar, acima descrito dependerá de previsão contratual necessariamente da participação do beneficiário titular no contrato de plano privado de assistência à saúde¹¹⁶.

Encontra-se nesta modalidade de contratação, o maior número de usuários de contratos de assistência à saúde privada no país alcançando aproximadamente 33.000.000 (trinta e três milhões) de contratantes contra os aproximadamente 6.000.000(seis milhões) de contratantes coletivos por adesão e 9.000.000(nove milhões) de contratantes individuais.

¹¹³ Informação disponível em <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/3348-ans-divulgato-de-reajuste-autorizado-para-planos-individuais>> Acesso em 07 set. 2016.

¹¹⁴ BRASIL. Resolução Normativa 195/2009. Art. 5º.

¹¹⁵ Ibidem.

¹¹⁶ Ibidem.

Deste modo, cumpre frisar que a grande maioria dos contratantes estão compreendidos nesta modalidade de contratação.

Deste modo, respeitando-se os princípios constitucionais da boa-fé, da isonomia, da função social do contrato, este grupo de contratantes deveria ser protegido por toda espécie de previsão protetiva proporcionado às outras modalidades de contratação.

Os princípios constitucionais supramencionados, impõem que não se desprivilegie a grande massa de contratos.

No que se refere ao presente estudo, conforme asseverado alhures a vedação da rescisão unilateral dos contratos protege somente os contratos individuais, deixando relegados a própria sorte toda a imensa maioria de contratações realizadas por meio dos contratos coletivos.

3.3.3 Plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão

Por fim, mas não menos importante, encontra-se os contratos coletivos por adesão, previstos na alínea “c” do inciso VII do art. 16 da lei 9.656/98.

Da mesma forma, a sua pormenorização está disciplinada pelo art. 9º da resolução Normativa 195 editada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

O plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão é aquele que disponibiliza cobertura a população que mantenha vínculo com as pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial como por exemplo: conselhos profissionais e entidade de classe, nos quais seja necessário o registro para o exercício da profissão, como por exemplo Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Conselho Nacional de Contabilidade (CRC), Conselho Nacional de Engenharia e Arquitetura Agronomia (CREA), Conselho Regional de Medicina (CRM).

As pessoas vinculadas, aos sindicatos, centrais sindicais, e respectivas federações e confederações, desde que não por vínculo trabalhista, pois neste caso se estaria diante da contratação coletivo empresarial. As pessoas vinculadas ainda, as associações profissionais legalmente constituídas.

Poderão contratar também nesta modalidade, aqueles que estejam vinculados com cooperativas que congreguem membros de categoria ou classes de profissões regulamentadas, e as caixas de assistência e fundações de direito privado que se enquadrem nas disposições da Resolução Normativa 195.

Da mesma forma que ocorre nos contratos coletivos empresariais, nesta modalidade de contratação, será possível, desde que previsto contratualmente, a inclusão do grupo familiar até o terceiro de grau de parentesco consanguíneo, e até o segundo grau de parentesco por afinidade, cônjuge ou companheiro.

O artigo 9º da Resolução Normativa 195 editada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar permite que celebrem esta modalidade de contratação as entidades previstas na Lei 7.395 de 31 de outubro de 1985 que dispõe sobre os órgãos de representação dos estudantes de nível superior (União Nacional dos Estudantes, Uniões Estaduais dos Estudantes, Diretórios Centrais de Estudantes, Centros e Diretórios Acadêmicos).

Da mesma forma, poderão aderir aos contratos privados de assistência à saúde coletivos por adesão, as entidades, dispostas na lei 7.398 de 04 de novembro de 1.985 que dispõe sobre os grêmios estudantis de alunos do ensino fundamental e médio.

Esta modalidade de contratos possui um público de aproximadamente 6.000.000(seis milhões) de usuários conforme já apresentado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Da mesma forma que os contratos coletivos empresariais, estes coletivos por adesão poderão ser rescindidos unilateralmente por mera liberalidade das operadoras de planos privados de assistência à saúde.

3.4 RELAÇÃO DE CONSUMO NOS CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

A relação contratual estabelecida entre as operadoras de planos de assistência à saúde com seus usuários finais possui uma profundidade jurídica muito mais extensa do que quaisquer relações contratuais comuns.

A visão que o usuário possui desta celebração contratual, em seu íntimo, na sua vontade subjetiva, denota uma segurança física para si e para os seus mais próximos.

Aurisvaldo Sampaio assevera que o consumidor ao contratar o plano privado de assistência à saúde individual ou coletivo detém uma expectativa de continuidade de vínculo.

Ao contratar plano de saúde individual ou aderir a coletivo, não importa, a expectativa legítima do consumidor é a continuidade do vínculo. Trata-se, em um como no outro, de contrato cativo de longa duração[...]¹¹⁷

De fato, no entender subjetivo do contratante consumidor, aquele contrato celebrado lhe trará a segurança que necessita, e que no momento de doença estará seguro e protegido.

Em contrapartida, em muitos casos, a visão das operadoras de planos de saúde, a sua prestação de serviços não passa de uma relação comercial onde se visa pagamento por prestação de serviços. Transferência de Valor econômico em troca de prestação de serviços, simplesmente isso.

Esta visão de contrato denota uma percepção pura e simplesmente contratual conforme conceitua Sérgio Seleme:

O contrato pode ser considerado, sob uma certa perspectiva, como a formalização jurídica de uma operação econômica que ocorre no seio social. Dando veste à operação econômica, e caracterizando-a como um contrato. O Direito faz imediatamente a ela corresponder uma série de regras, que provocam efeitos no campo dos fatos e das realidades jurídicas; a este conjunto normativo pode-se chamar Direito dos Contratos. Logo, tem-se uma sequência lógica: operação econômica – contrato – Direitos dos Contratos, a dar base a todo raciocínio jurídico em matéria contratual.

A operação econômica assim formalizada tem como nota característica a patrimonialidade, ou seja, deve se destinar a realizar uma objetiva transferência de riqueza entre as partes que tomam lugar na operação econômica. Afinal, esta é a finalidade da figura contratual: possibilitar a realização jurídica de uma transferência de riqueza.¹¹⁸

Percebe-se aí um descompasso de expressão de vontades, na celebração do contrato.

Conforme aludido acima, algumas operadoras enxergam e buscam somente o benefício econômico, em troca de sua prestação de serviços.

O usuário não vê esta relação contratual como uma relação econômica, pois o que se está buscando como resultado final é a preservação de sua saúde e conseqüentemente sua vida.

¹¹⁷ SAMPAIO, Aurisvaldo. Op. Cit. p. 336.

¹¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. (coord.) *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar. 1998, p. 259.

Sabidamente a doutrina e os Tribunais entenderam a extensão subjetiva desta relação contratual, e vem aplicando o direito com o alcance necessário para o equilíbrio contratual que se faz necessário.

A primeira questão a ser abordada trata-se de que nesta relação encontra-se a mais fiel representação de relação de consumo que o direito brasileiro possa traduzir.

Dentro desta relação de consumo, e em razão das suas características, a interpretação desta modalidade contratual deve ser analisada sob a ótica dos princípios Constitucionais da isonomia, da dignidade da pessoa humana, da função social do contrato e da boa-fé.

Há ainda a hipossuficiência econômica, técnica e emocional que desfavorecem o usuário consumidor na celebração, execução e conclusão destes tipos contratuais.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça após reiterados julgamentos editou a súmula 469 que dispõe: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de planos de saúde”,¹¹⁹ não deixando dúvidas quanto ao entendimento jurisprudencial da relação de consumo entre operadoras e usuários.

Há que se destacar, que o Superior Tribunal de Justiça não excluiu qualquer tipo de contratação, sendo enfático que o Código de Defesa do Consumidor aplica-se aos contratos de planos de saúde. Deste modo a aplicação da proteção consumerista incide em todo tipo de contrato, seja ele individual ou familiar, ou coletivo por adesão e coletivo empresarial, ou ainda em qualquer outro tipo contratual.

Não há margem para interpretação divergente diante de tão positiva determinação legal.

¹¹⁹ Precedentes norteadores da súmula 496 do Superior Tribunal de Justiça.
 AgRg no Ag 1250819 PR 2009/0222990-5. Decisão:04/05/2010. DJE DATA:18/05/2010.
 REsp 251024 SP 2000/0023828-7. Decisão:27/09/2000 DJ DATA:04/02/2002. PG:00270. LEXSTJ VOL.:00151. PG:00127 RSSTJ VOL.:00024 PG:00027 RSTJ VOL.:00154 PG:00193
 REsp 285618 SP 2000/0112252-5 Decisão:18/12/2008 DJE DATA:26/02/2009
 REsp 418572 SP 2002/0025515-0 Decisão:10/03/2009 DJE DATA:30/03/2009.
 REsp 466667 SP 2002/0114103-4 Decisão:27/11/2007 DJ DATA:17/12/2007 PG:00174 LEXSTJ VOL.:00223 PG:00112
 REsp 986947 RN 2007/0216173-9 Decisão:11/03/2008 DJE DATA:26/03/2008 RT VOL.:00873 PG:00175
 REsp 1046355 RJ 2008/0075471-3 Decisão:15/05/2008 DJE DATA:05/08/2008
 REsp 1106557 SP 2008/0262553-6 Decisão:16/09/2010 DJE DATA:21/10/2010
 REsp 1106789 RJ 2008/0285867-3 Decisão:15/10/2009 DJE DATA:18/11/2009 RDTJRJ VOL.:00083 PG:00114

Da mesma forma a posição doutrinária, não deixa dúvidas sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de privados de assistência à saúde.

A título de exemplo inicial, se faz necessário trazer alguns julgados recentes, demonstrando a variação de entendimentos e ausência de aplicação de princípios constitucionais, conforme a seguir apresentado.

APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. PLANO COLETIVO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS. PESSOA JURÍDICA. INAPLICABILIDADE DO CDC. CANCELAMENTO UNILATERAL E MOTIVADA. POSSIBILIDADE. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. IMPOSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DO PLANO NOS TERMOS CONTRATADOS. CASO CONCRETO. REVISÃO DO CONTRATO FINDO. SITUAÇÃO VIÁVEL. CLAUSULA DE MAJORAÇÃO POR AUMENTO DE SINISTRALIDADE. ABUSIVIDADE.

1. Da inaplicabilidade do CDC. No caso sob estudo, observando-se a relação comercial havida entre as partes e a natureza das empresas envolvidas, além da forma dada à negociação, entendo que, em se tratando de plano de saúde coletivo, cuja contratação se deu justamente para fomentar a atividade da empresa, destinando-se à melhora da qualidade de saúde dos empregados, a inaplicabilidade da legislação consumeirista é a medida de necessária imposição, mormente porquanto não caracterizada hipótese de vulnerabilidade, em razão do número de funcionários beneficiários da empresa autora noticiado nos autos.

2. Na esteira do entendimento pacífico do STJ, não se mostra abusiva a rescisão unilateral do contrato coletivo de plano de saúde, tendo em vista que o artigo 13 da Lei 9.656/98, que impede a denúncia unilateral do contrato, aplica-se somente aos planos familiares ou individuais, diferente do caso dos autos.

3. O contrato pactuado admite a rescisão unilateral, mediante notificação prévia do contratante, o que foi devidamente cumprido pela ré, conforme documentado nos autos.

4. Não obstante, é viável a revisão de contratos findos, e, neste aspecto, a majoração das mensalidades em razão de “aumento de índice de sinistralidade” mostra-se abusiva, eis que vai de encontro com regulamentos da ANS e princípios norteadores dos contratos. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.¹²⁰

O que se extrai desta decisão de segunda instância é de fundamental importância para se alcançar o objetivo desde estudo.

A 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, nesta decisão, aplicou a interpretação do caso baseando-se claramente nos princípios gerais do direito, elencados na Lei de Introdução das Normas Brasileiras,

¹²⁰ Jurisprudência extraída da decisão da Apel. Nº. 70069769065 TJ/RS Org. Julg. 5ª Câm. Cível. Origem: Com. Novo Hamburgo. Rel. Des. Léo Romi Pilar Junior. D.j. 31/08/2016.

pois decidiu por analogia ao artigo 13 da Lei 9.656/98 que prevê a impossibilidade de rescisão unilateral dos contratos somente nas contratações individuais e familiares.

Nota-se a interpretação pelos princípios gerais do direito, a partir do momento em que princípios como a dignidade da pessoa humana, isonomia, função social do contrato não foram destacados na decisão do Tribunal de Justiça daquele Estado.

No item 1 da decisão verifica-se que julgaram inaplicável o Código de Defesa do Consumidor pois a relação comercial estabelecida entre as partes e a natureza das empresas envolvidas impossibilitava a aplicação da legislação consumerista, haja vista que, segundo o entendimento da Câmara, a contratação do plano de assistência à saúde, naquele caso se deu para fomentar a atividade da empresa, destinando-se à melhoria da saúde de seus empregados, não caracterizando vulnerabilidade em razão do número de funcionários da empresa contratante.

Verifica-se que os julgadores, em alguns casos aceitam a relação de consumo, mas não admitem a vulnerabilidade dos consumidores.

Em outras decisões, os julgadores, contrariando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça não aplicam a legislação consumerista alegando que, por se tratar de pessoas jurídicas contratantes, não se estabelece relação de consumo.

A respeito de empresas e ou entidades contratantes que disponibilizam aos seus funcionários ou associados a possibilidade de aderirem aos planos privados de assistência à saúde, e por conta desta relação os usuários oriundos destes contratos não seriam considerados consumidores, Claudia Lima Marques marca seu posicionamento em sentido contrário quando diz:

Como não há contrato de plano de assistência privada à saúde não remunerado (art. 3º, §2º, do CDC), todos são remunerados por alguma agente do mercado, os beneficiários, destinatários finais, os contratantes e as pessoas jurídicas, que se expõem ou intervêm nessas relações de consumo como representantes ou em benefício de seus empregados, associados ou sindicalizados, e acabam todos por ser considerados consumidores, segundo o CDC.

Há pois, que considerar que estes “planos” operados por fornecedores, com intuito de lucro e com livre iniciativa permitida pela CF/1988 (art. 199), preenchem totalmente as características de relações de consumo, e os usuários são pessoas físicas, destinatários finais dos serviços, consumidores, pelo art. 2º do CDC,

de serviços remunerados prestados por fornecedores organizados em cadeia de fornecimento de serviços (art. 3º, *caput* e § 2º, do CDC). Se não contratantes, são estes usuários terceiros vítimas, terceiros expostos e representantes ou terceiros intervenientes, considerados todos consumidores equiparados (arts. 17, 29 e 2º. Parágrafo único, do CDC).¹²¹

O que se absorve do contexto apresentado por Claudia Lima Marques, deve ser examinado com determinada atenção.

A lucides está compreendida nestas palavras, pois, não há distinção entre usuários, sejam eles contratantes compreendidos entre os individuais e os coletivos.

O objeto mediato e imediato do contrato é o mesmo. O consumidor final, também o é.

O usuário que contrata plano privado de assistência à saúde, seja coletivo ou individual é um consumidor, seja direto ou por equiparação, conforme aduz Marques.

Diante de todo o exposto até o momento, pode se considerar que independentemente do tipo de contratação, todos os usuários são consumidores finais das obrigações pactuais, devendo ser considerados consumidores e protegidos, tanto pelos órgãos de defesa quanto pelo poder judiciário.

3.5 INCONSTITUCIONALIDADE

Para tratar sobre o assunto inconstitucionalidade da resilição dos contratos de planos de saúde, torna-se imprescindível o debate específico da constitucionalidade e inconstitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, será realizada explanação superficial a fim de que haja o complemento de informação.

Até o ano de 1988, quando do início da vigência da Constituição Federal, o Código Civil tratava do direito privado quase que exclusivamente, sendo considerada por muitos como a constituição do direito privado.

Os interesses privados, quando não amparados pela legislação civilista eram tratados por legislações específicas, não baseadas pela Constituição e sim pela característica individualista que reinava à época.

¹²¹ MARQUES, Claudia Lima. Op. Cit. p.541.

A partir de 1988, com a vigência da nova Constituição, surgiu o fenômeno da constitucionalização do direito, onde a Constituição passou a influenciar e fazer-se respeitar por todo o ordenamento jurídico pátrio.

Luis Roberto Barros destaca esta constitucionalização do seguinte modo:

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deva ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.¹²²

Nota-se que na visão de Barroso, toda ordem jurídica deve ser lida, ou seja, interpretada sob a lente constitucional, aplicando-se aos textos legais e infralegais, a ótica da Carta Maior, a fim de que tanto na criação quanto na aplicação, o ordenamento jurídico esteja alicerçado na Constituição.

Deste modo além de influenciar toda a legislação infraconstitucional, a Constituição passou a sobrepor-se sobre estas normas, sejam legais ou não.

Sobre esta imposição Ingo Sarlet declara:

A primeira e principal característica do direito constitucional reside na sua supremacia hierárquica, no sentido de que as normas constitucionais prevalecem em relação a toda e qualquer forma normativa (incluídas as leis elaboradas pelo Poder Legislativo) e todo e qualquer ato jurídico na esfera interna da ordem estatal.¹²³

A afronta a princípios constitucionais por parte de leis ou atos administrativos infraconstitucionais passaram a ser considerados como normas inconstitucionais, estando por certo em total desacordo com o ordenamento jurídico pátrio.

Nesta esteira, observa-se que o efeito que a Constituição causou em diversas áreas de direitos infraconstitucionais foi robusto, pois tiveram seus aspectos tratados direta ou indiretamente por ela.

Neste sentido Barroso assevera que a Constituição tratou diretamente do direito à saúde, sendo que houve tratamento individual dedicado a esta área:

¹²² BARROSO, Luis Roberto. Op. Cit. p.402

¹²³ SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; MARINONI, Luiz Guilherme; MIDITIERO, Daniel. Op. Cit. p.96.

Quanto ao ponto aqui relevante, é bem de ver que todos os principais ramos do direito infraconstitucional tiveram aspectos seus, de maior ou menor relevância, tratados na Constituição.

[...]

E outro dedicado à ordem social, dividido em numerosos capítulo e seções, que vão da saúde até os índios.¹²⁴

Barroso deixa claro que a Constituição dedicou tratamento específico à saúde. Este tratamento específico denota a importância que o direito à saúde tem para a Constituição Federal.

O que se subtrai deste contexto Constitucional é que a partir de 1988 toda norma criada deve estar em consonância com o texto Constitucional, sejam estas normas legais ou infralegais.

A lei 9656/98 respeitou e aplicou os princípios constitucionais ao vedar a rescisão unilateral dos contratos de assistência à saúde na alínea II do parágrafo único do seu artigo 13º que trata dos contratos individuais.

Já em contrapartida, ao se deixar de vedar a rescisão unilateral dos contratos coletivos, pode ter incorrido em omissão, que passou a gerar a interpretação de que os contratos de assistência à saúde coletivos, não estão abrangidos por esta previsão Constitucional.

Havendo esta interpretação, outra posição não poderia deixar de surgir, senão a de inconstitucionalidade, pois, considerando que o consumidor final são usuários comuns, não se está respeitando e aplicando os princípios Constitucionais da isonomia, dignidade da pessoa humana, função social do contrato e boa-fé.

3.6 RESILIÇÃO DE CONTRATOS

A matéria que disciplina a rescisão dos contratos no direito brasileiro e suas regras gerais estão previstas no Código Civil de 2.002, capitulado em destaque, podendo ser encontrado na parte Especial, Livro I, Título V, Capítulo II, nos artigos compreendidos entre 472 à 480.

Analisando superficialmente os dispositivos legais em apreço, conclui-se que a forma mais comum da extinção dos contratos se dá por meio de seu cumprimento, ou seja, quando sua prestação é adimplida¹²⁵.

¹²⁴ BARROSO, Luis Roberto. Op. Cit. p. 399

¹²⁵ RIZZARDO, Arnaldo. Op. Cit. p. 201.

Levando-se em conta que a boa-fé que deve estar intrínseca antes, durante e depois da execução de qualquer contrato, conclui-se que pelo menos a regra geral é de que todas as pessoas, físicas ou jurídicas, ao celebrarem contratos, o fazem com a intenção de cumpri-los.

A execução e a conseqüente extinção do contrato se dão pelo seu pleno cumprimento, exceto nos casos de contratos de trato sucessivo.

Etimologicamente, afirma-se que o contrato ao ser extinto desaparece do mundo jurídico¹²⁶, cabendo apurar se restou alguma obrigação ou responsabilidade civil remanescente do extinto contrato.

Quando o contrato alcança seu fim, excetuado os casos de contratos de trato sucessivos, tem-se por cumprida a obrigação pactuada e assumida pelo devedor.

Neste sentido Cristiano Farias e Nelson Rosenvald destacam que este término contratual ocorre em geral nos contratos instantâneos, sendo que nas relações duradouras as obrigações se renovam até o seu fim:

Em termos diretos, é o que sucede nos contratos instantâneos quando o devedor oferta o pagamento na compra de uma mercadoria (art. 491, CC), nos contratos envolvendo obrigações de fazer e não fazer, respectivamente, com a realização da atividade ou com a abstenção, que atendam ao interesse do credor e, nas relações duradouras, mediante a integralização de uma consecutividade de prestações, pois nelas o adimplemento sempre se renova, até o seu término¹²⁷.

Os contratos em geral e excetuado quando de trato sucessivo, conforme já asseverado, nasce, tem seu período de existência e conseqüentemente seu fim, até porque as obrigações entabuladas pelos instrumentos contratuais têm em sua natureza a transitoriedade¹²⁸.

Este fim e conseqüente extinção contratual é geralmente esperado pelo adimplemento da prestação avençada, colocando fim a relação contratual, seja ela de qual espécie for.

¹²⁶ AZEVEDO, Alvaro Villaça. Op. Cit. p. 83.

¹²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: Contratos – teoria geral e contratos em espécie*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 519.

¹²⁸ Ibidem, p.217.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, conceituam a extinção pelo cumprimento da obrigação, como sendo a extinção natural do contrato¹²⁹.

Esta extinção natural do contrato ocorre quando “a relação contratual se dissolve pela verificação de uma circunstância prevista pelas partes e tida como razoavelmente esperada”¹³⁰.

Deste modo verifica-se que no caso deste estudo, a contrário *sensu*, nos contratos privados de assistência à saúde, não ocorre a extinção, quando da utilização do contratante dos serviços prestados, pois por sua característica, o instrumento entabulado entre as partes configuram execução de prestações a serem adimplidas quando da ocorrência de abalo na saúde do contratante ou seus dependentes.

Este tipo contratual conhecido como de trato sucessivo, conforme asseverado no item 3.2 deste capítulo não se extingue pelo cumprimento de uma prestação.

Conclui-se, portanto, que a extinção contratual deverá ocorrer, em regra pelo seu cumprimento, ou pelo seu não cumprimento, sendo que este não cumprimento poderá ser total ou parcial.

3.6.1 Diferenciação terminológica entre rescisão e rescisão contratual

Inicialmente insta destacar que como bem assevera Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves¹³¹, o Capítulo II Título V que trata da extinção dos contratos, no Código Civil de 2.002¹³², não se verifica artigo algum que se refira ao vocábulo “rescisão”.

Segundo Álvaro Villaça Azevedo, quando ocorre a inexecução culposa da obrigação contratual, dá-se a rescisão contratual, ou seja, ocorreu a ruptura do negócio jurídico¹³³.

Esta poderá ser unilateral, quando ocorrer o descumprimento contratual por uma das partes contratantes, ou bilateral, quando ocorrer o descumprimento contratual por ambas as partes signatárias.

¹²⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: Contratos*, tomo 1: teoria geral. 2.ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006, p.226

¹³⁰ Ibidem.

¹³¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Op. Cit. p. 539.

¹³² BRASIL, Lei 10.402/2002.

¹³³ AZEVEDO, Alvaro Villaça. Op. Cit. p. 85

Já para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona¹³⁴, o termo rescisão é utilizado equivocadamente de forma genérica par qualquer tipo de extinção contratual.

Para estes juristas há rescisão quando ocorre a ruptura contratual por nulidade, e para fundamentar tal posição, socorrem-se da obra de Serpa Lopes, quando assim dispõem:

O outro sentido, mais próximo do gramatical, é o que corresponde à ruptura do contrato em face de uma nulidade. Como visto, a idéia de rescindir lembra “corte, rompimento”, e é esta a sensação que se tem quando se verifica a declaração de nulidade de um contrato, pois, sabendo-se existente, verifica-se que ele não poderá produzir efeitos validamente (mesmo que, no campo da concreção, tenha gerado efeitos...)

Nessa mesma linha, é a doutrina do grande jurista MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, o qual, após registrar a confusão terminológica existente, prefere concluir que, em nosso Direito, a *rescisão* deve, de fato, ser tratada como causa extintiva do contrato em caso de *nulidade*, seguindo a linha do Código Civil francês.¹³⁵

Seguindo este entendimento de que o termo rescisão no sentido etimológico deve ser utilizado quando ocorre algum vício anterior ou contemporâneo à contratação, Araken de Assis esclarece que a rescisão “constitui modalidade de abertura do negócio jurídico em razão de defeito *anterior* à contratação, como deflui do chamado vício oculto (art. 441, *caput*, do cc-02) ou do seu próprio objeto”¹³⁶.

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, a rescisão opera com “desconstituição do negócio jurídico por um vício objetivo anterior à celebração do negócio jurídico”¹³⁷.

Diante de todos estes apontamentos sobre a terminologia “rescisão”, resta o questionamento de que no caso da possibilidade da rescisão imotivada dos contratos privados de assistência à saúde, por iniciativa das operadoras, este termo estará correto?

Se o próprio complemento indica que a espécie de rescisão é imotivada, a terminologia rescisão pode não ser a técnica mais adequada a ser utilizada nas extinções contratuais em estudo.

¹³⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. Cit. p. 250-251.

¹³⁵ Ibidem apud Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de direito civil*. Fontes das obrigações: contratos. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, v. III, p. 201.

¹³⁶ ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 5. ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 86.

¹³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Op. Cit. p. 541

Por outro lado, quando se aborda a questão da rescisão contratual prevista inicialmente no art. 473 do diploma civilista, a expressão “rescisão” refere-se à extinção do contrato por iniciativa de uma ou de todas as partes¹³⁸.

Segundo a lição de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, nos contratos de trato sucessivo, a rescisão opera com efeitos *ex nunc*, não retroagindo as prestações já realizadas a menos que as partes pactuem no contrato tal previsão¹³⁹.

Para Caio Mário da Silva Pereira, a liberação dos contratantes consistente na dissolução do vínculo contratual é denominada com rescisão voluntária, podendo dividir-se em bilateral ou unilateral.¹⁴⁰

A lição de Álvaro Villaça Azevedo, traz exemplo esclarecedor sobre a rescisão e seus efeitos quando assim assevera:

A rescisão pode ocorrer por vontade bilateral dos contratantes, tornado o nome de distrato, ou por só um deles, sendo, nesse caso, unilateral. No primeiro caso, por exemplo, podem as partes, por suas vontades, de comum acordo, distratar uma compra e venda; no segundo, suponhamos ser as arras (ou sinal) penitenciais, qualquer dos interessados pode desistir do negócio, exercendo seu direito de arrepende-se, restituindo-as, em dobro, se for quem as recebeu, ou as perdendo, se for que as deu, caso não exista outra estipulação contratual.

Na rescisão não há pagamento de indenização, em face da denúncia, porque esta é autorizada.

Quem resile ou denuncia exerce regularmente esse direito de resilir ou de denunciar.¹⁴¹

Nota-se que para Azevedo, a rescisão resulta única e exclusivamente da vontade de uma ou de todas as partes, não havendo necessidade de descumprimento ou inadimplemento contratual.

Arnaldo Rizzardo¹⁴² afirma que no que pertine a rescisão, opera-se o desfazimento contratual, por decisão de um ou todos os contratantes, sendo que a rescisão unilateral se ostenta através de denominações próprias, que a doutrina apresenta como sendo, a revogação, renúncia ou resgate.

Conforme se denota, a doutrina em sua maioria entende que, existem duas espécies de rescisão, quais sejam, a bilateral ou a unilateral.

¹³⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. Cit. p. 232.

¹³⁹ Ibidem.

¹⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. Cit. p. 151.

¹⁴¹ AZEVEDO, Alvaro Villaça. Op. Cit. p. 85.

¹⁴² RIZZARDO, Arnaldo. Op. Cit. p. 286-287.

3.6.2 Resilição bilateral

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona certificam que a doutrina denomina a resilição bilateral como sendo o conhecido distrato.¹⁴³

O negócio jurídico bilateral, tem a mesma natureza jurídica do distrato, destinado a extinção da relação contratual. Sendo certo que em qualquer tipo de contrato é possível o pleno exercício da autonomia privada da vontade, e estabelecer novo contrato extinguindo as avenças pactuadas e ainda, determinar as disposições finais do contrato a ser extinto.¹⁴⁴

Já para Nelson Rosendal e Cristiano Farias a melhor definição de resilição bilateral consubstancia-se da seguinte forma:

A resilição bilateral é um novo contrato, cujo teor é, simultaneamente, igual e oposto ao contrato primitivo. De *per se* o contrato já porta o gérmen de sua extinção, mas com o distrato as partes manifestam o seu intuito de apressar este momento, recobrando a liberdade mutuamente cedida ao tempo da vinculação.¹⁴⁵

Por sua vez Caio Mário, seguindo a mesma corrente doutrinária, entende que o distrato “é a declaração de vontade das partes contratantes, no sentido oposto ao que havia gerado o vínculo¹⁴⁶”.

O que se conclui, portanto, é que a resilição bilateral, é um acordo, uma nova declaração de vontade em sentido exatamente oposto ao pacto inicialmente acordado.

No caso dos contratos privados de assistência à saúde, poderá ocorrer a resilição bilateral, caso haja interesse de ambas as partes.

Entretanto deve-se diferenciar os contratos individuais dos coletivos, principalmente no que se refere aos seus efeitos como consequência da efetiva resilição bilateral.

A Lei 9.656/98¹⁴⁷ estabelece, conforme já apontado, que em contratos individuais é vedada a resilição unilateral sem motivação, o que traz extrema

¹⁴³ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. Cit. p. 233.

¹⁴⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Op. Cit. p. 542.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 531.

¹⁴⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. Cit. p. 151.

segurança jurídica ao contratante. Verifica-se deste modo que o contrato somente poderá ser imotivadamente rescindido caso as partes contratantes acordem a referida rescisão.

Da mesma forma, os contratos de assistência privada à saúde na modalidade coletivos, caso haja interesse mútuo poderão ser também resilidos bilateralmente.

O grande hiato a ser preenchido ocorre quando a operadora busca a empresa ou entidade a fim de resilir bilateralmente o contrato e esta, visando os interesses de seus interessados, se nega a celebrar a dita resilição bilateral.

Neste momento, com a anuência tácita da Agência Nacional de Saúde Suplementar, e usando a interpretação a contrario *sensu* dos contratos individuais, da Lei que regula o setor, as operadoras resilem unilateralmente os contratos privados de assistência à saúde sendo certo que seus efeitos recairão sobre toda a massa contratante.

A afirmação das operadoras, justificando a resilição unilateral é de que, a vedação estabelecida pela Lei 9.656/98 abrange expressamente somente os planos individuais, sendo portanto, em sua concepção, admitida a resilição unilateral nos contratos coletivos.

3.6.3 Resilição unilateral

A resilição de contratos está ligada a vontade de uma ou de todas as partes contratantes, em colocar fim a relação contratual sem que haja justo motivo, como por exemplo no caso de inadimplemento contratual, seja ele parcial ou total.

Simplemente nasce a vontade de uma ou de todas as partes, ou ainda por motivos não previstos no contrato e tão pouco justificáveis aquele ou aqueles expressam seu desejo de extinguir a relação contratual.

Dentro deste contexto, existe portanto, a possibilidade de somente uma das partes desejar extinguir a relação contratual, surgindo neste passo a denominada resilição unilateral dos contratos.

A resilição unilateral de contratos opera-se por meio de notificação da denúncia à outra parte conforme determina o art. 473 do Código Civil.

¹⁴⁷ BRASIL, Lei 9.656/98. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm> Acesso em 13 set. 2016.

A rescisão unilateral constitui-se de instrumento hábil a por fim a uma relação contratual, nas hipóteses diversa das ocorridas na resolução do contrato, quando ocorre o descumprimento do deste.

A rescisão unilateral deve ser apreciada com bastante cautela, pois destoa completamente da extinção contratual, seja pelo cumprimento ou descumprimento da avença.

Trata-se conforme já asseverado anteriormente, de interrupção contratual por uma das partes contratantes sem que haja justo motivo, pondo fim àquela relação por meio de simples notificação de intenção.

Nos dizeres de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, a rescisão unilateral não traduz a forma mais bem vista de por fim a relação contratual quando lecionam:

Partindo-se da concepção tradicional do princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), é lógico que a extinção unilateral do contrato, por mera manifestação de vontade, não poderia ser bem vista.¹⁴⁸

O que se destaca é que a legislação civilista permite a extinção do contrato unilateralmente sem que haja justo motivo, e esta possibilidade, conforme já asseverado, se converte em insegurança jurídica e discordância doutrinária.

Sustenta Caio Mário da Silva Pereira que a rescisão unilateral dos contratos tem caráter de exceção haja vista que é imputado ao contratante, a princípio, a vedação do rompimento do vínculo contratual sem a anuência do outro:

Rescisão unilateral tem caráter de exceção. Um dos defeitos do princípio da obrigatoriedade do contrato é, precisamente, a alienação da liberdade dos contratantes, nenhum dos quais podendo romper o vínculo, em princípio, sem a anuência do outro.¹⁴⁹

Esta exceção é vista por alguns doutrinadores com certa reserva, pois como no caso de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald ocorre aí um confronto entre a exceção e a “[...] tutela superior da preservação da liberdade da pessoa perante as amarras do contrato”.¹⁵⁰

¹⁴⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. Cit. p. 235.

¹⁴⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. Cit. p. 151.

¹⁵⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Op. Cit. p.533.

Entretanto a legislação civilista estabelece uma ressalva no parágrafo único do art. 473 suspendendo os efeitos da rescisão unilateral do contrato quando houver ocorrido por uma das partes, significativos investimentos, por acreditar este na continuidade da relação contratual.

Nesta esteira, poderá ser considerado investimento significativo o efetuado pelo usuário que pagou corretamente durante anos a fio, por vezes décadas seu contrato de assistência à saúde, sem necessariamente utilizá-lo.

Seria justa, para não dizer inconstitucional a rescisão unilateral do contrato, quando melhor aprover a operadora de contratos de assistência à saúde?

Os contratos de assistência privada à saúde conforme já apontado, possuem elevada posição e importância na vida das pessoas e no ordenamento jurídico, sendo certo que não se pode permitir a simples rescisão unilateral, sem justificativa que no mínimo se sobreponha aos princípios da dignidade da pessoa humana, função social do contrato, boa fé e isonomia, todos juntos na mesma relação.

3.6.4 Resolução por onerosidade excessiva

Se faz necessária a abordagem da resolução por onerosidade excessiva, pois este instituto figura como fundamento para rescisões unilaterais por parte das operadoras.

Os contratos de assistência privada têm como característica, entre outras, a bilateralidade e o trato sucessivo.

Veja que a Lei 9.656/98 estabelece que nos contratos individuais a rescisão somente poderá ocorrer em caso de inadimplência acima de 60 dias consecutivos ou não, ou fraude comprovada.

As únicas hipóteses de motivação, portanto são as acima descritas, não sendo aceita a hipótese de resolução por onerosidade excessiva.

Assim, não havendo a mesma vedação aos contratos privados de assistência à saúde na modalidade coletivos, a resolução por onerosidade excessiva torna-se um caminho a ser trilhado pelas operadoras quando não mais lhes convém manter estas avenças em vigor.

Neste ponto, a fim de melhor tratar assunto, transcreve-se o teor do artigo 478 do Código Civil que assim estabelece:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença retroagirão à data da citação.¹⁵¹

Evidencia-se que a prática de por fim a relação contratual, imotivada e unilateralmente não é bem vista pela doutrina, haja vista que tal conduta implica em trazer ao ordenamento jurídico a temerosa insegurança jurídica que por certo deve ser combatida por toda sociedade.

A onerosidade excessiva apresentada pelas operadoras de assistência privada de saúde suplementar, tem como causa a sinistralidade acumulada durante o período de 1(um) ano anterior ao mês de reajuste contratual.

A sinistralidade nada mais é do que a utilização do plano de saúde por seus usuários, sendo que quando elevada esta utilização, as operadoras alegam que estão tendo prejuízo econômico.

Entretanto, quando não há elevada utilização, as mesmas operadoras não estabelecem abatimento nos prêmios pagos pelos usuários.

Os representantes dos contratos coletivos, quando não aceitam as propostas de reajustes, são surpreendidos pelas notificações preparatórias para rescisão contratual.

Este cenário apresenta a seguinte situação: o grupo de usuários pagam os prêmios durante anos a fio sem ter uma utilização exagerada, ou seja, alta sinistralidade, 20(vinte) anos a título de exemplo. Após pagarem os prêmios durante estes 20(vinte) anos, por estarem com a idade já avançada, começam a aumentar a utilização dos planos, gerando a sinistralidade alta alegada pelas operadoras. Diante desta nova fase, seguindo a linha de raciocínio das operadoras, elas poderão, imotivadamente, ou com a justificativa da alta sinistralidade, alegar onerosidade excessiva e rescindir imotivadamente o contrato, a não ser que aquele grupo de usuários aceitem reajustes muitas vezes superiores a 100%(cem por cento).

Em recente julgado no Tribunal de Justiça de São Paulo, a operadora buscou a título de reajuste com base na sinistralidade um aumento de 156%(cento e cinquenta e seis por cento) do contrato coletivo

¹⁵¹ BRASIL, Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 24 out. 2016.

Plano de saúde. Serviços médicos e hospitalares. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (Súmula 469 do STJ). Possibilidade de revisão de cláusulas contratuais que decorre do próprio sistema jurídico (arts. 478 e 480 do CC e art. 6º, V, do CDC). Relativização da "pacta sunt servanda".

Reajuste por sinistralidade. Percentual de 156,75%. Índices aplicados e custos dos serviços de assistência não explicitados. Cláusula contratual imprecisa. Dever de informação adequada e clara desatendido. Operadora de plano de saúde que não se desincumbiu do ônus de comprovar as razões justificadoras do aumento expressivo das mensalidades (art. 373, II, CPC). Cláusulas gerais da boa-fé e equilíbrio na relação de consumo que representam restrições à autonomia privada. Evidenciado o desequilíbrio contratual no exercício abusivo do direito por força da desigualdade material de poder. Prestadora que confunde boa-fé com interesse próprio. Impostura evidenciada. Quebra do dever de lealdade e violação à boa-fé objetiva e à função social do contrato (arts. 421 e 422 do Cód. Civil). Abusividade manifesta. Precedentes. Sentença reformada. Recurso provido. (Relator(a): Rômulo Russo; Comarca: Limeira; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 09/09/2016; Data de registro: 09/09/2016)¹⁵²

Observa-se neste julgado a alegação da operadora foi exatamente a sinistralidade do contrato, sendo que os índices aplicados não estavam explicitados.

Para Claudia Lima Marques não pode haver reajuste de contrato coletivo por sinistralidade pois trata-se do risco do negócio das operadoras de planos de assistência à saúde.

Note-se que o reajuste contratual não é, nem deve ser, por "sinistralidade" específica, pois é risco profissional das operadoras contratar com pessoas doentes ou mais velhas, é justamente por este motivo, para alcançar a transferência de riscos futuros da saúde, que estas pessoas estão no sistema e há tanto tempo (mutualidade).¹⁵³

Claudia Lima Marques¹⁵⁴ assevera ainda que a ideia do plano de saúde consiste exatamente em transferir todo o risco de doenças para a operadora e esta por sua vez diluir este risco por toda sua carteira de usuários, suavizando e solidarizando deste modo as despesas que deverão ser suportadas por todos, e não somente por um pequeno grupo.

¹⁵² Apel. Nº. 1000061-29.2015.8.26.0320 7ª Câm. Dir. Priv. Disponível em www.tjstj.jus.br Acesso em 24 out. 2016.

¹⁵³ MARQUES. Claudia Lima. Op. Cit. p.546.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 547.

Entretanto o mesmo tribunal de Justiça de São Paulo, tem entre seus pares entendimento contrário, validando o reajuste por sinistralidade e a possibilidade de rescisão unilateral dos contratos coletivos

Ação revisional de reajuste de mensalidade, cumulada com pedido de antecipação dos efeitos da tutela – Plano de saúde – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor – Reajuste de plano empresarial coletivo em índices superiores aos autorizados pela ANS – Majoração da mensalidade com comprovação do aumento da sinistralidade – Ausência de ilegalidade – Possibilidade de realizar reajustes, na medida em que a requerida comprovou a necessidade para a readequação do contrato – Sentença de improcedência – Manutenção – Recurso não provido.

Nega-se provimento ao recurso.

(Relator(a): Marcia Dalla Déa Barone; Comarca: São José do Rio Preto; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 28/09/2016; Data de registro: 28/09/2016)¹⁵⁵

O reajuste neste caso foi superior ao estabelecido pela Agência nacional de Saúde Suplementar (ANS) e foi considerada legal pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Já no agravo de instrumento que segue a seguir verificar-se-á que a rescisão unilateral foi permitida.

Agravo de instrumento. Recurso interposto contra a antecipação de tutela que determinou a manutenção de plano de saúde coletivo por adesão. Hipótese na qual é admitida a rescisão unilateral. Exegese do art. 13 da Lei nº 9.656/98. Agravante que notificou oportunamente à agravada, bem como, facultou aos beneficiários a adesão a plano de saúde individual. Observância do art. 17 da Resolução Normativa ANS nº 195/2009 e da Resolução CONSU nº 19/99. Manutenção somente admissível quanto aos beneficiários em internação hospitalar ou em clínica de terapia intensiva (art. 35-E, IV, da Lei nº 9.656/98). Agravo parcialmente provido. (Relator(a): Rômulo Russo; Comarca: São José do Rio Preto; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 09/09/2016; Data de registro: 09/09/2016)¹⁵⁶

A justificativa do Desembargador Relator, foi justamente que a rescisão unilateral no caso em julgamento estava amparada pelo art. 13 da Lei 9656/98 bem

¹⁵⁵ Apel. 1019464-89.2015.8.26.0576. 3ª Câm. Dir. Priv. Disponível em <www.tjsp.jus.br> Acesso em 24 out. 2016.

¹⁵⁶ Apel. 2118729-92.2016.8.26.0000. 7ª Câm. Dir. Priv. Disponível em <www.tjsp.jus.br> Acesso em 24 out. 2016.

como pelos arts. 17 da resolução Normativa 195/2009 e da Resolução Normativa 19/99 expedidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

O Julgador entretanto, deixou de fundamentar sua decisão no que pertine aos princípios constitucionais que abarcam os contratos privados de assistência à saúde, como por exemplo, a função social do contrato, a dignidade da pessoa humana, a boa-fé objetiva e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, haja vista que os contratantes usuários encontravam-se em extrema desvantagem contratual, desequilibrando portanto, a relação estabelecida entre as partes.

Desta feita, observa-se que a alegação por parte das operadoras de planos de assistência privada à saúde de que a onerosidade excessiva, permite reajustes superiores a 150%(cento e cinquenta por cento) sob pena de ter resiliado seu contrato é uma realidade atual, na qual deve haver uma posição mais firme do poder judiciário.

3.7 RESILIÇÃO DE CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

A Lei 9.656/98 no inciso II do paragrafo único do art. 13 prevê que são vedadas a suspensão ou resilição unilateral dos contratos individuais, salvo se por fraude ou não pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias consecutivos ou não¹⁵⁷.

A Resolução Normativa 195 de 14 de julho de 2009¹⁵⁸, que dispõe sobre a classificação e características dos planos privados de assistência à saúde, estabelece em sua subseção II, intitulado Da Rescisão ou Suspensão, em seu art. 17 que as condições de resilição do contrato ou de suspensão de cobertura, nas contratações coletivas também devem constar do contrato celebrado entre as partes.

Complementa seu parágrafo único que estes contratos somente poderão ser rescindidos imotivadamente após período de 12 meses:

Art. 17 As condições de rescisão do contrato ou de suspensão de cobertura, nos planos privados de assistência à saúde coletivos por

¹⁵⁷ Ibidem

¹⁵⁸ BRASIL, Resolução Normativa 195. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ10A==>> Acesso em 13 set. 2016.

adesão ou empresarial, devem também constar do contrato celebrado entre as partes.

Parágrafo único. Os contratos de planos privados de assistência à saúde coletivos por adesão ou empresarial somente poderão ser rescindidos imotivadamente após a vigência do período de doze meses e mediante prévia notificação da outra parte com antecedência mínima de sessenta dias.¹⁵⁹

Observa-se desta feita que a resolução responsável por dispor sobre as regras contratuais das avenças coletivas deixam claro que poderá haver a rescisão contratual imotivada após transcorrido lapso temporal de 12 (doze) meses.

Conforme visto e apontado anteriormente, a ANS possibilitou a rescisão unilateral imotivada para quaisquer partes contratantes, ilusoriamente garantido equilíbrio entre as partes.

A Instrução Normativa 22 da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos – DIPRO, diretoria esta da Agência Nacional de Saúde Suplementar-ANS, por meio de seu anexo II pormenoriza os detalhes a serem lançados nos contratos de assistência privada que serão firmados entre as partes.

O aludido anexo II, no Tema XVII, letra "B", onde trata da rescisão /suspensão dos contratos coletivos, reafirma as disposições apresentadas pela Lei 9.656/98¹⁶⁰ bem como pela Resolução Normativa 195¹⁶¹ estabelecendo que deve constar no contrato a forma de rescisão, se motivada ou imotivada, seja em período anterior a 12(doze) meses ou posterior:

B) Nos contratos de Planos Coletivos:

1. definir as condições para rescisão e suspensão (artigo 17 da RN 195/2009, alterada pela RN 200/2009);
2. dispor que somente poderão ser rescindidos imotivadamente após a vigência do período de doze meses e mediante prévia notificação da outra parte com antecedência mínima de sessenta dias (artigo 17, parágrafo único, da RN 195/2009, alterada pela RN 200/2009);
3. Especificar as causas que autorizam a rescisão imotivada do contrato antes de completar o período de doze meses (artigo 17, parágrafo único, da RN 195/2009, alterada pela RN 200/2009);
4. Especificar multa negociada entre as partes nos casos de rescisão imotivada requerida antes do período de doze meses.¹⁶²

¹⁵⁹ Ibidem.

¹⁶⁰ BRASIL, Lei 9.656/98, Op.Cit.

¹⁶¹ Op. Cit.

¹⁶² BRASIL, Instrução Normativa 22, anexo II, Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos - DIPRO. Disponível em <http://www.ans.gov.br/images/stories/Legislacao/in/anexo_in22_dipro.pdf> acesso em 13 set. 2016.

Fica claro que a Agência Nacional de Saúde Suplementar permite que as operadoras rescindam seus contratos celebrados nas modalidades coletivas.

Estas rescisões devem somente respeitar o período de 12(doze) meses após a assinatura do contrato, no caso de serem imotivadas, precedidas de notificação cuja antecedência deve respeitar o mínimo de 60 (sessenta dias).

No caso de ocorrer fraude ou inadimplência por período superior a 60 (sessenta) dias o contrato poderá ser rescindido unilateralmente, desde que precedido por aviso cuja antecedência deva respeitar o mínimo de 10(dez) dias.

Deste modo, desde que previamente estabelecido, a rescisão unilateral imotivada poderá ser promovida pela operadora sem maiores prejuízos administrativos.

Os contratos individuais, por sua vez, considerando o que preceitua a Lei 9.656/98¹⁶³ não poderão ser rescindidos unilateralmente a não se nos casos previstos na lei e no regulamento interno da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

3.8 RESILIÇÃO DE CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE COLETIVOS

Conforme apontado em momento anterior, o ponto nevrálgico do presente trabalho do presente trabalho tem seu ápice na resolução unilateral dos contratos de assistência privada á saúde, por iniciativa das operadoras.

Este tipo de rescisão unilateral, fere de morte senão todas, pelo menos a grande maioria dos princípios constitucionais diretamente ligados a dignidade humana, tendo como exemplo, boa-fé, função social do contrato, princípio da isonomia, dentre outros.

Para Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, a rescisão de contratos de trato sucessivo tem sua licitude dentro de algumas ocasiões contratuais.

Entretanto asseveram que em determinados casos relacionados a bens essenciais como educação e saúde a relação consumerista estabelecida entre as partes obstaculiza a rescisão unilateral imotivada.

¹⁶³ Op. Cit.

Enfim, apesar da aparente licitude da cláusula de rescisão unilateral com reciprocidade, o próprio sistema consumerista, plasmado na exigência do equilíbrio contratual e na tutela de um sujeito especial e objetivamente vulnerável, culmina por obstaculizar o exercício do direito potestativo da denúncia pelo fornecedor, o que seria fatal para o consumidor nos contratos cativos, relacionados à fruição de bens essenciais, tais como saúde e educação.¹⁶⁴

Conforme visto anteriormente, a rescisão unilateral deve ser considerada uma exceção a regra, como bem determinou Caio Mário, e analisando todo o exposto até o presente ponto, principalmente com a assertiva de Rosenvald e Chaves remarcando que a rescisão encontra obstáculo nos contratos de educação e saúde, depreende-se que a rescisão unilateral imotivada não pode ser exercida pelas operadoras também nos contratos coletivos de assistência à saúde.

Tratando da questão da rescisão unilateral por parte das operadoras de assistência privada à saúde, Aurisvaldo Sampaio assevera que a interpretação da vedação apontada pelo art. 13 da Lei 9.656/98¹⁶⁵ deve atingir os contratos coletivos, sob pena de a operadora em rescindir unilateralmente e imotivadamente o contrato contrariar princípios constitucionais fundamentais:

Ora, a cautela do legislador, afastando a possibilidade de denúncia unilateral do contrato de plano de saúde individual, só poderá resultar na conclusão de que a admitiu nos coletivos caso se proceda a uma interpretação que desconsidere diversos princípios do sistema jurídico pátrio, particularmente a proteção constitucional à saúde, a igualdade e a boa-fé, aqui não se podendo admitir, portanto, interpretação *a contrário sensu*¹⁶⁶.

O Tribunal de Justiça Paranaense julgando caso de rescisão unilateral de contrato abordado neste trabalho, destaca que ao tentar rescindir unilateralmente o contrato a operadora de plano privado de assistência à saúde fere princípios como da boa-fé, equidade e razoabilidade, princípios estes constitucionais e que sequer poderiam se cogitar a hipótese de serem desrespeitados. O Desembargador Luiz Lopes foi catedrático ao julgar a demanda:

APELAÇÃO CÍVEL - PLANO DE SAÚDE COLETIVO - RESCISÃO UNILATERAL - ABUSIVIDADE - OFENSA À BOA-FÉ OBJETIVA -

¹⁶⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Op. Cit. p. 538.

¹⁶⁵ BRASIL, Op. Cit.

¹⁶⁶ SAMPAIO, Aurisvaldo. Op. Cit. p. 335.

INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 51, INCISO IV, E § 1º, INCISO II, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - MANUTENÇÃO DO CONTRATO EM RELAÇÃO À BENEFICIÁRIO PORTADOR DE CÂNCER. RECURSO PROVIDO. A RESILIÇÃO unilateral durante o tratamento de usuário portador de doença grave - câncer de fígado -, que efetua o pagamento do plano por mais de oito anos, fere o princípio da boa-fé, equidade e razoabilidade, além de afrontar a finalidade básica do contrato, qual seja, a preservação da saúde do beneficiário, colocando-o em posição de extrema desvantagem, desrespeitando, assim, os comandos normativos do artigo 51, IV, e § 1º, II, do Código de Defesa do Consumidor. (TJPR - 10ª C.Cível - AC - 1460821-6 - Curitiba - Rel.: Luiz Lopes - Unânime - - J. 04.08.2016)¹⁶⁷

A respeito de rescisões unilaterais seguem julgados do Distrito Federal e dos estados do Rio Grande do Sul e Santa Catarina conforme se verifica a seguir¹⁶⁸:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. CONTRATO COLETIVO QUE BENEFICIA APENAS FAMÍLIA DO SÓCIO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE. BENEFICIÁRIOS ACOMETIDOS DE DOENÇAS GRAVES. RESILIÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO. IMPOSSIBILIDADE. QUEBRA DA BOA-FÉ OBJETIVA, OFENSA À FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. omissis. [...] (AgRg no REsp 1541849/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 15/10/2015, DJe 09/11/2015) (sem grifos no original)

APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. PLANO DE SAÚDE. CONTRATO COLETIVO. RESILIÇÃO UNILATERAL PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DURANTE TRATAMENTO DE BENEFICIÁRIA. ABUSIVIDADE. VIOLAÇÃO DA EQUIDADE E BOA-FÉ. MANUTENÇÃO DO PACTO. 1. omissis. [...] 5. Destarte, cumpre salientar que, em se tratando de seguro ou plano de saúde, a contratação é feita com base no princípio da boa-fé, ou seja, a parte contratante espera que tenha pronto atendimento, juntamente com os seus beneficiários, exatamente no momento em que está mais fragilizada devido ao seu estado de saúde. Dado provimento ao apelo. (Apelação Cível Nº 70064183189, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 29/07/2015) (sem grifos no original)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO ANTECIPATÓRIA DETERMINANDO A MANUTENÇÃO DO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE COLETIVO. AGRAVANTE QUE PRETENDE A RESILIÇÃO UNILATERAL DO PACTO. DENÚNCIA IMOTIVADA QUE NÃO FERE A LEI DOS

¹⁶⁷ TJPR - 10ª C.Cível - AC - 1460821-6 - Curitiba - Rel.: Luiz Lopes - Unânime - - J. 04.08.2016. Disponível em <www.tjpr.jus.br>. Acesso em 08 set. 2016.

¹⁶⁸ Ibidem.

PLANOS DE SAÚDE.
 DISPOSIÇÃO QUE, A PRINCÍPIO, NÃO AFRONTA O CÓDIGO DE
 DEFESA DO CONSUMIDOR.
 BENEFICIÁRIO PORTADOR DE NEOPLASIA.
 NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DO AJUSTE.
 INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO À AGRAVANTE, QUE CONTINUARÁ
 RECEBENDO O VALOR DAS MENSALIDADES. (TJSC, Agravo de
 Instrumento n.
 2011.041671-9, de Concórdia, rel. Des.
 Jorge Luis Costa Beber, j. 28-02-2012) (sem grifos no original)

Em julgamento Agravo Regimental nº 2134907-19.2016.8.26.0000/50000 o Desembargador Relator José Carlos Ferreira Alves do Tribunal de Justiça de São Paulo, trouxe o voto magistral do Ínclito Desembargador Francisco Eduardo Loureiro, que assim dispôs sobre a resilição unilateral dos contratos privados de assistência à saúde na modalidade coletivo:

Com efeito, a denúncia unilateral do contrato de seguro saúde deverá ser motivada, nos termos do artigo 13 da Lei 9.656/98, conforme se extrai da lição do Desembargador Francisco Eduardo Loureiro: "O art. 13 da Lei n. 9.656/98 circunscreve-se aos contratos individuais e familiares. Os contratos empresariais e por adesão não gozam das regras protetivas especiais, isso não quer dizer que o direito à resilição fique ao inteiro arbítrio das partes, sem qualquer controle. São comuns as cláusulas que permitem a denúncia imotivada parte da operadora, ou no caso de aumento de sinistralidade e conseqüente desequilíbrio do contrato. A denúncia imotivada é controlada pelos princípios cogentes da função social do contrato e da boa fé objetiva. Claro que os contratos, fonte de obrigações, são, a princípio, transitórios. Os contratos relacionais, porém, geram a confiança e a justa expectativa de longa produção de efeitos, a ser protegida pela lei. Mesmo a denúncia motivada, como no caso do desequilíbrio do contrato por fato superveniente, deve ter demonstrado o fato gerador, para justificar o desfazimento do contrato. Note-se que o contrato coletivo é negociado por estipulante, em melhores condições do que os consumidores individuais, mas os beneficiários são os mesmos o art. visa proteger."¹⁶⁹

¹⁶⁹ AGRAVO DE INSTRUMENTO – PLANO DE SAÚDE – Prevenção da C. 7ª Câmara de Direito Privado para o julgamento do recurso – Anterior julgamento de recursos envolvendo algumas das partes e derivados da mesma relação jurídica havida entre agravante e a segunda agravada – Possibilidade de decisões conflitantes que justifica a prevenção – Artigo 105 do RITJSP – Recurso não conhecido, determinada sua redistribuição. (Relator(a): José Carlos Ferreira Alves; Comarca: Porto Ferreira; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 02/09/2016; Data de registro: 02/09/2016)

O Tribunal de Justiça de São Paulo vem julgando em desfavor das operadoras de planos de assistência à saúde quando se trata de rescisão unilateral dos contratos por iniciativa das operadoras:

O contrato firmado pelas partes é de seguro saúde e, nessa esteira, deve incidir na espécie a teoria da função social dos contratos, tendo em vista que o cancelamento do pacto por inadimplemento do segurado apenas se legitima na hipótese da mora causar prejuízo irremediável à seguradora, de tal forma que o recebimento da parcela em questão se torne irrelevante ante o dano suportado por ela. Além do mais, o princípio da boa-fé objetiva deve ser observado a fim de assegurar que a resolução do pacto seja proporcional à relevância do inadimplemento, sob pena de restar caracterizado o abuso de direito. Portanto, considerando tratar-se de contrato de trato sucessivo em que a autora efetua o pagamento das mensalidades, mostra-se abusiva a rescisão unilateral do plano de saúde sem justa causa, sobretudo considerando a importância do serviço prestado e o desrespeito às normas que regulam a questão, devendo a r. Sentença ser mantida neste ponto, devendo o recurso da ré ser julgado improcedente.¹⁷⁰

No mesmo sentido o Tribunal vem reiteradamente¹⁷¹ julgando casos de rescisão Unilateral de contratos coletivos.

Entretanto, para exemplo da posição contrária, destaca-se julgado recente de 09/09/16 onde o relator foi acompanhado de modo unânime por seus pares a fim de considerar, em agravo de instrumento a possibilidade de rescisão unilateral por parte da operadora em um contrato coletivo por adesão, onde a justificativa para a inaplicável rescisão foi o alto índice de sinistralidade, e conseqüentemente o reajuste ultrapassaria os 54%(cinquenta e quatro por cento) para aquele grupo de usuários.

Os desembargadores somente não permitiram a interrupção dos usuários que se encontravam internados.

Agravo de instrumento. Recurso interposto contra a antecipação de tutela que determinou a manutenção de plano de saúde coletivo por adesão. Hipótese na qual é admitida a rescisão unilateral. Exegese do art. 13 da Lei nº 9.656/98. Agravante que notificou oportunamente à agravada, bem como, facultou aos beneficiários a adesão a plano de saúde individual.

¹⁷⁰ TJSP. Rec. Apel. Nº.1000118-79.2016.8.26.0104. 3ª Cam. Dir. Priv. Rel. Des. Márcia Dalla Déa Barone. Dj. 02/09/16. Publ. 02/09/16.

¹⁷¹ (TJSP Agravo de instrumento nº 994.06.069261-0 3ª Câmara de Direito Privado Relator: Jesus Lofrano j. 13.7.2010); (Apelação nº 435.244.4/5-00, Rel. Des José Roberto Bedran) (Apelação Cível nº 504.990.7/6-00, Rel. Des. Francisco Loureiro, 4ª Câmara de Direito Privado.); (TJ/SP AC nº 362.868.4/6, Rel. Des. Maia da Cunha, 4ª Câmara de Direito Privado)

Observância do art. 17 da Resolução Normativa ANS nº 195/2009 e da Resolução CONSU nº 19/99. Manutenção somente admissível quanto aos beneficiários em Internação hospitalar ou em clínica de terapia intensiva (art.35-E, IV, da Lei nº 9.656/98). Agravo parcialmente provido¹⁷².

Ao analisar o voto do relator, pode ser observado que ele destaca justamente o art. 13 da Lei 9.656/98 onde consta a vedação da rescisão unilateral dos contratos individuais, sendo afirmado categoricamente pelo Desembargador, que a dita vedação acoberta somente aqueles indicados pela Lei.

Para fundamentar a possibilidade de rescisão unilateral, o Relator se arma das resoluções expedidas pela Agência Nacional de saúde Suplementar, tais como o art. 17 da resolução Normativa 195/2009 e a Resolução CONSU nº 19/99.

Tais resoluções ditam regras para que as operadoras de planos privados de saúde sigam, e que geralmente são de total desconhecimento dos usuários consumidores.

Aliás, mesmo que a grande massa consumidora contratante dos planos privados de assistência à saúde tivessem conhecimento destas regras, poucas alterações seriam trazidas ao exercício contratual diário.

O Desembargador, apontou as normas internas que regulam os interesses das operadoras, esquecendo-se de aplicar princípios constitucionais de primeira grandeza, como o da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da boa-fé objetiva, além de omitir-se completamente sobre a incidência do Código de Defesa do Consumidor¹⁷³, onde entre outras proteções, se aplica a hipossuficiência e equilíbrio contratual em face dos contratantes consumeristas.

Diga-se de passagem, que conforme já apresentado no desenvolvimento deste trabalho, o Superior Tribunal de Justiça por meio da Súmula 469¹⁷⁴, determina que aos contratos de planos privados de assistência à saúde, aplica-se o Código consumerista.

¹⁷² Agravo de instrumento. Recurso interposto contra a antecipação de tutela que determinou a manutenção de plano de saúde coletivo por adesão. Hipótese na qual é admitida a rescisão unilateral. Exegese do art. 13 da Lei nº 9.656/98. Agravante que notificou oportunamente à agravada, bem como, facultou aos beneficiários a adesão a plano de saúde individual. Observância do art. 17 da Resolução Normativa ANS nº 195/2009 e da Resolução CONSU nº 19/99. Manutenção somente admissível quanto aos beneficiários em internação hospitalar ou em clínica de terapia intensiva (art. 35-E, IV, da Lei nº 9.656/98). Agravo parcialmente provido.

(Relator(a): Rômulo Russo; Comarca: São José do Rio Preto; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 09/09/2016; Data de registro: 09/09/2016)

¹⁷³ BRASIL, Lei 8.078/90. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em 14 set. 2016.

¹⁷⁴STJ. Súmula 469. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27469%27>> Acesso em 14 set. 2016.

Entretanto, pelo que se observa, o Desembargador, em termos de hierarquia de normas, atribuiu valor maior as normas infralegais. Pode-se dizer que foi infeliz pois, sequer citou e ou justificou a ausência dos dispositivos constitucionais que regem e protegem as relações consumeristas, relações estas que no caso em apreço, tem sua natureza jurídica da dignidade da pessoa humana.

Deste modo, utiliza-se este exemplo recente para demonstrar que existem decisões totalmente contrárias aos mais valiosos princípios norteadores do direito hodierno.

Por todo o exposto, conclui-se que a rescisão unilateral dos contratos coletivos, seja por motivos de reajustes ou imotivadamente, estão em desacordo com a melhor doutrina e jurisprudência pátria.

O legislador infraconstitucional bem com a administração pública, ao legislar sobre a possibilidade de rescisão unilateral devem basear-se inicialmente no princípio da isonomia, dignidade da pessoa humana e função social do contrato.

O poder judiciário, deve também pautar-se por estes princípios quando ocorrerem demandas que discutam a possibilidade da rescisão unilateral dos contratos privados de assistência à saúde, deixando em segundo plano as normas infralegais.

As partes, por sua vez, ao contratar, devem respeitar além dos princípios constitucionais já expostos, os princípios da boa fé, antes, durante e depois de extintos os contratos.

As operadoras de planos privados de assistência à saúde devem respeitar os princípios constitucionais vigentes, abstendo-se de rescindir unilateralmente os contratos, por tal atitude, conforme demonstrado até este ponto, configura ato inconstitucional, que deve ser reconhecido tanto pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, quanto pelo poder judiciário.

CONCLUSÃO

Uma das maiores preocupações que assola os indivíduos nos dias atuais, está relacionada a saúde e qualidade de vida.

A Constituição de 1988, determinou que o Estado a partir de então, tornara-se responsável pela manutenção da saúde pública, elevando a saúde a um direito social atribuído a todos e dever do Estado.

Também foi possibilitado que a iniciativa privada realizasse a prestação de assistência médica a população, tornando possível a contratação por parte da população de planos de assistência privada à saúde.

Além de elevar a proteção à saúde ao status de direito social, a Constituição atribuiu expressamente à saúde a condição de princípio fundamental do direito, demarcando deste modo todo o respeito que se deve atribuir aos temas relacionados a assistência à saúde, haja vista que esta proteção tem origem na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Esta elevação de patamar social se deve principalmente pela nova característica da Carta Magna que passou a ter como um dos princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana.

Os direitos humanos são direitos indisponíveis, e devem ser assegurados pelo Estado, e neste aspecto a saúde faz parte dos direitos humanos, devendo, portanto, serem garantidos e realizados.

A nova Constituição, erigiu como direitos e garantias fundamentais, dentre outros, o princípio da isonomia, onde, todos os cidadãos são considerados iguais perante a lei.

Destarte, o princípio da isonomia deve prevalecer diante de toda a sociedade bem como aos aproximadamente 49.000.000(quarenta e nove milhões) de usuários de planos privados de assistência à saúde.

A proteção à saúde é condição *sine qua non* para a manutenção da vida, sendo que sem aquela, está estará comprometida sobremaneira.

A Constituição Federal de 1988, como não poderia deixar de ser diferente, estabelece a proteção incondicional à vida, proteção esta, não se resumindo a situação de dar fim a vida de outrem, mas sim e principalmente, o cuidado, a prevenção e a manutenção da vida.

Diante da nova Constituição, e com o desenvolvimento econômico, novas tecnologias juntamente com a melhora na qualidade de vida dos brasileiros, fizeram saltar a expectativa de vida da população.

Este aumento da expectativa de vida, fez com que um número cada vez maior de pessoas começasse a buscar acompanhamento médico, incluindo acompanhamento preventivo.

Após aproximadamente 28 anos da promulgação da Constituição Federal, as políticas públicas direcionadas à saúde não condizem com a expectativa do constituinte.

O Estado não tem condições de atender a população em geral apresentando verdadeira situação de calamidade pública no que se refere a assistência pública à saúde.

Deste fato social desencadeou no crescimento do número de pessoas que passaram a contratar planos privados de assistência à saúde, buscando maior segurança e eficácia neste tipo de prestação de serviço.

O que se observou, entretanto é que a boa fé e a função social que devem permear os contratos de assistência privada à saúde, nem sempre estavam sendo observados por parte das operadoras de planos de saúde.

Existe a possibilidade de celebração de contratos de plano privado de assistência à saúde basicamente de dois modos mais conhecidos, a saber: os contratos individuais ou familiares e os coletivos, podendo ser por adesão ou empresariais.

Os contratos privados de assistência à saúde individuais possuem proteção legal por meio do inciso II do art. 13 da Lei 9656/98 que veda a rescisão unilateral dos contratos imotivadamente.

A mesma lei, entretanto, se omite quanto a proteção dos contratos de assistência à saúde, nas modalidades coletivas.

Diante deste cenário, as operadoras visando somente lucros, ao verem a diminuição destes, quando ocorrem nos contratos coletivos, buscam aplicar reajustes absolutamente impraticáveis, e ou aceitáveis por parte dos contratantes.

Os contratantes coletivos não podendo aceita-los, se veem a disposição das operadoras que necessitam de simples notificação informando que seus contratos serão rescindidos unilateralmente.

Este tipo de rescisão, afeta número infinitamente maior do que os individuais, pois muitas vezes, estes contratos coletivos, possuem milhares de usuários que após pagarem anos seguidos os contratos de assistência privada à saúde, e em muitos casos sem sequer tê-los utilizados, são deixados à deriva do atendimento privado de saúde.

O estudo demonstrou que a Agência nacional de Saúde Suplementar se omite ao não regular, dentro dos preceitos constitucionais a possibilidade de rescisão unilateral dos contratos de assistência privada coletivos.

A Agência reguladora faz o contrário, além de se omitir, permite a malfadada rescisão unilateral por parte das operadoras de assistência privada à saúde deixando à própria sorte milhares de usuários que muitas vezes contribuíram por toda uma vida para aquele contrato.

A sociedade jurídica, conforme se verificou por meio de diversos julgados trazidos ao estudo, principalmente o poder judiciário, ainda não firmou posição a respeito da forma jurídica correta que deve ser tratado os casos sob sua égide.

O estudo busca portanto, trazer o assunto dos limites da normas contratuais de contratos de assistência privada à saúde ao debate, principalmente na questão da rescisão unilateral do contrato, que diante dos resultados da pesquisa, onde se verificou o descumprimento de princípios constitucionais da mais alta grandeza, tornando a possibilidade de rescisão totalmente inconstitucional.

Esta postura por parte das operadoras, como visto, fere de morte os principais princípios constitucionais vigentes no país, e confrontando princípios como da dignidade da pessoa humana, função social do contrato, boa fé e isonomia, outra posição não resta senão a de considerar totalmente inconstitucional a rescisão imotivada, unilateral dos contratos coletivos por iniciativa das operadoras de planos de assistência à saúde.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 5. ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Aspectos controvertidos do novo código civil: Escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. Coord. ALVIM, Arruda. CESAR, Joaquim Portes de Cerqueira. ROSAS Roberto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ*. Salvador: Edições Juspodivm, 2012.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 22.ed. São Paulo: Rideel, 2016.

BRASIL, Lei 8.078/90. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 14 set.2016.

BRASIL, Código civil. Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1.916. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em 14 set. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: Contratos: teoria geral e contratos em espécie*. volume 4. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. (coord.) *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar. 1998,

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: Contratos – teoria geral e contratos em espécie*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil IV: contratos, tomo 1: teoria geral*. 2. ed. ver., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: Contratos, tomo 1: teoria geral*. 2.ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006 apud Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de direito civil*. Fontes das obrigações: contratos. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, v. II.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência*. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 2. ed., rev. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Vera Maria Jacob de., (org.) *Estudos de direito privado e processual civil: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva*. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2004.

MELLO, Celso Antônio bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2016.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 39.ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil, v. 3: Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição federal: (processo civil, penal e administrativo)*. 11. Ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do SILVA, José Luiz Toro da.,. *Manual de direito da saúde suplementar: a iniciativa privada e os planos de saúde*. São Paulo: M.A. Pontes Editora, 2005.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. *Código de defesa do consumidor interpretado*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: Contratos*. v.3. 12ª ed. Rio de Janeiro: 2007.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudo em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2.ed. ver. e ampl. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

REALE, Miguel. *A boa fé no código civil*. Disponível em: <www.miguelreale.com.br> Acesso em 02 set. 2016.

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

SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. *O regime jurídico dos contratos de planos de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SANTOS, Antônio Jeová. *Função social: lesão e onerosidade excessiva nos contratos*. São Paulo: Editora Método, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; MARINONI, Luiz Guilherme; MIDITIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SCHULMAN, Gabriel. *Planos de saúde – saúde e contrato na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2014.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécies*. 11. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TRETTEL, Daniela Batalha. *Planos de saúde na visão do STJ e do STF*. São Paulo: Ed. Verbatim, 2010.

www.tjsp.jus.br

www.tjma.jus.br

www.stj.jus.br

www.tjba.jus.br