

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

THIAGO AGUIAR

**A ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA DE EXCLUSÃO DE COBERTURA NO
CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE**

FLORIANÓPOLIS

2009

THIAGO AGUIAR

**A ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA DE EXCLUSÃO DE COBERTURA NO
CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE**

Monografia apresentada ao Curso de
Graduação em Direito da Universidade Federal
de Santa Catarina como requisito para a
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Msc. Leilane Mendonça
Zavarizi da Rosa

FLORIANÓPOLIS

2009

Dedico este trabalho aos meus avós Herbert e Catarina Kohler e Olária Mayer Aguiar, pelo exemplo de vida e amor aos filhos e netos;

Ao “vô João” (in memoriam), que infelizmente não pude conhecer, mas que, com certeza, está presente em todos os momentos da vida de minha família;

Aos meus pais João e Lourdes, verdadeiros responsáveis por este momento;

Ao meu irmão Guilherme, o “toco”, pela presença em minha vida;

À minha namorada Gisele, pelas palavras de incentivo e por sempre acreditar na realização deste trabalho dentro do prazo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos funcionários e servidores da Universidade Federal de Santa Catarina, principalmente àqueles do Centro de Ciências Jurídicas, cujo trabalho diário permite que milhares de alunos freqüentem as salas de aula na busca de aprimorarem seus conhecimentos.

Agradeço à Professora Msc. Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa, por aceitar o convite para orientar este trabalho, pelas críticas, sugestões e correções sempre pertinentes, pelas lições de Direito Civil e Direito do Consumidor, e especialmente pela atenção prestada durante os cinco anos da graduação.

Agradeço ao eterno Professor João Leonel Machado Pereira, não só pelos ensinamentos de Processo Civil e Prática Jurídica Simulada, mas também pelas histórias contadas em sala, as quais são verdadeiras lições de vida e ética profissional, e pela amizade cultivada, a qual levarei para vida.

Agradeço à Professora Heloísa Maria Sobierajski, cujos ensinamentos sobre a matéria de Contratos Cíveis foram de grande importância para a elaboração deste trabalho, e por aceitar o convite para fazer parte desta banca.

Aos inicialmente colegas de trabalho e hoje amigos Talles, Guido, Fabíola (Bilú) e Fabrício, com os quais tive oportunidade de aprender e vivenciar na prática as lições teóricas vistas na sala de aula.

Aos colegas do Pão Com Ovo (Direito Noturno), grandes amigos, cuja lembrança e amizade serão levadas para toda vida.

Aos colegas de sala, pelos cinco anos de convívio.

*“Tu te tornas eternamente responsável
por aquilo que cativas”* (Antoine de
Saint Exupéry).

RESUMO

A saúde, além de ser um direito fundamental e social de todo cidadão, é uma obrigação do Estado, que deve oportunizá-la a toda população. Contudo, o Estado não cumpre satisfatoriamente com sua obrigação, razão pela qual, visando minimizar os riscos à sua saúde, parte da população, com melhores condições econômicas, contrata a prestação de serviços de assistência médica oferecido pelas operadoras do Plano de Saúde. O contrato de Plano de Saúde tem importante função social, à medida que se torna instrumento para garantir a saúde ao consumidor. Não obstante sua função social, o contrato de Plano de Saúde é um contrato de consumo, contrato de adesão, e apresenta cláusulas abusivas, dentre as quais se destaca a cláusula de exclusão de cobertura, por meio da qual é negada a cobertura a determinados tratamentos indispensáveis à cura da doença assegurada pelo contrato, a tratamentos mais modernos e ao fornecimento de próteses importadas, em total afronta aos princípios previstos no Código de Defesa do Consumidor e à função social do contrato. Mencionada cláusula contratual viola a cláusula geral da boa-fé objetiva e impossibilita a execução do próprio contrato, que tem como objetivo garantir a saúde do consumidor, através do custeio do tratamento necessário à cura da doença. Do mesmo modo, a cláusula de exclusão de cobertura restringe direitos e obrigações inerentes à natureza do contrato, ameaça o equilíbrio contratual e coloca o consumidor em desvantagem. Em razão da cláusula de exclusão, a operadora do Plano de Saúde nega a cobertura do tratamento, muitas vezes indispensável ao restabelecimento da saúde do consumidor e até mesmo à sua vida, ferindo a finalidade básica do contrato. Por essas razões, demonstra-se a abusividade da cláusula de exclusão de cobertura, por afrontar princípios do Código de Defesa do Consumidor e garantias fundamentais do consumidor, além de ir de encontro à sua função social e ao objetivo do contrato, que é de assegurar a vida do consumidor.

Palavras-chave: Função social. Plano de Saúde. Abusividade. Saúde. Cláusula Exclusão Cobertura.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 TEORIA CONTRATUAL	9
2.1 CONCEPÇÃO TRADICIONAL DO CONTRATO	9
2.2 NOVA REALIDADE CONTRATUAL.....	12
2.2.1 Cláusulas Contratuais Gerais	15
2.2.2. Contrato Adesão.....	20
2.2.3 Contrato Cativo de Longa Duração.....	25
2.3 CRISE DA TEORIA CONTRATUAL CLÁSSICA.	29
3 A NOVA CONCEPÇÃO DE CONTRATO E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	33
3.1 A CONCEPÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	33
3.2 LIMITAÇÃO DA LIBERDADE CONTRATUAL	38
3.3 LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE	44
3.4 LIMITAÇÃO DA FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS.	47
3.5 CONTRATOS SUBMETIDOS À APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	51
3.5.1 Cláusulas Abusivas.	59
4 CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	65
4.1. CONTRATO COMO PONTO DE ENCONTRO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.	65
4.2 CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE	68
4.3 FUNÇÃO SOCIAL E OBJETO CONTRATUAL	75
4.4 ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA DE EXCLUSÃO DE COBERTURA E A INVIABILIDADE NA EXECUÇÃO DO CONTRATO.	81
4.5 INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR.....	94
4.6 VISÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE O ASSUNTO	98
5 CONCLUSÃO.....	110
REFERÊNCIAS	117

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, que pode ser assegurada através do direito à educação, ao trabalho e à saúde. Do mesmo modo, previu direitos e garantias fundamentais aos cidadãos, dentre os quais se destaca o direito fundamental à vida, manifestado, especificamente, por meio do direito à saúde. A saúde, além de ser um direito fundamental e social, é uma obrigação do Estado, que deve oportunizá-lo a toda população.

No Brasil, a prestação do serviço público de saúde é realizada pelo Sistema Único de Saúde, cuja organização e funcionamento também são previstos na Constituição. Todavia, a atuação do Estado visando a garantir a saúde para toda população é ineficiente, o que faz com que os cidadãos busquem alternativas que lhes ponham a salvo dos riscos à sua saúde. Em virtude dessa necessidade de prestação de serviços na área da saúde com qualidade, abre-se espaço para as operadoras dos Planos de Saúde, as quais visam a suprir a omissão do Estado, oferecendo àqueles com melhores condições econômicas os serviços de assistência médica, a fim de minimizar a insegurança e a desconfiança existente sobre os serviços públicos.

A prestação dos serviços ocorrerá por meio da celebração de um contrato escrito, o contrato de Plano de Saúde, cuja cláusula de exclusão de cobertura é o objeto de análise deste trabalho.

No primeiro capítulo será analisada a origem e a evolução da concepção do contrato, iniciando-se com concepção tradicional, fundamentada no Estado Liberal, partindo-se para a análise da nova realidade contratual, ocasionada em virtude da massificação das relações contratuais, principalmente após a Revolução Industrial. Nesse ponto, especificamente, será abordada a forma de contratação em massa, em contraste com a contratação individual presente na concepção tradicional, com a análise dos contratos de adesão e cativos de longa duração. O capítulo será encerrado com o exame da crise da teoria contratual clássica.

O segundo capítulo estará voltado para a análise dos contratos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor e das cláusulas contratuais consideradas abusivas. Antes, porém, será analisada a nova concepção do contrato, pautada na sua função social, e o

surgimento do Código de Defesa do Consumidor como consequência da atuação do Estado, na edição de leis, com o objetivo de garantir a função social do contrato, e os efeitos dessa nova concepção social nos princípios da liberdade de contratar, na autonomia da vontade e na força obrigatória dos contratos.

A abusividade da cláusula de exclusão de cobertura, objeto de estudo deste trabalho, será examinada no terceiro capítulo, o qual se iniciará com uma abordagem do contrato como ponto de encontro de direitos fundamentais. Posteriormente, serão demonstradas as principais características do contrato de Plano de Saúde, seu objeto principal e sua função social. Após, buscar-se-á demonstrar a abusividade da cláusula de exclusão de cobertura e a inviabilidade da execução do contrato. Finalmente, em linhas gerais, será apresentada a visão do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Santa Catarina sobre o tema, com o destaque de julgados que vão ao encontro da tese aqui sustentada, os quais reconheceram a abusividade da cláusula de exclusão de cobertura.

Por fim, cumpre mencionar que será adotado como método de abordagem o método dedutivo e como método procedimental a revisão bibliográfica, bem como análise jurisprudencial acerca do tema.

2 TEORIA CONTRATUAL

2.1 CONCEPÇÃO TRADICIONAL DO CONTRATO

A origem histórica do contrato remonta à Antiguidade, presente nos sistemas de troca, surgindo como forma de regular a circulação de riquezas. Sua origem está relacionada à exigência da realidade social, moldando-se de forma a atender às necessidades sociais. Posteriormente, ao passar dos anos, com o progresso das sociedades, o contrato surge como “forma de regulamentação jurídica das operações econômicas que possibilitam a circulação das riquezas”. (NOVAIS, 2001, p. 33)

Segundo esse enfoque, entende-se que o contrato está ligado diretamente às operações econômicas, as quais ficariam estagnadas, e a circulação de riquezas prejudicada, caso o contrato não existisse. (NOVAIS, 2001, p. 34)

Para Cláudia Lima Marques (2004, p. 38), “o valor decisivo do contrato está, portanto, em ser o instrumento jurídico que possibilita e regulamenta o movimento de riquezas dentro da sociedade”.

Contudo, a teoria contratual assumiu seus primeiros contornos definidos no apogeu do individualismo, motivo pela qual a concepção tradicional, ou clássica, tinha a vontade das partes como a única fonte criadora de direitos e obrigações (GREGORI, 2007, p. 122). Segundo Orlando Gomes (2008, p. 14) “na concepção tradicional, o *contrato* é todo acordo de vontades destinado a constituir uma relação jurídica de natureza patrimonial e eficácia obrigacional”.

Portanto, verifica-se que o contrato teve sua origem e existência vinculada à circulação de riquezas, dotado de um caráter econômico, patrimonial, características que ainda prevalecem nos dias atuais.

Nesse contexto, a concepção tradicional entendia o contrato como

[...] o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesse entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial. (DINIZ, 2007, p. 14)

Essa percepção do contrato concentrava-se no dogma da autonomia de vontade, buscando sempre proteger a vontade criadora do contrato e assegurar os seus efeitos.

Desconsiderava-se, no momento da contratação, a situação econômica e social das partes contratantes, em virtude dos princípios¹ da autonomia, igualdade e liberdade.

“O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Têm as partes a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do Estado”. (GONÇALVES, 2008, p. 20)

Logo, os contratantes tinham plena liberdade para disciplinar seus interesses, razão pela qual o nascimento da obrigação se encontrava simplesmente na sua declaração de vontade livre.

“A Escola do Direito Natural, racionalista e individualista, influiu na formação histórica do conceito moderno de contrato ao defender a concepção de que o fundamento racional do nascimento das obrigações se encontrava na vontade livre dos contratantes. Desse juízo, inferiram seus pregoeiros o princípio de que o consentimento basta para obrigar (*solus consensus obligat*)”. (GOMES, 2008, p. 6)

Por essas razões, observa-se que a concepção tradicional do contrato tinha na vontade a única fonte criadora de direito e obrigações, limitando o papel do Estado a garantidor das regras do jogo, as quais eram estipuladas pela vontade dos contratantes.

“Fruto do pensamento liberal dominante no século XIX, a proteção patrimonial, autonomia da vontade e a imutabilidade dos contratos são consagrados valores quase que absolutos. A figura do contrato está, nesse período, centrada na idéia da vontade das partes como elemento principal, formando lei entre as partes. O Estado absenteísta se limita a garantir a execução das regras nele estipuladas”. (GREGORI, 2007, p. 122)

Nessa época – liberalismo – a lei tinha como papel resguardar a vontade autônoma declarada pelas partes e assegurar a realização de seus efeitos, ou seja, seu caráter era apenas supletivo.

“Em razão dessa concepção de vontade – como único meio hábil para criar e validar um contrato – o princípio da autonomia da vontade desdobra-se em dois subprincípios, quais sejam, o da liberdade contratual e da força obrigatória dos contratos”. (NOVAIS, 2001, p. 53)

Além desses dois subprincípios, tinha-se ainda o chamado reflexo relativo do contrato, através do qual os efeitos do contrato atingiriam apenas as partes contratantes, e não terceiros. Lecionando sobre o tema, Diogo L. Machado de Melo (2008, p. 3) afirma

“Sob o ideário liberal, durante os séculos XVIII e XIX, os juristas construíram os princípios da liberdade contratual, da força obrigatória dos contratos e de seu efeito relativo, decorrentes todos eles do contexto político e filosófico então em voga: a *autonomia da vontade*. Assim, podiam as partes contratantes escolher o respectivo parceiro contratual, estipulando o conteúdo do ajuste que viessem a firmar (liberdade contratual); aquilo sobre o que deliberavam passava a vinculá-las em definitivo (força obrigatória dos contratos), não alcançando, contudo, terceiros, estranhos ao pacto contratual (efeito relativo)”.

¹ A análise dos princípios não será objeto de tópico específico, porque serão trabalhados ao longo da monografia, quando for necessário.

Pelo princípio da liberdade contratual, conferia-se às partes o direito de dispor sobre todas as condições do contrato, conforme leciona Maria Stella Gregori (2007, p. 122):

“a afirmação liberal era de que todos são livres para celebrar um contrato, devendo os contraentes assumir as obrigações avençadas de acordo com a vontade estabelecida entre as partes. Os contratantes negociavam autônoma e livremente suas vontades, por meio da discussão conjunta do conteúdo e forma do contrato. Após a análise de cláusula a cláusula, as partes chegavam a um consenso e firmavam o acordo”.

Logo após, a citada doutrinadora afirma que esse conceito de liberdade contratual decorria do fato de que

“se os indivíduos eram, então, livres e autônomos para contratar conforme sua vontade, essa percepção partia da premissa de que eles se encontravam em pé de igualdade, ainda que meramente jurídica, formal e abstrata. Vale lembrar que o Estado liberal também se sustentava na idéia da igualdade absoluta entre os indivíduos perante à lei”. (GREGORI, 2007, p. 123)

Para Alinne Arquette Leite Novais (2001, p. 57):

“Podemos entender por liberdade de celebrar ou não um contrato a possibilidade que qualquer indivíduo tem de cogitar da conveniência e da oportunidade de contratar. Na verdade, ninguém poderia, pelo menos na visão do Estado liberal, ser coagido a firmar um pacto, e, conseqüentemente, ser obrigado ao seu cumprimento”.

“A liberdade contratual reserva, também, à pessoa que pretende contratar, a possibilidade de escolher o seu parceiro contratual. É evidente que na ideologia da época em que o princípio se firmou tal possibilidade era ampla, em virtude da mínima intervenção do Estado na economia. Assim, nem mesmo o Estado poderia intervir no sentido de obrigar alguém a contratar com um determinado parceiro”

Verifica-se que o princípio da liberdade contratual se traduziria na ampla liberdade concedida pelo Estado às partes, que poderiam escolher o que lhes fosse mais conveniente, para a formação do vínculo.

“Uma vez escolhidos livremente todos os aspectos norteadores do contrato, através da manifestação da vontade de forma livre e autônoma, é criado para as partes um vínculo cujo cumprimento é por elas obrigatório, cabendo ao Estado zelar para a fiel obediência aos termos do ajuste. Na verdade, a atividade estatal no âmbito das relações intersubjetivas, na época do liberalismo, se limitava a garantir o efetivo cumprimento dos pactos livremente assumidos”. (NOVAIS, 2001, p. 53-54) (grifo nosso)

Conforme o trecho grifado acima, após o exercício da liberdade contratual e a formação do vínculo entre as partes, materializaria-se o segundo subprincípio, qual seja, o da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*).

Em razão desse subprincípio, cria-se um “vínculo do qual nenhuma das partes pode desligar-se sob o fundamento de que a execução a arruinará ou de que não o teria estabelecido se houvesse previsto a alteração radical das circunstâncias” (GOMES, 2008, p. 36). Isso significa que, após sua manifestação de vontade, há a formação do contrato, cuja função é manter as partes ligadas, vinculando-as às obrigações e direitos nele previstos. Logo,

as partes não podem se desvincular de suas obrigações, a não ser através de outra declaração de vontade, ou por meio das figuras do caso fortuito e da força maior (GREGORI, 2007, p. 123).

Para Cláudia Lima Marques (2004, p. 50),

“esta força obrigatória vai ser reconhecida pelo direito e vai se impor ante a tutela jurisdicional. Ao juiz não cabe modificar e adequar à equidade a vontade das partes, manifestada no contrato, ao contrário, na visão tradicional, cabe-lhe respeitá-la e assegurar que as partes atinjam os efeitos queridos pelo seu ato”.

Essa teoria contratual clássica, que dava grande ênfase e importância ao dogma da autonomia da vontade e ao individualismo, apesar de compatível com o fenômeno do liberalismo, tornou-se incompatível com a economia de massa, cuja característica principal está na impessoalidade e na standardização das relações contratuais. Em razão disso, a concepção de contrato passa por uma transformação, conforme se verá a seguir.

2.2 NOVA REALIDADE CONTRATUAL

Durante o século XX, a concepção do contrato sofreu transformações, não só no seu conteúdo, mas também nas suas funções e na forma como as partes passaram a manifestar sua concordância ou adesão no momento da contratação (GREGORI, 2007, p. 124). O contrato, cujo paradigma era o modelo liberal, calcado na autonomia da vontade, refletia um momento histórico que não correspondia mais à atualidade, motivo pelo qual não atendia mais aos interesses sociais.

Segundo Teresa Negreiros (2002, p. 6), “o Direito não está recluso em si mesmo”, pelo que “responde às demandas sociais e estas, uma vez alteradas, resultam em importantes alterações nos institutos jurídicos”.

Com fundamento na igualdade entre as partes e na ampla liberdade contratual, o Estado Liberal acabou por possibilitar a prática de injustiças, no campo contratual, já que não havia uma real igualdade econômica e contratual entre as partes, pois a manifestação de suas vontades estava atrelada ao exercício de liberdades desiguais, razão pela qual aquele que não estivesse em condições de discutir sobre os termos do negócio, tinha sua liberdade de contratar tolhida. (GREGORI, 2007, p. 124)

Segundo MELO (2008, p. 2),

“Se, naquela época, o estudo dos contratos era dominado pelas idéias do liberalismo puro, trazidas pelos ideais da Revolução Francesa, que tinham como base de sustentação a idéia de que todos os contraentes eram *iguais*, com o passar do tempo, diante do crescimento industrial e econômico, aliado à total abstenção estatal na formação e regulação dos contratos, percebeu-se que o dogma da igualdade dos contraentes não correspondia à realidade, verificando-se que o contraente mais forte economicamente impunha o quê e como contratar. A vontade de uma das partes era apenas *deduzida*, quando não *forçada* pelas contingências”.

Adriana Mandin Theodoro de Mello (2002, p. 17) afirma que

“não há declaração de vontade livre e vinculante se os desiguais social e economicamente considerados, não foram tutelados com normas jurídicas distintas, tendentes a conferir-lhes isonomia e realizar a máxima constitucional: todos são iguais perante a lei. Igualdade substancial (e não meramente formal) pressupõe tratamento isonômico para os semelhantes”.

“A exposição da vontade não é livre quando à parte hipossuficiente ou economicamente mais vulnerável não é dada a liberdade da escolha de contratar ou não contratar, ou de estabelecer as condições mínimas que preservem seus interesses juridicamente tutelados”.

Essa preocupação com a parte mais fraca na relação contratual ganha força com a Revolução Industrial, ocorrida no século XIX, a qual, com a introdução de máquinas no processo produtivo, trouxe reflexos econômicos, políticos e sociais. Nas palavras de Geraldo Ferreira Lanfredi (1998, p. 71)

“[...] a Revolução Industrial ocorrida no século XIX, que resultou na introdução de máquinas no processo produtivo, conduziu a relevantes reflexos econômicos, sociais e políticos, ensejando nova ordem: Apareceram, então, como ressalta o eminente juiz e jurista Carlos Alberto Bittar, de saudosa memória, movimentos de proteção aos trabalhadores; evidencia-se a preocupação com o homem e os valores que carrega em si e, em especial, com a situação do economicamente mais fraco, realçando-se o desnível existente na vinculação laboral e no estabelecimento das relações contratuais”

As exigências sociais, novamente, levaram à reformulação da teoria contratual. Dessa vez, as exigências a serem atendidas são aquelas da sociedade de consumo moderna, também chamada de sociedade de massa, cujos negócios foram impulsionados pela Revolução Industrial, responsável, também, pelo crescimento do consumo. A sofisticação na produção dos bens e serviços teve como consequência a proliferação de cláusulas preestabelecidas de forma geral e abstrata. Por esses motivos, houve necessidade da modificação do sistema jurídico, para se adaptar à nova realidade, já que a concepção clássica, de inspiração liberal – marcada pelo dogma da autonomia da vontade – não correspondia mais às necessidades da sociedade de consumo. (GREGORI, 2007, p. 125)

Para Roberto Senise Lisboa (2000, p. 109)

“O desenvolvimento contratual, com a diversificação dos tipos e o advento de contratos inominados em cada vez maior quantidade, a preservação dos interesses do

hipossuficiente e de terceiros determinados ou indeterminados e o estabelecimento de condições gerais de contratação são as notas tônicas do sistema contratual contemporâneo, que importaram na ruptura com os modelos clássicos e nas grandes transformações principiológicas pelas quais passou o instituto, no decorrer do século antecedente ao presente”

Essas modificações foram necessárias para atender aos anseios da nova organização social, qual seja, a sociedade de massa, conceituada como

“uma sociedade em que a grande maioria da população se acha envolvida, seguindo modelos de comportamento generalizados, na produção em larga escala, na distribuição e no consumo de bens e serviços, tomando igualmente parte na vida política, mediante padrões generalizados de participação, e na vida cultural, através do uso dos meios de comunicação em massa”. (GASPARINI, 2001, p. 44)

Desse modo, percebe-se que o contrato se transformou profundamente, já que precisou se adequar ao novo modo de organização social. Nesse sentido, Aline Arquete Novais (2001, p. 71), fundamentando-se nos ensinamentos de Enzo Roppo, afirma que o contrato de transfigura para se adequar às exigências do mercado e da organização econômica de cada época. Em razão dessa transformação, o contrato pode continuar a desempenhar seu papel fundamental no âmbito das economias de mercado, ser instrumento da liberdade de iniciativa econômica, circulando riquezas.

Na sociedade de consumo, cuja característica principal é seu sistema de produção e consumo em massa, visando a um público alvo amplo, as relações no comércio jurídico se despersonalizaram. Os métodos de contratação, antes individuais, que possibilitavam a discussão das cláusulas entre as partes, desapareceram, perdendo espaço para os métodos de contratação em massa.

Nessa nova estrutura contratual, as empresas, valendo-se de sua posição econômica, estabelecem uma série de contratos, todos com uma característica em comum, a homogeneidade. Mencionados contratos são destinados a um número indefinido de contratantes, os quais não poderão discutir as cláusulas contratuais, uma vez que essas são pré-redigidas pela empresa, aplicáveis indistintamente a toda série de futuras relações contratuais.

Nas palavras de Cláudia Lima Marques (2004, p. 53):

“Na sociedade de massa atual, a empresa ou mesmo o Estado, pela sua posição econômica e pelas suas atividades de produção ou de distribuição de bens ou serviços, encontram-se na iminência de estabelecer uma série de contratos no mercado. Estes contratos são homogêneos em seu conteúdo (por exemplo, vários contratos de seguro de vida, de compra e venda a prazo de bem móvel), mas concluídos com uma série ainda indefinida de contratantes. Logo, por uma questão de economia, de racionalização, de praticidade e mesmo de segurança, a empresa predispõe antecipadamente um esquema contratual, oferecido à simples adesão dos

consumidores, isto é, pré-redige um complexo uniforme de cláusulas, que serão aplicáveis indistintamente a toda essa série de futuras relações contratuais”.

A economia de consumo exige rapidez na celebração dos contratos, e a necessidade de se criar negócios homogêneos, destinados a um grande número de pessoas, o que faz com que não haja tempo para discussão detalhada das cláusulas contratuais, razão pela qual a parte mais forte impõe à outra parte as condições essenciais para a contratação. (SANTIAGO, 2005, p. 43)

Por essas razões, surgem novos modelos de contrato, dentre os quais se destaca os contratos em massa, contratos de adesão e os contratos cativos de longa duração, os quais serão abordados posteriormente.

Ressalta-se que essas novas técnicas contratuais são indispensáveis ao modelo de produção atual, bem como ao sistema de distribuição em massa, não havendo como retroceder o processo e eliminar essas figuras, haja vista que trazem vantagens para as empresas, como a rapidez, segurança, previsão de riscos, etc. (MARQUES, 2004, p. 43)

2.2.1 Cláusulas Contratuais Gerais

Conforme mencionado, o consumo massificado teve como consequência a proliferação de cláusulas gerais e abstratas, as quais visavam a atender ao volume de produção e consumo, resultando em novas técnicas contratuais, como as cláusulas contratuais gerais.

Inicialmente, cumpre mencionar que as expressões “condições gerais do contrato” e “cláusulas contratuais gerais” descrevem o mesmo fenômeno jurídico. A doutrina se divide na utilização e também na definição de qual expressão melhor define o instituto jurídico em análise. Ciente das divergências, entende-se inapropriada a utilização da expressão “condições gerais do contrato”, conforme observou Orlando Gomes (2008, p. 131):

“A expressão *condições gerais do contrato* é tecnicamente imprópria tanto no emprego do substantivo como do adjetivo. O termo técnico para designar qualquer disposição contratual é cláusula. Na terminologia jurídica, o vocábulo *condição* tem significado que não se compadece com a acepção em que se acha empregado para nomear o fenômeno da pré-constituição unilateral do esquema do contrato. Do mesmo modo, é ambígua a qualificação dessas cláusulas. Não é a generalidade que as distingue, mas a uniformidade”.

O conceito de condição, no sistema jurídico brasileiro, está previsto no artigo 121 do Código Civil de 2002: “Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”. O evento a que se refere a lei é um acontecimento qualquer, desde que seja futuro e incerto, pois, não será condição se o evento não for futuro, bem como se for certo ou impossível.

Em razão disso, entende-se inapropriada a expressão “condições gerais do contrato” e adota-se a crítica feita por parte da doutrina, como, por exemplo, por Diogo L. Machado de Melo (2008, p. 40-41): “Ora, se o termo técnico para designar qualquer proposição é ‘cláusula’, entendemos como válida a crítica ao termo ‘condições gerais dos contratos’, não sendo apropriado falar em condição em substituição ao termo cláusula”.

Por esses motivos, as expressões “condições gerais dos contratos” e “cláusulas gerais contratuais”, definem o mesmo instituto jurídico, apesar da impropriedade técnica da primeira, e a escolha de qual conceito utilizar dependerá do ponto de vista de cada doutrinador. Por outro lado, não se pode dizer o mesmo das expressões “cláusulas gerais contratuais” e “contratos de adesão”², já que se referem a duas formas distintas de contratos.

Embora tenha alertado para a impropriedade na utilização da expressão “condições gerais dos contratos”, Orlando Gomes (2008, p. 128) entende que, dependendo do ângulo, do foco que se dá à relação contratual, ela terá um duplo nome. Para ele, considerada sob o aspecto da formulação das cláusulas, receberá o nome de *condições gerais do contrato*, mas, analisada no plano da efetividade, é chamada de *contrato de adesão*. Afirma que

“O fenômeno é um só e uma só a categoria jurídica. Faltaria sentido prático à formulação de condições gerais para contratos uniformes se possibilidade não houvesse de concluí-los em número indefinido. Enquanto não ingressam no comércio jurídico, tais condições não passam, para empregar as expressões alemãs, de simples *Stückpapier* ou de mero *Musterformulare*, sem interesse prático ou dogmático. Por sua vez, o comportamento do cliente que provoca a formação de uma relação concreta só adquire significado particular se implica adesão às condições gerais previamente estatuídas pelo empresário”. (GOMES, 2008, p. 128)

Entretanto, acredita-se que há distinção entre as duas espécies de contratos, haja vista que, ao se analisar as formas contratuais referidas, considera-se não só a *forma* como ocorre o consenso, mas também o *conteúdo* dos contratos. Por essas razões, adota-se a distinção realizada por Cláudia Lima Marques (2004, p. 56-57):

“Neste sentido, para dar maior clareza à exposição, vamos inicialmente acatar a diferenciação feita pela Comissão das Comunidades Europeias, entre *contratos de adesão* e *contratos submetidos a condições gerais*. Como contratos de adesão, entenderemos restritivamente os contratos por *escrito*, preparados e impressos com

² As características do Contrato de Adesão serão analisadas posteriormente.

anterioridade pelo fornecedor, nos quais só resta preencher os espaços referentes à identificação do comprador e do bem ou serviços, objeto do contrato. Já por contratos submetidos a condições gerais do negócio entenderemos aqueles, *escritos* ou *não escritos*, em que o comprador aceita, tácita ou expressamente, que cláusulas, pré-elaboradas unilateral e uniformemente pelo fornecedor para um número indeterminado de relações contratuais, venham a disciplinar o seu contrato específico”.

As cláusulas contratuais gerais consistem em cláusulas unilateralmente pré-elaboradas por uma das partes contratantes para um número indeterminado de futuros contratos, podendo ser inseridas, ou não, no documento contratual. (NOVAIS, 2001, p. 107)

Portanto, as expressões “cláusulas contratuais gerais” e “contratos de adesão” não são sinônimas.

“Segundo a doutrina e a lei alemã, porém, a expressão condições gerais pode englobar todos os contratos de adesão com formulários impressos, contratos modelo e os contratos autorizados ou ditados pelos órgãos públicos, pois estes também são compostos por cláusulas pré-elaboradas unilateral e uniformemente pelos fornecedores, com a única diferença que nestes casos as condições gerais estão inseridas no próprio texto do contrato e não em anexo”. (MARQUES, 2004, p. 57)

Apesar da opinião doutrinária não ser unânime, conclui-se que ambos os contratos, de adesão e de cláusulas gerais, possuem semelhanças e diferenças. A semelhança está no fato de que ambos são formulados unilateralmente e de forma prévia por um dos parceiros contratuais.

A diferença decorre do fato de que nos contratos submetidos às cláusulas contratuais gerais, estas não estão necessariamente escritas no documento a ser assinado, uma vez que não têm eficácia no mundo jurídico, a qual somente será adquirida no momento da contratação. Por sua vez, o contrato de adesão é sempre elaborado por escrito, e a parte aderente aprova suas cláusulas. Portanto, antes da realização de um negócio, não se pode falar em contrato de adesão, mas já se pode falar em contrato submetido a cláusulas gerais. (NOVAIS, 2001, p. 110)

Realizadas as distinções acima, pode-se afirmar que as cláusulas contratuais gerais caracterizam-se por serem estipulações predispostas, as quais visam à inserção numa pluralidade de contratos, aplicáveis a uma generalidade de pessoas. Mencionadas cláusulas deverão ser aceitas em bloco sem possibilidade de negociação individualizada ou de alterações no seu conteúdo. (MELO, 2008, p. 50)

Para Cláudia Lima Marques (2004, p. 67-68), seguindo a doutrina europeia, as cláusulas contratuais gerais caracterizam-se a) pelo fato de serem cláusulas independentes do tipo de contrato e de onde se localizem, podendo estar presentes inclusive em negócios

jurídicos unilaterais dirigidos a um contrato, como por exemplo, a renúncia a um determinado crédito; b) por serem pré-redigidas antes da conclusão do contrato por uma das partes ou por terceiros. Consideram-se pré-elaboradas, inclusive, as cláusulas arquivadas em computador e impressas na hora para o cliente, bem como aquelas elaboradas pelo tabelião e incluídas na escritura pública. São caracterizadas, também, c) por serem pré-elaboradas para um número múltiplo e indeterminado de contratos, e não para um contrato específico; d) e pelo fato de serem pré-elaboradas unilateralmente por um dos contraentes, ou por terceiros, e submetidas à aceitação do outro.

Afirma a doutrinadora, ainda, que as cláusulas contratuais gerais “não tem caráter de regulamento” (MARQUES, 2004, p. 68), pois fazem parte da oferta concretizada, devendo ser aceita pelo outro parceiro contratual. Do mesmo modo, adverte que essas cláusulas “podem constituir uma parte externa ao contrato, um anexo, um cartaz afixado no estabelecimento, ou, ao contrário, podem estar inseridas no texto do documento contratual [...]”. (MARQUES, 2004, p. 68)

Por sua vez, Cláudio Belmonte (2002, p. 47) sustenta a tese de que o principal elemento caracterizador das cláusulas contratuais gerais consiste na sua *intenção uniformizadora*, da qual decorrem duas outras características: a *preformulação* e a *rigidez*.

“A preformulação e a rigidez são decorrentes do escopo uniformizador do predisponente, no sentido de que as cláusulas são previamente formuladas para poderem espelhar as regras gerais abstratas que se busca utilizar, e o utilizador não as negocia para conseguir sua almejada paridade de conteúdos contratuais em determinado tipo de operações. É com a intenção de incluir inalteradamente numa multiplicidade de contratos futuros que o predisponente as elabora de antemão, abstratamente, o que basta para qualificar essas cláusulas, sem mais, como condições gerais dos contratos”. (BELMONTE, 2002, p. 47)

Além das características acima, Diogo L. Machado de Melo (2008, p. 57) afirma que as cláusulas contratuais gerais possuem como características a *unilateralidade*, a *abstração* e a *generalidade*, as quais também são apontadas por Roberto Senise Lisboa.

Para eles, portanto, cinco são as características das cláusulas contratuais gerais: *unilateralidade*, *predisposição*, *generalidade*, *abstração* e *rigidez*. Sobre os conceitos de unilateralidade e generalidade, Diogo L. Machado de Melo (2008, p. 57; 61) escreve:

“As cláusulas contratuais gerais são fixadas e impostas exclusivamente por um dos contratantes, o predisponente, e aceitas (ou não) pelo outro, o aderente. Fala-se em *unilateralidade* porque cabe apenas a uma das partes, sem negociação com a outra, estipular e escolher as cláusulas. Pouco importa, repita-se, a autoria intelectual de tais cláusulas [...]”.

“A *generalidade* ou a *uniformidade* diz respeito à aplicação ou à utilização (no caso, uniforme) das *cláusulas contratuais gerais* predispostas. Significa que tais

clausulados se destinam a uma pluralidade de contratos do mesmo tipo ou da mesma classe”.

A abstração se refere ao fato de que essa forma de contratação pré-redigida se destina a um número indeterminado de contratos. “As cláusulas predispostas somente terão eficácia concreta a partir da formação do vínculo jurídico, e não antes. Possuem caráter abstrato, cuja concretização depende da convergência de declarações”. (MELO, 2008, p. 158)

Essas características também são apresentadas por Nelson Nery Júnior (*et. al.*, 2007, p. 525), o qual afirma que

“Essas cláusulas gerais têm os atributos do *preestabelecimento, unilateralidade da estipulação, uniformidade, rigidez e abstração*. São estipulações feitas por um dos futuros contratantes, denominado predisponente ou estipulante (unilateralidade), antes, portanto, do início das tratativas contratuais (preestabelecimento), que servirão para reger os negócios do estipulante, relativos àquela área negocial (uniformidade), sendo que o intento do predisponente é no sentido de que o futuro aderente aceite os termos das cláusulas sem discutir seu conteúdo e alcance (rigidez), e, ainda, que essa forma de contratação possa atingir indistintamente o contratante que quiser aderir às cláusulas gerais (abstração), vale dizer, que possa haver circulação em massa desses formulários onde estão contidas as cláusulas gerais para que as contratações se dêem em massa”.

Ressalta-se que essas cláusulas gerais contratuais não possuem forma de normas legais ou regulamentos, e necessitam ser inseridas em um contrato, para que tenham força obrigatória entre as partes. Para isso, é necessária a presença de alguns requisitos: 1) que o consumidor tenha sido informado pelo fornecedor que condições gerais serão usadas no futuro contrato; 2) ao consumidor deve ser dada a oportunidade de conhecimento das cláusulas gerais. Não basta a simples menção da existência das cláusulas gerais, mas é necessário que o consumidor comum possa ler e entender o conteúdo delas; 3) por fim, o último requisito é a aceitação. Logo, se o fornecedor informa a utilização das cláusulas contratuais gerais no contrato, o consumidor tem oportunidade de tomar o conhecimento delas e fecha o contrato, entende-se que ele as aceita, e os requisitos foram cumpridos. (MARQUES, 2004, p. 71-73)

O fato das cláusulas contratuais gerais apresentarem as características acima e respeitar os requisitos necessários à sua utilização nos contratos não lhes retira a possibilidade de serem consideradas abusivas, já que a abusividade decorre da consequência da utilização desse tipo de cláusula.

“A abusividade e conseqüente ilegalidade existirão sempre que, por meio de condições gerais dos contratos, seja proporcionado, de qualquer forma ou medida, excessivo ou injustificado ônus ao aderente. É indiferente se essa violência se dá pela imposição unilateral do utilizador (independentemente se a outra parte tem pleno conhecimento do que está contratando), ou por proporcionar o desconhecimento pleno ou parcial (desde que significativo) do conteúdo contratual

(poder técnico que se traduz na informação e no conhecimento acerca do conteúdo contratual apresentado ao aderente)”. (BELMONTE, 2002, p. 52)

Por essas razões, observa-se a importância das cláusulas contratuais gerais, as quais se destinam a regulação de um número incerto de contratos, os quais serão formados por adesão, outra forma contratual, que se passa a analisar a seguir.

2.2.2. Contrato Adesão

Além das cláusulas gerais contratuais, outra forma de contratação foi responsável pelas grandes transformações da Teoria Contratual Clássica, a qual foi denominada “contrato de adesão”.

Segundo Francisco Ricardo Sales Costa (2007, p. 80), o nome “*contrato de adesão*” é resultante dos estudos de Raymond sobre a parte geral do Código Civil alemão. Analisando inicialmente a autonomia da vontade, Raymond concluiu que uma das partes, em razão de sua fragilidade pela posição de inferioridade na qual se colocava frente ao fornecedor, não consentia com as condições do negócio, mas apenas aderiu a uma vontade pré-existente, que lhe era colocada sob a condição de aceitar em bloco as cláusulas do contrato, ou rejeitá-las, também em bloco.

“Concorria, pois, este contratante, que tinha verdadeira *capitis deminutio* na formação do vínculo contratual apenas aceitando ou recusando a proposta pública, sem possibilidade de influir na confecção das cláusulas contratuais, daí por que a inovação recebeu o nome de *contrato de adesão*”. (COSTA, 2007, p. 80)

O contrato de adesão caracteriza-se, portanto, pela ausência de uma fase pré-negocial, já que as condições são previamente estipuladas por uma das partes contratantes (via de regra, o fornecedor), restando à outra apenas a opção de aceitar as condições, ou não.

Sérgio Cavalieri Filho (2007, p. 415) afirma que através dessa forma de contratação, são oferecidos ao público em geral modelos uniformes de contratos, nos quais faltam apenas serem preenchidos os dados referentes à identificação do consumidor. Seu elemento essencial é a ausência de uma fase pré-negocial, a falta de um debate sobre as cláusulas contratuais, restando ao consumidor aceitar ou rejeitar o contrato.

Para Arnold Wald (2009, p. 265),

“O contrato de adesão decorre seja da técnica amplamente desenvolvida do nosso tempo em que as grandes empresas fixam modelos de contratos que apresentam ao público, seja de interferência do Estado na economia nacional determinando que certos modelos de contratos só possam ser utilizados após a aprovação governamental, que deverá ser dada pelos órgãos competentes. Trata-se de uma *standardização* do contrato, na qual uma das partes impõe o conteúdo do contrato à outra, geralmente com a prévia aprovação das autoridades competentes, não havendo entre os contratantes a igualdade jurídica, mas devendo um deles aderir à proposta feita pelo outro, sem que tal policitização admita qualquer aditamento, modificação ou contraproposta”.

Apesar de não ser a regra a definição de conceitos pela legislação, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90) conceitua, em seu artigo 54, o contrato de adesão como “[...] aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

Em seu livro *Direito Civil Brasileiro*, Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 75) conceitua:

“Contratos de adesão são os que não permitem essa liberdade, devido à preponderância da vontade de um dos contratantes, que elabora todas as cláusulas. O outro adere ao modelo de contrato previamente confeccionado, não podendo modificá-las: aceita-as ou rejeita-as, de forma pura e simples, e em bloco, afastada qualquer alternativa de discussão. São exemplos dessa espécie, dentre outros, os contratos de seguro, de consórcio, de transporte, e os celebrados com as concessionárias de serviço público”.

Do mesmo modo, Arnold Wald (2009, p. 265) afirma que contrato de adesão “É aquele em que um dos contratantes ou ambos não têm a liberdade contratual para discutir os seus termos, podendo apenas aceitá-lo ou recusá-lo, atendendo-se à sua própria natureza ou a determinações legais que fixam as condições dos contratos de certo tipo”.

Contudo, para Orlando Gomes (2008, p. 141-142), não basta a ausência da fase pré-negocial e a adesão de uma das partes às cláusulas contratuais já fixadas para caracterizar o contrato como de adesão. É necessária, ainda, a existência de um monopólio por parte do preponente. Sem essa característica, não se trata de contrato de adesão, mas sim de contrato *por adesão*.

“Para haver *contrato de adesão* no exato sentido da expressão, não basta que a relação jurídica se forme sem prévia discussão, aderindo um das partes à vontade da outra. Muitos contratos se estipulam desse modo sem que devam ter essa qualificação. A predominância eventual de uma vontade sobre a outra e até a determinação unilateral do conteúdo do contrato não constituem novidade. Sempre que uma parte se encontra em relação à outra numa posição de superioridade, ou, ao menos, mais favorável, é normal que queira impor sua vontade, estabelecendo as condições do contrato. A cada momento isso se verifica, sem que o fato desperte a atenção dos juristas, justo porque essa adesão se dá sem qualquer constrangimento se a parte pode dispensar o contrato. o que caracteriza o *contrato de adesão* propriamente dito é a circunstância de que aquele a quem é proposto não pode deixar de contratar, porque tem necessidade de satisfazer a um interesse que, por outro modo, não pode ser atendido. Assim, quem precisa viajar, utilizando

determinado meio de transporte, há de submeter-se às condições estipuladas pela empresa transportadora, pois não lhe resta outra possibilidade de realizar o intento. A alternativa é contratar ou deixar de viajar, mas, se a viagem é necessária, está constringido, por essa necessidade, a aderir às cláusulas fixadas por aquele que pode conduzi-lo. Esse constringimento não configura, porém, *coação*, de sorte que o contrato de adesão não pode ser anulado por esse vício de consentimento. [...] a situação de constringimento que se cria para uma das partes é porque a outra desfruta de um *monopólio de fato* ou de *direito*, no exercício do qual os serviços que se propõe a prestar através de uma rede de contratos, de operações em massa, conservam a natureza de serviços prestados por particulares. Desde, pois, que o interessado não possa prescindir do serviço, nem se dirigir a outrem que o preste ao menos em condições diversas, é forçado a contratar com o monopolista. É pressuposto, pois, do contrato de adesão o monopólio de fato, ou de direito, de uma das partes que eliminar a concorrência para realizar o negócio jurídico. Se a situação não se configura desse modo, poderá haver contrato *por adesão*, jamais *contrato de adesão*". (GOMES, 2008, p. 141-142)

Apesar dos ensinamentos acima, entende-se que a distinção entre contratos de adesão e contratos por adesão é meramente teórica, sem aplicação prática, uma vez que a própria lei (Código de Defesa do Consumidor) não tratou do assunto, limitando-se a caracterizar o contrato de adesão como aquele em que as cláusulas são previamente estipuladas pelo consumidor, ou pela autoridade competente, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. Assim, a característica preponderante do contrato de adesão é a predisposição das cláusulas e sua impossibilidade de discussão. Nas palavras de Cláudia Lima Marques (2004, p. 63), “tal análise³, porém, peca pelo exagero, pois uma liberdade de contratar ou não, ainda que mínima, geralmente persiste. O que há é uma superioridade econômica e social, a qual pode levar facilmente a abusos”.

Ao formulário do contrato de adesão podem ser incluídas outras cláusulas contratuais, sem que elas desfigurem a natureza do contrato de adesão, conforme dispõe o parágrafo primeiro do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor. Além disso, o parágrafo terceiro do artigo 54 da referida legislação exige que os contratos de adesão sejam redigidos “termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor” (Redação dada pela nº 11.785, de 2008).

Desse dispositivo (art. 54, § 3.º, do CDC), decorre o que a doutrina denomina de *dever de transparência*. Para Cláudia Lima Marques (2004, p. 63),

“Modernamente, porém, considera-se que exista um *dever de transparência* nas relações de consumo. Assim, o consumidor deve ser informado, pelo menos, deve ter a oportunidade de tomar conhecimento do conteúdo do contrato, além do que deverá o contrato de adesão ser redigido de tal forma a possibilitar a sua compreensão”.

³ Distinção conceitual entre “contrato de adesão” e “por adesão”.

Do mesmo modo, em razão do fato de que as cláusulas são previamente elaboradas por uma das partes, preocupando-se em evitar abusos por parte do predisponente, que poderia redigir o contrato de forma a restringir direitos da outra parte, o Código de Defesa do Consumidor, no artigo 54, parágrafo quarto, dispôs que “as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão”.

A utilização dos contratos de adesão é cada vez mais comum na experiência contemporânea. É utilizado em múltiplos casos, como por exemplo, nos contratos de seguro, plano de saúde, operação bancárias e na venda e aluguel de bens. Empresas Públicas, concessionárias de serviços públicos, e até mesmo o Poder Público utilizam-se dessa forma de contratação com seus consumidores, já que, na maioria das vezes, predispõe as cláusulas dos contratos oferecidos aos consumidores. (MARQUES, 2004, p. 60)

Em razão da importância dessa forma de contratação, o Código de Defesa do Consumidor disciplinou, em seu artigo 47, a regra de interpretação contratual, ao dispor que “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”. Situação análoga previu o Código Civil de 2002, em seu artigo 424, ao dispor que “nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

Além dessa regra, prevê o artigo 424 do Código Civil, que “Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

Ruy Rosado de Aguiar (2000, p. 27) ensina:

“Há dois artigos⁴ para os contratos de adesão: havendo cláusulas ambíguas ou contraditórias, a interpretação será a mais favorável ao aderente (art. 423). É nula a cláusula de renúncia antecipada do direito que resultar do contrato (art. 424). A experiência tem mostrado que o contrato de adesão, com as suas condições gerais, tem servido para muitos abusos, e se impunha regramento mais específico para excluir ou diminuir o impacto de estipulações sobre multa e outros acréscimos devidos pela mora, eleição de foro quando significa negativa de acesso à defesa em juízo, perda das prestações pagas, dificuldades para purgar a mora ou para as providências tendentes à conservação do negócio, direito de prévia interpeção, limitação de responsabilidade, imposição de mais deveres a um do que ao outro etc.”.

As regras de interpretação impostas pela lei, portanto, preocupam-se com a proteção dos interesses do aderente, no intuito de preservá-lo de eventuais abusividades do

⁴ No Código Civil de 2002.

contrato, decorrentes muitas vezes das omissões propositadamente introduzidas no texto. Para Fábio Ulhoa Coelho (2009, p. 77),

“Na disciplina do contrato de adesão, preocupa-se a lei com a proteção dos interesses do contratante aderente. Como as cláusulas com as quais manifesta sua concordância haviam sido redigidas unilateralmente pela outra parte, é necessário preservá-lo de eventuais obscuridades propositadamente introduzidas no texto do instrumento. Nesse contexto, preceitua a lei que as cláusulas ambíguas ou contraditórias dos contratos de adesão devem ser interpretadas sempre da maneira mais favorável à parte aderente (CC, art. 423; CDC, art. 47). Se o predisponente das cláusulas gerais do negócio intencionalmente as redige com vistas a obscurecer seu sentido ou alcance e tirar algum proveito disso, a regra da interpretação em seu desfavor (*interpretatio contra stitlatorem*) frustra a vantagem indevida (Lôbo, 1991:138/142). Ademais, estabelece a lei a nulidade da cláusula de contrato de adesão que estipular a renúncia antecipada do contratante aderente a direito resultante da natureza do negócio (CC, art. 424)”.

Além da regra de interpretação do contrato de adesão, especificamente das cláusulas dúbias, contra aquele que redigiu o documento, ou seja, em favor do aderente, a doutrina destaca outra regra de interpretação, conforme ensina Cláudia Lima Marques (2004, p. 63-64):

“Outra linha mestra da interpretação dos contratos de adesão é a da prevalência das cláusulas acertadas individualmente sobre aquelas impressas ou uniformes. Sendo assim, se alguma cláusula estiver escrita à máquina ou à mão, pressupõe-se que esta derive de uma discussão individual, de um acordo de vontades sobre aquele ponto específico da relação contratual, devendo prevalecer e derogar as outras cláusulas do formulário padrão. Note-se, igualmente, que a inclusão desta cláusula particular não descaracteriza o contrato como de adesão, sendo também indiferente quem fez a última oferta, se o fornecedor, elaborador do formulário, ou o consumidor”.

Atualmente, a doutrina não nega a importância do contrato de adesão. Pelo contrário, reconhece sua importância para a sociedade atual, e defende a tese da coibição dos abusos que essa forma de contratação pode gerar. Nas palavras de Francisco Ricardo Sales Costa (2007, p. 81):

“Na verdade, a contratação em massa é uma realidade inelutável, conseqüência da própria evolução, indispensável à produção e circulação da riqueza; o que se deve coibir não é o contrato de adesão, realidade incorporada em definitivo ao cenário jurídico, mas sim o abuso em razão do poder econômico do fornecedor de bens e serviços que pode advir [...]”.

Portanto, verifica-se que o contrato de adesão tornou-se indispensável à organização social, facilitando sobremaneira a circulação de bens e serviços de forma ágil e econômica, já que elimina a fase pré-negocial, ou seja, o fornecedor de bens ou serviços não necessita discutir as condições do negócio caso a caso, o que demanda tempo e dinheiro, podendo oferecer seu produto de forma ampla através do contrato de adesão.

2.2.3 Contrato Cativo de Longa Duração.

Diante do exposto nos itens anteriores, constata-se no mercado de consumo atual uma diversidade de novas técnicas contratuais, que, além de inovarem a concepção tradicional do contrato, reproduzem a nova realidade das relações negociais da sociedade atual.

Dentre as técnicas já abordadas, observa-se no mercado brasileiro atual, outro fenômeno contratual, pelo qual uma série de novos contratos, que se utilizam da contração em massa, visam a oferecer serviços especiais, criando relações jurídicas de longa duração, possuindo como característica principal a “catividade” ou “dependência” do consumidor. Mencionados contratos são denominados de “contratos cativos de longa duração”⁵, que não possuem previsão de término e são caracterizados, também, pela essencialidade dos serviços prestados e pela dependência do consumidor. Um dos principais exemplos dessa nova forma de contratação é o contrato de plano de saúde, objeto do presente estudo.

Os contratos cativos de longa duração envolvem, normalmente, a prestação de serviços, sejam eles privados ou públicos, de forma contínua e massificada, cuja prestação se protraí no tempo, com a utilização de “terceiros” para atingir o escopo contratual. Nas palavras de Cláudia Lima Marques (2004, p. 79):

“Trata-se de uma série de novos contratos ou relações contratuais que utilizam os métodos de contratação de massa (através de contratos de adesão ou de condições gerais dos contratos), para fornecer serviços especiais no mercado, criando relações jurídicas complexas de longa duração, envolvendo uma cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma característica determinante: a posição de “catividade” ou “dependência” dos clientes, consumidores”.

A expressão “contratos cativo de longa duração” foi criada pela doutrinadora acima citada, que se utilizou da expressão “longa duração” (*larga duración*) de Ricardo Luis Lorenzetti, acrescentando a palavra “cativo”, de Carlos Alberto Ghersi, com o escopo de representar a posição de catividade dos clientes consumidores na conclusão do contrato.

Por outro lado, ressalta a doutrinadora a existência de outras denominações ao fenômeno em análise:

“Resolvi denominar este fenômeno, estas novas relações contratuais múltiplas e complexas, de ‘contratos cativos de longa duração’, sem, porém, desconsiderar que outras denominações poderiam ter sido usadas, como as de ‘contratos múltiplos’,

⁵ No presente trabalho, adota-se a nomenclatura “contrato cativa de longa duração”, utilizada por Cláudia Lima Marques, uma vez que representa a principal característica dessa forma de contratação, a catividade.

‘serviços contínuos’, ‘relações contratuais triangulares’, ‘contratos conexos’, ‘contratos de serviços complexos de longa duração’ etc.”. (MARQUES, 2004, p. 79)

Os contratos cativos de longa duração são contratos de adesão, com objetivo de prestação de serviços essenciais no mundo jurídico e na vida em sociedade. Serviços como crédito, educação, saúde e informação já fazem parte da vida cotidiana atual e o acesso a eles assegura um conforto social, e, tratando-se de serviços médicos, um futuro seguro. São exemplos dessa forma de contrato os contratos bancários, de seguro saúde, de assistência médico hospitalar, de previdência privada, de cartão de crédito, de transmissão de informações e lazer por cabo, de telefone, de televisão, de computadores e de serviços públicos básicos, como a água e a luz.

“O objeto principal destes contratos muitas vezes é um evento futuro, certo ou incerto, é a transferência (onerosa e contratual) de riscos referentes à futura necessidade, por exemplo, de assistência médica ou hospitalar, pensão para viúva, formação escolar para os filhos do falecido, crédito imediato para consumo. Para atingir o objetivo contratual os consumidores manterão relações de convivência e dependência com os fornecedores desses serviços por anos, pagando mensalmente suas contribuições, seguindo as instruções (por vezes, exigentes, burocráticas e mais impeditivas do que) regulamentadoras dos fornecedores, usufruindo ou não dos serviços, a depender da ocorrência ou não do evento contratualmente previsto”. (MARQUES, 2004, p. 88)

“O contrato cativo de longa duração, uma vez estabelecido, passa a fazer parte da vida do consumidor, de forma inseparável, de forma extremamente significativa para o seu convívio em sociedade”. (XAVIER, 2004, p. 142)

Dentre as características principais desta espécie de contrato, destacam-se: o objeto, o tempo e a catividade.

Conforme tratado acima, o objeto dessa espécie de contratação são os serviços essenciais, bem como eventos futuros, certos ou incertos. Tendo em vista que os serviços são considerados essenciais, os fornecedores possuem o controle das cláusulas e obrigações contratuais, motivo pelo qual o consumidor fica sujeito às condições do fornecedor, utilizando-se por tempo indeterminado de seus serviços. Portanto, os contratos são firmados para utilização de serviços de uso continuado, sem previsão para o seu término, derivando as outras duas características: catividade e o tempo.

A catividade só pode ser entendida no exame do contexto atual da sociedade, qual seja, de indução ao consumo de bens materiais e imateriais, da publicidade massiva e métodos agressivos de *marketing*⁶, de graves e renovados riscos na vida em sociedade, e de grande

⁶ Segundo Philip Kotler e Gary Armstrong (1999, p. 7), “*Marketing* significa administrar mercados para chegar a trocas, com o propósito de satisfazer as necessidades e desejos do homem”.

insegurança quanto ao futuro. Essas variáveis induzem a população, em geral, a buscar formas de minimizar os riscos, a ocorrência de danos e prejuízos, bem como garantir um futuro tranqüilo. Uma dessas formas é a adesão aos contratos cativos de longa duração, como os de Plano de Saúde, os quais acarretam numa situação de dependência.

“A catividade nasce em razão da oferta massificada de serviços, no contexto do consumismo, da publicidade de massa e agressivas campanhas de *marketing*, que prometem ao consumidor segurança futura em várias áreas, como saúde, educação, crédito e servirá como elemento impulsionador da relação contratual para a perpetuidade”. (MARQUES (coord.), 2007, p. 485)

Sobre o assunto, Cláudia Lima Marques (2004, p. 88), leciona:

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

Por essas razões, o consumidor mantém-se vinculado ao fornecedor do serviço, por meio do contrato, caracterizando justamente a catividade, exemplificada anteriormente.

Com relação ao tempo, José Tadeu Xavier (2004, p. 144) demonstra sua relevância nos contratos cativos de longa duração ao afirmar que “o tempo é um dos elementos nucleares dessa modalidade negocial, pois eles são concebidos para se projetarem para o futuro, estendendo-se por longos períodos”.

“A longa duração dessa nova forma contratual demonstra que a execução do contrato prolonga-se por largo tempo, quem sabe por toda a existência daquele contratante que adere. Não são contratos de execução instantânea, e também não se confundem com contratos de execução diferida. São contratos que vigem ou se renovam periodicamente durante vários anos ou durante toda uma vida, dada a essencialidade de seu objeto”. (MARQUES (coord.), 2007, p. 485)

Segundo Cláudia Lima Marques (2004, p. 87):

“Tratam-se de serviços que prometem segurança e qualidade, serviços cuja prestação se protraí no tempo, de trato sucessivo, com uma fase de execução contratual longa e descontínua, de fazer e não fazer, de informar e não prejudicar, de prometer e cumprir, de manter sempre o vínculo contratual e o usuário cativo. São serviços contínuos e não mais imediatos, serviços complexos e geralmente prestados por fornecedores indiretos, fornecedores-‘terceiros’, aqueles que realmente realizam o ‘objetivo’ do contrato, daí a grande importância da noção de cadeia ou longa duração, de execução sucessiva e protraída, trazendo em si expectativas outras que os contratos de execução imediata. Estes contratos baseiam-se mais na confiança, no convívio reiterado, na manutenção do potencial econômico e da qualidade dos serviços, pois trazem implícita a expectativa de mudanças das condições sociais, econômicas e legais na sociedade nestes vários anos de relação contratual. A satisfação da finalidade perseguida pelo consumidor (por exemplo, futura assistência médica para si e sua família) depende da continuação da relação jurídica fonte de

obrigações. A capacidade de adaptação, de cooperação entre contratantes, de continuação da relação contratual é aqui essencial, básico”.

Diante do exposto, observa-se que os contratos cativos de longa duração são marcados indelevelmente pela adesividade, restringindo ao máximo a liberdade negocial, pois são contratos padronizados, constituídos por blocos de cláusulas fechadas, portanto comuns a todos contratantes, e previamente formuladas pelo fornecedor. Consequentemente, essa forma de contratar acarreta numa espécie de dependência do consumidor, desenvolvendo, inclusive, uma situação de vulnerabilidade que o fragiliza em excesso, motivo pelo qual há a necessidade de criação de institutos jurídicos aptos a regular essa situação.

Ao tratar sobre a regulação pelo Direito dessa forma de contratação, Cláudia Lima Marques (2004, p. 86) afirma:

“Se o consumidor do futuro será não só um acumulador de bens, mas um acumulador de serviços, de fazeres que assegurarão a ele e a sua família o bem-estar, a segurança, a saúde, o lazer, o status, as informações, o crédito e todos os outros ‘bens imateriais’ e serviços oferecidos (e desejados) no mercado brasileiro, o direito terá de acompanhar esta mudança. Uma melhor análise desta nova realidade pode indiciar características importantes da estrutura contratual do futuro, facilitando a sua interpretação e a aplicação das normas (de direito privado, de ordem pública e mesmo de direito público), entre elas as de defesa do consumidor, as quais regulam esses novos (velhos) contratos de serviços”.

A utilização da palavra “velhos”, entre parênteses, logo após a expressão “esses novos contratos”, justifica-se pelo fato de que, para a doutrinadora, a novidade não está na espécie do contrato, mas sim na sua relevância ao contexto atual. Em suas palavras, “o novo aqui não é a espécie de contrato (seguro, por exemplo), mas sua relevância no contexto atual, a sociedade de consumo atual beneficia e fomenta estes serviços, considerados, então, socialmente essenciais, a necessitar nova disciplina”. (MARQUES (coord.), 2007, p. 487)

“Velhos”, portanto, em razão dos contratos já existirem no ordenamento jurídico, como os contratos de Plano de Saúde, de seguros, fornecimento de energia, telefone, etc. “Novos” pelo motivo da “nova forma de contratar”, relacionada com a dependência criada entre o consumidor e o fornecedor do serviço, o que acarreta na chamada “catividade”.

Portanto, os contratos cativos de longa duração já se tornaram realidade, principalmente em razão de sua efetiva utilização no mercado de consumo atual. Caracterizam-se, principalmente, por sua forma de contratação em massa, por meio da adesão do consumidor às cláusulas pré-fixadas.

Os principais setores do mercado que se utilizam dessa forma contratual são, como ressaltado, aqueles envolvidos na prestação de serviços tidos como essenciais, tais

como os prestados na área de saúde, na educação, relacionados ao crédito e serviços públicos em geral.

2.3 CRISE DA TEORIA CONTRATUAL CLÁSSICA.

Diante do processo de industrialização e da massificação das relações contratuais, evidenciou-se que a concepção clássica de contrato não correspondia mais à realidade. Novas formas de contratar surgiram, as quais foram responsáveis pela nova roupagem dos contratos já existentes. Verificou-se que, em muitos casos, o acordo de vontades e a liberdade de contratar não eram reais, mas apenas aparentes, desmistificando a idéia de que assegurando a liberdade contratual, assegurar-se-ia a justiça contratual.

Na sociedade de consumo massificado, em razão da imprescindibilidade e necessidade de alguns serviços, chamados serviços essenciais, a liberdade de escolha do parceiro contratual, bem como a liberdade de contratar não mais subsiste, e, por muitas vezes, a manifestação de vontade é irrelevante, face o disposto na lei (MARQUES, 2004, p. 150).

Perante as mudanças sociais e a massificação das relações contratuais na sociedade de consumo, a teoria contratual clássica, baseada nos princípios da autonomia da vontade e da *pacta sunt servanda*, perdeu força. Por conta da globalização e do acúmulo de riquezas, as novas relações contratuais exigem outra forma de abordagem, pautada em princípios como a boa-fé e a função social do contrato. Tem-se, como objetivo, amenizar o poder econômico das empresas, as quais impõem suas condições nos contratos, cabendo ao consumidor aderir, ou não, a elas.

O contexto representativo da sociedade de consumo teve como consequência a elaboração de novas formas de contratação, as quais impactaram não só a liberdade de contratar e o dogma da autonomia da vontade, mas também foram responsáveis pela nova concepção de contrato, já que o contrato passou de mero instrumento de circulação de riquezas, para instrumento de proteção de direitos fundamentais, tendo em vista a característica de essencialidade dos serviços contratados, como a saúde, educação, seguro, crédito, etc. Nas palavras de Cláudia Lima Marques (2004, p. 168):

“Hoje o contrato é o instrumento de circulação das riquezas da sociedade, hoje é também o instrumento de proteção dos direitos fundamentais, realização dos paradigmas de qualidade, de segurança, de adequação dos serviços e produtos no mercado. O economicamente relevante é, na sociedade atual, prioritariamente, o imaterial, os fazeres e serviços complexos ou o bem imaterial. Destaque-se aqui que a crise da pós-modernidade no direito advém da modificação dos bens economicamente relevantes. Se na idade média, os bens economicamente relevantes eram os bens imóveis, na idade moderna, o bem móvel material, indiscutível que hoje, na idade atual pós-moderna, valorizado está o bem móvel imaterial (*software* etc.) ou o desmaterializado ‘fazer’ dos serviços, da comunicação, do lazer, da segurança, da educação, da saúde, do crédito. Se são estes bens imateriais e fazeres que são a riqueza atual, os contratos que autorizam e regulam a transferência dessas ‘riquezas’ na sociedade também têm de mudar, evoluir do modelo tradicional de dar da compra e venda pra modelos novos de serviços e dares complexos, adaptando-se a este desafio materializante e plural ‘pós-moderno’”.

Em razão disso, o individualismo e o voluntarismo, até então presentes nas normas e na concepção doutrinária relativa aos contratos, não servem mais como elementos caracterizadores da sociedade. A proliferação de contratos de massa, das cláusulas gerais contratuais, dos contratos de adesão, dos contratos cativos de longa duração – que muitas vezes obrigam os particulares a contratar – e a nova importância e valor dados aos bens imateriais, exigem uma nova concepção de contrato, além de institutos legais para regular as formas de contratação.

A primeira consequência dessa crise na concepção clássica e da necessidade de uma nova concepção de contrato resultou na forma de interpretação da vontade declarada nos contratos de adesão. Tendo em vista a agressividade na oferta, a publicidade dos bens e serviços de consumo, bem como a necessidade, muitas vezes até a obrigação, do consumidor em adquirir esses bens e serviços, deixa-se de lado o dogma da autonomia da vontade como a expressão de duas vontades iguais, paritárias, e passa-se a interpretar o contrato de modo a garantir a vontade do mais fraco.

“O esforço deve ser agora para garantir uma proteção da vontade dos mais fracos, como os consumidores. Garantir uma *autonomia real da vontade* do contratante mais fraco, uma vontade protegida pelo direito, vontade liberta das pressões e dos desejos impostos pela publicidade e por outros métodos agressivos de venda, é o objetivo”. (MARQUES, 2004, p. 169)

Nas palavras do juiz Schimasky, da Corte Federal alemã,

“não podemos proteger a liberdade contratual daquele que quer justamente reduzir, limitar ou mesmo excluir a liberdade contratual da outra parte. Liberdade é sempre a liberdade do outro. [...] por essência bilateral, a liberdade contratual é portanto invisível, ela significa a liberdade dos dois e não somente a liberdade do contratante mais forte”. (*apud* MARQUES, 2004, p. 170)

Não obstante isso, face às novas realidades econômicas e sociais, o “direito contratual” adapta-se também para ganhar uma nova roupagem, qual seja, a função social, no intuito de procurar a realização da justiça e do equilíbrio contratual.

“No novo conceito de contrato, a equidade, a justiça (*Vertragsgerechtigkeit*) veio ocupar o centro de gravidade, em substituição ao mero jogo de forças volitivas e individualistas, que, na sociedade de consumo, comprovadamente, só leva ao predomínio da vontade do mais forte sobre a do vulnerável”. (MARQUES, 2004, p. 154)

No Brasil, essa crise da concepção clássica começa a ser resolvida com a promulgação da Constituição Federal, que em seu artigo 5.º, inc. XXXII, dispõe que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, tendo como principal reflexo no campo contratual a edição do Código de Defesa do Consumidor, o qual se propõe a restringir e regular, através das normas, o espaço antes destinado à autonomia da vontade. (MARQUES, 2004, p. 153)

Entretanto, não basta a edição de uma lei como instrumento de combate aos males da sociedade atual, através da imposição de um patamar de respeito e lealdade, como forma de resposta à crise da concepção clássica do contrato, para que tudo se resolva. É necessário, ainda, uma nova abordagem das normas e regras de consumo, sob pena de fazermos letra morta o disposto na legislação constitucional e infraconstitucional.

“Nas palavras do Desembargador Fernando Braf Henning Júnior, do Eg. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ‘se continuarmos a olhar o novo, ou seja, o Código de Defesa do Consumidor, com os olhos do velho, ou seja, do Código Civil Brasileiro, vamos passar a ser merecedores da crítica que Pontes de Miranda já fazia: ‘O Brasil se especializou em fazer reformas que nada mudam’”. (MARQUES, 2004, p. 174-175)

Por fim, ressalta-se que a interpretação dos contratos deve ter como base, ainda, os princípios e direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal, uma vez que “se os direitos humanos recebidos nas Constituições são direitos fundamentais, serão esses direitos fundamentais (normas constitucionais pétreas e básicas) que permitirão a interpretação do direito do novo milênio, que terá justamente (e necessariamente) base constitucional”. (MARQUES, 2004, p. 165)

Como forma de superar a crise da concepção clássica do contrato, verifica-se que, além de uma nova abordagem do dogma da autonomia da vontade, faz-se necessário, também, considerar a nova concepção do contrato, ou seja, sua concepção social, bem como interpretá-lo de forma a garantir os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Por essas razões, a concepção de contrato sofre nova transformação, conforme se demonstrará no próximo capítulo. O contrato deixa de ser um mero instrumento de circulação de riquezas, para ter novas funções: a) uma função social; b) e a função de ser ponto de encontro de direitos e garantias fundamentais.

A fim de garantir essas novas funções ao contrato, a lei deixará de ser supletiva, para tornar-se imperativa. O Estado, do mesmo modo, desempenhará um papel importante, na elaboração destas leis, atuando diretamente na relação contratual.

3 A NOVA CONCEPÇÃO DE CONTRATO E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

3.1 A CONCEPÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A crise da concepção clássica do contrato teve como consequência, dentre outras, uma nova concepção de contrato, através da qual o instrumento contratual não pode ser mais visto como algo isolado da sociedade, uma vez que, ainda que autônomos entre si, os efeitos das relações negociais têm efeitos práticos perante terceiros.

Referida crise do fenômeno da contratação em massa causou a modificação do contrato, que, nas palavras de Orlando Gomes (2008, p. 49), “deixou de ser mero instrumento do poder de autodeterminação privada, para se tornar um instrumento que deve realizar também interesses da coletividade. Numa palavra: o contrato passa a ter função social”.

“Nesta nova concepção contratual, o contrato deixa de ser analisado como autônomo com relação à sociedade, surtindo efeitos apenas e tão-somente às partes contratantes. Na concepção social do contrato, os efeitos deste sobre a sociedade passam a ser considerados e não de ser sopesados”. (MARQUES (coord.), 2007, p. 436)

Segundo Santiago (2005, p. 78-79) “o princípio da função social do contrato determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentarem”.

Por sua vez, Fábio Ulhoa Coelho (2009, p. 37) sustenta que a função social do contrato tem previsão constitucional, pois decorre logicamente da função social da propriedade:

“Em outros termos, a Constituição Federal determina que a propriedade privada atenda à sua função social (art. 5.º, XXIII). Nesse mandamento constitucional insere-se também o contrato. A execução das obrigações contratuais importa necessariamente o uso da propriedade de algum bem, seja ele o próprio objeto do contrato, insumo de atividade econômica, ferramenta de prestação de serviço etc. A cláusula geral da função social, portanto, apenas explícita, no campo do direito contratual, o que já se encontrava regrado num princípio constitucional”.

Esse entendimento é corroborado pelas lições de Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 5), que afirma:

“A concepção social do contrato apresenta-se, modernamente, como um dos pilares da teoria contratual. Por identidade dialética guarda intimidade com o princípio da ‘função social da propriedade’ previsto na Constituição Federal. Tem por escopo promover a realização de uma justiça comutativa, aplainando as desigualdades substanciais entre os contraentes”.

A nova concepção do contrato é, portanto, uma concepção social, orientada não só para o momento da celebração do contrato, mas também para os efeitos do contrato na sociedade, onde a condição econômica e social das partes ganha importância.

Para Cláudia Lima Marques (2004, p. 39),

“o contrato evolui da idéia de espaço reservado e protegido pelo direito para a livre e soberana manifestação de vontade das partes, para ser um instrumento jurídico mais social, controlado e submetido a uma série de imposições cogentes, mas equitativas”.

Pautada em sua função social, a nova concepção do contrato tem como consequência, na busca pela justiça social e contratual, a realização de obstáculos aos interesses individuais daqueles que buscam o lucro, os quais utilizavam, para isso, do conceito clássico da autonomia da vontade, no intuito de fazer prevalecer a vontade (viciada) “declarada” no contrato.

Francisco Ricardo Sales Costa (2007, p. 139), leciona que

“Sem dúvida alguma a instituição de uma função social aos contratos em todos os seus aspectos, tanto em seu fundamento, em sua razão inspiradora, como nos limites do que consulta aos interesses sociais, levanta um empecilho intransponível a barrar os interesses individuais de lucro desmedido que se escondiam sob a amplitude conceitual consagrada na autonomia da vontade”.

Dessa forma, o contrato ganha importância como instrumento de política econômica e social, justificando e, além mesmo exigindo, a intervenção estatal, visando à justa distribuição de riquezas e à realização da Justiça Social. (TONIAZZO, 2008, p. 77)

A intervenção estatal ocorrerá através da criação de órgãos de regulação e através da edição de normas, com escopo de garantir e proteger os interesses sociais, bem como para minimizar as desigualdades da relação contratual, haja vista a proliferação dos métodos de contratação em massa.

“À procura do equilíbrio contratual, na sociedade de consumo moderna, o direito privado destacará o papel da lei como limitadora e como verdadeira legitimadora da autônoma da vontade. A lei passará a proteger determinados interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa-fé das partes contratantes”. (MARQUES (coord.), 2007, p. 27-28)

O fenômeno de intervenção do Estado é chamado de dirigismo contratual. Segundo Roberto Senise Lisboa (2000, p. 98):

“O dirigismo contratual foi o comportamento do Estado responsável pela criação de entes próprios com poder de regulamentação dita normativa, assim como pela edição de normas de natureza imperativa, denominadas de ordem pública econômica, que impunham a inserção, nos respectivos negócios jurídicos, de cláusulas de proteção àquele que fosse tido pelo legislador como hipossuficiente – o locatário, o segurado, o arrendatário, o empregado”.

Aline Arquette Leite Novais (2001, p. 89-90) afirma que

“em virtude das contratações cada dia mais massificadas, despersonalizadas, objetivadas, este Estado passou a ter de intervir em tais relações, impondo determinadas condutas, ocorrendo, então, o chamado dirigismo contratual público, que se identifica com a intervenção estatal na vida dos contratos”

Pode-se dizer que,

“No início, o intervencionismo estatal dar-se-á através da planificação de certas atividades, pela fiscalização e controle de certos negócios, pela fixação de quotas e preços mínimos. Mas, aos poucos, o intervencionismo estatal evolui de modo a fomentar a edição de leis limitadores do poder de auto-regular determinadas cláusulas [...] e determinar o conteúdo de certos contratos, passando a ditar o conteúdo daqueles contratos em atividades imprescindíveis (por exemplo: transportes, fornecimento de água, luz)” (MARQUES, 2004, p. 208).

Nelson Nery Júnior (*et. al.*, 2007, p. 513) ressalta que “o dirigismo contratual não se dá em qualquer situação, mas apenas nas relações jurídicas consideradas como merecedoras de controle estatal para que seja mantido o desejado equilíbrio entre as partes contratantes”.

Além de ser responsável por uma nova concepção do contrato, pautada na sua função social, a nova teoria contratual demonstra, também, que não basta uma nova visão sobre o contrato para corrigir as abusividades até então cometidas. Há a necessidade da atuação do Estado (dirigismo contratual), com a regulamentação de certos contratos e, principalmente, com a edição de normas segundo as diretrizes da nova teoria contratual. Nas palavras de Cláudia Lima Marques (2004, p. 222):

“A nova teoria contratual fornecerá o embasamento teórico para edição de normas cogentes, que traçarão o novo conceito e os novos limites da autonomia da vontade, com o fim de assegurar que o contrato cumpra a sua nova função social. Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor representa o mais amplo grupos de normas cogentes, editado com o fim de disciplinar as relações contratuais entre fornecedor e consumidor, segundo os postulados da nova teoria contratual”.

Dentre as normas cogentes, a edição do Código de Defesa do Consumidor, por essas razões, é a principal manifestação do intervencionismo estatal no campo contratual privado. Tem como objetivo regular e até mesmo restringir o espaço antes reservado totalmente à autonomia da vontade, já que instituiu como valor máximo a equidade contratual. (BARLETTA, 2002, p. 89)

Dispõe o artigo 1.º do mencionado código que “O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”.

Ao estabelecer que as normas de proteção e defesa do consumidor são de ordem pública, preocupou-se o legislador em proteger o consumidor até mesmo, por vezes, contra a sua vontade, já que, por serem de ordem pública, as normas são inderrogáveis por vontade das partes. Isso ocorre em razão da presumida desigualdade entre fornecedor e consumidor.

“Em decorrência do estabelecido no art. 1.º, a normatização tratada no presente Código do Consumidor é de ordem pública e interesse social, de onde se infere que os comandos dele constantes são de natureza cogente, ou seja, não é facultado às partes a possibilidade de optar pela aplicação ou não de seus dispositivos, que, portanto, não podem ser afastados pela simples convenção dos interessados, exceto havendo autorização legal expressa”. (NERY JUNIOR *et. al.*, 2007, p. 16)

Extraí-se do artigo citado, ainda, que a atuação do poder legislativo do Estado foi orientada pelas disposições constitucionais, quais sejam, aquelas previstas no artigo 5.º, inciso XXXII – que estabelece que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor - no artigo 170, inciso V – o qual tem como princípio geral da atividade econômica a defesa do consumidor – e o disposto no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que determinava ao Congresso Nacional a elaboração do Código de Defesa do Consumidor em cento e vinte dias após a promulgação da Constituição.

Apesar do Código de Defesa do Consumidor ter sido promulgado somente em 11 de setembro de 1990, verifica-se que o artigo 48, bem como os demais dispositivos citados, norteou a atuação do legislador.

“Portanto, a publicação da Lei n. 8.079, de 11 de setembro de 1990, foi mais uma atuação do poder legislador do Estado, desta vez guiado pela Constituição da República, a fim de resguardar os interesses de uma coletividade de consumidores carentes de atenção especial”. (BALETTA, 2002, p. 91)

Por conta da atuação direta do Estado, na edição de leis com o objetivo de promover a justiça contratual e proteger determinados interesses sociais, o direito contratual “redescobre o *papel da lei*, que não será mais meramente interpretativa ou supletiva, mas cogente (veja art. 1.º do CDC). A lei protegerá determinados interesses sociais e servirá como instrumento *limitador* do poder da vontade”. (MARQUES, 2004, p. 178)

“Assim, ao contrário do que ocorreu na teoria contratual clássica, onde as normas sobre direito contratual eram apenas supletivas, meramente interpretativas, no

Estado social, com a nova teoria contratual, as leis passaram a ter caráter obrigatório. O Estado-legislador também exerce este dirigismo através da edição de normas de indução ou promocionais, as quais sancionam positivamente o comportamento desejado (e. g. incentivos, isenções tributárias etc.)". (NOVAIS, 2001, p. 92)

Para Cláudia Lima Marques (2004, p. 176),

“Haverá um *intervencionismo* cada vez maior do Estado nas relações contratuais, no intuito de relativizar o antigo dogma da autonomia da vontade com novas preocupações de ordem social, com a imposição de um novo paradigma, o princípio da boa-fé objetiva. É o contrato, como instrumento à disposição dos indivíduos na sociedade de consumo, mas, assim como o direito de propriedade, agora limitada e eficazmente regulado para que alcance a sua *função social*”.

Esse intervencionismo, cujo um dos reflexos é a proteção do consumidor, prevista tanto na Constituição Federal de 1988 e como no Código de Defesa do Consumidor, que regulamentou o texto constitucional, “é fruto de uma série de injunções sociais e econômica que afetaram inúmeros países, dentre eles o Brasil, que optou por uma legislação que cuidasse exclusivamente da relação de consumo”. (BARLETTA, 2002, p. 94-95)

Cláudia Lima Marques (2004, p. 153) destaca a importância das normas de proteção ao consumidor, expostas na Constituição Federal, e o reflexo delas na elaboração do Código de Defesa do Consumidor como forma de solucionar a crise da concepção clássica do contrato, ao afirmar que “no caso brasileiro, a crise da concepção clássica de contrato só terá uma solução na década de oitenta, mais especificadamente, com a edição da nova ordem constitucional, e de seu reflexo mais importante até agora no campo contratual: o Código de Defesa do Consumidor”.

Não obstante as disposições previstas nas legislações citadas, embora não seja objeto do presente estudo, importa destacar que o Código Civil de 2002 também trouxe como princípio a função social do contrato, ao dispor em seu artigo 421 que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

A nova concepção de contrato, portanto, é uma concepção social, decorrente das transformações na sociedade e nos métodos de consumo, com objetivo de coibir os abusos até então cometidos pela parte mais forte da relação contratual, que tinha como justificativa para a prática desses abusos o dogma da autonomia da vontade. Através do dirigismo contratual, o Estado atuará com escopo de proporcionar a justiça contratual, visando a coibir o abuso do poder econômico por parte dos fornecedores, no caso das relações de consumo. Essa atuação estatal terá reflexos principalmente na liberdade de contratar, no dogma da autonomia da vontade e na força obrigatória dos contratos, o que se demonstrará a seguir.

3.2 LIMITAÇÃO DA LIBERDADE CONTRATUAL

A concepção clássica do contrato considerava a vontade do cidadão como a única fonte da criação das obrigações. Conforme exposto no primeiro capítulo deste trabalho, o princípio da autonomia da vontade acaba por se desdobrar em dois, quais sejam, o da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*) e da liberdade contratual.

Pelo princípio da Liberdade Contratual, entende-se que cada cidadão é livre para cogitar a conveniência e a oportunidade de contratar, não se admitindo que alguém seja coagido a contratar, muito menos obrigado ao seu cumprimento. Além disso, referido princípio garante ao cidadão a possibilidade de escolher seu parceiro contratual, bem como o tipo e conteúdo do contrato a ser firmado.

Essa concepção é conseqüência, principalmente, de um dos ideais da Revolução Francesa, a igualdade. Considerava-se que os contratantes poderiam discutir plenamente as condições do contrato, já que entre eles não haveria desigualdades.

“Classicamente, a autonomia privada pressupõe que na celebração dos contratos cada parte tem iguais condições de fazer valerem seus objetivos e de salvaguardar seus interesses. E mais, que o contrato é sucedâneo de prévia discussão e do livre acordo de vontades que se exprime no consentimento. Tal princípio propaga uma ordem jurídico-privada cujo valor fundamental consiste na tutela da dignidade e autonomia da pessoa, proporcionando um regime de ampla liberdade de iniciativa e de estipulação, a fim de permitir o livre desenvolvimento da personalidade de cada um”. (BELMONTE, 2002, p. 66)

Para Aline Arquette Leite Novais (2001, p. 56),

“Tal princípio⁷, ‘significa a possibilidade de que os particulares criem livremente direitos e obrigações para reger suas relações uns com os outros’, e se traduz na liberdade de celebrar ou não um contrato, na liberdade de escolha do parceiro contratual, na liberdade de escolha do tipo contratual e na liberdade de fixação do conteúdo do contrato, já que, conforme nos esclarece Enzo Roppo, com base na idéia de liberdade de contratar ‘afirmava-se que a conclusão dos contratos, de qualquer contrato, deveria ser uma operação absolutamente livre para os contraentes interessados: deviam ser estes, na sua soberania individual de juízo e de escolha, a decidir se estipular ou não estipular um certo contrato, a estabelecer se concluí-lo com esta ou aquela contraparte, a determinar com plena autonomia o seu conteúdo, inserindo-lhes estas ou aquelas cláusulas, convencionando este ou aquele preço”.

Por outro lado, a liberdade de contratar, inclusive no Estado Liberal, no auge da teoria contratual clássica, jamais foi irrestrita, pois sempre sofreu limitações. Nas palavras de Orlando Gomes (2008, p. 27-28),

⁷ Da liberdade contratual

“a liberdade de contratar, propriamente dita, jamais foi ilimitada. Duas limitações de caráter geral sempre confinaram-na: a *ordem pública e os bons costumes*. Entendia-se, como ainda se pensa, que as pessoas podem auto-regular seus interesses pelo modo que lhes convenha, contanto que não transponham esses limites. [...] Em larga generalização, pode-se dizer que as limitações à liberdade de contratar inspiram-se em razão de utilidade social. Certos interesses são considerados infensos às bases da ordem social ou se chocam com os princípios cuja observância por todos se tem como indispensável à normalidade dessa ordem. Diz-se, então, que ferem as leis de *ordem pública e os bons costumes*”.

Essas restrições, contudo, não eram positivas, ou seja, não obrigavam os particulares a contratar determinado objeto, nem mesmo pactuar com pessoa específica. Na verdade, tratavam-se de limites negativos à liberdade contratual. Segundo NOVAIS (2001, p. 58):

“Mesmo durante essa época⁸, o Estado editava algumas normas imperativas, às quais os particulares deviam estar adstritos. Todavia, tais normas impunham apenas limites negativos, como puras e simples proibições, as quais deviam assinalar, externamente, as fronteiras dentro das quais a liberdade contratual das pessoas podia expandir. Limites de caráter positivo, como prescrições que impusessem aos sujeitos, contra a sua vontade, uma contratação, de determinada forma, com específica pessoa, não eram admitidos”

As normas de ordem pública seriam aquelas que atendem aos interesses essenciais do Estado e/ou da coletividade, prevalecendo sobre o Direito Privado. Luiz Guilherme Loureiro (2002, p. 59) leciona que “existem normas de natureza pública e privada de caráter imperativo que prevalecem sobre as regras que estabelecem a liberdade contratual. Este conjunto de normas é essencial à convivência da sociedade e, por isso, prevalecem sobre a vontade dos particulares, limitando-a”.

Orlando Gomes (2008, p. 28-29) enumera as normas que atendem à ordem pública, de acordo com seu objeto, da seguinte maneira:

“1.º) as leis que consagram ou salvagam o princípio da liberdade e da igualdade dos cidadãos, e, particularmente, as que estabelecem o princípio da liberdade de trabalho, de comércio e de indústria; 2.º) as leis relativas a certos princípios de responsabilidade civil ou a certas responsabilidades determinadas; 3.º) as leis que asseguram ao operário proteção especial; 4.º) as leis sobre o estado e capacidade das pessoas; 5.º) as leis sobre o estado civil; 6.º) certos princípios básicos do direito hereditário como os relativos à legítima e o que proíbe os pactos sobre sucessão futura; 7.º) as leis relativas à composição do domínio público; 8.º) os princípios fundamentais do direito da propriedade; 9.º) as leis monetárias; e 10) a proibição do anatocismo”.

Delimitar o conceito de bons costumes é tarefa difícil, já que não há expressões gerais para defini-lo. Pode-se considerar como bons costumes as regras e princípios que traçam a norma de conduta dos indivíduos nas relações sociais. Em razão da dificuldade em formular um conceito, assim como fez com as normas de ordem pública, Orlando Gomes

⁸ Liberalismo

(2008, p. 29), exemplifica os contratos contrários aos bons costumes, considerando como tais, dentre outros:

“1.º) os relativos à exploração de casas de tolerância; 2.º) os concernentes às relações entre concubinários; 3.º) os que têm por objeto a corretagem matrimonial; 4.º) os que dizem respeito ao jogo; 5.º) os que objetivam a venda ou o comércio de influência; 6.º) os que consagram, sob qualquer forma, a usura no mútuo”.

Entretanto, a existência dessas limitações à liberdade contratual não foi suficiente para coibir a prática de abusos. Com a massificação das relações sociais, os contratos, muitas vezes, não resultam de um livre debate sobre as condições do negócio, ou seja, de um livre acordo de vontade. Pelo contrário, são consequências da imposição de todos os termos do negócio por apenas uma das partes, motivo pelo qual o dogma da autonomia da vontade passar a ser apenas fictício.

Para Cláudia Lima Marques (2004, p. 223),

“No campo prático dos fatos, com a proliferação dos contratos de massa, principalmente dos contratos de adesão, a liberdade contratual já se encontrava limitada. Ao contrário do que se acreditava, o dogma da liberdade contratual tornou-se uma ficção – em liberdade de um e opressão do outro – assim como a esperada livre concorrência não foi suficiente para conduzir a resultados aceitáveis”.

“Com efeito, o contrato tornou-se uma operação conduzida, ora por um dos contratantes, mediante a imposição de suas condições ao outro, ora pelo Poderes Públicos, nas figuras do legislador e do juiz”. (BELMONTE, 2002, p. 66)

Em virtude disso, o Estado passa a atuar na edição de leis – até então supletivas - que passam a ter caráter imperativo, inderrogáveis até mesmo pela vontade das partes, limitando a liberdade de contratar. Como consequência, a vontade deixa de ser autônoma, e a liberdade de contratar se retrai.

“A suposição de que a igualdade formal dos indivíduos asseguraria o equilíbrio entre os contratantes, fosse qual fosse a sua condição social, foi desacreditada na vida real. O desequilíbrio tornou-se patente, principalmente no contrato de trabalho, gerando insatisfação e provocando tratamento legal completamente diferente, o qual leva em consideração a desigualdade das partes. A interferência do Estado na vida econômica implicou, por sua vez, a limitação legal da *liberdade de contratar* e o encolhimento da esfera de *autonomia privada*, passando a sofrer crescentes cortes, sobre toda, a *liberdade de determinar o conteúdo* da relação contratual. A crescente complexidade da vida social exigiu, para amplos setores, *nova técnica de contratação*, simplificando o *processo de formação*, como sucedeu visivelmente nos contratos em massa, e se acentuando o fenômeno da despersonalização”. (GOMES, 2008, p. 8)

Essa atuação estatal, já tratada no início deste capítulo, recebe o nome de dirigismo estatal, e tem como principais reflexos no Brasil a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, resultante dos preceitos constitucionais previstos nos artigos 5.º, inciso XXXII e 170, inciso V, bem como do disposto no artigo 48 das Disposições

Constitucionais Transitórias. A limitação da liberdade de contratar, portanto, pode ser atribuída à atuação do Estado nas relações entre particulares, com objetivo de fazer prevalecer o interesse público sobre o privado e às exigências do bem estar social.

Nesse contexto, a doutrina da concepção social do contrato emerge como forma de buscar o equilíbrio das relações sociais, a partir da limitação da vontade, com o fim de atender ao interesse coletivo (social), o qual prevalecerá sobre o interesse particular. Acerca do assunto, justificando a limitação da liberdade de contratar, Fernando Noronha (2003, p. 28) leciona:

“o interesse fundamental da questão da função social das obrigações está em despertar a atenção para o fato de que a liberdade contratual (ou mais amplamente, a autonomia privada) não se justifica, e deve cessar, quando afetar valores maiores da sociedade, supra-contratuais, e, além disso, e agora no âmbito estritamente contratual, também deve sofrer restrições quando conduzir a graves desequilíbrios entre os direitos e obrigações das partes, que sejam atentatórios de valores de justiça, que também têm peso social. É isto que se pretende significar quando se diz que nos contratos o interesse do credor tem de ser legítimo, para ser digno de tutela jurídica”.

Segundo Paulo Roberto Froes Toniazzo (2008, p. 103):

“Há, sem dúvida, uma alteração fundamental na ordem jurídica com a colocação da prioridade social sobre o interesse individual. A Liberdade de Contratar, antes intocável na visão individualista, como faculdade do contratante, passa agora a ser dirigida por uma Função Social, objetivamente considerada, constituindo-se, na verdade, em um dever social de quem possui maior riqueza”.

“Nesse contexto, os bons costumes, padrões de comportamento social, profissional ou moral aferíveis na Sociedade em que está inserido o Contrato, assim como os interesses difusos e coletivos e as regras pertinentes ao comércio, à economia de mercado e ao meio ambiente, passam a assumir fundamental relevância para a definição do que seja ou não contrário à Função Social do Contrato, na medida em que práticas não condizentes com a moralidade social e que, por consequência, afrontam a opinião pública”.

A Função Social do contrato, dessa forma, restringirá a liberdade de contratar, não só na escolha do contratante, mas também na forma de contratar e na definição do conteúdo do contrato. Para José Lourenço (2001, p. 82), a limitação da liberdade contratual pode ocorrer em quatro situações:

“a) nos casos em que o conteúdo do contrato está previamente preparado, em todo ou em parte, por apenas um dos contratantes, de tal forma que ao outro está impedido de discutir seu conteúdo – exemplo típico são os contratos de adesão; b) as hipóteses em que a liberdade de determinar o conteúdo do contrato estão restritas em virtude do respeito devido às normas jurídicas imperativas, às normas jurídicas corporativas e à política econômica planificada, as quais restringem o número de normas jurídicas dispositivas ou supletivas; c) as situações em que se limita a liberdade em contratos que pretendam realizar interesses não merecedores de tutela jurídica, como os de objeto ilícito, de objeto impossível ou em flagrante fraude à lei; e d) os casos dos contratos que disciplinam contrariamente às normas de ordem pública”.

Por outro lado, para atingir seu objetivo de promover a Justiça Social, o Estado pode, além de regular os conteúdos dos contratos, impor aos particulares a obrigatoriedade de contratar. Nas palavras de Cláudia Lima Marques (2004, p. 223), “Em casos de serviços imprescindíveis, como água, luz, transporte, fala-se mesmo em obrigação de contratar, assim também, no caso de seguros tornados obrigatórios, por permanecer a liberdade de escolha do parceiro, mas não a de redigir ou não o contrato”. Como exemplo de obrigações de contratar, impostas pela lei, destaca-se o caso do seguro obrigatório (citado pela doutrinadora acima), exigido dos proprietários de veículos. Sua contratação é imposta pela lei e sua função social é garantir o amparo às vítimas de acidentes de trânsito.

Essa obrigação de contratar como justificativa para se promover a função social não é aplicada apenas aos particulares, uma vez que atinge o próprio Estado e outros entes prestadores de serviços públicos. Conforme leciona Paulo Roberto Froes Toniazzo (2008, p. 106),

“[...] a Função Social do Contrato retira do Estado e das concessionárias, cessionárias ou autorizadas de serviços públicos, especialmente os explorados sob forma de monopólio, a Liberdade de Contratar, *latu sensu*, ou seja, de escolher com quem contratar, de modo que, todos que preencham os pressupostos de utilização dos serviços públicos, devem ser atendidos, sem qualquer forma de discriminação”.

Do mesmo modo, a escolha do tipo contratual também é afetada. Nas palavras de Alinne Arquette Leite Novais (2001, p. 92):

“A liberdade de escolha do tipo contratual, a qual ‘refere-se à possibilidade de escolher, dentre um ou mais modelos ou tipos de contratos que a lei regula, o que melhor convenha à específica situação das partes, à derrogação de normas de um tipo, ou ainda, à possibilidade de interligar ou misturar tipos legais, construindo um novo modelo ou tipo de contrato’, também se vê limitada, quando a lei impõe um determinado tipo para uma relação contratual”.

Em razão do princípio da função social do contrato, a liberdade de contratar deve ser exercida de acordo com os interesses sociais, os quais prevalecerão sobre os interesses individuais. Aparecido Hernani Ferreira (2003, p. 85), valendo-se dos ensinamentos de Paulo Luiz Netto Lôbo, ensina:

“A função exclusivamente individual do contrato é incompatível com o Estado Social, caracterizado, sob o ponto de vista do direito, como já vimos, pela tutela explícita da ordem econômica e social na Constituição. O art. 170 da Constituição brasileira estabelece que toda a atividade econômica – e o contrato é o instrumento dela – está submetida à primazia da justiça social. Não basta a justiça comutativa que o liberalismo entendia como exclusiva aplicável ao contrato. Enquanto houver ordem econômica e social haverá Estado social; enquanto houver Estado social haverá função social do contrato”.

Essa necessidade de observância de uma função social faz com que o contrato que não obedecer à sua função social poderá, ou melhor, deverá ser revisto, a fim de se adequar

aos preceitos legais e cumprir com sua função social, sob pena de ser anulado. Sílvio de Salvo Venosa (2001, p. 376) afirma: “o contrato não é mais visto pelo prisma individualista de utilidade para os contratantes, mas no sentido social de utilidade para a comunidade. Nesse diapasão, pode ser coibido o contrato que não busca essa finalidade”.

Conforme já tratado neste capítulo, a lei, também, desponta como limitadora da liberdade de contratar, ao determinar que os contratantes deverão respeitar os limites da função social, sob pena de invalidade do contrato. Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor desponta como consequência da intervenção do Estado a fim de promover a justiça social, limitando o espaço reservado à liberdade de contratar. Já em seu primeiro artigo, o Código de Defesa do Consumidor já deixa expresso seu real objetivo, qual seja, de estabelecer “normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”.

Posteriormente, em seus artigos, referido diploma traz diversos preceitos legais que devem ser respeitados, sob pena de sua inobservância caracterizar práticas abusivas (Seção V, artigos 39 a 41, do CDC). Além disso, mencionado código também trará normas de proteção contratual (Capítulo VI, artigos 46 a 54, do CDC), com destaque para a exposição de cláusulas abusivas, que serão tratadas posteriormente, neste capítulo.

No mesmo sentido, dispôs o Código Civil de 2002, em seu artigo 2.035, ao estabelecer que “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”. Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho (2009, p. 36):

“A função social referida na lei é uma limitação da liberdade de contratar, no sentido da invalidade dos contratos que não a cumprem. Tanto assim que considera o Código, numa regra de caráter transitório, que o contrato sem função social é nulo por contrariar norma de ordem pública (art. 2.035, parágrafo único)”.

Nesse caso, percebe-se

“[...] que a intervenção do Estado social nas relações contratuais tem como fundamento a tutela do contratante hipossuficiente, para que este não seja, por sua posição de inferioridade, compelido a se submeter a situações e cláusulas abusivas que o coloquem em desvantagem exagerada. Para tanto, o Estado impõe a observância, para o contratante mais forte e poderoso, de certas regras de conduta, cuja desobediência acarreta sanções de diversas naturezas”. (NOVAIS, 2001, p. 92)

Portanto, além dos limites já existentes à liberdade de contratar – moral e bons costumes – a função social do contrato, bem como o dirigismo estatal, com a edição de leis

com caráter imperativo, surgem como novas formas de limitação e, sua inobservância, deverá acarretar na invalidade do pacto.

3.3 LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE

A autonomia da vontade teve seu apogeu no Estado Liberal, cuja teoria contratual era pautada na concepção clássica do contrato. Conforme mencionado no primeiro capítulo deste trabalho,

“O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Têm as partes a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do Estado”. (GONÇALVES, 2008, p. 20)

Logo,

“A noção clássica de contrato tem por paradigma uma concepção voluntarista consagrada no Código Napoleônico de 1804, e traduz uma ideologia, a da liberdade de contratar e da igualdade entre os contratantes. Essa noção influenciou no processo de codificação de vários países elaborados na seqüência do Código Napoleônico, inclusive o Código Civil brasileiro de 1926, que vigorou entre nós até 2003. Nessa concepção, os únicos óbices à vontade deste indivíduo livre seriam a ordem pública e os bons costumes, outros limites somente poderiam derivar da própria vontade do contratante”. (MARQUES (coord.), 2007, p. 462)

Contudo, a concepção clássica do contrato perdeu força, vigorando, atualmente, a concepção social do contrato. Essa nova concepção é orientada não só para o momento da sua celebração, mas também para os efeitos do contrato na sociedade, na qual a condição econômica e social das partes ganha importância.

Além de limitar a liberdade contratual, a função social do contrato e as leis imperativas influenciaram, também, no dogma da autonomia da vontade. As variáveis que influenciaram a autonomia da vontade são as mesmas já tratadas anteriormente, pelo que, a fim de se evitar repetições desnecessárias, neste tópico, buscar-se-á, tão somente, demonstrar as influências da função social do contrato na autonomia da vontade.

O dogma da autonomia de vontade permanece no ordenamento, contudo, à procura do equilíbrio contratual, a lei destaca-se como limitadora, protegendo os interesses sociais e os princípios, como a boa-fé. Dessa forma, as partes poderão, ainda, manifestar de

forma livre sua vontade (autonomia da vontade), mas o espaço reservado a essa autonomia será reduzido por normas imperativas, como as normas do Código de Defesa do Consumidor, as quais se despontam como verdadeiras limitadoras da liberdade contratual (autonomia vontade) e da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), haja vista que o núcleo do contrato deixa de ser a vontade das partes, passando a ser o interesse social. (VENOSA, 2001, p. 390).

Pode-se afirmar, portanto, que “O *dirigismo contratual* diminuiu e restringiu a autonomia da vontade, em virtude da elaboração de uma série de normas legislativas, fixando princípios mínimos que os contratos não podem afastar [...]” (WALD, 2009, p. 211).

Segundo Adriana Mandim Theodoro de Mello (2002, p. 16),

“O Estado legislador intervém na autonomia da vontade toda vez que vislumbra a ameaça de violação direta ou indireta dos valores sociais consagrados em princípios maiores do ordenamento jurídico, manifestada pela dominação econômica de um contratante sobre os demais; ou quando esse poder econômico é capaz de ameaçar a econômica popular, a livre concorrência, as liberdades e garantias individuais e sociais, a autonomia e a soberania do estado. Mas também atua o Estado de forma a incentivar determinadas espécies de contratos que favoreçam o desenvolvimento econômico e social da nação, e que lhe permita competir no mercado internacional, atraindo riqueza, investimentos e capital estrangeiro para o país”.

A partir da nova realidade social, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, e, principalmente, com a nova concepção do contrato, o princípio da função social se impõe como o “novo” princípio a ser observado pelo intérprete na celebração e interpretação dos contratos. A função desse princípio será, exatamente, a de limitar a autonomia da vontade, quando o seu exercício esteja em confronto com o interesse social. Nesse sentido, valendo-se das lições de Caio Mário, Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 5) ensina:

“Segundo CAIO MÁRIO, a função social do contrato serve precipuamente para limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar, como ocorre nas hipóteses de contrato obrigatório. Tal princípio desafia a concepção clássica de que os contratantes tudo podem fazer, porque estão no exercício da autonomia da vontade. [...]”.

Essa limitação da autonomia da vontade justifica-se, principalmente, em razão da massificação das relações contratuais, bem como em função do domínio econômico de grandes empresas, as quais se utilizam dos métodos de contratação em massa, colocando os particulares em situação de desvantagem. Nesses contratos, as cláusulas são pré-redigidas pelo fornecedor do bem ou do serviço, restando ao consumidor aceitar as condições do contrato, ou não, restringindo sobremaneira sua vontade. Segundo Fabiana Rodrigues Barletta (2002, p. 97):

“A massificação das relações contratuais tem como consequência uma relevante queda no valor da vontade emitida contratualmente, pois, na maioria das vezes, os contratos são elaborados pelo empresário fornecedor do produto ou do serviço, utilizando-se de um modelo padronizado, comum para todos os pretensos aderentes, os quais também não gozam da possibilidade de discutir as cláusulas impostas. Em face disso, ou o aderente emite sua *vontade*, sensivelmente enfraquecida por todas essas circunstâncias, ou simplesmente não a emite, deixando, portanto, de usufruir de um produto ou de um serviço, muitas vezes, essencial para si”.

Verifica-se, então, uma preocupação da lei em proteger o aderente (consumidor), uma vez que sua declaração de vontade é estritamente enfraquecida, pois se restringe em aderir às cláusulas contratuais previamente elaboradas. Nesse contexto, observa-se que

“A autonomia da vontade, outrora núcleo absoluto e ilimitado da negociação jurídica, graças ao individualismo, cedeu lugar, então, ao princípio da proteção do hipossuficiente. [...] A limitação ao princípio da autonomia, já existente pela *fattispecie*, no sistema clássico, persiste relacionada às necessidades da parte, limitadas pelo interesse público que levou à edição da lei que determina o âmbito de abrangência da vontade individual”. (LISBOA, 2000, p. 85)

Por sua vez, Francisco Ricardo Sales Costa (2007, p. 102) afirma que a autonomia da vontade será exercida sob a vigilância legal e, ainda, que o negócio jurídico celebrado não terá os efeitos que os declarantes pretendem, mas sim aqueles que a lei determinar. Para o doutrinador,

“Nesse novo ambiente sociojurídico (que prestigia a dignidade da pessoa humana de assento constitucional) a função social do contrato tendo como seus fiéis escudeiros os princípios da vulnerabilidade, da equidade e da boa-fé objetiva, a autonomia privada não pode ser entendida senão como um direito relativo mantido sob atentíssima vigilância estatal, de tal sorte que nas relações de consumo a autonomia privada se configura muito mais nas possibilidades contratuais permitidas pelo Estado do que no poder da vontade: “[...] o negócio jurídico não tem, exatamente, os efeitos que o declarante quer que tenha; ele terá os efeitos que o ordenamento jurídico admite que o que foi querido possa ter” (COSTA, 2007, p. 102).

Além disso, a limitação da autonomia da vontade, considerando o contexto do Estado Social, justifica-se, também, como forma de se estabelecer um equilíbrio entre os interesses individuais e os interesses sociais. Com esse objetivo, a lei impõe limites à autonomia da vontade dos particulares, para que eles, no exercício de seus direitos, não extrapolem certos limites ou celebrem contratos contrários ao interesse social. Referindo-se aos ensinamentos de J. M. Othon Sidou. Mariana Ribeiro Santiago (2005, p. 98) afirma que a lei não pode permitir ampla liberdade de contratar ao indivíduo, pois, caso o faça, permitirá a ele agir por índole, no interesse próprio, e não social.

Posteriormente, a citada doutrinadora leciona:

“na verdade, a função social do contrato é, como visto anteriormente, também uma consequência da necessidade de se limitar o individualismo característico da visão tradicional da autonomia privada, para que se restabeleça um equilíbrio entre o elemento individual e o elemento social. O próprio Miguel Reale, ao justificar a inserção do artigo do Código Civil de 2002 sobre a função social do contrato logo

como primeiro artigo, como preâmbulo do direito contratual, afirma que, apesar de o contrato ser produto da autonomia da vontade, essa vontade não pode ser incontrolada, devendo haver uma correlação entre o valor do indivíduo e o valor da coletividade, uma vez que é na sociedade que será executado o receberá uma razão de equilíbrio e medida”. (SANTIAGO, 2005, p. 98-99)

Para Cláudia Lima Marques (2004, p. 154):

“No novo conceito de contrato, a equidade, a justiça, veio ocupar o centro da gravidade, em substituição ao mero jogo de forças volitivas e individualistas que, na sociedade de consumo, comprovadamente só levava ao predomínio da vontade do mais forte sobre a do vulnerável. É o que o novo Código Civil denomina ‘função social do contrato’, novo limite ao exercício da autonomia da vontade”.

Portanto, pode-se afirmar que

“A sensível alteração dos paradigmas contratuais no direito do consumidor tem provocado uma leitura diferente por parte dos intérpretes, ora com posições mais avançadas quanto à reformulação dos princípios contratuais em homenagem aos novos valores trazidos para o interior da relação contratual disciplinada pela legislação consumerista, ora com a adoção de uma visão mais cautelosa do desenho contratual e suas conseqüências, em homenagem ao princípio da segurança”. (COSTA, 2007, p. 103)

Não obstante atuar diretamente na relativização do dogma da autonomia da vontade e na liberdade de contratar, a função social do contrato terá efeitos, também, no princípio da força obrigatória dos contratos – *pacta sunt servanda* – o qual poderá ser revisto, caso o contrato não atenda aos fins sociais, conforme será tratado no item a seguir.

3.4 LIMITAÇÃO DA FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS.

Conforme mencionado no primeiro capítulo deste trabalho, a concepção clássica do contrato tinha como fundamento o princípio da autonomia da vontade. Desse princípio, decorrem outros dois, quais sejam, o da liberdade contratual e o da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*).

Pelo princípio da força obrigatória dos contratos, uma vez celebrado o contrato, as obrigações constantes nele deveriam ser cumpridas pelos contratantes, independentemente das circunstâncias. Para Sílvio de Salvo Venosa (2001, p. 376) “essa obrigatoriedade forma a base do direito contratual. O ordenamento deve conferir à parte instrumentos judiciais para obrigar o contratante a cumprir o contrato ou indenizar pelas perdas e danos. Não tivesse o contrato força obrigatória estaria estabelecido o caos”.

Era essa, justamente, a concepção tradicional do contrato, para a qual o contrato era sempre justo, pois era consequência da manifestação da vontade de dois parceiros, em posição de igualdade, e deveria ser cumprido sempre. Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira (1997, p. 6) “o princípio da força obrigatória do contrato significa, em essência, a irreversibilidade da palavra empenhada”. No mesmo sentido, Maria Helena Diniz (1994, p. 30) conclui que “o contrato, uma vez concluído livremente, incorpora-se ao ordenamento jurídico, constituindo uma verdadeira norma de direito”.

Por essas razões, para a teoria da concepção clássica do contrato era inadmissível que situações supervenientes, capazes de causar o rompimento no equilíbrio contratual, pudessem justificar a revisão do pacto.

Contudo, com a evolução do comércio e a transformação da sociedade, principalmente após a Revolução Industrial, a força obrigatória dos contratos foi flexibilizada. Principalmente, após a Primeira Guerra Mundial, momento em que os países europeus editaram leis que possibilitavam revisar os contratos envolvendo negócios jurídicos prejudicados pelo estado de guerra. Sobre o assunto, Alinne Arquette Leite Novais (2001, p. 61) leciona:

“Com o advento da Primeira Guerra Mundial, já no início do século XX, mas ainda com as concepções vigorantes no século anterior, verificaram-se situações de completo desequilíbrio para os contratos a longo prazo, acarretando onerosidade excessiva para um dos contratantes e gerando grandes benefícios para o outro. Diante disso, na França foi elaborada a Lei *Failliot*, de 21 de maio de 1918, que ‘consagrou, de modo nítido, o princípio da *revisão*, dispondo que os contratos mercantis estipulados antes de 1.º de agosto de 1914, cuja execução se prolongasse no tempo, poderiam ser revolvidos se, em virtude do estado de guerra, o cumprimento das obrigações por parte de qualquer contratante lhe causasse prejuízos cujo montante excedesse de muito a previsão que pudesse ser feita, razoavelmente, ao tempo de sua celebração’, ‘ao mesmo tempo, imaginou-se na Inglaterra a doutrina da *Frustration of Adventure*; retomou-se na Itália a cláusula *rebus sic stantibus*’. Assim, tentou-se reconstruir por toda parte o mecanismo de proteção do contratante contra a excessiva onerosidade superveniente”.

Diante disso, verifica-se que a cláusula *rebus sic stantibus* faz surgir a chamada Teoria da Imprevisão, através da qual a onerosidade resultante de acontecimentos imprevisíveis poderia afastar a força obrigatória dos contratos validamente celebrados, cujos efeitos se protraíssem no tempo. Como requisitos para aplicação da citada teoria era necessário que os contratos fossem de execução continuada⁹, ou diferida¹⁰; que o fato

⁹ Como contrato de execução continuada, entende-se aqueles que se protraem no tempo. Para Sílvio de Salvo Venosa (2001, p. 433), os contratos são de execução continuada quando “as relações das partes desenvolvem-se por um período mais ou menos longo, devido à própria natureza da relação”, citando, como exemplo, o contrato de locação, de seguro, de mútuo etc.

justificador da revisão fosse um fato imprevisível, extraordinário, ou seja, que no momento da celebração do contrato as partes não poderiam prever o seu acontecimento; e que a ocorrência desse fato causasse um desequilíbrio contratual, em razão da onerosidade excessiva para uma das partes. (SANTIAGO, 2005, p. 57)

Após a Segunda Guerra Mundial, as massificações das relações contratuais intensificaram-se, envolvendo a contratação de produtos e serviços de acordo com as novas formas de contratar (tratadas no capítulo anterior), nas quais as regras e as cláusulas contratuais eram previamente elaboradas por uma das partes, em detrimento da outra. A Teoria da Imprevisão mostrava-se inadequada para a resolução dessa desigualdade – uma vez que era aplicável quando presentes os requisitos vistos anteriormente - e, sem respaldo no direito positivo, havia a necessidade dos julgadores recorrerem aos princípios gerais do direito e à equidade. (ALMEIDA, 2008, p. 173-174)

Em resposta à situação acima, com o objetivo de restabelecer o equilíbrio contratual e garantir a função social do contrato, no Brasil, o Código de Defesa do Consumidor desponta como principal instrumento legal para garantir a revisão, ou resolução, dos contratos. Referido diploma, em seu artigo 6.º, V, estabeleceu como um direito básico do consumidor “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”. Para João Batista de Almeida (2008, p. 174):

“Esse panorama, contudo, foi completamente alterado em face da vigência do CDC, que, além de sancionar de nulidade absoluta as cláusulas abusivas (art. 51, seus incisos e parágrafos), definiu como direito básico do consumidor ‘a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas’ (art. 6.º, V)”.

“Assim agindo, o legislador acolheu toda aquela construção doutrinária e jurisprudencial solidificada ao longo dos últimos anos, no sentido de restabelecer o equilíbrio contratual, modificando-lhe as cláusulas ou determinando sua revisão, num verdadeiro ato de intervenção estatal na área dos contratos”.

Novamente, como consequência da nova concepção de contrato, a lei se destaca como limitadora dos interesses privados, com o intuito de garantir a função social. “A vontade continua essencial à formação dos negócios jurídicos, mas sua importância e força diminuíram, levando à relativização da noção de força obrigatória e intangibilidade do conteúdo do contrato” (MARQUES, 2004, p. 227).

¹⁰ Segundo Fábio Ulhoa Coelho (2009, p. 50), o contrato de execução diferida é uma espécie do contrato instantâneo. Para ele, “a execução é diferida quando ocorre em momento não coincidente com o da constituição do contrato. ainda é um ato só a ser praticado por cada contratante ao adimplir a obrigação contraída.

O princípio da força obrigatória dos contratos, traduzido na imutabilidade das obrigações contratadas, diante da nova concepção de contrato e das normas inseridas no Código de Defesa do Consumidor sofre novas limitações. Os julgadores passaram a se valer do disposto no art. 6.º, V, do Código de Defesa do Consumidor para controlar o conteúdo do contrato, podendo suprimir as cláusulas que deixem o consumidor em desvantagem. “Assim, também, a vontade das partes não é mais a única fonte de interpretação que possuem os juízes para interpretar um instrumento contratual”. (MARQUES, 2004, p. 227)

A importância do Código de Defesa do Consumidor também está no fato de que, para que o contrato seja revisto, flexibilizando o princípio da força obrigatória dos contratos, não há necessidade de que estejam presentes os requisitos previstos pela Teoria da Imprevisão, mas apenas que haja prestações desproporcionais no contrato, por exemplo. Logo, não importa se as partes contratantes poderiam prever, ou não, os acontecimentos causadores da desproporcionalidade, já que a sua presença, desde que impossibilite ou onere o cumprimento da contraprestação, autoriza a revisão do pacto. Nas palavras de Rizzatto Nunes (2009, p. 147):

“Na sistemática do CDC não há necessidade desse exercício todo. Para que se faça a revisão do contrato, basta que *após* ele ter sido firmado surjam fatos que o tornem excessivamente oneroso. Não se pergunta, nem interessa saber, se, na data de seu fechamento, as partes podiam ou não prever os acontecimentos futuros. Basta ter havido alteração substancial capaz de tornar o contrato excessivo para o consumidor”.

“Esse princípio, que é fundamental, tem por base as características da relação de consumo, fruto da proposta do fornecedor, que assume integralmente o risco de seu negócio e que detém o conhecimento técnico para implementá-lo e oferecê-lo no mercado”.

Pode-se afirmar que

“O artigo retro citado aplica-se, restritivamente, às relações de consumo, e vai além da teoria da imprevisão, adotando a referida teoria da base do negócio jurídico, haja vista não exigir como requisito essencial para a revisão contratual que o desequilíbrio seja causado por fato imprevisível. A previsibilidade das alterações, nesse caso, não obsta a revisão. Dessa forma, pode-se considerar o âmbito de incidência do art. 6.º, do CDC, ainda mais amplo do que o do art. 478, do Código de 2002”. (SANTIAGO, 2005, p. 59)

A Teoria da Imprevisão foi recepcionada pelo Código Civil de 2002, em seu artigo 478, que dispõe:

“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 que a decretar retroagirão à data da citação”.

Do mesmo modo, ao tratar das obrigações, estabelece o artigo 317 do referido diploma: “Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”. Considerando os dispositivos retro, pode-se afirmar que o Código Civil de 2002 adotou a chamada Teoria da Imprevisão (SANTIAGO, 2005, p. 57).

Por essas razões, a nova concepção do contrato e o dirigismo estatal têm como consequência, além da função social do contrato, a limitação (relativização) dos princípios tradicionais da teoria contratual clássica (liberdade contratar, autonomia vontade e força obrigatória dos contratos). Especificamente com relação à limitação da força obrigatória dos contratos, o Código de Defesa do Consumidor, embora de aplicação restrita às relações de consumo – as quais serão tratadas a seguir - desponta como principal norma a ser observada quando da revisão dos contratos, pois não exige a presença dos requisitos estabelecidos pela Teoria da Imprevisão. A não exigência é justificada pelo objetivo da legislação consumerista, a de proteger a parte mais fraca na relação de consumo, visando a garantir o exercício de seus direitos, bem como fazer com que o contrato cumpra com sua função social.

Analisados os aspectos acima, ressalta-se que eles não serão aplicados a todas as relações contratuais, já que sua aplicação é restrita às relações de consumo, motivo pelo qual resta verificar quais relações contratuais se enquadram no conceito de “relação de consumo”.

3.5 CONTRATOS SUBMETIDOS À APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

Diante da nova concepção de contrato e da massificação das relações contratuais, tornou-se necessária a atuação do Estado na elaboração de leis de ordem pública e no controle dos conteúdos dos contratos para restaurar o equilíbrio contratual e garantir a justiça social. Nesse contexto, o Código de Defesa do Consumidor desponta como principal regramento do mercado de consumo, no direito brasileiro.

Sua promulgação teve como objetivo coibir os abusos praticados pela parte contratante mais forte, que se aproveitava da massificação das relações contratuais para impor sua vontade no contrato, restringindo a vontade do outro contratante. Por isso, buscou-se restabelecer o equilíbrio entre as partes contratantes, através da edição de normas protetivas – como a enumeração de direitos básicos, as tutelas específicas, a nulidade das cláusulas abusivas, etc. (ALMEIDA, 2008, p. 139)

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990), conforme explícito no próprio nome da legislação, destina-se a regular as relações contratuais envolvendo o consumidor e o fornecedor. Logo, não há dúvidas quanto à aplicação da mencionada legislação quando se tratar de uma relação de consumo. Aline Arquette Leite Novais (2001, p. 112), tratando especificamente da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de adesão, leciona: “Portanto, a princípio temos como indiscutível a aplicação da tutela específica do contratante aderente quando este for um consumidor, ou seja, quando a relação contratual formada for uma relação de consumo, nos moldes do estabelecido no CDC”. (grifo nosso)

O critério, portanto, para definir qual relação será submetida ao Código de Defesa do Consumidor, ou não, será a análise da relação jurídica em si, ou seja, se se trata de uma relação de consumo ou não. Para enquadrar uma relação jurídica como relação de consumo, segundo Roberto Senise Lisboa (2000, p. 296-297), é necessária a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

- “a) em um dos pólos da relação se encontrar sujeito de direito ou ente despersonalizado que venha a se enquadrar na situação jurídica de *fornecedor*”;
- “b) no outro pólo da relação jurídica se encontrar sujeito de direito que venha a se enquadrar na situação jurídica de *consumidor*”;
- “c) o objeto mediato da relação jurídica for um *produto* ou um *serviço*”.

O doutrinador citado conclui o raciocínio ao afirmar que “ausente um desses requisitos, a relação jurídica em questão não será de consumo, porém, de outra espécie (civil, comercial, administrativa, trabalhista, tributária)”. (LISBOA, 2000, p. 297)

No mesmo sentido, leciona Maria Stella Gregori (2007, p. 87):

- “O CDC trata das relações jurídicas de consumo, concentrando em si a regulação de aspectos civis, penais, administrativas e processuais relativos à matéria. Além de assegurar direitos individuais, o Código teve por objetivo precípuo assegurar os direitos coletivos”.
- “A matéria regulada pelo Código de Defesa do Consumidor é a relação de consumo, assim entendida a relação jurídica existente entre dois sujeitos: o consumidor e o fornecedor, tendo por objeto a aquisição de produtos ou a utilização de serviços”.

Diante disso, pode-se dizer que a relação de consumo é uma relação bilateral, na qual em uma das pontas figura o fornecedor, e na outra, o consumidor, cujo objeto é o fornecimento de um produto ou de serviço. Contudo, a simples constatação de que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às relações envolvendo consumidores e fornecedores, por si só, é insuficiente, uma vez que se faz necessária conceituar as figuras retro mencionadas, bem como definir quais seriam os bens e serviços que se enquadram na relação em estudo. Nas palavras de Cláudia Lima Marques (2004, p. 252):

“Para identificarmos quais são os contratos submetidos às novas normas de Código é necessário ter uma visão clara do campo de aplicação desta lei, tanto *ratione personae*, definindo quem será considerado *consumidor* e quem são os *fornecedores* de bens e serviços, quanto *ratione materiae*, incluindo ou excluindo contratos especiais, como os de trabalho, contratos administrativos, ou as técnicas especiais de contratação, aqui referidas, como os contratos de adesão e as condições gerais dos contratos”.

Embora não seja papel do legislador definir conceitos, campo, via de regra, reservado para a doutrina, o Código de Defesa do Consumidor estabelece o conceito de consumidor no seu artigo 2.º: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Extrai-se do artigo citado que tanto a pessoa jurídica quanto a pessoa natural podem se enquadrar no conceito de consumidor, desde que utilizem do serviço e do produto como “*destinatário final*”. Logo, o cerne da questão para definir quem será consumidor ou não é a análise da expressão *destinatário final*, e é justamente essa interpretação que tem causado divergência na doutrina, que se divide em duas correntes, atualmente: finalistas e maximalistas.

A divergência é evidenciada quando, por exemplo, uma pessoa natural ou jurídica, embora adquira um produto como destinatária final, utilize esse produto na sua atividade comercial, situação que, para os finalistas, não se enquadra no conceito de fornecedor, e, para os maximalistas, enquadra-se. Dessa forma, uma pessoa natural, comum, que adquire um veículo ou um computador para uso pessoal, enquadra-se, perfeitamente, na concepção de consumidor. Por outro lado, uma empresa que adquire o mesmo veículo e o mesmo computador, o primeiro para utilizar no transporte de visitantes e o segundo para utilização no seu escritório para desenvolvimento da atividade comercial, dependendo da corrente a ser adotada, poderia (finalistas), ou não (maximalistas), enquadrar-se na concepção de consumidor.

Cláudia Lima Marques (2004, p. 253-254), ao conceituar a expressão “destinatário final”, segundo o enfoque da corrente finalista, afirma:

“Destinatário final é aquele *destinatário fático e econômico* do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação *teleológica* não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência, é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção, cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria a exigida ‘destinação final’ do produto ou do serviço”

Observa-se que essa interpretação restringe a figura do consumidor àquelas pessoas que adquirem um produto para uso próprio, ou de sua família, excluindo o profissional, tendo como foco somente aqueles que necessitam de proteção. Para a doutrinadora acima, essa interpretação assegurará

“[...] um nível mais alto de proteção para estes¹¹, pois a jurisprudência será construída em casos, onde o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo e não sobre casos em que profissionais - consumidores reclamam mais benesses do que o Direito Comercial já lhes concede” (MARQUES, 2004, p. 254).

No mesmo sentido, Roberto Senise Lisboa (2000, p. 300) define consumidor, segundo a corrente finalista, como aquele que “adquirir ou se utilizar de um produto ou serviço como *destinatário final*, ou seja, como sujeito que retira o objeto do mercado de consumo, para uso próprio ou familiar, encerrando, desse modo, a cadeia econômica de consumo”.

Para a corrente maximalista, a interpretação da expressão “destinatário final” é mais ampla, considerando-se consumidor qualquer pessoa, natural ou jurídica, que seja o destinatário fático do bem, ou seja, basta retirar o bem do mercado de consumo, independentemente da destinação a ser dada a ele, para ser considerado consumidor (GREGORI, 2007, p. 108). Segundo Alinne Arquette Leite Novais (2001, p. 128):

“Os maximalistas interpretam o art. 2.º do CDC de forma extensiva, ao contrário dos finalistas, que o interpretam restritivamente. Deste modo, entendem as normas do CDC como um novo regulamento do mercado de consumo, ao passo que institui normas e princípios para os agentes do mercado, tutelando tanto o consumidor não-profissional quanto o profissional. Para esta corrente, o destinatário final seria: *‘destinatário fático* do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome, por exemplo, a fábrica de celulose que compra carros para transporte dos visitantes, o advogado que compra uma máquina de escrever para seu escritório, ou mesmo o Estado quando adquire canetas para uso nas repartições e, é claro, a dona de casa que adquire produtos alimentícios para a família”.

Apesar da existência das correntes doutrinárias acima, ao contrato de plano de saúde, conforme se verá adiante, será aplicado o Código de Defesa do Consumidor,

¹¹ Consumidores não-profissionais.

independentemente da corrente que se utilize, finalista, ou maximalista, motivo pelo qual não serão examinadas profundamente.

Definido o conceito de consumidor previsto no *caput* do artigo 2.º do CDC, cumpre mencionar que o código não prevê apenas esse conceito para o consumidor. Além desse, que, nas palavras de Cláudia Lima Marques (2004, p. 267) se trata do consumidor *stricto sensu*, a legislação consumerista conceitua consumidor no parágrafo único do artigo 2.º e nos artigos 17 e 29, equiparando terceiros, e até mesmo a coletividade, ao consumidor.

Dispõe o parágrafo único do artigo 2.º: “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. Nesse caso, a equiparação expande do conceito individual de consumidor (*caput* do artigo 2.º) para atingir a coletividade, grupo de pessoas, determináveis ou não, que tenham sido expostas ou intervieram na relação e consumo. Exemplificando o conceito acima, Cláudia Lima Marques leciona (2004, p. 291):

“Assim, apesar de não caracterizar como consumidor *stricto sensu*, a criança, filha do adquirente a qual ingere produto defeituoso e vem a adoecer por fato do produto é consumidor-equiparado e beneficia-se de todas as normas protetivas do CDC aplicáveis ao caso. A importância do parágrafo único do art. 2.º é seu caráter de norma genérica, interpretadora, aplicável a todos os capítulos e seções do Código”.

Conforme mencionado pela doutrinadora, o conceito tratado acima tem caráter genérico, já que se encontra no Título I, Capítulo I, “Das Disposições Gerais”, razão pela qual é aplicável a todos os capítulos do código.

Por outro lado, o conceito de consumidor, previsto no artigo 17, tem aplicação restrita à seção em que está inserido, qual seja, a Seção II: “Da Responsabilidade pelo Fato do Produto ou Serviço” (arts. 12 a 17). Estabelece o artigo em comento que “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”. Nesse caso, a norma equipara a consumidor todas as vítimas de um acidente de consumo, ampliando a responsabilidade do fornecedor que colocou o serviço ou produto no mercado. Nas palavras de Alinne Arquette Leite Novais (2001, p. 138):

“Surge, então, uma nova categoria de consumidores equiparados, as vítimas do evento. Assim, o conceito de consumidor é alargado, o que é facilmente justificável pela gravidade dos acidentes de consumo, que podem gerar danos à saúde e à segurança dos consumidores e de terceiros, estes últimos denominados *bystanders* nos países da *common Law*”.

Por fim, dispõe o artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor que “Para os fins deste Capítulo¹² e do seguinte¹³, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas

¹² Capítulo V, “Das Práticas Comerciais”.

determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”. Referido dispositivo equipara todas as pessoas, determináveis ou não, a consumidor, desde que expostas às práticas comerciais como oferta, publicidade, cobrança de dívida, banco de dados e de proteção ao crédito. Segundo João Batista de Almeida (2008, p. 44),

“Nesse caso, não há necessidade de intervenção concreta do consumidor, basta que esteja ele exposto às práticas comerciais abusivas e já será alvo de tutela. Isso ocorre, em regra, para proibir a veiculação de publicidade enganosa, impedindo preventivamente que os consumidores sejam induzidos ao erro no momento da aquisição do produto ou serviço”.

Embora não mencionado acima, em nenhum dos artigos comentados e nem mesmo pelas correntes doutrinárias relativas ao conceito de destinatário final, cabe mencionar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações em que, como consumidor, figure algum ente despersonalizado. Alinne Arquette Leite Novais (2001, p. 124), fundamentando-se nas lições de Fábio Ulhoa Coelho, defende a aplicação da legislação referida ao ente despersonalizado. Para a doutrinadora,

“O conceito legal de consumidor (CDC, art. 2.º), a seu turno, não contém menção aos entes despersonalizados. Contudo, por interpretação analógica, é possível estender-lhes a tutela legal dos consumidores sempre que adquirirem, de exercente de atividade econômica, produtos ou serviços como destinatários finais. Assim, estão sob a égide da proteção próprio dos consumidores, por exemplo, o condomínio horizontal, ao comprar produtos ou serviços de limpeza no supermercado, o espólio, ao contratar aplicação financeira como o banco em que mantém em depósito os seus recursos monetários, o nascituro, ao segurar, por seu representante, os bens em relação aos quais tem expectativa de direito de propriedade, e a massa falida, ao constituir advogado para patrocínio em juízo de ação revocatória”. (NOVAIS, 2001, p. 124)

Demonstrados os conceitos de consumidor, para perfeitamente caracterizar a relação de consumo, resta analisar o conceito de fornecedor, bem como o conceito de bens e de serviços, os quais tem relação direta com o conceito de fornecedor.

Assim como fez ao tratar do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor também definiu o conceito de fornecedor, em seu artigo 3.º, *in verbis*:

“Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

Diferentemente do que ocorre com o conceito de consumidor, a doutrina não debate com frequência o conceito de fornecedor, haja vista a amplitude de atividades englobadas pelo conceito acima. Para melhor compreensão do conceito, necessária sua análise sob duas perspectivas: a primeira, com relação às pessoas que podem ser definidas como

¹³ Capítulo VI, “Da Proteção Contratual”.

fornecedoras; e a segunda, com relação ao objeto da relação, ou seja, as “atividades” desenvolvidas por essas pessoas.

Analisando o primeiro aspecto, dentre as definições doutrinárias de fornecedor, destaca-se a formulada por João Batista de Almeida (2008, p. 45):

“Fornecedor não é apenas quem produz ou fabrica, industrial ou artesanalmente, em estabelecimentos industriais centralizados ou não, como também quem vende, ou seja, comercializa produtos nos milhares ou milhões de pontos-de-venda espalhados por todo o território. Nesse ponto, portanto, a definição de fornecedor se distancia da de consumidor, pois, enquanto esta há de ser o destinatário final, tal exigência já não se verifica quanto ao fornecedor, que pode ser o fabricante originário, o intermediário ou o comerciante, bastando que faça disso sua profissão ou atividade principal. Fornecedor é, pois, tanto aquele que fornece bens e serviços ao consumidor como aquele que o faz para o intermediário ou comerciante, porquanto o produtor originário também deve se responsabilizar pelo produto que lança no mercado de consumo (CDC, art. 18)”.

Pertinente às atividades desenvolvidas, elas podem ser “o fornecimento de produtos” ou a “prestação de serviços”. Produto, conforme disposto no parágrafo 1.º do artigo 3.º do Código de Defesa do Consumidor “é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”. Para Cláudia Lima Marques (2004, p. 326-327), a definição de “fornecimento de produtos” é muito ampla, motivo pelo qual a forma mais fácil para defini-lo seria a exclusão, já que o critério caracterizador do fornecimento de produtos é o desenvolvimento de

“atividades tipicamente profissionais, como a comercialização, a produção, a importação, indicando também a necessidade de uma certa habitualidade, como a transformação, a distribuição de produtos. Estas características vão excluir da aplicação das normas do Código todos os contratos firmados entre consumidores, não-profissionais” (MARQUES, 2004, p. 326-327).

Roberto Senise Lisboa (2000, p. 300-301) define produto como

“qualquer bem suscetível de valoração econômica, pouco importando a classificação a ser adotada (bens reciprocamente considerados e dos bens considerados em si mesmos, conforme os arts. 43 a 64 do CC). Basta que esteja disponível à aquisição ou apropriação, isto é, seja *res in commercio* (art. 69 do CC)”.

Já o conceito de serviço é previsto no parágrafo 2.º do artigo 3.º do Código de Defesa do Consumidor: “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Do texto legal, extrai-se que o serviço é qualquer atividade *remunerada* e não subordinada à *relação trabalhista*, motivo pelo qual ficam excluídas as prestações de serviços gratuitas, ou seja, os “favores”. A lei, ao afirmar apenas que serviço é qualquer atividade remunerada fornecida no mercado de consumo, não fez distinção entre a origem do serviço, se

público ou privado, pelo que, entende-se que ambos se enquadram no conceito de serviço. Nas palavras de Roberto Senise Lisboa (2000, p. 301):

“Qualquer serviço prestado de um fornecedor para um consumidor, mediante remuneração, é considerado objeto da relação de consumo, pouco importando a sua origem. Desse modo, tanto o serviço privado como o serviço público, ainda que efetivado através de entidade particular pelo regime de concessão ou permissão, tornando-se suficiente para caracterização do objeto de consumo que a atividade fornecida seja remunerada”.

A respeito do assunto, ensina João Batista de Almeida (2008, p. 46):

“Dúvida poderia surgir no que tange à prestação de serviços, mas é importante ter sempre em mente que tal prestação será remunerada e não subordinada a vínculo trabalhista. Sendo gratuita, como ocorre, v. g., com atos de camaradagem, e os decorrentes de parentesco e vizinhança, os conhecidos ‘favores’, não será serviço a que a lei empresta tutela. Do mesmo modo, se o serviço é prestado por força de contrato de trabalho, mediante vínculo de subordinação e dependência econômica, estará fora da definição de serviço tal como definido em lei, e, por isso mesmo, submetido à legislação pertinente (CLT). Afora esses aspectos, o próprio legislador cuidou de enumerar algumas atividades que caracterizam a prestação de serviço, como as de natureza bancária, financeira, creditícia e securitária. Tal enumeração, no entanto, é apenas exemplificativa e não exaure o rol de atividades também enquadradas. Outras podem se incluídas, como, por exemplo, a prestação de serviços educacionais e de administração imobiliária, a despeito de entendimento contrário de Othon Sidou”.

Caracterizado o objeto do negócio jurídico como produto ou serviços, nos termos acima, bem como presente de um lado uma parte caracterizada como consumidora e, do outro lado uma parte caracterizada como fornecedora, estar-se-á diante de uma relação de consumo, sujeita à aplicação do Código de Defesa do Consumidor, a despeito de haver outra legislação especial, ou não. O que deve ser analisado é o sistema sobre o qual a relação jurídica estará submetida, já que, dependendo do enfoque, poderá ser enquadrada no campo do Direito Comercial, Direito Civil ou Direito do Consumidor. Nas palavras de Lisboa (2000, p. 310-311):

“Essa é a razão pela qual, por exemplo, o contrato de compra e venda pode ser regido pelo Código de Defesa do Consumidor, pelo Código Civil ou pelo Código Comercial, bastando que se verifique a qual desses sistemas se submete a relação jurídica em questão. Se o vínculo for de consumo, aplica-se diretamente a Lei 8.078/90 e, subsidiariamente, os demais diplomas mencionados, no que não for incompatível: se o liame for de natureza mercantil (por se encontrar presente o ato de mercancia), incidirá diretamente o Código Comercial e, na forma subsidiária, no que não for incompatível, o Código Civil; se a relação, por fim, for meramente privada, sem que os elementos da relação de consumo ou da relação comercial estejam presentes, aplicar-se-á a legislação civil vigente”.

A importância da análise dos elementos presentes na relação jurídica envolvendo os contratantes está no fato de que eles determinarão qual será a legislação aplicável. Uma relação entre duas pessoas naturais, sem habitualidade ou fim econômico, será uma simples relação civil, regulada pelo Código Civil de 2002. Por outro lado, a relação entre uma pessoa

natural, destinatária final de um produto ou serviço, caracterizada como consumidora, e um fornecedor desse produto ou serviço, consoante o exposto nos artigos 2.º e 3.º do CDC, será uma relação de consumo, à qual será aplicada o Código de Defesa do Consumidor e, subsidiariamente, no que for necessário e compatível, o Código Civil de 2002.

Contudo, o fato da relação contratual ser enquadrada como de consumo e, conseqüentemente, ser submetida às disposições do Código de Defesa do Consumidor, por si só, não garante o restabelecimento do equilíbrio contratual, pois, em muitos casos, os contratos de consumo possuem cláusulas abusivas, conforme se verá no item seguinte, as quais devem ser coibidas.

3.5.1 Cláusulas Abusivas.

A evolução e o progresso da sociedade capitalista, em razão das regras de competitividade e livre concorrência, teve com consequência a massificação das relações contratuais, responsável pela prática de injustiças na celebração dos contratos, conforme exposto nos itens anteriores. Essas injustiças, conforme se verá a seguir, estão relacionadas com a existência das chamadas “cláusulas abusivas”, também denominadas pela doutrina de “cláusulas opressivas”, “cláusulas vexatórias”, “cláusulas onerosas” ou “cláusulas excessivas”, utilizadas, via de regra, como instrumentos para a prática da injustiça no campo contratual.

Segundo Diogo L. Machado de Melo (2008, p. 102), “a denominação ‘cláusula abusiva’ não é antiga. No Brasil e na lei, esta nomenclatura foi legitimada com o advento do Código de Defesa do Consumidor. Todavia, a noção de abusividade já era conhecida, fruto das idéias trazidas pelas cláusulas leoninas e pelas condições protestativas [*sic*]”.

No campo da massificação das relações contratuais, o fornecedor, geralmente, prevalece-se de sua situação de superioridade para impor os seus interesses no contrato, inserindo nele cláusulas com o objetivo de adquirir o máximo de vantagem e, conseqüentemente, transferir para a outra parte o máximo de desvantagem. É justamente essa a finalidade das cláusulas abusivas, ou seja, a melhoria na posição contratual do estipulante,

com a transferência da maior parte dos riscos ao aderente. Nas palavras de Cláudia Lima Marques (2004, p. 146):

“O fenômeno da elaboração prévia e unilateral, pelos fornecedores, das cláusulas dos contratos possibilita aos empresários direcionar o conteúdo de suas futuras relações contratuais com os consumidores como melhor lhes convém. As cláusulas contratuais assim elaboradas não têm, portanto, como objetivo realizar o justo equilíbrio nas obrigações das partes, ao contrário, destinam-se a reforçar a posição econômica e jurídica do consumidor que as elabora”.

Essa prática contratual teve como resultado o desequilíbrio contratual, bem como ofensa à nova concepção do contrato, pautada na sua função social, já que essas cláusulas abusivas visam, tão somente, aos interesses do fornecedor, motivo pelo qual se impõe a repressão às cláusulas abusivas. Justifica-se a intervenção estatal como forma de restabelecer o equilíbrio contratual.

“A repressão aberta às cláusulas abusivas constitui forma de intervenção do Estado para controlar o poder econômico e para evitar o desequilíbrio contratual criado pela atuação preponderante de grandes empresas, que, mediante a estipulação unilateral de cláusulas, colocam os consumidores em posição absolutamente desvantajosa”. (SILVA, 2003, p. 59)

Consequência dessa intervenção estatal, o Código de Defesa do Consumidor prevê, em seu artigo 6.º, inciso IV, como direito básico do consumidor, “a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços” (grifo nosso). Para Roberto Senise Lisboa (2000, p. 349):

“Veda-se o uso de cláusulas abusivas, posto que é fundamento das relações de consumo a necessidade do equilíbrio e da harmonia, em benefício da estabilidade socioeconômica da coletividade, de seu desenvolvimento, e da busca de benefícios iguais para os que realizam negócios jurídicos em mesmas bases”.

Ao contrário do que fez com os conceitos de fornecedor e consumidor, o Código de Defesa do Consumidor não definiu o conceito de cláusula abusiva, limitando-se a estipular como um direito básico do consumidor a proteção contra esse tipo de cláusula e, no seu artigo 51, relacionar as cláusulas consideradas abusivas. Dentre os conceitos apontados pela doutrina, destaca-se o formulado por Fernando Noronha (1994, p. 288):

“Essas cláusulas que reduzem unilateralmente as obrigações do predisponente e agravam as do aderente, criando entre elas uma situação de grave desequilíbrio, são as chamadas *cláusulas abusivas*. Podem ser conceituadas como sendo aquelas em que uma parte se aproveita de sua posição de superioridade para impor em seu benefício vantagens excessivas, que destroem a relação de equivalência objetiva pressuposta pelo princípio da justiça contratual (*cláusulas abusivas em sentido estrito ou propriamente ditas*), escondendo-se muitas vezes atrás de estipulações que defraudam os deveres de lealdade e colaboração pressupostos pela boa-fé (*cláusula-surpresa*). O resultado final será sempre uma situação de grave desequilíbrio entre os direitos e obrigações de uma e outra parte”.

Mereceram tratamento especial do Código de Defesa do Consumidor, especificamente no Capítulo IV – Da Proteção Contratual -, Seção II – Das Cláusulas Abusivas. Foram dispostas no artigo 51, cujo *caput* dispõe que “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...]”¹⁴.

Extrai-se do *caput* do artigo citado que o rol de cláusulas abusivas previstas nele não é taxativo, mas sim exemplificativo, haja vista que o próprio dispositivo admite a existência de outras cláusulas ao se utilizar da expressão “entre outras”.

A nulidade da cláusula abusiva tem relação direta com o intervencionismo estatal, e encontra fundamento não só no Código de Defesa do Consumidor, mas também nos dispositivos constitucionais, especificamente no art. 3.º, III, que diz ser objetivo fundamental da República a redução das desigualdades sociais (a cláusula abusiva tem como consequência gerar a desigualdade); no art. 5.º, XXXII, que dispõe ser dever do Estado promover a defesa do consumidor e no art. 170, V, que estabelece como princípio a ser observado pela ordem econômica a defesa do consumidor. (SILVA, 2003, p. 108)

Lisboa (2000, p. 226), exemplificando, afirma:

“Veda-se, rotulando-se de abusivo, o disposto que limita a responsabilidade do fornecedor ou que venha a significar a renúncia do Direito do Consumidor; transfira responsabilidade a terceiro; impeça o reembolso da importância paga pelo adquirente, por significar disposição de direitos; fixa obrigação iníqua, em desvantagem exagerada ao consumidor, pouco importando a sua situação (caso contrário, poderá se tratar de cláusula lesiva); autorize a modificação unilateral da avença; infrinja norma ambiental; seja excessivamente onerosa ao consumidor; ameace o equilíbrio ou objeto negocial”.

Do mesmo modo, dispõe o artigo análise que as cláusulas são “nulas de pleno direito”, razão pela qual ela não poderá ser convalidada, nem mesmo pela livre manifestação de vontade das partes contratantes, já que as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor são cogentes, de ordem pública (art. 1.º do CDC). Sobre o assunto, Roberto Senise Lisboa (2000, p. 351) leciona:

“Diante do exposto, torna-se impossível a convalidação de cláusula abusiva constante de contrato de consumo, ante a sua nulidade absoluta. Ademais, por se tratar de norma jurídica de ordem pública, fica derrogada qualquer manifestação de vontade no sentido de ratificação da cláusula abusiva”.

Dentre as regras estipuladas pelo Código de Defesa do Consumidor, considerando as lições até aqui expostas, extraí-se o princípio do equilíbrio contratual absoluto, o qual

¹⁴ Este trabalho não visa esgotar o tema das cláusulas abusivas, nem mesmo analisar cada uma isoladamente, mas apenas dar uma visão geral sobre o tema, motivo pelo qual, em razão do número de cláusulas citadas pelo CDC (16), não serão exemplificadas cada.

determina que “o contrato não pode estabelecer desmesuradamente prerrogativas ao fornecedor sem fixar iguais vantagens ao consumidor” (SILVA, 2003, p. 73). À luz desse princípio, uma das partes na relação de consumo não pode obter vantagem excessiva em detrimento da outra, motivo pelo qual a lei atribuiu ser nula de pleno direito a cláusula que, em detrimento do consumidor, estabelecer obrigações que o coloquem em desvantagem. Segundo Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva (2003, p. 74):

“O princípio do equilíbrio contratual implica ainda revitalização do sinalagma inerente aos contratos bilaterais. Isso significa que a equivalência entre prestação e contraprestação veio adquirir destaque especial, por servir de parâmetro para a verificação do enriquecimento sem causa de uma das partes”.

“Trata-se de equilíbrio *absoluto* porque a lei passou a exigir, na relação contratual, o *equilíbrio substancial*, de sorte que nenhuma das partes tenha significativamente mais direitos e vantagens que a outra (justiça substancial). Isso quer dizer que não é suficiente a igualdade formal pressuposta no momento antecedente à conclusão do contrato (justiça formal), para que a *justiça contratual* seja alcançada”.

Por sua vez, o parágrafo segundo do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor estabelece que “A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes”. A interpretação desse dispositivo não traz maiores dúvidas. Segundo ele, o fato de existir no contrato dispositivos abusivos, por si só, não gera a nulidade do pacto. “[...] desde que não suceda desequilíbrio irremediável, por causa da invalidade de determinada cláusula, o contrato deverá ser conservado, gerando todos os seus efeitos para as partes (eficácia interna) e para os terceiros, quando for o caso (eficácia externa)”. (LISBOA, 2000, p. 350)

Conforme visto no início deste item, a presença de cláusulas abusivas nos contratos não é novidade, mas ganha força justamente na sociedade capitalista, em razão da massificação das relações contratuais, predominando nos contratos de consumo. Contudo, cumpre ressaltar que

“apesar de as cláusulas abusivas aparecerem com maior frequência nos contratos celebrados mediante condições gerais, de adesão, de consumo, isso não significa que elas sejam privativas deles, podendo manifestar-se em outras formas contratuais regidas pelo Código Civil ou pelo Código Comercial, sejam nominadas ou inominadas”. (GALDINO, 2001, p. 16)

Analisado o conceito e os efeitos da nulidade das cláusulas abusivas, resta estabelecer critérios para sua identificação. Em razão da quantidade (dezesseis) de cláusulas citadas pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 51, a definição de critérios para análise da abusividade deve considerar o disposto em cada um dos incisos, considerando cada

contrato em particular, pelo que, não há como se tratar de todos os critérios neste trabalho. Por isso, cita-se apenas os principais critérios existentes.

O primeiro critério, a onerosidade, pode ser verificado no artigo 6.º, V, do CDC, que dispõe ser direito básico do consumidor a revisão das cláusulas que estabelecerem prestações onerosas. Os demais estão presentes no próprio artigo 51, no seu inciso IV, o qual dispõe serem nulas de pleno direito as cláusulas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”. Segundo Silva (2008, p. 89), os principais critérios para averiguação da abusividade da cláusula contratual são “o do desequilíbrio econômico, o do abuso de direito, o do desequilíbrio significativo entre direitos e deveres, o da boa-fé objetiva e o da boa-fé objetiva [*sic*] e desequilíbrio entre direitos e deveres”.

Por fim, embora não seja objeto deste trabalho, razão pela qual não será analisado com profundidade, deve-se mencionar que o Código de Defesa do Consumidor não dispõe sobre as cláusulas abusivas somente em seu artigo 51. Além do dispositivo retro, em seu artigo 52, o código fixou deveres a serem observados pelo fornecedor nos contratos envolvendo outorga de crédito ou concessão de financiamento, sob pena de seu desrespeito acarretar em abusividade, bem como dispôs sobre a abusividade das cláusulas nos contratos de compra e venda de bens móveis e imóveis, mediante pagamento de prestações, alienação fiduciária e consórcio (artigo 53).

Caracterizada uma relação de consumo, haja vista a presença de um consumidor e um fornecedor, e a existência de cláusulas que impliquem em algumas das situações previstas no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, principalmente em virtude do desequilíbrio contratual e da vantagem excessiva ao fornecedor, justifica-se a aplicação dos princípios e regras já expostos, como forma de restabelecer o equilíbrio contratual. Conforme se verá neste trabalho, a cláusula de exclusão de cobertura enquadra-se no conceito de cláusula abusiva, o que a torna nula de pleno direito, justificando sua submissão às regras e princípios do Código de Defesa do Consumidor.

Diante do exposto, verifica-se que o contrato evolui de mero instrumento de circulação de riquezas para um instrumento garantidor da justiça social e da equidade, segundo uma nova concepção, baseada na função social do contrato. No intuito de garantir essa função social e a justiça contratual, eliminando o desequilíbrio contratual causado pela massificação das relações contratuais, o Estado intervém diretamente na vontade das partes, principalmente através da edição de leis com caráter imperativo, dentre as quais se destaca o

Código de Defesa do Consumidor. Essas leis limitarão o espaço destinado anteriormente à autonomia da vontade, limitando a liberdade de contratar e, inclusive, a força obrigatória dos contratos.

Contudo, não obstante a nova concepção do contrato e a atuação do Estado, observa-se, ainda, a presença de cláusulas abusivas nos contratos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, as quais visam a deixar o aderente em posição de desvantagem. A análise dessas cláusulas abusivas deve levar em consideração as lições mencionadas anteriormente, com o objetivo de ser restaurado o equilíbrio contratual.

A cláusula de exclusão de cobertura presente no Contrato de Plano de Saúde é um exemplo de cláusula abusiva, a qual será analisada no próximo capítulo.

4 CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Conforme dito, o terceiro capítulo abordará especificamente a abusividade da cláusula de exclusão de cobertura do Contrato de Plano de Saúde, o que deverá ser realizado levando-se em conta, também, as lições até aqui expostas. Por essas razões, tratou-se no primeiro capítulo da evolução da concepção do contrato e o surgimento de novas espécies de contrato, bem como a crise da teoria contratual clássica com o objetivo de demonstrar que o contrato não pode ser visto como algo intangível, que apenas representa as vontades das partes, já que essa vontade não era real.

Do mesmo modo, no segundo capítulo foi abordada a nova concepção social do contrato e o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, de modo a evidenciar a importância e os efeitos do contrato na sociedade em que está inserido, para demonstrar a função social do contrato, que não poderá mais ser analisado como mero instrumento de circulação de riquezas.

Isso ocorreu exatamente para fixar a importância de se analisar o contrato de Plano de Saúde e suas cláusulas de acordo com a nova concepção do contrato, visando sempre à justiça social e ao equilíbrio contratual, no momento de sua interpretação, bem como para introduzir outra função do contrato, qual seja, ser o ponto de encontro de direitos fundamentais.

4.1. CONTRATO COMO PONTO DE ENCONTRO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

O surgimento do contrato, na antiguidade, sempre esteve relacionado com a sua importância na circulação de riquezas. Essa relação se manteve até os dias atuais, porém, a concepção tradicional de contrato sofreu transformações e, atualmente, ele não é visto apenas

como meio de circulação de riquezas, mas, em razão de sua função social, deve ser visto também como ponto de encontro de Direitos Fundamentais.

Para entender o contrato como forma de garantir Direitos Fundamentais é necessário entender o real significado da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, qual seja, seu respaldo constitucional.

Rizzatto Nunes (2009, p. 1) afirma que o maior problema para que se entenda o significado e a importância do Código de Defesa do Consumidor está relacionado com as “lembranças”. Para o autor, os estudiosos e operadores do direito que estão no mercado, em sua maioria, não foram educados para estudar os fenômenos da sociedade de consumo. Não fosse isso, a maior parte dos estudantes era formada segundo a tradição privatista, baseada num sistema jurídico anterior à Constituição Federal de 1988, o qual não reflete a atual sociedade de massa (NUNES, 2009, p. 1).

Nesse contexto, a Constituição Federal ao determinar ao Estado que promova a defesa do consumidor (art. 5.º, XXXII), identificando-o como agente econômico vulnerável, ao dispor que a livre iniciativa respeitará o princípio da defesa do consumidor (art. 170, V) e ao ordenar ao legislador a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, acaba por identificar o consumidor como sujeito de Direitos Fundamentais e, conseqüentemente, faz com que o contrato de consumo tenha nova função, a de realizar os direitos constitucionais do consumidor. Nas palavras de Maria Stella Gregori (2007, p. 87):

“O Código de Defesa do Consumidor tem, pois, raiz constitucional, todo princípio da proteção acha-se constitucionalmente assegurado. A Constituição de 1998 deu um passo importante na luta consumerista, erigindo a defesa do consumidor ao patamar de direitos e garantias fundamentais, impondo-a como um dever do Estado e estabelecendo-a como princípio norteador da ordem econômica”.

Diante disso, o contrato não é visto apenas como instrumento de circulação de riquezas, mas também como instrumento de proteção dos direitos do consumidor. Conforme já citado no primeiro capítulo, Cláudia Lima Marques (2004, p. 213) leciona:

“O contrato é instrumento de circulação das riquezas da sociedade, hoje é também instrumento de proteção dos direitos fundamentais do consumidor, realização dos paradigmas de qualidade, de segurança, de adequação dos serviços e produtos no mercado brasileiro. Estes paradigmas concretizam não só a nova ordem econômica constitucional (art. 170, V, da Constituição Federal), mas também os mandamentos constitucionais de igualdade entre os desiguais (art. 5.º da Constituição Federal), de liberdade material das pessoas físicas e jurídicas (art. 5.º c/c 170, V, da Constituição Federal) e, em especial, da dignidade deste sujeito quanto pessoa humana (art. 1.º, III, c/c art. 5.º, XXXII, da Constituição Federal)”.

As normas exposta na Constituição Federal de 1988 influenciaram, também, na noção de sujeito. Na concepção clássica do contrato, fruto do Estado Liberal, cujo princípio

basilar era a igualdade, o sujeito era dotado de ampla liberdade contratual, podendo escolher livremente seu parceiro contratual, o conteúdo e até a forma dos contratos, pois se presumia que os contratantes estariam em pé de igualdade, o que na verdade, não acontecia, como já visto no primeiro capítulo.

Com a massificação das relações contratuais, a noção de sujeito sofreu abalos, pois se falava na despersonalização das relações, o que resultaria nos “contratos sem sujeito”. Contudo, conforme ensina Cláudia Lima Marques (2004, p. 215-216),

“Parece-nos que, ao contrário, esse sujeito qualificou-se com direitos, multiplicou-se, hoje são muitos sujeitos individuais, sujeitos homogêneos, coletivos e difusos, em um novo pluralismo de sujeitos que não impede que recebam e exerçam – diretamente ou através de representantes – seus direitos”.

Dentre esses sujeitos de direitos, destaca-se o consumidor, reconhecido como tal pelo art. 5.º, XXXII, da Constituição Federal. Em razão disso, o consumidor equipara-se ao cidadão comum, motivo pelo qual

“todos os princípios e normas constitucionais de salvaguarda dos direitos do cidadão são também, simultaneamente, extensivos ao consumidor pessoa física. Dessarte, por exemplo, os princípios fundamentais instituídos no ar. 5.º da Constituição Federal são, no que forem compatíveis com a figura do consumidor na relação de consumo, aplicáveis como comando normativo constitucional”. (NUNES, 2009, p. 11)

Tendo em vista a consideração do consumidor como sujeito de direitos e garantias individuais, a interpretação dos contratos de consumo deve levar em conta não só as regras gerais, mas também a função social do contrato, os princípios legais previstos na legislação consumerista e, principalmente, os ditames constitucionais. Sobre o tema, leciona Cláudia Lima Marques (2004, p. 213-214):

“O fato de um dos sujeitos da relação contratual ter recebido direitos fundamentais, quando ocupa o papel de consumidor, influencia diretamente na interpretação da relação contratual em que este sujeito está. O contrato de consumo passa a ser um ponto de encontro de direitos individuais, sendo que os direitos dos consumidores *stricto sensu*, em especial, as pessoas físicas, são direitos da mais alta hierarquia constitucional, direitos fundamentais, protegidos pela cláusula pétrea (art. 60 da Constituição Federal). [...] Aqui encontram-se as duas conseqüências desta identificação do consumidor como novo sujeito de direitos fundamentais: não só o contrato deve ser interpretado de forma diferente, a proteger o sujeito de direitos especiais, mas também o direito daí resultante merece interpretação teleológica (de proteção dos mais fracos na sociedade) e ‘conforme a Constituição’ (*verfassungskonform Auslegung*)”.

Para Roberto Senise Lisboa (2000, p. 110), a função social do contrato não é adversa do reconhecimento de direitos de personalidade aos indivíduos (no caso ao consumidor como sujeito de direitos fundamentais), já que há um interesse social no reconhecimento desses direitos. Nas palavras do doutrinador, “protegendo-se o indivíduo,

tutela-se, por decorrência, a sociedade, cujo precípua interesse deve ser, indubitavelmente, o bem comum, inserindo-se nessa concepção o bem de cada um, pelo desenvolvimento social e para a preservação da espécie” (LISBOA, 2000, p. 110).

Verifica-se que o Código de Defesa do Consumidor não pode ser analisado apenas como um reflexo das modificações na teoria contratual, pois, acima de tudo, é um direito fundamental do cidadão. Por esse motivo, a análise e interpretação dos contratos de consumo deve ser realizada à luz dos princípios previstos na legislação consumerista e no texto constitucional. Nas palavras de Gustavo Tepedino (1999, p. 215),

“gostaria de sublinhar a necessidade de utilizarmos sem restrições os princípios que foram introduzidos pelo Código do Consumidor, *uma vez superada a trabalhosa etapa de sua consolidação no sistema jurídico brasileiro*. Mas é preciso que tenhamos em mente que tais princípios traduzem a tábua axiológica de um sistema constitucional, não de um microsistema fragmentado, *que mais faria lembrar uma espécie de gueto legislativo*. A força do Código não se traduz às suas próprias normas, localizando-se, sobretudo, na ordem constitucional que o fundamenta e o assegura”.

Por identificar o consumidor como sujeito de direitos fundamentais e determinar ao legislador a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, até como forma de limitar a livre concorrência, a Constituição Federal identifica o contrato como instrumento, ponto de encontro de Direitos Fundamentais, concepção que se une à concepção da função social de contrato. Nesse aspecto, o contrato deixa de ser visto como mero instrumento de circulação de riquezas.

Por essas razões, impõe-se aos estudiosos e operadores do direito a análise da legislação infraconstitucional, ou seja, do Código de Defesa do Consumidor, de acordo com as normas e princípios previstos na Constituição Federal, para que ocorra a real efetivação dessas concepções no plano fático, sob pena de se fazer letra morta os princípios e as regras constitucionais.

4.2 CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE

Analisada a evolução da teoria contratual, o surgimento da concepção social do contrato e a atuação do Estado na defesa dos interesses sociais, através da edição de leis com

caráter imperativo, adentra-se ao tema deste trabalho, qual seja, a análise do contrato de Plano de Saúde e, especificamente, a abusividade da cláusula de exclusão.

Inicialmente, o “contrato de seguro-saúde” era regulado pelo Decreto Lei n.º 73, de 21 de novembro de 1966, que previa duas espécies de contrato. Pela primeira, o contrato envolveria o reembolso das despesas médicas realizadas, cujo mercado era operado por companhias seguradoras, bancos e outras entidades civis autorizadas (art. 129); pela segunda espécie de contrato, haveria o pré-pagamento das eventuais despesas futuras (art. 135), mercado em que operavam as cooperativas e associações médicas.

A regulamentação dos contratos foi modificada com a edição de Lei n.º 9.656, de 03 de junho de 1998, que, em seu texto original, também previa a distinção entre os contratos fornecidos pelas “operadoras de planos privados” (art. 1.º, § 1.º, I, da Lei 9.656/98), através do pré-pagamento das despesas futuras, e os contratos fornecidos pelas “operadoras de seguros privados de assistência à saúde” (art. 1.º, § 1.º, II, da Lei 9.656/98), por meio do reembolso das despesas.

Porém, a Lei n.º 9.656/98 sofreu nova modificação, através da Medida Provisória n.º 2.177-44, de 24 de agosto de 2001, que alterou diversos artigos da legislação mencionada. A principal alteração ocorreu no artigo 1.º, já que a lei deixou de regular os contratos de “seguro-saúde” fornecidos pelas companhias de seguro, bancos e outras entidades, para regular tão somente os contratos fornecidos pelas operadoras de planos de saúde (art. 1.º, § 1.º, I, da Lei 9.656/98).

Com relação à legislação¹⁵ acima, cumpre destacar, ainda, que ela estabelece conceitos, definindo, por exemplo, o que seria o Plano Privado de Assistência à Saúde (art. 1.º, I), a Operadora de Plano de Saúde (art. 1.º, II) e a Carteira (art. 1.º, III), vedando a operação no mercado de Plano de Saúde pelas pessoas físicas (art. 1.º, § 5.º).

Do mesmo modo, a Lei n.º 9.656/98, em seu artigo 10, institui

“o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde”.

Referido plano poderá excluir a cobertura a determinados casos, especificados nos incisos do artigo citado, porém, deverá respeitar as exigências mínimas previstas no artigo

¹⁵ Por não ser o objetivo deste trabalho, a Lei n.º 9.656/98 não será analisada profundamente. Apenas serão destacados alguns aspectos relevantes, de forma geral.

12, da lei em análise.

Além das características gerais dos instrumentos contratuais, a lei também trata de questões operacionais, relacionadas com o funcionamento da atividade das operadoras, condições, provisões técnicas, normas sobre capital mínimo, ativos garantidores, direção fiscal e técnica, liquidação extrajudicial e recuperação financeira (GREGORI, 2007, p. 138), as quais não serão tratadas neste trabalho, pois seu objetivo não é a análise legal.

Não obstante a existência de legislação reguladora específica, que regulamenta os contratos de Plano de Saúde, estabelecendo conceitos e um rol mínimo de doenças a serem acobertadas, além de outras disposições gerais, é inegável a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Contratos de Plano de Saúde.

Ao se analisar a relação contratual envolvendo a pessoa jurídica prestadora do serviço e o cidadão, levando-se em conta os conceitos de fornecedor e consumidor estudados no segundo capítulo deste trabalho, verifica-se que a pessoa jurídica prestadora de serviço se enquadra perfeitamente no conceito de fornecedor, uma vez que presta *serviço*, condicionado a um evento futuro, mediante o recebimento de uma *contraprestação pecuniária*.

Do mesmo modo, o cidadão se encaixa no conceito de consumidor, já que é *destinatário final* (independentemente da corrente utilizada, finalista ou maximalista) do produto ou serviço, ou é considerado consumidor *equiparado*, conforme artigos 2.º, parágrafo único, 17 e 29, todos do Código de Defesa do Consumidor, já analisados no capítulo anterior.

“Dúvida não pode haver quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor sobre os serviços prestados pelas empresas de medicina de grupo, de prestação especializada em seguro-saúde. A forma jurídica que pode revestir esta categoria de serviço ao consumidor, portanto, não desqualifica a incidência do Código de Defesa do Consumidor”. (MENEZES, 1994, p. 312-316)

Sobre o assunto, Antonio Rizzatto Nunes (2004, p. 127) afirma que

“A simples leitura do *caput* do art. 3.º do CDC deixa patente que as operadoras de plano privado de assistência á [*sic*] saúde (e também as seguradoras que exploram o seguimento) são fornecedoras, oferecendo produtos (§ 1.º) e prestando serviços (§ 2.º). Estão, portanto, num dos pólos da relação. No outro estão os consumidores-usuários típicos, como destinatários finais (art. 2.º, *caput*) ou seus dependentes e agregados que utilizam os produtos e serviços como destinatários finais (art. 2.º, *caput*)”.

“Logo, não há qualquer dúvidas a respeito da incidência da Lei 8.078 nos contratos do setor”.

Para Cláudia Lima Marques (2004, p. 410)

“há pois que se considerar que estes ‘planos’ operados por fornecedores, com intuito de lucro e com livre iniciativa permitida pela CF/88 (art. 199, CF/88), preenchem totalmente as características de relações de consumo e os usuários são pessoas físicas, destinatários finais dos serviços, consumidores, pelo art. 2.º do CDC, de

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

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor não é negada nem mesmo pela legislação específica (Lei n.º 9.656/98), que, em seu artigo 35-G, incluído pela Medida Provisória 2.177-4, de 2001, dispõe que “Aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1.º do art. 1.º desta Lei as disposições da Lei n.º 8.078, de 1990”.

Embora o artigo citado disponha que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor será de forma “subsidiária”, nesse ponto, segue-se a orientação da doutrina minoritária, que defende a aplicação de forma cumulativa das legislações. Nas palavras de Cláudia Lima Marques (2004, p. 548-549):

“Este art. 35-H [*sic*] da lei especial não está dogmaticamente correto, pois determina que norma de hierarquia constitucional, que é o CDC (art. 48 ADCT/CF88), tenha apenas aplicação subsidiária a normas de hierarquia infraconstitucional, que é a Lei 9.656/98, o que dificulta a interpretação da lei e prejudica os interesses dos consumidores que queria proteger. Sua *ratio* deveria ser a de aplicação cumulativa de ambas as leis, no que couber, uma vez que a Lei 9.656/98 tem prevalência como lei especial e mais nova, devendo o CDC servir como lei geral principiológica a guiar a interpretação da lei especial na defesa dos interesses do consumidor, em especial na interpretação de todas as cláusulas de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47 do CDC). Particularmente, defendo, em visão minoritária, a superioridade hierárquica do CDC”.

No mesmo sentido, leciona Maria Stella Gregori (2007, p. 160-161):

“Denota-se, assim, ser perfeitamente admissível a aplicação cumulativa e complementar da Lei 9.656/98 e do Código de Defesa do Consumidor aos contratos novos. Da lei geral extraem-se os comandos principiológicos aplicáveis à proteção do consumidor, ao passo que à legislação específica caberá reger, de forma minudenciada, os planos privados de assistência à saúde [...]”.

“Essa parece ser a *mens legis* do art. 35-G em exame: deixar claro que o CDC incide na relação contratual de assistência à saúde. Sucede que, por uma falha de técnica legislativa, abdicou o legislador da necessária precisão terminológica ao se referir à subsidiariedade na aplicação do CDC”.

Ressalta-se que o Código de Defesa do Consumidor, diante do exposto nos primeiros capítulos deste trabalho, tem caráter de lei principiológica, além de ser um direito fundamental do cidadão, possuindo respaldo constitucional (art. 5.º, XXXII), razão pela qual se justifica que a leis específicas, que vierem regulamentar algum setor da economia, devem respeitá-lo, até mesmo porque a proteção do consumidor é um princípio da livre concorrência (art. 170, V, da CF/88).

Independentemente da aplicação subsidiária ou cumulativa, verifica-se que a relação contratual envolvendo a prestação de serviço de assistência médica é uma relação de

consumo, que se forma quando em um dos pólos se encontrar uma pessoa jurídica prestadora de serviços de assistência à saúde, e no outro, encontrar-se um ou mais consumidores, além, claro, de que o objeto dessa relação seja a prestação de serviço de assistência à saúde.

Por se tratar de um contrato de consumo, o de Plano de Saúde também apresenta a como principal característica seu oferecimento de forma ampla e irrestrita, a um público alvo geral, ou seja, de forma massificada. Dentre as técnicas de contratação apresentadas no primeiro capítulo, pode-se afirmar que o contrato de Plano de Saúde é um típico caso de contrato cativo de longa duração. Conforme já conceituado no primeiro capítulo,

“Trata-se de uma série de novos contratos ou relações contratuais que utilizam os métodos de contratação de massa (através de contratos de adesão ou de condições gerais dos contratos), para fornecer serviços especiais no mercado, criando relações jurídicas complexas de longa duração, envolvendo uma cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma característica determinante: a posição de “catividade” ou “dependência” dos clientes, consumidores”. (MARQUES, 2004, p. 79)

Através do contrato, as partes geram obrigações recíprocas: o consumidor assume a obrigação de pagar periodicamente as prestações correspondentes aos serviços oferecidos, e o fornecedor, assim que o consumidor necessitar, deverá prestar o serviço de cobertura contratado. Dessa forma, pode-se afirmar que se tratam de serviços cuja prestação se protrae no tempo, ou seja, serviços contínuos, não imediatos. Logo, o contrato de Plano de Saúde é um contrato que vigora por tempo indeterminado, de execução continuada.

Cláudia Lima Marques (2004, p. 408-409) afirma que os contratos de plano de saúde são

“[...] contratos cativos de longa duração a envolver por muitos anos um fornecedor e um consumidor, com uma finalidade em comum, assegurar para o consumidor o tratamento e ajudá-lo a suportar os riscos futuros envolvendo a saúde deste, de sua família, dependentes ou beneficiários”.

Por sua vez, Antônio Joaquim Fernandes Neto (2002, p. 128) leciona que os contratos de plano de saúde são “contratos atípicos, de prestação de serviços. São contratos de adesão, sinalagmáticos, onerosos e formais, de execução diferida e prazo indeterminado”.

Diante disso, destacam-se as principais características do Contrato de Plano de saúde, quais sejam, a execução continuada e a catividade.

Ao contratar com a prestadora de serviço, via de regra, o consumidor não está doente, nem mesmo tem a intenção de adoecer. Pelo contrário, no momento da celebração do pacto o consumidor goza de boa saúde e assim pretende permanecer. O objetivo do contrato, na verdade, é a cobertura de riscos futuros, relacionados com a necessidade de futura

assistência à saúde, razão pela qual há o interesse que a relação contratual dure muitos anos. Para garantir essa cobertura, o consumidor irá manter uma relação de dependência com o fornecedor, durante anos, mediante o pagamento de prestações periódicas.

Em razão dessa duração continuada e, principalmente da dependência, destaca-se outra característica desse tipo de contrato, a *catividade*, ou seja, a relação de dependência dos consumidores em face da operadora de planos de saúde.

Nas palavras de Cláudia Lima Marques (2004, p. 413):

“O objeto principal destes contratos é a transferência (onerosa e contratual) de riscos/garantia referentes a futura necessidade de assistência médica ou hospitalar. A efetiva cobertura (reembolso) dos riscos futuros à sua saúde e de seus dependentes, a adequada prestação direta ou indireta dos serviços de assistência médica (pré-pagamento) é o que objetivam os consumidores que contratam com estas empresas. Para atingir este objetivo os consumidores manterão relações de convivência e dependência com os fornecedores desses serviços de saúde por anos, pagando mensalmente suas contribuições, seguindo as instruções (por vezes, exigentes, burocráticas e mais impeditivas do que) regulamentadoras dos fornecedores, usufruindo ou não dos serviços, a depender da ocorrência ou não do evento danoso à saúde do consumidor e seus dependentes (consumidores-equiparados)”.

O contrato de Plano de Saúde, também, pode ser caracterizado como contrato aleatório. Para Fábio Ulhoa Coelho (2009, p. 46),

“os contratos aleatórios são aqueles em que a vantagem e desvantagem são distribuídas entre os contratantes aleatoriamente. A álea determina que apenas um dos contratantes terá vantagem com o cumprimento das obrigações contratadas. As partes, quando celebram o contrato, querem correr esse risco”.

Sílvio de Salvo Venosa (2001, p. 423) afirma que “no contrato aleatório, a álea deve afetar ambas as partes, de maneira geral. Nesse contrato, surge uma situação de expectativa para os contratantes, que dependem do curso dos acontecimentos para conhecer o objeto da prestação”.

A caracterização do Contrato de Plano de Saúde como contrato aleatório está no fato de que o consumidor, no momento em que celebra o contrato, assume a obrigação de efetuar o pagamento da contraprestação, com a expectativa de, um dia, caso necessite, seja-lhe prestado serviço de assistência médica. Por sua vez, o fornecedor assume o papel de que, ocorrida a hipótese prevista no contrato, efetue a prestação do serviço ao consumidor. Conforme ensina Cláudia Lima Marques (2004, p. 413), a “[...] contraprestação principal do fornecedor fica a depender da ocorrência de evento futuro e incerto, que é a doença dos consumidores-clientes ou de seus dependentes”.

Por sua vez, Maria Stella Gregori (2007, p. 134) leciona:

“Trata-se de uma prestação de risco, ou seja, o fornecedor não precisará prestar o serviço se não acontecerem os eventos previstos, e o consumidor somente terá a cobertura, se, porventura, ocorrerem as situações preestabelecidas no contrato”.

“Nos contratos de planos privados de assistência à saúde, o consumidor paga um preço fixo por uma expectativa da prestação dos serviços de cobertura assistencial, em patamares previamente estipulados pelo fornecedor, com a possibilidade real de nem mesmo utilizar os procedimentos médicos, hospitalares ou odontológicos contratados. O contrato se justifica, no entanto, para dar segurança ao consumidor de que, caso ocorra o evento, terá assegurada a cobertura contratada”.

Ainda com relação aos riscos inerentes a esta relação contratual (álea), Cláudia Lima Marques (2004, p. 413) ressalta que a incerteza no contrato de Plano de Saúde está na “necessidade” da prestação do serviço, e não no “se” e no “como”, com que qualidade, segurança e adequação, a prestação do serviço ocorrerá. Para a doutrinadora, quando necessária, a prestação do serviço deverá ocorrer com a devida qualidade, para que possa atingir os fins contratuais que dele se espera, os quais são muito mais exigentes que a mera diligência.

“Neste sentido, a relação contratual básica do plano de saúde é uma obrigação de resultado, um serviço que deve possuir a qualidade e a adequação imposta pela nova doutrina contratual. É obrigação de resultado porque o que se espera do segurador ou prestador é um ‘fato’, um ‘ato’ preciso, um prestar serviços médicos, um reembolsar quantias, um fornecer exames, alimentação, medicamentos, um resultado independentemente dos ‘esforços’ (diligentes ou não) para obter os atos e fatos contratualmente esperados. Se o consumidor irá curar-se (ou não) é incerto, mas que a vinculação contratual entre o consumidor e o fornecedor de serviços o obriga a interná-lo, tratá-lo e propiciar serviços de assistência médica ou hospitalar na sua rede, ou simplesmente reembolsar a quantia despendida, isto é certo”. (MARQUES, 2004, p. 414-415)

Nas palavras de Antônio Joaquim Fernandes Neto (2002, p. 148), “na dogmática dos planos de saúde, um dos aspectos enfatizados é o caráter aleatório do contrato, restrito à *necessidade da prestação* devida ao consumidor. Não há incerteza quanto à natureza e à qualidade da prestação, mas tão-somente quando à sua necessidade”.

Por essas razões, pode-se afirmar que a incerteza no contrato de Plano de Saúde é *quando* deve ser prestada e não *se* deve ser prestada a obrigação principal. É justamente esta a obrigação do fornecedor desses serviços, a de “prestar assistência médica-hospitalar ou reembolsar os gastos com a saúde, é a expectativa legítima do consumidor, contratualmente aceita pelo fornecedor”. (MARQUES, 2004, p. 415)

Portanto, o contrato de Plano de Saúde possui como finalidade assegurar o consumidor e seus dependentes contra eventuais riscos relacionados com a saúde e a manutenção da vida. Por outro lado, entende-se que a principal característica desse contrato é a prestação de serviço de forma continuada, de longa duração, representada através da *catividade* do consumidor, evidenciando a sua dependência.

Do mesmo modo, verifica-se que a expectativa legítima do consumidor está no fato de que, ocorrendo o evento previsto no contrato (risco), ocorra a prestação do serviço por parte do fornecedor, que se obrigou por meio do contrato, uma vez que a álea está na necessidade da prestação do serviço (*quando*), e não se a prestação deve ou não ocorre.

Além disso, observa-se que, com a evolução das relações sociais, o contrato de Plano de Saúde assume grande importância social (conforme se verá a seguir), e que os modelos tradicionais de contrato existentes (de obrigação de dar, imediatos, etc.) se mostram insuficientes para regular essa relação contratual, reiterada, baseada na catividade e dependência do consumidor.

Por ser um contrato de adesão, oferecido a um número indeterminado de consumidores, o contrato de Plano de Saúde limita a autonomia da vontade e a liberdade de contratar, além de, via de regra, estabelecer cláusulas abusivas, limitando o risco do fornecedor, causando um desequilíbrio contratual. A cláusula de exclusão de cobertura é um exemplo dessa abusividade, conforme se demonstrará a seguir.

Dessa forma, justifica-se, novamente, a intervenção estatal, seja através da edição de normas ou por meio do Poder Judiciário, com o objetivo de manter o equilíbrio contratual. Para atingir esse objetivo, poderá o juiz se valer do Código de Defesa do Consumidor, aplicável às relações envolvendo os consumidores e fornecedores do contrato de Plano de Saúde.

4.3 FUNÇÃO SOCIAL E OBJETO CONTRATUAL

A Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada pelas Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, reconheceu a saúde como um direito universal, ao determinar, em seu artigo 25, que toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem estar. Seguindo a orientação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Constituição Federal de 1988 consagrou a saúde como uma garantia e um direito fundamental. Em seu preâmbulo, a Constituição estabelece a instituição de um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício de direitos sociais e individuais e,

posteriormente, em seu artigo 1.º, III, dispõe ser um dos fundamentos desse Estado Democrático a dignidade da pessoa humana, sendo que o direito fundamental à saúde é um reflexo do direito fundamental à dignidade da pessoa humana, além de ser um direito social. (GREGORI, 2007, p. 19)

Os direitos sociais são direitos fundamentais, previstos no art. 6.º da Constituição Federal de 1988. “Tais direitos são tidos como uma cesta mínima indispensável para que a pessoa humana possa viver em condição de dignidade. Celso Antonio Pacheco Fiorillo foi bastante feliz em usar a expressão ‘piso mínimo normativo’, para ilustrar a exegese dos direitos sociais” (GREGORI, 2007, p. 22). Dentre os direitos sociais, destaca-se o direito à saúde.

Além disso, no texto constitucional, a saúde é tratada no Título VIII (Da Ordem Social), Capítulo II (Da Seguridade Social), Seção II (Da Saúde), nos artigos 196 a 200, além de ser mencionada como um direito social (art. 6.º, *caput*, da CF/88) e como uma garantia no âmbito das relações de trabalho (art. 7.º, XXII, da CF/88). Segundo o artigo 196 da Constituição Federal, a saúde é um direito de todos e um dever do Estado e, conforme o artigo 197, as ações e serviços de saúde são de relevância pública, e sua execução deve ser feita diretamente ou através de terceiros. Ainda, prevê o texto constitucional que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”. Segundo Maria Stella Gregori (2007, p. 23):

“Saúde é, pois, um direito social básico, fundada nos princípios da universalidade, equidade e integralidade e amplamente protegida pela ordem constitucional em vigor. Segundo o art. 196, é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Nesse sentido, a política estatal na área de saúde deve proporcionar o acesso a todos os cidadãos, propiciando a redução de desigualdades e não podendo criar quaisquer distinções”.

No Brasil, a saúde pública é prestada através do Sistema Único de Saúde – SUS, consolidado na Constituição Federal de 1988 (art. 198) e normatizado pela Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990 – Lei Orgânica da Saúde –, pela Lei n.º 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre o sistema de transferência de recursos financeiros, e pelas Normas de Operações Básicas (NOB 91, 93 e 96), nomenclatura dada às orientações específicas emanadas do Ministério da Saúde e pactuadas com as representações nacionais dos Secretários Municipais e Estaduais de Saúde, cujo objetivo é a repartição orçamentária entre os níveis do governo, a organização do modelo assistencial e a atribuição de titularidade para gestão (GREGORI, 2007, p. 26).

Não obstante as prerrogativas constitucionais, o sistema público de saúde brasileiro carece de qualidade e, apesar de constitucionalmente aberto a todos, verifica-se que é incapaz de atender a demanda social, haja vista que é de conhecimento público as enormes filas de esperas nos hospitais e postos de saúde para marcar consultas, realizar exames, cirurgias etc. Por conta da omissão do Estado em garantir saúde de qualidade a toda população, parte desta socorre-se dos serviços prestados pelas operadoras de planos de saúde, na expectativa de que, caso acometida por alguma doença, possa se tratar de forma adequada, sem maiores riscos à saúde, com objetivo de garantir proteção e segurança à sua saúde e, conseqüentemente, à sua vida. Nas palavras de Amanda Flávio de Oliveira (2004, p. 106):

“A intenção dos consumidores, ao firmar um contrato dessa categoria, era garantir a segurança de um pronto e adequado atendimento na hipótese de ocorrência de doença, acidente, ou com propósitos preventivos. Seria, portanto, uma forma de se resguardar a vida e a saúde, bens mais essenciais da pessoa humana. Se o setor público demonstrava-se ineficiente para atender essa expectativa, os consumidores se dispuseram a pagar pelo serviço, garantindo, assim, segurança, tranqüilidade, qualidade”.

Posteriormente, conclui a doutrinadora citada que “antes de se configurar uma escolha do consumidor, a vinculação dele a contratos de planos de saúde representa uma *reação necessária* à ineficiência do Estado em questões dessa natureza” (OLIVEIRA, 2004, p. 106).

O fato do consumidor se vincular ao contrato de Plano de Saúde pode ser chamado de “reação necessária” porque os custos para fazer frente a uma saúde de qualidade são altíssimos. A utilização de forma particular dos serviços médicos, realização de exames, dentre outros, é marcada pelo elevado valor cobrado pelas consultas, exames, internações, etc., já que também são elevados os investimentos e financiamentos das pesquisas que buscam o avanço nas diversas áreas da medicina. Nas palavras de RIZZARDO (*et. al.*, 1999, p. 14):

“É de ressaltar que os custos para fazer frente a uma saúde qualificada são elevados, tornando-se pesados inclusive para as camadas privilegiadas da sociedade. A medicina privada pura e simples, ou seja, aquela em que o produtor e o consumidor de serviço acertam um preço e uma forma de pagamento, fica cada vez mais reduzida, expandindo-se o sistema pelo qual se combina a cobertura de eventos ligados à saúde”.

Verifica-se, portanto, que ao atender de forma ineficiente às necessidades da população, com relação aos serviços relacionados à saúde, o Estado deixa de cumprir seu papel, qual seja, de assegurar as garantias e direitos fundamentais previstos no texto constitucional, especificamente o direito à saúde (reflexo do direito à dignidade da pessoa humana) e, conseqüentemente, o direito fundamental à vida. Dessa forma, o Estado, ainda de forma indireta, obriga os particulares a firmarem contratos com as operadoras de plano de

saúde, já que, muitas vezes, não há outra opção. Nesse sentido, Ana Beatriz Bicalho (2004, p. 125) leciona:

“Ora, ao consumidor brasileiro pactuar tais contratos mostra-se a única opção cabível, vez que o acesso aos avanços da medicina encontra-se, na maioria dos casos, nos hospitais particulares. Assim sendo, resta ao aderente buscar um parceiro contratual que lhe ofereça um pacto que respeite os princípios da confiança, equidade, da transparência e da boa-fé, sabendo que, em caso de violações destes, poderá recorrer à justiça para salvaguardar seus direitos”.

Assim, pode-se afirmar que os contratos de plano de saúde, nos dias atuais, possuem uma função social ímpar, haja vista a progressiva deterioração da saúde pública no Brasil, os quais viabilizam o Direito Fundamental à vida, assegurado no *caput* do artigo 5.º da Constituição Federal, e o acesso aos elevados custos da medicina privada. Para Sérgio Cavalieri Filho (2007, p. 411),

“Através dele¹⁶ é possível minimizar para boa parte da população brasileira a falência dos serviços públicos de assistência médica. O estado brasileiro, gasto, distorcido e empobrecido pelo seu gigantismo, de algumas décadas para cá revelou-se incapaz de prestar socorro aos milhões de brasileiros que padecem de algum mal, abrindo oportunidade à iniciativa privada”.

Antonio Joaquim Fernandez Neto (2002, p. 20), fazendo referência às palavras da Professora Mariângela Sarrubo, ex-diretora do Procon-SP, afirma que “há alguns anos o cidadão brasileiro é obrigado a optar pelo serviço privado diante da falência do sistema público”.

A contratação do Plano de Saúde, também, deveria refletir a contratação de tranquilidade para o consumidor, e para sua família, tendo em vista que, ciente da possibilidade de que algum mal lhe pode atingir a saúde, através do contrato de Plano de Saúde, pretende o consumidor que esse mal possa ser combatido, sem grandes despesas, através de tratamentos assegurados pela operadora do Plano de Saúde, uma vez que o Estado se mostra incapaz de atender a todos de forma satisfatória.

A função social do contrato de Plano de Saúde está justamente no fato de que a sua operadora, através de sua rede de conveniados (médicos, hospitais, clínicas, laboratórios, dentre outros), tornar-se-ia garantidora do direito fundamental à saúde. Em razão disso, via de consequência, o contrato de Plano de Saúde visa a garantir também a dignidade da pessoa humana e, principalmente, o direito fundamental à vida.

Como consequência da função social do contrato de Plano de Saúde, tem-se o fato de que ele não pode ser visto sob a ótica de mero instrumento de circulação de riquezas, como

¹⁶ Contrato de Plano de Saúde

se um contrato de compra e venda fosse. Pelo contrário, em razão da ineficácia do Estado na prestação dos serviços relacionados à saúde, o contrato de Plano de Saúde torna-se uma forma de garantir a realização do direito fundamental à saúde, ou seja, à vida. “É preciso que se compreenda, de uma vez por todas, que a razão de ser do plano de saúde é tornar possível e digna a vida humana e não, a vida humana ser utilizada como mero objeto do contrato” (OLIVEIRA, 2004, p. 111)

Em razão dessa função social, os contratos de Plano de Saúde exigem atenção especial do direito, haja vista que “cobrem cerca de 42 milhões de pessoas na maioria dos Municípios Brasileiros, estando eles ligados, direta ou indiretamente, a mais de 290 mil profissionais da área da saúde”. (CAVALIERI, 2007, p. 411)

Dessa função social do contrato de Plano de Saúde, extrai-se o seu verdadeiro objeto, qual seja, o direito à vida. Não se pode compreender como objeto do contrato a mera prestação de serviços na área da saúde, já que tal visão reduziria a verdadeira concepção desse tipo de contrato, bem como sua relevância social. À medida que o Estado não cumpre com suas funções constitucionais, delega à iniciativa privada, pois a procura pelos serviços prestados pelas operadoras de Plano de Saúde cresce de acordo com a ineficiência estatal.

A função social do contrato de Plano de Saúde exige, também, uma concepção social de seu objeto, da sua importância social e econômica. Ao prestar serviços médicos, garantidos pelo contrato em estudo, as operadoras de Planos de Saúde, na verdade, estão concretizando o direito fundamental à vida. Ora, se o consumidor, diante da falência do sistema público de saúde, não tem outra opção senão a de celebrar um contrato de Plano de Saúde com a intenção de receber o devido tratamento, caso acometido por algum mal, sob pena de padecer na fila de espera, na verdade, está contratando a garantia de que lhe seja prestada assistência médica a fim de curá-lo, ou seja, busca a garantia de um direito fundamental, a vida (saúde).

Segundo Amanda Flávio de Oliveira (2004, p. 107):

“Os planos de saúde são instrumentos aptos a desempenhar papel fundamental na realização de princípios fundamentais constitucionais. A existência deles é capaz de permitir o exercício da dignidade da pessoa humana, a proteção de sua saúde e vida. Sem vida e qualidade de vida (saúde) não há consumidor, não tem razão de ser a norma jurídica, nem qualquer outro dispositivo constitucional”.

Por essas razões, não se tem dúvida quanto ao verdadeiro objeto do contrato de Plano de Saúde, o direito fundamental à vida, representado através da garantia do direito à saúde.

Tendo em vista que a saúde é um direito fundamental, previsto na Constituição Federal, considerada o verdadeiro objeto da relação contratual envolvendo o consumidor e a operadora do Plano de Saúde, a prestação de serviços por meio do contrato de Plano de Saúde não pode ser analisada exclusivamente como uma simples atividade econômica, principalmente em razão de sua finalidade social.

Por envolver a prestação de serviços de grande relevância pública, exige-se a atuação constante do Estado, para que sejam evitados abusos na execução do contrato. Para Fernão Justen de Oliveira (1997, p. 141-142)

“O negócio jurídico encerrado no contrato de seguro-saúde exerce um papel econômico e social de tamanha relevância que o Estado não se pode manter indiferente. Ao inverso, a determinação do regime legal aproxima-se até do direito público – ainda que dele se distancie seguramente – em vista da restrição cada vez maior da liberdade de contratar por conta de normas inderrogáveis, de observância irresistível para as partes. De resto, a liberdade de iniciativa prevista na Constituição não configura permissão para a imposição de cláusulas exonerativas de responsabilidade”

A cláusula de exclusão de cobertura é um típico exemplo de imposição de cláusulas abusivas na relação contratual, baseada na liberdade de iniciativa prevista na Constituição. Porém, considerando a função social do contrato de Plano de Saúde e seu objeto contratual (direito à vida), já analisados acima, impõe-se a atuação do Estado no combate a essa cláusula. Segundo Amanda Flávio de Oliveira (2004, p. 110):

“Como desdobramento do direito à vida, encontram-se os direitos fundamentais à saúde, à existência, à qualidade de vida, à morte digna. Encontram-se, também, os direitos à assistência à saúde, à velhice digna. Igualmente, encontram-se os direitos à prestação de serviços de assistência à saúde que preservem a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, a pessoa humana tem o direito de exigir do Estado prestação de assistência à saúde pública digna. Mas, igualmente, tem direito de exigir do Estado que elabore normas para que a prestação de serviços privados de assistência à saúde ocorra de forma a preservar sua dignidade. E que as interprete de forma a preservar sua dignidade”.

Conforme se demonstrará a seguir, a cláusula de exclusão de cobertura é caracterizada como uma cláusula abusiva, muitas vezes, inviabilizando a execução do contrato. Nesse caso, o consumidor terá o direito de exigir a atuação do Estado para que a abusividade da cláusula seja reconhecida, bem como para que seja considerada nula de pleno direito, tudo conforme disciplina o Código de Defesa do Consumidor, o que será abordado a seguir.

4.4 ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA DE EXCLUSÃO DE COBERTURA E A INVIABILIDADE NA EXECUÇÃO DO CONTRATO.

Como dito, diante da ineficácia do Estado em garantir a prestação de serviços relacionados à saúde com qualidade, o consumidor busca, por meio da celebração do contrato de Plano de Saúde, a efetivação do seu direito fundamental à vida. Por meio desse contrato, ao consumidor é garantida a cobertura de determinadas doenças, exames, procedimentos, dentre outras situações previstas no instrumento contratual.

Contudo, deve-se ter em mente que o contrato em análise é um contrato cativo de longa duração, espécie de contrato de adesão, marcado pela predisposição unilateral das cláusulas contratuais. Por isso, ao consumidor, alternativa não resta senão a de aderir ao contrato, ou não, situação que evidencia a limitação da autonomia da vontade e da liberdade contratual. Ressalta-se que, embora ao consumidor sejam oferecidas algumas espécies de contratos de Plano de Saúde, com maior ou menor cobertura, a ele não é facultado escolher livremente quais situações, doenças, exames, tratamentos, etc. cuja cobertura deve lhe ser assegurada, muito menos discutir os prazos de carência previstos e o conteúdo das cláusulas contratuais.

Feita a opção pelo tipo de contrato (com maior ou menor cobertura), o consumidor fica obrigado ao cumprimento de sua contraprestação, qual seja, de efetuar o pagamento periódico da mensalidade (de forma contínua e durante toda vigência do contrato, o que, via de regra, ocorre durante anos, conforme visto anteriormente), com a expectativa de que, quando necessitar, a operadora cumpra com sua obrigação: a de garantir a cobertura à situação prevista no contrato. Evidencia-se, nesse ponto, outra característica do contrato de Plano de Saúde, também presente nos contratos de seguro, a álea, pois o cumprimento da obrigação pelo fornecedor dependerá da ocorrência do evento previsto no contrato.

Porém, a expectativa do consumidor é frustrada quando a operadora do Plano de Saúde, valendo-se de uma cláusula contratual (aqui tratada como “cláusula de exclusão de cobertura”), nega a cobertura para determinada situação, o que afronta aos direitos básicos do consumidor e, principalmente, ao objeto do contrato, frustrando seu fim e à sua função social.

Geralmente, no Contrato de Plano de Saúde, em determinada cláusula contratual, é previsto o rol de doenças, procedimentos, exames, etc. que estão cobertos pelo contrato e,

em outra cláusula do contrato, as doenças, procedimentos, exames, etc. que não fazem parte dessa cobertura. Justamente nessa cláusula de exclusão de cobertura que está presente a abusividade. Referida cláusula pode se manifestar de diversas formas. As hipóteses mais comuns são aquelas em que se limita o tempo de internação na UTI e o número de sessões de fisioterapia e quimioterapia, por exemplo.

Com a edição da Lei n.º 9.656/98, algumas dessas cláusulas foram proibidas, como, por exemplo, a cláusula que excluía assistência aos portadores de AIDS, aquelas que limitavam o tempo de internação, as cláusulas que restabeleciam período de carência na impontualidade do consumidor, etc. (SILVA, 2003, p. 179-180)

Contudo, sem desconhecer essas e outras hipóteses, o presente trabalho irá analisar a cláusula de exclusão de cobertura manifestada em três aspectos: a) quando exclui a cobertura de determinado tratamento destinado à cura da doença acobertada pelo contrato; b) quando garante a cobertura para determinado tratamento, mas exclui a cobertura para os demais tratamentos que sejam desdobramentos daquele; c) e aquela que exclui o fornecimento de próteses importadas, quando existirem similares nacionais.¹⁷

Como exemplo da primeira situação apresentada, cita-se a cláusula contratual que garante cobertura ao câncer e nega a cobertura ao tratamento de quimioterapia, ou radioterapia, procedimentos indispensáveis à cura da doença. Utilizando-se a mesma cláusula de cobertura ao câncer como exemplo, exemplifica-se a segunda situação, que ocorre quando o contrato, embora garanta cobertura à doença e aos tratamentos de quimioterapia e radioterapia, nega a cobertura à utilização da Radioterapia 3D, o que também afronta aos objetivos contratuais, já que inviabiliza o tratamento da doença pelos métodos mais modernos existentes.

Por fim, com relação à terceira manifestação da cláusula de exclusão de cobertura, pode-se utilizar como exemplo a cirurgia para colocação de prótese no joelho, destinada a minimizar os efeitos provocados pela descalcificação dos ossos. Via de regra, os pacientes que necessitam desse tipo de cirurgia são pessoas de idade avançada, nos quais os efeitos e consequências da cirurgia são mais incisivos. Muitas vezes, em razão da superioridade da qualidade técnica do produto, necessita-se da utilização de prótese importada, que é negada

¹⁷ As hipóteses mencionadas foram observadas durante a pesquisa jurisprudencial acerca do tema, e serão analisadas em seguida. Do mesmo modo, são de conhecimento do acadêmico, em virtude de sua atuação profissional como Assessor Judiciário, o que lhe permite contato diário com as situações acima.

pela operadora do Plano de Saúde, sob a justificativa de que existem similares nacionais, o que não se mostra razoável e muito menos justificável, conforme se demonstrará neste item.

Como visto no Capítulo anterior, as cláusulas abusivas são previstas no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, cujo rol é exemplificativo. Dentre as cláusulas previstas como abusivas, destacam-se aquelas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade” (art. 51, IV, do CDC). Como exagerada, presume-se a vontade que “ofende princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence” (art. 51, § 1.º, I, do CDC), que “restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual” (art. 51, § 1.º, II, do CDC) e aquela que “se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso” (art. 51, § 1.º, III, do CDC).

Considerando o dispositivo acima, evidencia-se a abusividade da cláusula de exclusão da cobertura, uma vez que restringe direitos e obrigações inerentes à natureza do contrato, de tal forma a afrontar o seu próprio objeto (direito à vida) e ameaçar o equilíbrio contratual, além de colocar o consumidor em desvantagem exagerada em relação ao fornecedor e de ser incompatível com a boa-fé. (BICALHO, 2004, p. 115)

Em razão dessa abusividade, o princípio da força obrigatória do contrato deve ser relativizado, a fim de garantir as expectativas e interesses legítimos do consumidor no momento da celebração do contrato, bem assim a função social do contrato, conforme já visto no segundo capítulo deste trabalho. Essa relativização da força obrigatória do contrato visa a equilibrar o contrato, demonstrando a preocupação do legislador com a parte hipossuficiente, o consumidor. Nas palavras de João Batista Almeida (2008, p. 150):

“É visível a preocupação do legislador com a situação do contratante hipossuficiente, o consumidor, no sentido de que o poderio econômico do fornecedor não o massacre. Daí dispor que as cláusulas devam ser equilibradas, compatíveis com a boa-fé e a equidade e permitir a modificabilidade das que se mostrem excessivamente onerosas ou insuportáveis para o consumidor”.

Conforme mencionado, a cláusula de exclusão de cobertura também afronta aos interesses e expectativas do consumidor. No momento da celebração do contrato, o consumidor tem em mente que, quando adoecer e houver necessidade, será atendido de forma ampla e irrestrita, com o objetivo de alcançar à cura para sua doença, através dos serviços prestados pela operadora do Plano de Saúde.

Para isso, contribuirá para o fornecedor, independentemente da utilização ou não dos serviços prestador por ele, vinculando-se de forma cativa ao contrato (característica do contrato cativo de longa duração, tratado no primeiro capítulo), a qual dependerá do estado de saúde dele e de sua família, mas, sempre com a expectativa de alcançar certa segurança e tranquilidade em caso de eventos danosos à saúde no futuro. A segurança e a tranquilidade são os principais argumentos de publicidade utilizados pelas operadoras do Plano de Saúde. Contudo, ao necessitar do tratamento, o consumidor se depara com a cláusula de exclusão da cobertura do tratamento, em afronta às suas expectativas, que foi redigida e inserida num contrato de adesão, sem que o consumidor pudesse questioná-la. Sobre o assunto, Cláudia Lima Marques leciona (1996, p. 72):

“Expectativas de prestação de um serviço seguro, previsível e de adequada qualidade no tratamento dos problemas de saúde do consumidor e de sua família são despertadas no mercado através das atuais vendas agressivas de porta em porta ou através do massivo uso da publicidade comercial, sem que estas expectativas (agora) legítimas sejam cumpridas na prática e sem que direitos correspondentes sejam assegurados nos contratos destes planos de saúde e nos contratos de prestação de assistência médica. Ao contrário, tais textos contratuais massificados procuram exonerar o fornecedor de ter que assumir seu risco próprio profissional, qual seja ter que realizar com adequação e qualidade o objeto do próprio contrato, isto é, cobrir os riscos de saúde de seus associados, conveniados e clientes”.

Por ser um contrato de adesão, cujas cláusulas são elaboradas unilateralmente pela operadora de Plano de Saúde, e com importante função social, impõe-se que a redação e utilização das cláusulas contratuais seja realizada de forma a garantir a função social do contrato e seu objeto contratual, além, claro, de que as disposições estejam em conformidade com o princípio da boa-fé. O princípio da boa-fé está previsto no artigo 4.º, III, do Código de Defesa do Consumidor, como cláusula geral a ser observada em todos os contratos de consumo.

A boa-fé presente no Código de Defesa do Consumidor é a boa-fé objetiva¹⁸, que pode ser traduzida como uma regra de conduta, um dever das partes em agir de acordo com parâmetros de honestidade e lealdade durante a relação contratual (seja antes, durante ou após a execução do contrato), com objetivo de estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo. Para Rizzatto Nunes (2009, p. 130):

“Assim, quando se fala em boa-fé objetiva, pensa-se em comportamento fiel, leal, na atuação de cada uma das partes contratantes a fim de garantir respeito à outra. É um princípio que visa garantir a ação sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão a ninguém, cooperando sempre para atingir o fim colimado no contrato, realizando os interesses das partes. Anote-se que o novo Código Civil também incorporou a boa-fé

¹⁸ Sobre a distinção entre boa-fé objetiva e subjetiva, vide: NUNES, Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 129-30.

objetiva como norma de conduta imposta aos contratantes na conclusão e na execução dos contratos, conforme estabelecido no art. 422 e no art. 113, que cuida da interpretação dos negócios jurídicos”.

A cláusula de exclusão de cobertura é típico exemplo de cláusula contratual contrária à boa-fé. Através dessa cláusula contraditória, a operadora do Plano de Saúde nega a cobertura ao tratamento ou ao fornecimento de prótese, com a justificativa da exclusão estar prevista no contrato, motivo pelo qual deve ser cumprida (*pacta sunt servanda*). Porém, a presença da cláusula de exclusão, nestes termos, vai de encontro ao princípio da boa-fé objetiva, já que o contrato foi redigido pelo próprio fornecedor do serviço de forma a garantir apenas os seus interesses, ou seja, garantir a contraprestação do consumidor e excluir a do fornecedor, qual seja, o fornecimento dos serviços médicos. Logo, conforme tratado no segundo capítulo, o respeito ao princípio da força obrigatória do contrato (*pacta sunt servanda*) é limitado ao princípio da função social do contrato, razão pela qual se impõe a flexibilização do que foi pactuado, a fim de se garantir a função social do contrato.

Nelson Nery Júnior (*et. al.* 2007, p. 581), tratando sobre a exclusão do tratamento dispendioso de doenças como AIDS e câncer, e sua ofensa à boa-fé, leciona:

“É nula, por ofender a boa-fé, a cláusula, geralmente inserida nos contratos de planos de saúde, de não-cobertura de algumas moléstias, como AIDS e câncer. Quem quer contratar plano de saúde quer cobertura total, como é óbvio. Ninguém paga plano de saúde para, na hora em que adoecer, não poder ser atendido. De outro lado, se o fornecedor desse serviço exclui de antemão determinadas moléstias, cujo tratamento sabe dispendioso, estará agindo com má-fé, pois quer receber e não prestar o serviço pretendido pelo consumidor”.

Do mesmo modo, a cláusula de exclusão de cobertura afeta o equilíbrio contratual. Como já observado, o contrato de Plano de Saúde é marcado pela álea, já que o serviço somente será prestado quando ocorrer o evento previsto no contrato. Em razão disso, a fim de evitarem prejuízos, as operadoras de Plano de Saúde utilizam-se de métodos atuariais para calcularem a probabilidade da ocorrência dos eventos, bem como o valor da contraprestação do consumidor. Assim, o equilíbrio contratual é garantido, também, quando a contraprestação é compatível com o risco assumido pelo consumidor (na hipótese de não ter que se utilizar do serviço do fornecedor) e pelo fornecedor (caso tenha que prestar o serviço de forma constante). Contudo, a partir do momento em que há a negativa da cobertura ao tratamento mais dispendioso pelo fornecedor, gera-se o desequilíbrio contratual, pois o fornecedor transfere o risco assumido ao consumidor.

Segundo Fernão Justen de Oliveira (1997, p. 146),

“Assim, o equilíbrio subsiste enquanto houver a possibilidade de o segurador auferir benefício econômico se não ocorrer a condição contratual (sinistro) e, ao mesmo

tempo, mas inversamente, suportar prejuízo no caso de superveniência da condição. O evento capaz de determinar o rompimento do equilíbrio desfavoravelmente ao segurado é a manobra do segurador – hábil dominador da técnica atuarial – tendente a reduzir seu risco a zero, entregando-o todo ao segurado. O desequilíbrio abusivo estaria configurado em adição de ônus ao segurado e diminuição de ônus ao segurador”.

Para caracterizar o desequilíbrio contratual não é necessária a efetiva demonstração de vantagem exagerada, ou do desequilíbrio efetivo do contrato, uma vez que a legislação prevê que se *presume* exagerada a vantagem (art. 51, § 1.º, do CDC) quando o objeto do contrato estiver *ameaçado* (art. 51, § 1.º, II, do CDC).

Em razão do desequilíbrio contratual ocasionado pela cláusula de exclusão de cobertura, há o desrespeito ao princípio da equidade (art. 51, IV, do CDC), através do qual se busca alcançar um equilíbrio de direitos e deveres entre as partes contratantes, impedindo que uma delas assegure vantagens unilaterais e exageradas, por meio de normas abusivas. Do mesmo modo, o desequilíbrio entre as partes contratantes fere o princípio da igualdade substancial, previsto no art. 3.º, III, da Constituição Federal. (BICALHO, 2004, p. 115)

Não fossem todos os argumentos acima, suficientes para caracterizar como abusiva a cláusula de exclusão de cobertura, cabe ressaltar que, principalmente no momento da celebração do contrato, o fornecedor deve respeitar o direito de informação do consumidor, fundamentado no princípio da transparência, o qual, assim como a boa-fé objetiva, figura como uma regra contratual a ser observada em todos os contratos de consumo (art. 4.º, *caput* e inc. III, do CDC).

O princípio da transparência impõe ao fornecedor o dever de redigir com clareza as informações contidas no contrato, de modo que possibilite ao consumidor a melhor compreensão do seu conteúdo e das características do serviço. Não basta ao fornecedor abster-se de faltar com a verdade, pois se exige mais. Deve o fornecedor transmitir ao consumidor todas as informações indispensáveis relativas ao produto e/ou serviço que possam influenciar a decisão de consumir, ou não, o fornecimento. (SILVA, 2003, p. 68)

Do princípio da transparência, decorre o dever de informação, conforme ensina Cláudia Lima Marques (2004, p. 599):

“Como reflexo do princípio da transparência temos o novo *dever de informar* o consumidor, seja através da *oferta*, clara e correta (leia-se aqui publicidade ou qualquer outra informação suficiente, art. 30) sobre as qualidades do produto e as condições do contrato, sob pena de o fornecedor responder pela falha da informação (art. 20), ou ser forçado a cumprir a oferta nos termos em que foi feita (art. 35); seja através do próprio *texto do contrato*, pois, pelo art. 46, o contrato deve ser redigido de maneira clara, em especial os contratos pré-elaborados unilateralmente (art. 54, § 3.º), devendo o fornecedor ‘dar oportunidade ao consumidor’ conhecer o conteúdo

das obrigações que assume, sob pena do contrato por decisão judicial não obrigar o consumidor, mesmo se devidamente formalizado”.

Em artigo publicado na Revista de Direito do Consumidor, v. 20, em outubro de 1996, a doutrinadora referida afirma:

“[...] no momento preparatório impõe deveres de informação clara e correta (art. 30 e 31 do CDC), impõe deveres de redação contratual precisa e compreensível (art. 54, § 3.º, do CDC), e de destaque especial para as cláusulas limitativas dos direitos dos consumidores (art. 54, § 4.º, do CDC), sob pena destas cláusulas não obrigarem os consumidores (art. 46 do CDC) e sob pena das informações mal prestadas poderem ser exigidas (art. 20 e 35 do CDC), isto é, do fornecedor ter de realizar as expectativas legítimas criadas nos consumidores por sua atuação. [...] Informar correta e previamente o consumidor é um dever de conduta segundo a boa-fé imposto ao fornecedor de serviços pelo CDC (art. 6.º, III c/c art. 30 e 31 do CDC). É dever de conduta cuja violação representa vício do serviço (art. 20 do CDC), ensejando reexecução do serviço, redibição ou diminuição do preço pago, a depender da sanção da escolha, logo, do interesse do consumidor (art. 20 caput e incisos I, II e III do CDC)”. (MARQUES, 1996, p. 75-76)

O dever de informação destina-se a assegurar ao consumidor que não será confundido pelo fornecedor, que pode se utilizar de sua superioridade econômica para isso, impondo deveres e redigindo os contratos de forma confusa, os quais, caso entendidos literalmente, não serão assumidos.

Na celebração do contrato de Plano de Saúde observa-se que o dever de informação e transparência é nitidamente desrespeitado pelas prestadoras de serviços de assistência à saúde, tendo em vista que, dificilmente, o consumidor celebraria um contrato destinado à prestação de serviços médicos que contenha cláusula que exclua a cobertura de tratamento indispensável à cura da doença.

A cláusula de exclusão de cobertura, ainda, ofende o princípio da confiança, previsto no art. 20, § 2.º, do CDC, que garante a adequação do contrato às expectativas do consumidor. “Dessa forma, a utilização de cláusulas abusivas em contratos de plano de saúde afrontam tal princípio, uma vez que impedem o consumidor de alcançar o fim intentado com a celebração do contrato, qual seja, a devida cobertura médico-hospitalar” (BICALHO, 2004, 115).

Adverte-se que o fato de se reputar como abusiva a cláusula de exclusão da cobertura não significa que o contrato de Plano de Saúde deve garantir a cobertura de todo tipo de doença e tratamento, seja no Brasil ou no exterior. Pelo contrário, busca-se demonstrar que, uma vez estabelecido o rol de doenças garantidas pelo contrato, não pode a operadora de Plano de Saúde, por meio de outra cláusula contratual, negar a cobertura a determinado tratamento ou ao fornecimento de prótese importada, sob a justificativa da existência da cláusula de exclusão, uma vez que essa cláusula ofende aos princípios anteriormente citados,

bem como ao fim do contrato, às expectativas do consumidor e, principalmente, à função social do contrato.

Na verdade, a operadora de Plano de Saúde pode estabelecer o rol de doenças que serão atendidas pelo contrato, e não o tratamento, haja vista que a escolha do melhor tratamento destinado à cura da doença é tarefa delegada ao médico, e não ao fornecedor de serviços. Estabelecido o rol de doenças, sem que haja ofensa ao rol mínimo previsto em lei (art. 10, Lei n.º 9.656/98), caberá ao contrato de Plano de Saúde garantir a cobertura ao(s) tratamento(s) relativo(s) à cura da doença, garantindo assim a função social do contrato e o objeto contratual, qual seja, o direito fundamental e indisponível, a vida. Nas palavras de Cláudia Lima Marques (1996, p. 79):

“O contrato de seguro-saúde e os planos oferecidos no mercado devem especificar quais os riscos de saúde estão efetivamente cobertos por este plano ou relação contratual, em outras palavras, quais as doenças ou eventos cujo tratamento será suportado pelo plano ou seguro e quais as pessoas efetivamente incluídas. A presunção é de que as doenças e eventos de saúde não especificamente excluídos estão cobertos pelo contrato de seguro-saúde ou plano, em virtude da garantia legal de prestação de serviços adequados e da qualidade necessária à realização das expectativas legítimas do consumidor (arts. 24 e 25 do CDC). A interpretação das cláusulas contratuais e do contrato em sua totalidade deve – *ex vi lege* – ser sempre a favor do consumidor (art. 47 do CDC)”.

Dessa forma, poderá a operadora do Plano de Saúde, desde que respeitado o contrato de referência, limitar os riscos que irá assumir, ou seja, estabelecer quais doenças serão cobertas pelo contrato, mas não determinar quais tratamentos serão garantidos. Para melhor compreensão, necessária pequena distinção entre cláusula abusiva e cláusula limitativa de risco.

Para Sérgio Cavaliéri Filho (2007, p. 420), a cláusula limitativa de risco tem como objetivo restringir a *obrigação* assumida pelo segurador (operadora de plano de saúde). Por sua vez, a cláusula abusiva visa a restringir ou excluir a *responsabilidade* do segurador. A diferença está no fato de que “obrigação e responsabilidade são coisas distintas, que não podem ser confundidas”. Posteriormente, especificamente sobre a abusividade da cláusula de exclusão da obrigação, CAVALIERI FILHO (2007, p. 421) afirma:

“O que até aqui ficou dito encontra pleno respaldo legal no art. 51, I, do Código do Consumidor que reputa abusiva e, por isso mesmo, nula de pleno direito, a cláusula que ‘impossibilite, *exonere* ou *atenue a responsabilidade* do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços que impliquem renúncia ou disposição de direitos’. Deveras, se numa cláusula contratual o segurador assume o risco (obrigação) e noutra exclui ou reduz seus efeitos jurídicos, na realidade não se obrigou; a cláusula é abusiva porque torna inócua a essência do contrato”.

No caso do contrato de Plano de Saúde, o fato da doença não possuir cobertura é uma situação, pois a operadora do plano não assumiu nenhuma obrigação, ou seja, não assumiu o risco; enquanto que o fato da doença ter cobertura e, a partir de um determinado momento deixar de ter, é outra situação diferente, o que caracteriza a abusividade da cláusula de exclusão, haja vista que a operadora pretende não assumir o risco, transferindo-lhe ao consumidor.

Na Concepção Tradicional do contrato, o acordo de vontades era a maneira pela qual se criavam direitos e obrigações, os quais deveriam ser respeitados e cumpridos. O contrato, por sua vez, era o instrumento destinado tão somente a garantir a circulação de riquezas.

Atualmente, além de assegurar a circulação da riqueza, o contrato também deve desempenhar uma função social, que, no contrato de Plano de Saúde, é assegurar a prestação de serviços médicos, com o objetivo de garantir o direito fundamental à vida. Assim, a partir do momento em que se formula o contrato e, principalmente, durante sua execução, a interpretação das cláusulas contratuais deve ser realizada de forma a atingir os objetivos contratuais, bem como não pode haver no contrato previsões que vão ao encontro da própria função social do contrato. A elaboração das cláusulas contratuais deve ser realizada de forma harmoniosa, sem causar desequilíbrio ou vantagem exagerada para uma das partes, e com objetivo de garantir o objeto do contrato.

Porém, diante do que se está expondo, observa-se que a evolução da teoria contratual e a concepção social do contrato não foram suficientes para garantir o equilíbrio contratual no contrato de Plano de Saúde, já que a cláusula de exclusão de cobertura ofende aos princípios e direitos básicos do consumidor.

Conforme mencionado, o contrato de Plano de Saúde pode estabelecer quais doenças serão cobertas pelo contrato. Determinadas as doenças e formalizado o contrato com o consumidor, esse tem a expectativa de que, caso acometido por alguma doença, terá o tratamento médico adequado para curá-la. Porém, por meio da cláusula contratual de exclusão de cobertura, a operadora do Plano de Saúde nega a cobertura ao tratamento, o que frustra a expectativa do consumidor. Em virtude da negativa, é gerado um desequilíbrio contratual, uma vez que após se manter vinculado ao contrato, de forma cativa, cumprindo com sua contraprestação, o consumidor se depara com a negativa do fornecedor em cumprir com a sua obrigação. Essa situação, ainda, acarreta em desvantagem exagerada ao consumidor, já que não poderá utilizar do serviço que acreditou ter contratado, enquanto o fornecedor receberá e

não prestará o serviço, além de ofender o princípio da dignidade da pessoa humana, representado por meio do direito fundamental à vida. Para Amanda Flávio de Oliveira (2004, p. 110),

“Adotando-se a filosofia personalista e empregando-a na análise dos serviços prestados pelas operadoras de planos de saúde, seriam consideradas anti-humanistas alegações arbitrárias de previsão contratual para a exclusão de serviços de saúde indispensáveis à dignidade da pessoa humana. Da mesma forma, é anti-personalista a alegação não comprovada de abalo da saúde financeira das empresas para negativa de prestação de serviços de saúde adequados. A dor sanável e não sanada, a doença curável e não curada, a morte precoce por falta de serviços adequados de assistência à saúde, sejam eles prestados pelo poder público e pela iniciativa privada, são atitudes que afrontam severamente a dignidade da pessoa humana, fundamento da República”.

A abusividade e o desequilíbrio contratual têm origem antes mesmo da exigência do consumidor na prestação do serviço, já que o fornecedor viola o seu dever de informação e transparência no início da relação contratual. No momento da celebração do contrato e da redação das cláusulas contratuais, deixou de esclarecer realmente os verdadeiros riscos que estavam sendo garantidos, levando o consumidor ao erro. Do mesmo modo, essa conduta viola o princípio da boa-fé objetiva, haja vista que o fornecedor, quando da elaboração do contrato, busca apenas a satisfação dos seus interesses, em detrimento aos interesses do consumidor.

Em razão das abusividades mencionadas, a cláusula contratual de exclusão de cobertura inviabiliza a própria execução do contrato, além de ir de encontro à sua função social e ao seu objeto.

Considerando os conceitos tratados anteriormente e a análise da cláusula abusiva, pode-se afirmar, portanto, que o contrato, ao assegurar a cobertura para determinada doença (como por exemplo, o câncer) e negar determinado tratamento (como por exemplo, a quimioterapia) - situação exposta como primeira manifestação da cláusula de exclusão de cobertura a ser analisada, no início deste item - além de desrespeitar o dever de transparência e informação, desrespeita também o princípio da boa-fé objetiva, causa desequilíbrio contratual e coloca o consumidor em desvantagem, restringindo direitos inerentes à própria natureza do contrato, já que o objetivo do contrato é assegurar a cura da doença acometida pelo consumidor, e a cláusula contratual exclui exatamente o tratamento destinado à cura do câncer. Além de contraditória, o que implica em interpretação favorável ao consumidor, conforme se verá a seguir, a cláusula de exclusão de cobertura inviabiliza a execução do próprio contrato na medida em que impossibilita a cura da doença. Consequentemente, a finalidade básica do contrato também é comprometida, pois o tratamento é essencial para

garantir e até mesmo devolver a saúde ao consumidor e, caso negada, poderá comprometer sua própria vida. A limitação do tratamento mostra-se, dessa forma, incoerente com a idéia de proteção da vida do consumidor, já que essa depende justamente do tratamento negado, violando a função social do contrato, conforme já visto.

O mesmo raciocínio pode ser feito com relação à cláusula que, apesar de garantir cobertura a determinado tratamento (como por exemplo, radioterapia), exclui desdobramentos dele, como a radioterapia 3D. Ao prever a cobertura para determinada doença, como por exemplo, o câncer, por meio da radioterapia, inevitável a conclusão de que os desdobramentos dela também estejam cobertos pelo contrato, principalmente os relacionados com a persecução da cura. Mostra-se contraditória a situação na qual o contrato prevê a cobertura para o câncer por meio da radioterapia, mas, por meio da cláusula de exclusão da cobertura, exclui o tratamento por outro mais avançado, já que inviabiliza necessariamente a cura do consumidor e, conseqüentemente, induz a sua morte, conforme se demonstrará a seguir, quando da análise jurisprudencial acerca do tema.

Como destacado, o contrato de Plano de Saúde é um contrato cativo de longa duração, cujos efeitos se protraem no tempo. Logo, diante dos avanços da medicina, mostra-se incoerente a cláusula que exclui a radioterapia 3D, mas justifica o tratamento e a cobertura de radioterapia, tendo em vista que, após anos, esse procedimento estará ultrapassado, bem como não oferecerá os mesmos resultados dos tratamentos modernos. Essa exclusão de cobertura aos tratamentos, muitas vezes mais modernos, que sejam desdobramentos de outros, mostra-se abusiva, também, porque impede o consumidor de obter a cura à sua doença por meios muitas vezes mais eficazes, com resultados mais satisfatórios, em menor tempo e com menor sofrimento e abalo à saúde, sem contar a sua recuperação, que será menos dolorosa e mais rápida. A cláusula contratual de exclusão de cobertura inviabiliza, inclusive, a adequação do contrato do consumidor com a realidade, principalmente no que se refere aos tratamentos mais eficazes disponíveis no mercado.

Do mesmo modo, não pode ser aceita a cláusula que exclui o fornecimento de prótese importada, quando da existência de prótese similar nacional. Como visto, a fim de minimizar os efeitos ocasionados pela descalcificação dos ossos, algumas vezes, há necessidade da colocação de uma prótese no joelho, por exemplo. Dependendo da situação do paciente, o sucesso do tratamento dependerá da prótese utilizada. Em razão disso, os médicos assistentes, prestadores de serviços às operadoras de Plano de Saúde, geralmente exigem a utilização de prótese importada, pois já restou comprovada sua superioridade em relação à

prótese nacional. Conforme se verá na análise jurisprudencial, ao final deste capítulo, realizada a cirurgia e implantada a prótese, não significa que o paciente não necessitará de novas cirurgias. Pelo contrário, haverá necessidade de trocar a prótese, bem como de fisioterapias para sua recuperação.

É nesse ponto que está a principal diferença entre a prótese nacional e a importada, haja vista que a prótese importada é confeccionada com material de qualidade superior, motivo pelo qual reduz a necessidade de novas cirurgias, pois, após implantada, tem durabilidade de até dez anos, por exemplo. Por sua vez, a prótese nacional tem durabilidade entre três a cinco anos, por exemplo, o que impõe ao consumidor/paciente a necessidade de realização de novas cirurgias em curto período de tempo. Considerando a finalidade da prótese, de minimizar os efeitos da descalcificação dos ossos, tem-se que a maioria das pessoas que necessitam utilizá-la possuem idade avançada, nas quais os efeitos de uma intervenção cirúrgica são mais profundos e o tempo de recuperação e os riscos são maiores.

Logo, ao negar a utilização da prótese importada, de melhor qualidade, a operadora de Plano de Saúde necessariamente está expondo o consumidor ao risco, pois ele necessitará de nova cirurgia, num período curto de tempo, enquanto a utilização da prótese importada postergaria a necessidade de nova cirurgia. Dessa forma, como visto, o contrato de Plano de Saúde, além de não cumprir sua função social, vai de encontro de seu objetivo, pois deixa de assegurar a saúde do consumidor, o direito fundamental à vida e à dignidade da pessoa humana, para lhe expor ao risco. A utilização da prótese importada visa a garantir o verdadeiro objeto do contrato de Plano de Saúde, a dignidade da pessoa humana (direito fundamental à vida), já que, com ela, o consumidor terá uma vida mais digna, pois não necessitará de constantes cirurgias, bem como sua recuperação será mais rápida e seu cotidiano mais saudável, haja vista a qualidade superior da prótese importada.

A atitude da operadora do Plano de Saúde de negar a utilização da prótese importada evidencia a ofensa ao dever de informação, ofende ao princípio da boa-fé, bem como demonstra a abusividade da cláusula de exclusão, tendo em vista que coloca o consumidor em desvantagem exagerada. Do mesmo modo, impacta negativamente no objeto do contrato, pois vai de encontro ao seu objetivo e à sua função social.

Conforme visto no início deste Capítulo, a saúde é um direito constitucionalmente assegurado a toda população, e é dever do Estado a prestação de serviços necessários à garantia da saúde. Porém, permite-se que tais serviços sejam prestados pela iniciativa privada, que poderá explorá-la com objetivo de lucro, desde que preste um serviço adequado, de

qualidade e que assegure a saúde daquele que contrata o serviço. Por serviço adequado, entende-se aquele que possibilita a garantia por inteiro, por meio da viabilização do tratamento médico necessário à cura do paciente, o que não ocorre com a existência da cláusula de exclusão de cobertura.

Após formalizar o contrato, o consumidor não escolhe o tipo de doença que irá lhe atingir, já que a celebração do contrato é realizada justamente em razão do fato de ser imprevisível a doença que poderá acometê-lo. Diante disso e do receio de não ter acesso ao tratamento médico necessário para curar-se, o consumidor pactua com a operadora do Plano de Saúde a prestação de serviços médicos, com o intuito de se assegurar contra estes riscos. Durante anos, efetua o pagamento de sua contraprestação, na expectativa legítima e lógica de se obter tratamento médico adequado quando necessário, o que por vezes não ocorre, em razão da cláusula de exclusão de cobertura.

Porém, dependendo do tipo de doença que atinja o consumidor, o tratamento excluído pode ser o único capaz de garantir a cura, e até mesmo a sua vida, motivo pelo qual se entende que a cláusula de exclusão de cobertura atenta contra o objeto do contrato e restringe seu fim, além de inviabilizar sua execução e não cumprir com sua função social. Por isso, referida cláusula ferirá a finalidade básica do contrato se, no caso concreto, este for justamente o essencial para garantir a saúde e, algumas vezes, a vida do segurado.

Em razão disso, devem ser eliminadas as restrições previstas nos contratos de Plano de Saúde que inviabilizem o seu objeto, na busca de se instituir uma cobertura que atenda aos princípios constitucionais assegurados pelo contrato, uma vez que a saúde é um direito fundamental previsto na Constituição Federal, a qual não pode ser vista exclusivamente como atividade econômica, principalmente pelo fato de que, diante da nova concepção de contrato, a relação contratual deve possuir uma função social.

Diante das abusividades evidenciadas na cláusula de exclusão de cobertura, impõe-se a interpretação do contrato de forma favorável ao consumidor, a fim de eliminar as contradições existentes no contrato e restabelecer seu equilíbrio, com o intuito de garantir sua função social e o seu objetivo, o de assegurar o direito à vida. Portanto, conjuntamente com a abusividade da cláusula de exclusão e a inviabilidade na execução do contrato, necessária a análise da interpretação do contrato, que se fará a seguir.

4.5 INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR

Diante do exposto no item anterior, verifica-se a abusividade da cláusula de exclusão de cobertura no Contrato de Plano de Saúde. A análise dessa abusividade leva em consideração a regra exposta no artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor, qual seja, a de que “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.

Conforme já visto, a cláusula de exclusão pode ser analisada sob três aspectos: a) prevê a cobertura para a doença, mas nega a cobertura para determinados tratamentos; b) prevê a cobertura para doença e para o tratamento, mas exclui tratamentos mais modernos, desdobramentos daquele acobertado; ou c) exclui o fornecimento de prótese importada, quando existente similar nacional. Em todos os casos, as cláusulas contratuais são contraditórias, exigindo uma interpretação voltada a eliminar a contradição, a qual será, necessariamente, em favor do consumidor, em respeito às regras e princípios do Código de Defesa do Consumidor.

Para Rizzatto Nunes (2009, p. 567), a norma do artigo mencionado se justifica em razão dos vários princípios que envolvem os contratos de consumo, destacando principalmente o protecionismo. Para o autor, o protecionismo inaugura o sistema legal de defesa do consumidor (art. 1.º) e decorre diretamente do texto constitucional, que estabelece a defesa do consumidor como um dos princípios da atividade econômica (art. 170, V, CF/88), impondo ao Estado o dever de promover a defesa do consumidor (art. 5.º, XXXII, CF/88). Em respeito a esses princípios, a interpretação deverá privilegiar a parte vulnerável na relação de consumo, ou seja, o consumidor. Em suas palavras:

“Então, o fato é que todas as normas instituídas no CDC têm como princípio e meta a proteção e a defesa do consumidor”.

“É exatamente por isso que, no que tange às questões contratuais, não se pode olvidar o protecionismo, que, superadas as demais alternativas para interpretação, tem de ser levado em conta para o deslinde do caso concreto”.

“Assim, vige o princípio da *interpretatio contra stipulatorem*, mas de forma mais ampla. Com efeito, com base nesse princípio, nos contratos de adesão, havendo cláusulas ambíguas, vagas ou contraditórias, a interpretação se faz contra o estipulante. Contudo, na lei consumerista esse princípio veio estampado de maneira mais ampla no art. 47, que estabeleceu que as ‘cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor’. Isto é, toda e qualquer cláusula, ambígua ou não, tem de ser interpretada de modo mais favorável ao consumidor. Assim, na dúvida ou não, sempre se interpretará a cláusula contratual a favor do consumidor”. (NUNES, 2009, p. 567)

As regras do Código de Defesa do Consumidor possuem uma concepção diferente daquelas previstas na legislação cível, desatrelando-se do princípio da *pacta sunt servanda*, reputando nulas de pleno direito as cláusulas que violarem o princípio da igualdade e do equilíbrio contratual. Desrespeitados esses princípios pelo contrato, em razão da estipulação de cláusulas ambíguas, ou abusivas, impõe-se a interpretação favorável ao consumidor, com o objetivo de eliminar as contradições e em respeito às regras impostas pela legislação consumerista.

Essa interpretação favorável ao consumidor é a concretização do princípio da isonomia. O artigo 4.º, I, do Código de Defesa do Consumidor traz como princípio o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo. Assim, a regra de interpretação prevista no artigo 47 do referido diploma nada mais fez senão a de privilegiar o princípio exposto no artigo 4.º, I, do CDC, bem como aplicar o princípio da isonomia. Para Nelson Nery Júnior (*et. al.*, 2007, p. 556),

“O princípio da isonomia tem sido entendido, modernamente, como tendo implicação consequencial de *igualdade substancial real*, e não apenas formal. Isso se traduz, na prática, com a consideração de que isonomia quer significar tratar desigualmente os desiguais na exata medida de suas desigualdades”.

“O art. 4.º, n.º I, do CDC traz como princípio o reconhecimento de que o consumidor é a parte mais fraca na relação jurídica de consumo. Não o fez de modo arbitrário, mas atendendo à recomendação da Resolução da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, de 9 de abril de 1985, e da doutrina. Com isso vê-se que o Código, ao dar tratamento diferenciado aos sujeitos da relação de consumo, conferindo maiores prerrogativas ao consumidor, nada mais fez do que aplicar e obedecer ao princípio constitucional da isonomia, tratando desigualmente partes desiguais”.

O fato do artigo 47 determinar a interpretação favorável ao consumidor, não implica em colocá-lo em vantagem privilegiada frente ao fornecedor, haja vista que apenas reconhece a vulnerabilidade do consumidor, bem como concretiza o princípio da isonomia, ou seja, trata os desiguais de forma desigual. Segundo João Batista de Almeida (2008, p. 158):

“Não se diga que essa regra privilegia desarrazoadamente o consumidor, porquanto está em consonância com o reconhecimento universal, constitucional e legal de sua vulnerabilidade do mercado de consumo (art. 4.º, I) e se compatibiliza com seu direito básico de proteção contra cláusulas abusivas ou impostas (art. 6.º, IV)”.

Por essas razões, toda estipulação contratual que limitar os direitos do consumidor, ou colocá-lo em desvantagem, prejudicando o equilíbrio contratual, deverá ser interpretada em seu favor.

Como ressaltado, o Código de Defesa do Consumidor exige a redação de forma destacada das cláusulas que impliquem em limitação de direitos do consumidor, sob pena de sua invalidade (art. 54, § 4.º). Contudo, o simples fato da cláusula ser redigida de forma

destacada não basta para torná-la válida, haja vista que ela deve respeitar os demais princípios e dispositivos previstos na lei, já tratados anteriormente, sob pena de invalidade.

Conforme mencionado, a cláusula de exclusão de cobertura inviabiliza, muitas vezes, a própria execução do contrato. Nesse contexto, a cláusula de exclusão de cobertura não é simplesmente limitativa do direito do consumidor, mas também, contraditória com o conteúdo do contrato, à medida que nega cobertura para o tratamento da doença acobertada contratualmente. Logo, está-se diante de uma situação em que o contrato estabelece o pagamento das despesas para cura da doença e, ao mesmo tempo, nega o pagamento das despesas do tratamento, o qual se destina justamente para atingir a cura. Em razão dessa contradição, alternativa não resta senão a interpretação da cláusula de forma favorável ao consumidor.

A interpretação em favor do consumidor justifica-se, ainda, quando se analisa todo o contexto em que se envolve a celebração do pacto. Ao firmar o contrato, o consumidor adquire a expectativa de que, caso acometido por alguma doença, receberá a prestação do serviço garantida pelo fornecedor. No momento em que há estipulação da cláusula de exclusão, o fornecedor busca afastar o cumprimento de sua obrigação contratual. Diante disso, cabe ao intérprete analisar o contrato de forma favorável ao consumidor. Segundo Cláudia Lima Marques (2004, p. 758-759):

“Em outras palavras, ao interpretar o contrato de consumo de acordo com a boa-fé e sempre a favor do consumidor (controle formal e da boa-fé objetiva), além de iniciar a verificação se houve ou não abuso (contrato do conteúdo), o aplicador da lei deverá ter em mente quais eram os deveres do fornecedor e como suas práticas e cláusulas tentaram afastar o cumprimento destes deveres imperativos, afinal o CDC é norma de ordem pública (art. 1.º do CDC) e os direitos assegurados aos consumidores são indisponíveis por contrato”.

“[...] em face da finalidade de proteção especial das normas do CDC, a interpretação dos contratos envolvendo os consumidores e fornecedores deve guiar-se por seus princípios, em especial o princípio da boa-fé, da transparência, da proteção da confiança e das expectativas legítimas dos consumidores. Trata-se, igualmente, de uma interpretação contextual, que procura o sentido e o alcance da vontade expressa no contrato também em seu contexto negocial, na finalidade normal (*standard* objetivo) deste tipo de contrato, nas expectativas normais para os consumidores neste tipo de negócio (*standard* objetivo), considerando igualmente os atos e informações anteriores a conclusão do negócio como juridicamente relevante, formando o ‘todo’ a interpretar, a relação contratual a considerar”.

Portanto, ao interpretar o contrato, não deverá ser considerado somente seu conteúdo previsto nas cláusulas pré-elaboradas pelo fornecedor. Pelo contrário, deverá ser considerado todo o contexto em que se deu a oferta, as informações prestadas ao consumidor, as práticas comerciais exercidas, as expectativas do consumidor, bem como tudo aquilo que

influenciou a manifestação da vontade do consumidor, ainda que limitada, no momento de celebrar o contrato.

A segurança é o mote das campanhas publicitárias¹⁹ das operadoras de Plano de Saúde, que prometem paz e tranquilidade aos potenciais filiados, ofertando a mais ampla gama de serviços profissionais para prevenção e cura dos mais diversos tipos de doença, ressaltando o grande número de médicos conveniados e cidades abrangidas pelos serviços prestados.

Entretanto, ao necessitar dos serviços, o consumidor tem a infeliz surpresa de que o tratamento não será custeado, em razão da cláusula de exclusão. Porém, conforme já tratado acima, referida cláusula é contraditória com as demais existentes no contrato, bem como frustra as expectativas legítimas do consumidor, motivo pelo qual deve ser interpretada em seu favor.

Dessa forma, no caso de dúvida, a cláusula deve ser interpretada contra aquele que a estipulou (via de regra, o fornecedor) e em favor daquele (geralmente consumidor), bem como a interpretação deve atender aos fins e à natureza do contrato, principalmente quando a cláusula for contraditória. Especificamente com relação à cláusula de exclusão, ela está prevista no contrato de Plano de Saúde, cujo objetivo é custear os tratamentos necessários para que o consumidor seja curado da doença devidamente acobertada pelo contrato, razão pela qual a interpretação deve seguir essa finalidade, a de garantir o custeio do tratamento.

Ressalta-se que o contrato de Plano de Saúde, apesar de ser um contrato cativo de longa duração, trata-se de um contrato de adesão. Em razão disso, deve respeitar as regras estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor que, em seu artigo 54, § 3.º, determina que “os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor”.

Na hipótese de ausência de clareza na redação e contradição nas cláusulas do contrato quanto ao custeio dos tratamentos das doenças asseguradas por ele, deve-se compreender que referidos tratamentos estão cobertos pelo contrato de Plano de Saúde, em respeito à regra exposta no artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor, bem como às regras de interpretação já tratadas anteriormente, como por exemplo, as expectativas do

¹⁹ Nas rodovias mais movimentadas, comum a presença de outdoors com propaganda de operadoras de Plano de Saúde, algumas com os dizeres “Viaje Tranquilo. Aqui tem ...”, o que evidencia a oferta de tranquilidade como prática comercial.

consumidor. Para Cláudia Lima Marques (2004, p. 764-765), “as cláusulas claras serão interpretadas conforme as expectativas que aquele tipo contratual e aquele tipo de cláusula desperta nos consumidores [...]”.

Por fim, apesar do foco deste trabalho ser a cláusula de exclusão, prevista no contrato de Plano de Saúde, espécie de contrato de adesão, cumpre mencionar que a interpretação em favor do aderente também foi prevista no Código Civil e 2002, em seu artigo 423: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.²⁰

Além disso, verifica-se que o artigo 47 está inserido nas Disposições Gerais, do capítulo referente à proteção contratual. Por esse motivo, embora analisado sob a perspectiva do contrato de adesão, o mencionado artigo é aplicável a todos os contratos de consumo, independentemente se foram pactuados por adesão, ou não. Nesse sentido, leciona Nelson Nery Júnior (*et. al.*, 2007, p. 548):

“Isso quer significar que não apenas as cláusulas ambíguas dos contratos de adesão se interpretam em favor do aderente, contra o estipulador, mas o *contrato de consumo como um todo*, seja ‘contrato de comum acordo’ (*contrat de gré à gré*), seja de adesão, será interpretado de modo mais favorável ao consumidor”.

Diante disso, nos contratos envolvendo relação de consumo, é irrelevante o fato de eles serem ou não contratos de adesão para aplicação da regra de interpretação prevista no artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor, importando, unicamente, a clareza e a essência das cláusulas.

4.6 VISÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE O ASSUNTO

A existência de litígios envolvendo consumidores e fornecedores dos serviços de assistência médica não é novidade para o Judiciário. A discussão acerca das cláusulas abusivas nos contratos de Plano de Saúde é antiga, mas, somente nos últimos anos, ganhou destaque e passou a ser enfrentada com mais frequência. Em sua grande maioria, a jurisprudência reconhece a abusividade da cláusula de exclusão de cobertura, em respeito aos

²⁰ Por não ser o objetivo deste trabalho, deixa-se de aprofundar a análise do artigo citado. Além disso, algumas regras já mencionadas aplicam-se ao dispositivo citado.

princípios previstos no Código de Defesa do Consumidor, bem como aos direitos e garantias fundamentais do consumidor.

O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n.º 668.216/SP, de relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 15 de março de 2007, reconheceu a abusividade da cláusula de exclusão de cobertura do tratamento de quimioterapia, prescrito para cura de câncer do pulmão, em acórdão assim ementado:

“Seguro saúde. Cobertura. Câncer de pulmão. Tratamento com quimioterapia. Cláusula abusiva.

1. O plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura. Se a patologia está coberta, no caso, o câncer, é inviável vedar a quimioterapia pelo simples fato de ser esta uma das alternativas possíveis para a cura da doença. A abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, em razão de cláusula limitativa, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno disponível no momento em que instalada a doença coberta.

2. Recurso especial conhecido e provido”.

No caso, tratava-se de “Ação de Obrigação de Fazer” na qual o autor postulava o pagamento de quimioterapia, que deveria ser realizada em 12 aplicações, em decorrência de câncer do pulmão. A seguradora ré negou o pagamento alegando que a apólice não previa cobertura para tratamento ambulatorial e nem quimioterapia. Em primeiro grau, foi deferida antecipação dos efeitos da tutela ao autor, para que a ré custeasse o tratamento. Posteriormente, o pedido foi julgado procedente pelo juiz de primeiro grau, que considerou abusiva a cláusula de exclusão por romper o equilíbrio contratual e causar vantagem exagerada em favor da ré.

Interposto o Recurso de Apelação pela seguradora ré, o Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento ao recurso sob fundamento de que a

"cláusula que excluiu as despesas com quimioterapia e com assistência médica ambulatorial quando não motivada por acidente pessoal (item 3, alínea 'i' e 'r', a fls. 33), além de visível e de redação indubitosa, é perfeitamente legal e nada tem de abusiva, sequer ofendendo o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, cujo artigo 54, § 4º, admite, de expresso, a existência de disposição limitativa, desde que escrita em destaque, possibilitando a sua identificação e compreensão pelo consumidor".

No entanto, os ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em votação unânime, entenderam que a cláusula contratual era abusiva. Segundo o voto do Ministro Relator, não pode ser negado ao contrato o direito de estabelecer quais doenças estão ao alcance do plano oferecido. Porém, há que se distinguir entre a doença acobertada e a terapia, não parecendo razoável que seja excluída determinada operação terapêutica se a doença está prevista no contrato, ou seja, o contrato está destinado a cobrir as despesas

relativas ao tratamento, podendo dispor sobre quais doenças serão cobertas, mas não pode determinar qual tipo de tratamento alcançado pelo contrato, tendo em vista que determinar o tipo de tratamento é função específica do médico. Assim, inviável a negativa de custeio ao tratamento de quimioterapia, já que ela é uma das alternativas para a cura da patologia. Do corpo do voto do Min. Relator Carlos Alberto Menezes Direito, extrai-se:

“Nesse sentido, parece-me que a abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, consumidor do plano de saúde, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno do momento em que instalada a doença coberta em razão de cláusula limitativa. É preciso ficar bem claro que o médico, e não o plano de saúde, é responsável pela orientação terapêutica. Entender de modo diverso põe em risco a vida do consumidor”.

Por esses motivos, não havendo exclusão do câncer no contrato do autor, inaceitável e abusiva a negativa da seguradora ré em negar o tratamento por meio da quimioterapia.

Em outra situação, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em votação unânime, no Recurso Especial n.º 735.168/RJ, sob relatoria da Ministra Nancy Andrichi, também reconheceu a abusividade da cláusula de exclusão de cobertura de “*stents*”, indispensáveis para o sucesso da cirurgia a que foi submetido o autor da ação. O acórdão restou assim ementado:

DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. SEGURO SAÚDE. CONTRATAÇÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DO CDC E À LEI 9.656/98. EXISTÊNCIA DE TRATO SUCESSIVO. INCIDÊNCIA DO CDC, MAS NÃO DA LEI 9.656/98. BOA-FÉ OBJETIVA. PRÓTESE NECESSÁRIA À CIRURGIA DE ANGIOPLASTIA. ILEGALIDADE DA EXCLUSÃO DE “STENTS” DA COBERTURA SECURITÁRIA. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE REPARAR OS DANOS MATERIAIS.

- As disposições da Lei 9.656/98 só se aplicam aos contratos celebrados a partir de sua vigência, bem como para os contratos que, celebrados anteriormente, foram adaptados para seu regime. A Lei 9.656/98 não retroage, entretanto, para atingir o contrato celebrado por segurados que, no exercício de sua liberdade de escolha, mantiveram seus planos antigos sem qualquer adaptação.

- Embora o CDC não retroaja para alcançar efeitos presentes e futuros de contratos celebrados anteriormente a sua vigência, a legislação consumerista regula os efeitos presentes de contratos de trato sucessivo e que, por isso, foram renovados já no período de sua vigência.

- Dada a natureza de trato sucessivo do contrato de seguro saúde, o CDC rege as renovações que se deram sob sua vigência, não havendo que se falar aí em retroação da lei nova.

- A cláusula geral de boa-fé objetiva, implícita em nosso ordenamento antes da vigência do CDC e do CC/2002, mas explicitada a partir desses marcos legislativos, impõe deveres de conduta leal aos contratantes e funciona como um limite ao exercício abusivo de direitos.

- O direito subjetivo assegurado em contrato não pode ser exercido de forma a subtrair do negócio sua finalidade precípua. Assim, se determinado procedimento cirúrgico está incluído na cobertura securitária, não é legítimo exigir que o segurado se submeta a ele, mas não instale as próteses necessárias para a plena recuperação de sua saúde.

- É abusiva a cláusula contratual que exclui de cobertura a colocação de “stent”, quando este é necessário ao bom êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo plano de saúde. Precedentes.

- Conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento não seja causa para ocorrência de danos morais, a jurisprudência desta Corte vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura de seguro saúde, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada. Recurso especial a que se dá parcial provimento.

Neste caso, o autor tinha firmado contrato de seguro saúde, em 1986, com direito ao reembolso das despesas médicas e hospitalares que efetuasse. Em virtude de problemas cardíacos, foi submetido ao procedimento de angioplastia, e ao requerer o reembolso dos valores gastos com os “stents”, obteve como resposta a negativa da seguradora ré.

O autor foi submetido a mais duas cirurgias, com a necessidade de utilização do mesmo material, cujo ressarcimento também foi negado pela ré. Em virtude disso, pugnou pela indenização por danos materiais e morais. O juiz de primeiro grau julgou improcedentes os pedidos do autor, e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro manteve a sentença.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça reformou a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Em seu voto, a Ministra Relatora afirmou que o contrato foi celebrado em 1986, motivo pelo qual o Código de Defesa do Consumidor e a Lei n.º 9.656/98, não poderiam retroagir para alcançá-lo. Porém, considerando a característica desse tipo de contrato, qual seja, a renovação de tempos em tempos (em razão de ser um contrato cativo de longa duração), argumentou a Ministra que os efeitos do contrato deveriam ser regulados sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor:

“Não se trata, portanto, de retroagir as normas do CDC para regular contrato anterior a sua vigência, mas aplicá-lo, de imediato, nos termos do art. 6º, LICC, ao contrato que se renovou sob sua égide e que, por isso, não pode ser qualificado como ato jurídico perfeito”.

Ainda, mencionada cláusula contratual foi considerada abusiva, por desprezar o princípio da boa-fé objetiva (art. 51, IV, do CDC), já que subtraía do contrato sua finalidade precípua, assegurar a saúde do consumidor. Citando como precedente o Recurso Especial n.º 896.247/RJ, afirmou que a cláusula contratual que exclui a cobertura para colocação de “stent” é abusiva, quando o mesmo for necessário ao êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo Plano de Saúde. Por esses motivos, reformado o acórdão, condenou-se a ré a indenizar o autor no valor dos ‘stents’ utilizados no procedimento cirúrgico, acrescido de juros e correção monetária a partir da citação, a indenizar o autor no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil

reais), à título de indenização por danos morais, e ao pagamento de custas legais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação.

O Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na Apelação Cível n.º 2006.048840-8, de relatoria do Desembargador Fernando Carioni, julgada em 13 de março de 2007, em votação unânime, decidiu ser abusiva a conduta da operadora de plano de saúde ré em negar a cobertura ao tratamento de câncer por meio de “radioterapia conformacional” ou “3D”, sob a justificativa de que o contrato previa cobertura, apenas, para a radiologia “simples”, conforme ementa a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - PLANO DE SAÚDE - DIAGNÓSTICO DE CARCINOMA SEDAL - TRATAMENTO DE RADIOTERAPIA CONFORMACIONAL OU 3D E IMPLANTE DE CATETER IMPLANTOFIX MARCA B. BRAUN - NEGATIVA DE TRATAMENTO POR AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL E POR NÃO CONSTAR NO ROL DE PROCEDIMENTOS DA RESOLUÇÃO NORMATIVA 82/2004 PROFERIDA PELA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS) - PREVISÃO CONTRATUAL APENAS DE COBERTURA RADIOTERÁPICO - DISPONIBILIZAÇÃO DE CATETER DE CARÁTER MAIS INVASIVO - GÊNEROS DAS ESPÉCIES DOS TRATAMENTOS PLEITEADOS - INEXISTÊNCIA DE EXCLUSÃO EXPRESSA - APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - EXIGÊNCIA DO ARTIGO 54, § 4º, DA LEI 8.078/90 - INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR - CONSONÂNCIA COM O ARTIGO 47 DO CODECON - ROL DE PROCEDIMENTOS ESTABELECIDOS PELA ANS REPRESENTANDO O PATAMAR MÍNIMO A SER CUMPRIDO - INTERPRETAÇÃO E EXECUÇÃO DO CONTRATO SEGUNDO OS DITAMES DA BOA-FÉ - REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO - OBSERVÂNCIA AOS CRITÉRIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

Justamente por haver previsão genérica para a cobertura do procedimento radioterápico e da implantação de cateter, apresenta-se inadmissível impor ao consumidor a cobertura apenas dos procedimentos menos custosos, mais antigos e molestosos.

Segundo a boa-fé, que deve pautar as relações de consumo, intolerável obstar a consecução de um procedimento previsto ao paciente, por argüir a exclusão ou disponibilização de um outro que a este é essencial mormente quando inexistente exclusão expressa.

A indenização por danos morais deve ser fixada com ponderação, levando-se em conta o abalo experimentado, o ato que o gerou e a situação econômica do lesado; não podendo ser exorbitante, a ponto de gerar enriquecimento, nem irrisória, dando azo à reincidência.

Diagnosticado o câncer na região anal, o médico especialista da autora indicou a “radioterapia conformacional” ou “3D” como melhor tratamento. Porém, a cobertura foi negada pela ré, que autorizou apenas a radioterapia comum, a qual aumentava os efeitos colaterais da doença. Do mesmo modo, para realização do procedimento, foi indicado a utilização de um cateter implantável, ao passo que a operadora do Plano de Saúde autorizou

apenas a utilização de um cateter semi-implantável, motivo pelo qual a autora optou pela compra daquele prescrito pelo médico.

Por isso, a autora ajuizou “Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais”, sendo que a ré, em sua defesa, argumentou que o contrato faz lei entre as partes – *pacta sunt servanda* – razão pela qual uma das partes não poderia alterá-lo unilateralmente, buscando a cobertura de eventos não previstos no contrato. Sentenciando o feito, o juiz de primeiro grau julgou procedentes os pedidos iniciais e condenou a operadora de plano de saúde ré ao pagamento de indenização por danos materiais (R\$ 1.400,00) e por danos morais (R\$ 10.000,00).

Interposto Recurso de Apelação pela ré, em votação unânime, a Terceira Câmara de Direito Civil do Eg. Tribunal de Justiça de Santa Catarina decidiu negar provimento ao recurso. O argumento da ré de que o contrato prevê cobertura apenas para a radioterapia comum foi afastado, uma vez que se tratava de previsão genérica para cobertura de tratamento radioterápico. Para o Des. Relator, o tratamento radioterápico previsto no contrato é gênero, motivo pelo qual, interpretando-se o contrato, não pode ser alegada a falta de previsão de cobertura, haja vista que é “inadmissível impor ao consumidor a ciência de que dentre mais de um procedimento radioterápico, apenas os menos custosos, ou mais antigos serão acobertados”.

No que tange à utilização do cateter, destacou-se que aquele cateter indicado pelo médico era incontestavelmente melhor, pois sua utilização implicava em realizar o procedimento de forma menos invasiva, “apenas por punção sob anestesia local”, enquanto que a utilização do cateter autorizado pela cooperativa ré implicava na realização do procedimento de forma invasiva e sob anestesia geral. Dessa forma, considerando, ainda, o argumento de que a cláusula contratual ofendia o princípio da boa-fé, a sentença de primeiro grau foi mantida:

“Nesta seara, por todos os argumentos já expostos, a radioterapia conformacional ou 3D, assim como o cateter Implantofix marca B. Braun, devem ser incluídos nos procedimentos cobertos pela cooperativa, posto não haver exclusão expressa e, mormente ser indispensável para a consecução do melhor tratamento de saúde a paciente”.

No julgamento da Apelação Cível n.º 2009.008790-6, de relatoria da Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta, julgada em 25 de setembro de 2009, a Terceira Câmara de Direito Civil do Eg. Tribunal de Justiça, novamente, reconheceu a abusividade na negativa da operadora de Plano de Saúde em cobrir os custos do tratamento de

“radioterapia conformacional” ou “3D”, cuja análise é dispensada, haja vista a identidade com o caso analisado anteriormente.

A respeito da cobertura dos tratamentos que sejam desdobramentos daquele assegurado no contrato, a Terceira Câmara de Direito Civil do Eg. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao analisar a Apelação Cível n.º 2009.010381-5, sob a relatoria do Desembargador Fernando Carioni, julgada em 16 de junho de 2009, entendeu ser abusiva a negativa da operadora do Plano de Saúde em negar o seu custeio:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER - PLANO DE SAÚDE - DIAGNÓSTICO DE NEOPLASIA MAMÁRIA - NEGATIVA DE TRATAMENTO POR AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL E POR NÃO CONSTAR NO ROL DE PROCEDIMENTOS DE SAÚDE LISTADOS PELA ANVISA - DISPOSIÇÃO CONTRATUAL PARA COBERTURA DE QUIMIOTERAPIA - HORMONIOTERAPIA CONSEQUENTE DO TRATAMENTO CONTRATADO - INEXISTÊNCIA DE EXCLUSÃO EXPRESSA - APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - EXIGÊNCIA DO ARTIGO 54, § 4º, DA LEI 8.078/90 - INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR - CONSONÂNCIA COM O ARTIGO 47 DO CODECON - PROCEDIMENTOS ESTABELECIDOS PELA ANVISA EM PATAMAR MÍNIMO A SER CUMPRIDO - INTERPRETAÇÃO E EXECUÇÃO SEGUNDO OS DITAMES DA BOA-FÉ - DANOS MORAIS - ABALO INEXISTENTE - APELO PARCIALMENTE PROVIDO E RECURSO ADESIVO PREJUDICADO.

"Encontrando o tratamento de câncer respaldado no contrato aderido pela parte, inevitável concluir que seus desdobramentos também estejam amparados pelo plano de saúde" (TJSC, Ag n. 2007.026353-1, da Capital, rel. Des. Edson Ubaldo, j. em 20-2-2008).

O dano moral possui caráter estritamente pessoal de dor, vergonha, humilhação do agente, e não se enquadra nesse contexto o mero aborrecimento decorrente da interpretação de cláusula contratual.

Tratava-se de “Ação de Indenização por Danos Morais c/c Obrigação de Fazer” movida pela autora em razão da negativa da operadora de Plano de Saúde. Nesse caso, diagnosticou-se que a autora era portadora de “neoplasia maligna de mama” e, em virtude da enfermidade, necessitou de tratamento permanente de quimioterapia e radioterapia, associado ao uso dos medicamentos *Herceptin* e *Zoladex*, os quais, segundo orientação médica, seriam imprescindíveis para o controle hormonal e atenuação dos efeitos da doença.

Solicitado o fornecimento dos medicamentos à operadora de Plano de Saúde, a autora obteve como resposta a negativa, sob o argumento de não haver cobertura contratual para o *Zoladex* e o uso do *Herceptin* não ser considerado tratamento padrão. Analisando o caso, o juiz *a quo* julgou procedentes os pedidos iniciais, e condenou a operadora de Plano de Saúde ao fornecimento de medicamentos e práticas necessárias ao tratamento da doença da autora, bem como ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 7.000,00 (sete mil reais).

Irresignada com a sentença proferida, a operadora do Plano de Saúde interpôs Recurso de Apelação, no qual alegou que a cobertura do contrato estaria limitada às sessões e terapias informadas no contrato, das quais não faria parte o tratamento hormonioterápico, que se trata de um procedimento autônomo, além de não estar previsto no rol de procedimentos listados pela Agência Nacional de Saúde – ANVISA.

Em seu voto, o Desembargador Relator afirmou que os argumentos da operadora ré não se sustentavam, inicialmente porque o rol de procedimentos da AVISA “não estabelece um ápice para os procedimentos na área da saúde, mas sim, um patamar mínimo”. Com relação à ausência de cobertura contratual, sustentou o Des. Relator que o contrato prevê a cobertura para o tratamento de quimioterapia e radioterapia e que, apesar da alegação da ré, o tratamento “hormonioterápico” não poderia ser considerado autônomo.

De fato, não havia previsão no contrato para cobertura, por si só, dos medicamentos pretendidos pela autora; mas, por outro lado, havia previsão genérica para cobertura do tratamento de quimioterapia e radioterapia, motivo pelo qual o fornecimento dos medicamentos deve ser arcado pelo Plano de Saúde, já que o tratamento prescrito consiste na extensão do tratamento principal, que está previsto no contrato.

Dessa forma, valendo-se do princípio da boa-fé objetiva, da interpretação favorável do consumidor e a abusividade das cláusulas contratuais que impliquem em limitações ao direito do consumidor, o Desembargador Relator manteve a sentença de primeiro grau, no que se refere ao fornecimento dos medicamentos para “hormonioterapia”, reformando-a, somente, para afastar a condenação em danos morais.

Em situação similar, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n.º 1.046.355/RJ, de relatoria do Ministro Relator Massami Uyeda, julgado em 15 de maio de 2008 decidiu a respeito do fornecimento de prótese indispensável ao sucesso da cirurgia, cuja ementa do acórdão restou assim redigida:

RECURSO ESPECIAL - PLANO DE SAÚDE - EXCLUSÃO DA COBERTURA O CUSTEIO OU O RESSARCIMENTO DE IMPLANTAÇÃO DE PRÓTESE IMPORTADA IMPRESCINDÍVEL PARA O ÊXITO DA INTERVENÇÃO CIRÚRGICA COBERTA PELO PLANO - INADMISSIBILIDADE - ABUSIVIDADE MANIFESTA DA CLÁUSULA RESTRITIVA DE DIREITOS - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - Ainda que se admita a possibilidade do contrato de plano de saúde conter cláusulas que limitem direitos do consumidor, desde que estas estejam redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão, nos termos do § 4º do artigo 54 do CDC, mostra-se abusiva a cláusula restritiva de direito que prevê o não custeio de prótese, imprescindível para o êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo plano, sendo indiferente, para tanto, se referido material é ou não importado;

II - Recurso provido.

Na situação em análise, o autor ajuizou “Ação de Obrigação de Fazer”, com objetivo de obrigar a operadora de Plano de Saúde ré a promover intervenção cirúrgica, com a “fixação esquelética rígida em titâneo – sistema AOS – *Synthes Arânio-Maxilo-Facial e AlloDerm*” para reforço da periórbita, fornecendo suporte necessário para manutenção da função ocular, prejudicada em virtude de fratura complexa ocorrida por motivo de queda. No primeiro grau, o pedido do autor foi julgado procedente, contudo, a Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 2.^a Região reformou a sentença, conferindo provimento ao Recurso de Apelação com o argumento de que

“se o contrato de assistência médico-hospitalar apresenta cláusula redigida em destaque que, de modo expresso, exclui de sua cobertura materiais importados, bem como próteses e todo e qualquer componente ou acessório que venha a substituir ou implementar funções do organismo, deve o contratante arcar com os custos de material adquirido no mercado externo”.

Para o juízo *ad quem*, a cláusula contratual de exclusão estava redigida com destaque, em conformidade com o artigo 54, § 4.^o do Código de Defesa do Consumidor, encontrando-se clara e dentro dos ditames da boa-fé, motivo pelo qual não poderia ser reputada como abusiva.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que, embora a cláusula contratual tenha sido redigida com destaque, sendo de fácil compreensão, conforme determina o artigo 54, § 4.^o do Código de Defesa do Consumidor, configura-se a abusividade da cláusula de exclusão de cobertura, pois restringe direito do consumidor, na medida em que nega o custeio de prótese imprescindível para o êxito do procedimento cirúrgico acobertado pelo contrato de Plano de Saúde, não sendo relevante o fato do material ser ou não importado.

Argumentou o Ministro Relator que o laudo médico apresentado pelo autor informou a necessidade da intervenção cirúrgica com a utilização da prótese requerida. Para ele, “a utilização de produto, que constitui mecanismo integrante do método cirúrgico coberto pelo plano de saúde, indispensável para o sucesso da cirurgia, deve ser da responsabilidade da prestadora de serviços médicos-hospitalares”. Foram citados, ainda, os seguintes precedentes: REsp n.º 896.247/RJ, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 18.12.2006; REsp n.º 918.392/RN, relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 01.04.2008; e REsp n.º 519.940/SP, relator Ministro Carlos Alberto, julgado em 01.09.2003.

Por fim, destaca-se o julgado do Eg. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no qual foi analisada e reconhecida a abusividade da exclusão do fornecimento de prótese importada, para realização de artroplastia de revisão do joelho. Neste caso, a autora teve diagnóstico de artrite reumatóide, no ano de 1977, e foi submetida à cirurgia para troca da articulação dos

joelhos por prótese mecânica de fabricação nacional, em 1995. Em maio de 2006, apresentou problemas no joelho direito, em virtude do deslocamento da prótese, o que lhe ocasionou desequilíbrio e quedas, bem como, no momento da propositura da ação, encontrava-se com fratura de joelho, o que deixou a prótese instável e completamente solta, razão pela qual seu médico indicou, como condição *sine qua non* ao sucesso do tratamento, a substituição da prótese danificada (de fabricação nacional), por uma importada, o que foi negado pela operadora ré.

Por esse motivo, a autora, com 68 (sessenta e oito) anos de idade, ajuizou “Ação Executiva *Latu Sensu*” e requereu a procedência do pedido para que a operadora do plano de saúde (ré) fosse obrigada a autorizar/custear a cirurgia requerida, com o fornecimento da prótese importada. O pedido a autora foi julgado procedente pelo juízo da 6.^a Vara Cível da Comarca da Capital, o que motivou a ré a interpor o Recurso de Apelação. Em votação unânime, sob relatoria do Desembargador Henry Petry Junior, a Terceira Turma do Tribunal de Justiça de Santa Catarina conheceu o recurso (n.º 2007.058903-3) e negou-lhe provimento, cujo acórdão recebeu a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. 1. PRELIMINAR. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PROVA SUFICIENTE. 2. MÉRITO. RELAÇÃO DE CONSUMO. NEGATIVA DE FORNECIMENTO DE PRÓTESE IMPORTADA PARA REALIZAÇÃO DE ARTROPLASTIA DE REVISÃO DO JOELHO. CLÁUSULA CONTRATUAL GENÉRICA. PREVISÃO DE FORNECIMENTO DE PRÓTESES INDISPENSÁVEIS AO ATO CIRÚRGICO. AUTORA SUBMETIDA À CIRURGIA ANTERIOR COM UTILIZAÇÃO DE PRÓTESE NACIONAL. COMPLICAÇÕES. INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. É firme o entendimento de que o julgamento antecipado da lide não importa em cerceamento de defesa, pois é poder-dever que se impõe ao juiz quando entender justificadamente ser suficiente a prova autuada.

2. Tratando-se de relação de consumo a havida entre o usuário e a empresa de plano de saúde, as normas contratuais devem ser interpretadas em favor do consumidor, notadamente na generalidade de seu conteúdo.

- Na espécie, ausente isenção expressa no contrato do fornecimento de prótese importada com registro no órgão competente, ao menos na cláusula destinada à "exclusões", não há falar em inexistência de cobertura. Prevalece esse comando mesmo havendo, em outro tópico da avença, destinado a execução do contrato, cláusula que possa sugerir outra conclusão, porquanto inoponível ao consumidor.

- Possível a pretensão quando, além da comprovação da necessidade da intervenção cirúrgica, há atestado médico asseverando a imprescindibilidade do uso do material importado diante do prévio insucesso na utilização do similar nacional.

Do corpo do acórdão extrai-se a declaração do médico assistente da autora, conveniado do Plano de Saúde com o qual a autora mantém contrato:

"Declaro, a pedido da paciente, que a Sra. H. A. C. apresenta-se com diagnóstico de soltura de prótese do joelho (CID= T84), com atual indicação cirúrgica ortopédica de revisão de artroplastia total do joelho.

Paciente com artrite reumatóide, em acompanhamento clínico com reumatologia, refere forte dor e restrição de movimento, deformidade articular levando a limitação

funcional progressiva que a incapacita de atividades diárias, podendo progredir até incapacidade de deambular, escaras, pneumonia (compareceu à consulta em cadeira de rodas).

A sra. H. foi submetida a artroplastia do joelho há onze anos, em Florianópolis, por outro colega ortopedista, sendo que utilizado material de fabricação nacional. Observa-se agora soltura precoce do implante (componente tibial e femoral), claramente observada em exames radiográficos. A permanência do material solto no joelho leva à perda óssea peri-protética progressiva, dificultando cada vez mais os procedimentos de revisão, podendo mais tarde ser necessária a realização de transplante de tecido ósseo homólogo, que onera e dificulta muito o procedimento, mas que até o momento ainda não está sendo indicado, baseando-se nas avaliações radiográficas.

[...] Como condição absoluta, indico para essa paciente prótese total de joelho de revisão importada, das marcas Johnsons&johnsons® ou Zimmer® [...]"

Em seu voto, o Desembargador Relator fundamentou que a negativa da ré em fornecer a prótese importada não tinha respaldo no contrato, primeiro porque a cláusula contratual excluía prótese importada sem registro na ANVISA, o que não era o caso. Segundo, porque o contrato prevê a cobertura para o fornecimento de prótese, órtese e material de síntese ligados ao ato cirúrgico, justamente o caso da autora. Não bastasse isso, argumentou o Des. Relator que a interpretação do contrato deve ser realizada de forma favorável ao consumidor, conforme artigo 47 do CDC. Logo, como o contrato não excluía expressamente o fornecimento de prótese importada, a negativa da ré não se sustentava.

Do mesmo modo, destacou que a autora já tinha utilizado prótese nacional, porém, não obteve o resultado desejado, motivo pelo qual se impunha o fornecimento do material importado, até mesmo para evitar que ela, pessoa com mais idade e saúde fragilizada, fosse submetida à nova cirurgia em curto período de tempo, além da possibilidade da ocorrência dos riscos ocasionados pela prótese nacional, conforme declaração de seu médico assistente.

Para o Desembargador Relator, a negativa da ré ocorreu “em flagrante desfavor do consumidor e em afronta à boa-fé contratual”, além do que não há se falar “em afronta aos princípios da intangibilidade do conteúdo dos contratos, nem ao princípio da autonomia da vontade, diante da aplicação do Código de Defesa do Consumidor na interpretação de cláusulas contratuais”.

Nota-se, portanto, que a discussão acerca da abusividade da cláusula de exclusão de cobertura não é novidade para os tribunais, que já tiveram oportunidade de se manifestarem acerca da abusividade dessa cláusula.

As decisões analisadas denotam a aplicação dos princípios do Código de Defesa do Consumidor na interpretação do contrato de Plano de Saúde, de modo a garantir o direito fundamental objeto do contrato, a vida, bem como visam ao cumprimento de sua função social. Para isso, elimina-se a abusividade presente na cláusula de exclusão de cobertura,

restabelecendo o equilíbrio contratual, de forma a proteger integralmente o consumidor e concretizar o seu direito fundamental à saúde, à vida, à dignidade da pessoa humana, por meio do contrato.

5 CONCLUSÃO

A origem do contrato remonta à Antiguidade, presente nos sistemas de troca, surgindo como forma de regular a circulação de riquezas. Seu surgimento tem relação direta com a realidade social em que está inserido, como forma de regulamentação jurídica das operações econômicas da sociedade. É no apogeu do individualismo, no Estado Liberal, que a teoria contratual assume seus principais contornos, dando origem à concepção tradicional do contrato, que tinha na vontade das partes a única fonte criadora de direitos e obrigações.

Acreditava-se que as partes, no momento da celebração do contrato, estariam em igualdade, motivo pelo qual poderiam criar obrigações sem a interferência de terceiros, muito menos do Estado, razão pela qual a lei tinha um papel meramente supletivo, já que a relação contratual era regulada de acordo com o que havia sido pactuado. Essa concepção tinha o dogma da autonomia da vontade como principal princípio, do qual decorriam outros dois, a liberdade de contratar e a força obrigatória dos contratos. Contudo, a evolução histórica demonstrou que a igualdade no momento da celebração do contrato era meramente formal, e não real.

Assim, principalmente após a Revolução Industrial, há uma nova realidade contratual, na qual os métodos de contratação, antes individuais, despersonalizaram-se, perdendo espaço para os métodos de contratação em massa. Nessa nova estrutura contratual, as empresas, valendo-se de sua posição econômica, estabeleceram uma série de contratos, todos com uma característica em comum, a homogeneidade. Com isso, surgiram novas espécies de contratos, como os contratos submetidos a cláusulas contratuais gerais, contratos de adesão e os contratos cativos de longa duração.

As cláusulas contratuais gerais são destinadas a um número indefinido de contratantes, os quais não podem discuti-las, pois são pré-redigidas e aplicáveis indistintamente a toda série de futuras relações contratuais. Por sua vez, os contratos de adesão são aqueles oferecidos ao público em geral, nos quais falta somente preencher os dados referentes à identificação do aderente. Seu principal elemento é a ausência da fase pré-negocial, distinguindo-se dos contratos submetidos a condições gerais, pois devem ser escritos, preparados e impressos com anterioridade, enquanto os contratos submetidos às condições gerais podem ser escritos ou não escritos, nos quais as cláusulas são elaboradas

para um número indeterminado de relações futuras e deverão ser aceitas, tácita ou expressamente, pelo aderente.

Por sua vez, os contratos cativos de longa duração se utilizam da contratação em massa, visando ao oferecimento de serviços especiais, criando relações jurídicas de longa duração, cuja característica principal é a “catividade” ou “dependência” do aderente. O principal exemplo dessa espécie de contrato é o contrato de Plano de Saúde, analisado neste trabalho.

Diante das mudanças sociais e do crescimento da massificação das relações contratuais, a teoria contratual clássica, baseada nos princípios da autonomia da vontade, da força obrigatória dos contratos e da liberdade de contratar, perdeu força. Pautados nos princípios mencionados, os fornecedores de bens e serviços, via de regra, incluíam cláusulas nos contratos de forma a limitar direitos do aderente e a lhes garantir mais vantagens, o que ocasionou a crise da teoria contratual clássica. Dessa forma, as relações contratuais exigiram uma nova abordagem, pautada em princípios como a boa-fé e a função social do contrato, principalmente.

A nova concepção do contrato, portanto, é uma concepção social, orientada não só para o momento da celebração do contrato, mas também para os efeitos dele na sociedade, na qual a condição econômica e social das partes contratantes ganha importância, enquanto o contrato passa a ser um instrumento de política econômica e social, justificando, inclusive, a intervenção do Estado, de modo a garantir a distribuição justa de riquezas e à realização da Justiça Social. Para garantir que o contrato cumpra sua função social, o Estado atua diretamente na edição de leis, que deixam de ter caráter meramente supletivo, para ter caráter cogente. Dentre as normas cogentes, o Código de Defesa do Consumidor é a principal manifestação do intervencionismo estatal no campo contratual privado, com o objetivo de regular e até mesmo restringir o espaço antes destinado totalmente à autonomia da vontade.

Nesse contexto, os princípios tradicionais da liberdade contratual, da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos sofrem limitações legais, previstas principalmente no Código de Defesa do Consumidor, pois, caso o contrato não respeite sua função social, a cláusula geral da boa-fé objetiva e apresente cláusulas abusivas, ocasionando um desequilíbrio injustificado, deverá ser revisto, de modo a restabelecer o equilíbrio entre as partes, uma vez que o núcleo do contrato deixa de ser as suas vontades, e passa a ser a função social.

A positivação do Código de Defesa do Consumidor foi motivada não só como garantia do interesse social nas relações contratuais, mas também como consequência do rol de direitos fundamentais, já que a Constituição Federal, em seu artigo 5.^a, XXXII, estabeleceu como direito fundamental do cidadão a defesa do consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor visa a garantir a interpretação contratual de forma a atingir os direitos e garantias fundamentais do cidadão consumidor, pois os contratos passam a ser o ponto de encontro desses direitos, os quais são protegidos por cláusula pétrea. Essa proteção ao consumidor é justamente a concretização do princípio da igualdade, ou seja, o tratamento desigual aos desiguais, no intuito de se garantir uma igualdade material para um sujeito de direitos, o consumidor. Nesse aspecto, o contrato deixa de ser visto como mero instrumento de circulação de riquezas, já que a função social do contrato se une à concepção do contrato como ponto de encontro de direitos fundamentais.

Essas considerações foram necessárias para a análise do contrato de Plano de Saúde, especificamente para o exame da cláusula de exclusão de cobertura. A saúde é um direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, além de ser um dever do Estado prestá-la à toda população. Entretanto, a atuação estatal é ineficaz, obrigando a população com melhores condições econômicas a aderirem aos contratos de Plano de Saúde, com o objetivo de minimizar os riscos e a insegurança com relação ao tratamento das doenças que porventura venham a adquirir. Nesse ponto, observa-se que o contrato de Plano de Saúde tem uma função social ímpar, na medida em que garante ao consumidor a prestação de serviços destinados à manutenção de sua saúde e, conseqüentemente, à sua vida.

O contrato de Plano de Saúde é um típico contrato de consumo, pactuado por adesão, e representa a massificação das relações contratuais, bem como a catividade que liga o prestador de serviço (fornecedor) ao público final (consumidor), haja vista que se trata de um contrato cativo de longa duração. Embora seja regulado pela Lei nº 9.656/96, que estabelece, por exemplo, um rol mínimo de doenças a serem acobertadas, não se nega a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de Plano de Saúde, por conta do seu caráter de adesão. Em virtude do seu caráter de adesão, predominam no contrato de Plano de Saúde cláusulas gerais pré-fixadas, as quais possibilitam ao consumidor, tão somente aderir, ou não, às condições oferecidas, eliminando a fase pré-negocial, na qual se discutem as cláusulas contratuais.

Como consequência da ausência dessa fase pré-negocial e do modelo padrão de contrato, muitas vezes, as cláusulas contratuais acabam por restringir direitos fundamentais à

perfeita execução do contrato, como no caso da cláusula de exclusão de cobertura, que pode se manifestar por meio da exclusão de determinado tratamento à doença acobertada pelo plano de saúde; quando, apesar de cobrir o tratamento, exclui seus desdobramentos, muitas vezes mais modernos; e quando nega o fornecimento de prótese importada, quando da existência de similar nacional, ainda que aquela seja indispensável ao sucesso da cirurgia.

As cláusulas abusivas são previstas no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, cujo rol é exemplificativo. Dentre elas, destacam-se as que estabelecem obrigações abusivas, que colocam o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade. A desvantagem exagerada é aquela que ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence, restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, ameaçando seu objeto contratual ou aquela que se mostra excessivamente onerosa ao consumidor.

A abusividade da cláusula de exclusão de cobertura está exatamente no fato de que ela restringe direitos e obrigações inerentes à natureza do contrato, afronta o seu objeto contratual, coloca o consumidor em desvantagem, além de ser incompatível com o princípio da boa-fé objetiva. Ainda, a cláusula de exclusão de cobertura ameaça o equilíbrio contratual, pois o contrato de Plano de Saúde, também, é marcado pelo risco, ou seja, pela álea. O consumidor assume o risco de efetuar o pagamento e não necessitar dos serviços médicos, enquanto o fornecedor assume a responsabilidade de, quando houver necessidade, prestar o serviço ao consumidor. Na medida em que o fornecedor se utiliza da cláusula contratual para se desvincular da obrigação, como na cláusula de exclusão de cobertura, acaba por ocasionar o desequilíbrio contratual.

Não fosse isso, a cláusula de exclusão de cobertura ofende aos interesses do consumidor. No momento da celebração do contrato, o consumidor tem em mente que, quando adoecer e houver necessidade, será atendido de forma ampla e irrestrita, com o objetivo de alcançar à cura para sua doença, através dos serviços prestados pela operadora do Plano de Saúde, o que não ocorre. Tal situação tem como causa o desrespeito ao dever de transparência por parte do fornecedor que, antes da celebração do contrato, deixa de informar adequadamente o consumidor acerca dos verdadeiros riscos que o contrato está disposto a cobrir.

Em respeito ao princípio da boa-fé objetiva, a redação das cláusulas contratuais deve ser realizada de modo a garantir a função social do contrato. Na hipótese da cláusula de exclusão de cobertura isso não ocorre, pois o que se busca com ela é exatamente o contrário, é

evitar o cumprimento da obrigação pelo fornecedor, o que afronta a função social do contrato, tendo em vista que a negativa tem como consequência, necessariamente, a negativa de tratamento da doença do consumidor, muitas vezes indispensável à sua vida.

Na verdade, o contrato de Plano de Saúde pode, apenas, estabelecer quais doenças serão acobertadas pelo contrato. Dessa forma, estabelecidas as doenças e formalizado o contrato com o consumidor, esse tem a expectativa de que, caso acometido por alguma doença, terá o tratamento médico adequado para sua cura, o que lhe é negado, frustrando sua expectativa. Essa negativa da operadora do Plano de Saúde ocasiona o desequilíbrio contratual, pois o consumidor se manteve vinculado ao contrato de forma cativa, durante anos, cumprindo com sua contraprestação, enquanto o fornecedor busca se esquivar do cumprimento da sua obrigação. Essa situação, ainda, acarreta em desvantagem exagerada ao consumidor, já que não poderá utilizar do serviço que acreditou ter contratado, enquanto o fornecedor receberá e não prestará o serviço, além de ofender o princípio da dignidade da pessoa humana, representado por meio do direito fundamental à vida.

O contrato de Plano de Saúde, ao assegurar a cobertura para determinada doença (como por exemplo, o câncer) e negar determinado tratamento (como por exemplo, a quimioterapia), além de desrespeitar o dever de transparência e informação, desrespeitar o princípio da boa-fé objetiva, causar desequilíbrio contratual e colocar o consumidor em desvantagem, restringe direitos inerentes à própria natureza do contrato, já que o objetivo do contrato é assegurar a cura da doença acometida pelo consumidor, e a cláusula contratual exclui exatamente o tratamento destinado à cura do câncer.

Além de contraditória, o que implica em interpretação favorável ao consumidor, a cláusula de exclusão de cobertura inviabiliza a execução do próprio contrato na medida em que impossibilita a cura da doença. Consequentemente, a finalidade básica do contrato também é comprometida, pois o tratamento é essencial para garantir e até mesmo devolver a saúde ao consumidor e, caso negada, poderá comprometer sua própria vida. A limitação do tratamento mostra-se, dessa forma, incoerente com a idéia de proteção da vida do consumidor.

O mesmo raciocínio pode ser feito com relação à cláusula que, apesar de garantir cobertura a determinado tratamento (como por exemplo, radioterapia), exclui desdobramentos dele, como a radioterapia 3D. Ao prever a cobertura para determinada doença, como por exemplo, o câncer, por meio da radioterapia, inevitável a conclusão de que os desdobramentos dela também estejam cobertos pelo contrato, principalmente os relacionados com a persecução da cura.

Do mesmo modo, verifica-se a abusividade quando a operadora do Plano de Saúde, por meio da cláusula de exclusão de cobertura, nega o fornecimento de prótese importada, quando existente similar nacional, ainda que aquela tenha sido prescrita pelo médico assistente do consumidor e indispensável ao sucesso da cirurgia. Via de regra, em razão de sua qualidade superior, a prótese importada tem resultados mais satisfatórios, reduz o tempo de recuperação e, principalmente, evita que o consumidor seja submetido a novas cirurgias num curto espaço de tempo, já que tem maior durabilidade. A desnecessidade de novas cirurgias é um fundamento muito importante, haja vista que, na hipótese da utilização de prótese no joelho para minimizar os efeitos da descalcificação dos ossos, a grande maioria dos consumidores são pessoas com mais idade, nas quais os efeitos e os riscos de uma cirurgia são mais incisivos.

Logo, ao negar a utilização da prótese importada, de melhor qualidade, a operadora de Plano de Saúde necessariamente está expondo o consumidor ao risco, pois ele necessitará de nova cirurgia, num período curto de tempo, enquanto a utilização da prótese importada postergaria a necessidade de nova cirurgia. Dessa forma, o contrato de Plano de Saúde, além de não cumprir sua função social, vai de encontro ao seu objetivo, pois deixa de assegurar a saúde do consumidor, o direito fundamental à vida e à dignidade da pessoa humana, para lhe expor ao risco.

A utilização da prótese importada visa a garantir o verdadeiro objeto do contrato de Plano de Saúde, a dignidade da pessoa humana (direito fundamental à vida), já que, com ela, o consumidor terá uma vida mais digna, pois não necessitará de constantes cirurgias, bem como sua recuperação será mais rápida e seu cotidiano mais saudável, haja vista a qualidade superior da prótese importada.

Diante das abusividades evidenciadas na cláusula de exclusão de cobertura, a interpretação do contrato deve ser realizada em favor do consumidor, a fim de eliminar as contradições existentes no contrato e restabelecer seu equilíbrio, com o intuito de garantir sua função social e o seu objetivo, o de assegurar o direito à vida.

A discussão envolvendo a abusividade da cláusula de exclusão de cobertura e as negativas das operadoras de Plano de Saúde em cobrir os tratamentos prescritos pelos médicos e fornecer as próteses necessárias ao sucesso da cirurgia não são novidades para o Judiciário.

O Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça de Santa Catarina já tiveram a oportunidade de se manifestarem sobre a abusividade da cláusula de exclusão de cobertura, sob o argumento de que o contrato de Plano de Saúde, apenas, pode prever quais doenças terão cobertura, e não os tratamentos. A escolha do melhor tratamento para o restabelecimento da saúde do consumidor é tarefa exclusiva do médico, e a operadora do Plano de Saúde não pode substituí-lo. Segundo as decisões dos tribunais referidos, a cláusula de exclusão de cobertura ofende ao princípio geral da boa-fé objetiva e impõe a interpretação favorável ao consumidor.

Portanto, não pode ser mais aceito o argumento de que aquilo que está no contrato deve ser cumprido, pois a força obrigatória dos contratos deve ser limitada, bem como a liberdade contratual e a autonomia da vontade, com o objetivo de se garantir a função social do contrato.

Especificamente com relação ao contrato de Plano de Saúde, somente poderá estabelecer as doenças que terão coberturas, e não o tratamento. Negado o tratamento ao consumidor, por meio da cláusula de exclusão de cobertura, impõe-se o reconhecimento de sua abusividade, já que afronta a função social do contrato e sua finalidade básica, garantir a vida do consumidor.

O principal elemento que se deve ter em mente, quando da interpretação das cláusulas do contrato de Plano de Saúde, é a sua função social, pois se trata de um contrato como ponto de encontro de direitos fundamentais, direitos à saúde, à vida e à dignidade da pessoa, razão pela qual não pode ser analisado como um simples contrato de compra e venda, ou de prestação de serviços. Sua interpretação deve ser realizada de forma a concretizar os direitos e garantias fundamentais do consumidor e o objeto do contrato, a vida, previstos na Constituição Federal, sob pena do contrato ter como consequência não a cura do consumidor, mas sim sua exposição ao risco de morte.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do código civil: as obrigações e os contratos. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v.775, mai. 2000, p. 18-31.

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão contratual no código civil e no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BELMONTE, Cláudio. *Proteção contratual do consumidor: conservação e redução do negócio jurídico no Brasil e em Portugal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BICALHO, Ana Beatriz Rutowitsch. Os contratos de plano de saúde e a sua revisão jurisdicional. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, v. 59, jan. 2004, p. 105-125.

BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 23 out. 2009.

_____. Código de Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/18078.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2009.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1998.

_____. Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm>. Acesso em: 15 nov. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 668.216/SP. Recorrente Espólio de Anselmo Vessoni e Recorrido Itaú Seguros S/A. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. 15 de março de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2972675&sReg=200400999090&sData=20070402&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 nov. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.046.355/RJ. Recorrente Antonio Celso Alves Pereira e Recorrida Caixa de Assistência dos Advogados do Estado do Rio de Janeiro. Relator Ministro Massami Uyeda. 15 de março de 2008. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=4103269&sReg=200800754713&sData=20080805&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 nov. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 735.168/RJ. Recorrente Marcos Piacesi e Recorrido Bradesco Saúde S/A. Relatora Ministra Nancy Andrichi. 11 de março de 2008. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3779811&sReg=200500459803&sData=20080326&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 nov. 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. Contratos. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA, Francisco Ricardo Sales. *Direito contratual frente ao código de defesa do consumidor e código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. v. III. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. v. I. São Paulo: Saraiva, 1994.

FERREIRA, Aparecido Hernani. *O novo código civil: discutido por juristas brasileiros*. Campinas: Bookseller, 2003.

FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7 ed. rev.e ampl. São Paulo: Atlas, 2007.

GALDINO, Valéria Silva. *Cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 2001.

GASPARINI, Caio Augusto Limongi. *Contrato de massa noção e interpretação*. **Revista Jurídica**. São Paulo, v.279, jan. 2001, p. 42-63.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Contratos e atos unilaterais. v. III. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GREGORI, Maria Stella. *Planos de Saúde. A ótica da proteção do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

KOTLER, Philip; ARMSTRONG, Gary. *Princípios de Marketing*. 7. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1999.

LANFREDI, Geraldo Ferreira. O contrato de adesão no âmbito da defesa dos direitos do consumidor. **Justitia**. São Paulo, Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, v.181/184, jan. 1998, p. 70-78.

LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria geral dos contratos no novo código civil*. São Paulo: Editora Método, 2002.

LOURENÇO, José. *Limites à liberdade de contratar: princípios da autonomia e da heteronomia da vontade nos negócios jurídicos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima (coord.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor. O novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____, Cláudia Lima. Expectativas legítimas dos consumidores nos planos e seguros privados de saúde e os atuais projetos de lei. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, v. 20, out. 1996, p. 71-87.

MELLO, Adriana Mandin Theodoro de. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no Código Civil Brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 801, jul. 2002.

MELO, Diogo L. Machado de. *Cláusulas Contratuais Gerais: contratos de adesão, cláusulas abusivas e o código civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENEZES DIREITO, Carlos Alberto. O consumidor e os planos privados de saúde. Disponível em:

<http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/9147/1/O_Consumidor_e_os_Planos_Privados_Sa%C3%BAde.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2009.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson *et. al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

NETO, Antonio Joaquim Fernandes. *Plano de Saúde e Direito do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. v. I. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

NUNES, Antônio Rizzatto. O código de defesa do consumidor e os planos de saúde: o que importa saber. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT v.49, jan. 2004, p. 126-129.

NUNES, Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Regulamentação dos Planos de Saúde e Proteção da pessoa humana. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, v. 51, jul. 2004, p. 101-111.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. O contrato de plano de saúde e o regime do código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, v. 23/24, jul. 1997, p. 140-153.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Fonte de obrigação. v. III. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

RIZZARDO, Arnaldo *et. al.* *Planos de assistência e seguros de saúde*. Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2006.048840-8. Apelante UNIMED Litoral Cooperativa de Trabalho Médico da Região da Foz do Rio Itajaí Açu e Apelada Karen Nirsten. Relator Desembargador Fernando Carioni. 13 de março de 2007. Disponível em:

<<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?qTodas=&qFrase=&qUma=&qNao=&qDataIni=&qDataFim=&qProcesso=2006.048840-8&qEmenta=&qClasse=&qRelator=&qForo=&qOrgaoJulgador=&qCor=FF0000&qTipoOrdem=relevancia&pageCount=10&qID=AAAGxaAAKAAATNRAAF>>. Acesso em: 13 nov. 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2009.008790-6. Apelante UNIMED Grande Florianópolis Cooperativa de Trabalho Médico e Apelado Luiz Suzin Marini. Relatora Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta. 25 set. 2009.

Disponível em:

<<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?qTodas=&qFrase=&qUma=&qNao=&qDataIni=&qDataFim=&qProcesso=2009.008790-6&qEmenta=&qClasse=&qRelator=&qForo=&qOrgaoJulgador=&qCor=FF0000&qTipoOrdem=relevancia&pageCount=10&qID=AAAGxaAAKAABBPSAAK>>. Acesso em: 13 nov. 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2009.010381-5. Apelante UNIMED de Joinville Cooperativa de Trabalho Médico e Apelada Ana Rita Coral Rodrigues Vestri. Relator Desembargador Fernando Carioni. 15 jun. 2009. Disponível em:

<<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?qTodas=&qFrase=&qUma=&qNao=&qDataIni=&qDataFim=&qProcesso=2009.010381-5&qEmenta=&qClasse=&qRelator=&qForo=&qOrgaoJulgador=&qCor=FF0000&qTipoOrdem=relevancia&pageCount=10&qID=AAAGxaAAKAAA4vKAAF>>. Acesso em: 13 nov. 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2007.058903-3. Apelante UNIMED do Estado de Santa Catarina Federação Estadual das Cooperativas Médicas e Apelada Agostinha Coelho. Relator Desembargador Henry Petry Junior. 30 abr. 2009. Disponível em:

<<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?qTodas=&qFrase=&qUma=&qNao=&qDataIni=&qDataFim=&qProcesso=2007.058903-3&qEmenta=&qClasse=&qRelator=&qForo=&qOrgaoJulgador=&qCor=FF0000&qTipoOrdem=relevancia&pageCount=10&qID=AAAGxaAALAAA49GAAC>>. Acesso em: 13 nov. 2009.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *O princípio da função social do contrato*. Curitiba: Juruá, 2005.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Cláusulas abusivas no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova teoria contratual*. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TONIAZZO, Paulo Roberto Froes. *A função Social do Contrato Privado: limite da liberdade de contratar*. Conceito Editorial: Florianópolis, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. v. II. São Paulo: Atlas, 2001.

WALD, Arnold. *Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

XAVIER, José Tadeu Neves. Reflexões sobre os contratos cativos de longa duração. **Ajuris**, Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v.95, set. 2004, p. 137-159.