

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE
TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PLANOS DE SAÚDE

Laura Sierra Alves

Presidente Prudente/SP

2020

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE
TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PLANOS DE SAÚDE

Laura Sierra Alves

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão do Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof^a. Gisele Caversan Beltrami Marcato.

Presidente Prudente/SP

2020

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PLANOS DE SAÚDE

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Gisele Caversan Beltrami Marcato
Orientadora

Prof. Renato Tinti Herbella
Examinador

João Victor Mendes de Oliveira
Examinador

Presidente Prudente, 23 de novembro de 2020.

“Aqueles que se sentem satisfeitos sentam-se e nada fazem. Os insatisfeitos são os
únicos benfeitores do mundo.”
Walter S. Landor

“Pois o Senhor é justo e ama a justiça;
os retos verão a sua face”.
Salmos 11:7

AGRADECIMENTOS

Primeiro agradeço a Deus, que permitiu que sua vontade fosse feita em minha vida em cada momento, por me conduzir até aqui e por durante todo o processo ter me dado sabedoria e fé para desenvolver esse trabalho.

Agradeço aos meus pais, José e Rosemari, por sempre me apoiarem em minhas decisões e acreditarem em mim. Sou grata por todo amor, incentivo e compreensão nos dias de estresse enquanto me dedicava a este estudo.

Ao meu irmão Pedro, que sempre foi uma inspiração como pessoa e estudante, que esteve comigo revisando todos os meus capítulos, sempre me aconselhando e orientando para que eu pudesse escrever da melhor forma possível. Obrigada por todas orações e por todas as formas de incentivo.

Sou grata por todos os meus amigos e colegas de faculdade que compartilham desse mesmo sentimento de alívio e gratidão por termos completado mais uma etapa dessa vida acadêmica. Em especial, agradeço às minhas amigas: Francine, Heloisa, Maria Eduarda e Bárbara, que estiveram comigo nessa caminhada, compartilharam da rotina universitária, dando sempre conselhos, vivenciando momentos estressantes, mas também compartilhando risadas e momentos inesquecíveis que fizeram todo o esforço e dedicação valerem a pena.

Um agradecimento mais que especial a minha orientadora Gisele Beltrami Marcato, que me auxiliou em toda a caminhada desse trabalho com suas orientações acadêmicas e me deu todo apoio e confiança para apresentá-lo. Sempre esteve disposta a ajudar e orientar seus alunos com muito amor e dedicação. Construímos uma grande relação entre aluna e professora e sei que poderei contar com essa amizade pra sempre. Uma admiração imensurável pela sua devoção à Toledo Prudente e pela profissão.

Ao final, a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigada.

RESUMO

A responsabilidade civil, por ser altamente flexível, tem crescido constantemente no meio jurídico. Atualmente, o objetivo da sociedade tem caminhado no sentido de não deixar a vítima sem reparação, atingindo, dessa forma, pontualmente a responsabilidade civil e possibilitando a expansão dos danos vulneráveis a indenização. O presente estudo tratou da responsabilidade civil dos planos de saúde nos hospitais, sendo regida pela Lei 9.656/98 paralelo ao Código Civil e ao Código do Consumidor. Entretanto, alguns impasses surgiram nesse setor e com isso, os consumidores foram em busca do judiciário para ter um posicionamento, a partir daí a importância do Direito em estudar essa nova relação jurídica. Com o passar do tempo houve várias modificações na lei até que se estabeleceu entre o beneficiário e o operador uma relação consumerista e assim o Código de Defesa do Consumidor dita as regras que devem ser obedecidas pelas partes. O código citado afasta as práticas abusivas praticadas pelas operadoras, por exemplo, carência indevida e não cobertura de procedimentos, entre outros. O trabalho tem como objetivo mostrar a responsabilidade dos planos em seus atos, conforme dispõe o Código de Defesa do Consumidor. Durante todo o estudo a metodologia usado foi uma breve análise-histórica em paralelo com o método dedutivo, a partir dele examinamos ideias já consolidadas como os pressupostos e a dedução da importância prática do instituto nos tempos atuais.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Planos de Saúde. Contratos. Defesa do Consumidor.

ABSTRACT

The civil liability, being highly flexible, has grown steadily in the juridical environment. Currently, the objective of society has been moving towards not leaving the victim without reparation, thus reaching civil liability punctually and allowing the expansion of damages vulnerable to compensation. This study dealt with the civil liability of health plans in hospitals, being governed by Law 9.656/98 parallel to the Civil Code and the Consumer Code. However, some impasses emerged in this sector and with that, consumers sought the judiciary to have a position, hence the importance of law in studying this new legal relationship. Over time, there were several changes in the law until a consumer relationship was established between the beneficiary and the operator and thus the Consumer Protection Code dictates the rules that must be obeyed by the parties. The aforementioned code excludes abusive practices practiced by operators, for example, undue grace and non-coverage of procedures, among others. The work aims to show the responsibility of the plans in their acts, as provided by the Consumer Protection Code. Throughout the study, the methodology used was a brief historical analysis in parallel with the deductive method, based on which we examined ideas that were already consolidated, such as the assumptions and the deduction of the practical importance of the institute today.

Keywords: Civil Liability. Health Plans. Contracts. Consumer defense.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 RESPONSABILIDADE CIVIL: PRESSUPOSTOS GERAIS E ELEMENTOS.....	10
2.1 Conceito	10
2.2 Análise Histórica da Responsabilidade Civil.....	11
2.3 Espécies de Responsabilidade Civil.....	13
2.3.1 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva.....	13
2.3.2 Responsabilidade civil contratual e extracontratual.....	15
2.4 Pressupostos Gerais da Responsabilidade Civil	16
2.4.1 Conduta.....	17
2.4.3 Nexo de causalidade	20
2.4.4 Culpa	22
3 RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE.....	24
3.1 Conceito de Planos de Saúde e Suas Operadoras:	25
3.2 Aspectos Contratuais	26
3.2.1 Da natureza jurídica dos contratos de planos de saúde.....	26
3.2.2 Formas de contratação.....	28
3.2.3 Modalidade de planos de saúde.....	30
3.3 Questões Críticas Atinentes aos Contratos de Plano de Saúde: das Cláusulas Restritivas a Abusividade.	34
3.3.1 Das doenças e lesões pré-existentes.....	35
3.3.2 Das exclusões de cobertura	36
3.3.3 O reembolso em caso de emergência e urgência	37
3.3.4 Das carências.....	37
3.4 O Dever de Renegociação em Tempos de Pandemia	39
3.4.1 Cláusula de renegociação	39
3.4.2 O abuso de direito na renegociação.....	40
3.4.3 A função da boa-fé objetiva na renegociação dos contratos	40
3.4.4 O Código Civil e suas adaptações às circunstâncias causadas pelo COVID19	41
4 ANÁLISE QUALITATIVA JURISPRUDENCIAL.....	43
4.1 Análise Descritiva do Caso Concreto	Erro! Indicador não definido.
5 CONCLUSÃO.....	48
REFERÊNCIAS.....	49

1 INTRODUÇÃO

Ao viver em sociedade e lidar com indivíduos em diversas relações (contratuais ou não), não se pode contestar que haverá casos, possivelmente, em que ocorrerão danos injustos dentro dessas relações, desequilibrando a harmonia social, de forma moral ou patrimonial. Consequentemente, haverá a busca pelo retorno desse equilíbrio com soluções para reparar determinadas situações.

O ordenamento jurídico vem para tutelar o lícito e impedir o ilícito. Assim, entende-se que o ordenamento deve proteger o indivíduo que segue o Direito e reprimir aquele que age de forma contrária à lei.

Observando-se essa conjuntura, a responsabilidade civil foi desenvolvida, e o presente artigo tem como finalidade mostrar a grande importância do tema no mundo jurídico, pois através dos estudos haverá uma colaboração com a sociedade, informando-a sobre o dever e responsabilidade das operadoras do plano de saúde em auxiliar o consumidor sobre o do que se trata o objeto contratado, cumprir inteiramente o que se está previsto no contrato e evitar que se incluam cláusulas abusivas no contrato celebrado e que não haja a negação de qualquer tratamento para a recuperação da saúde.

Em um primeiro momento tratamos da base do estudo, desde o conceito e evolução histórica da responsabilidade civil até suas espécies e seus pressupostos.

Em seguida, direcionou-se o estudo à responsabilidade civil das operadoras de planos de saúde, foi trabalhado seus principais conceitos, tanto dos planos de saúde quanto das operadoras, analisou-se os aspectos contratuais, sua natureza jurídica, formas de contratação e possíveis modalidades de planos de saúde.

Após esse estudo, destacaram-se algumas questões críticas atinentes aos contratos de plano de saúde, como: doenças e lesões pré-existentes, exclusões de coberturas, o reembolso em caso de emergência e urgência e carências. Ressaltou o dever da renegociação em tempos de pandemia, tratando das cláusulas de renegociação (cláusulas hardship), o abuso de direito e a função da boa-fé objetiva na renegociação dos contratos. Em razão da pandemia causada pelo COVID-19, foram observadas as possíveis adaptações do Código Civil à essas circunstâncias.

Por fim, foi feita uma análise qualitativa de jurisprudência em um caso concreto ocorrido no Tribunal de Justiça de São Paulo.

O objetivo do presente artigo foi, portanto, a análise sistemática da responsabilidade civil, a partir do estudo de seus elementos constitutivos, seus pressupostos gerais e a identificação das suas espécies.

Justifica-se a presente pesquisa pela importância social que a temática apresenta. A evolução da sociedade permitiu que, através da responsabilidade civil, se evitem danos ou se fomentem injustiças, possibilitando assim o avanço social, jurídico e econômico.

O estudo teve como base a análise de leituras de livros, doutrinas, artigos científicos e a própria legislação. A metodologia a ser utilizada será uma breve análise-histórica, com método dedutivo.

O método dedutivo foi o apresentado, como forma de organizar a presente pesquisa, foi através da análise de premissas já consolidadas como os pressupostos e os elementos constitutivos da responsabilidade civil, foi possível se deduzir a importância prática do instituto na sociedade contemporânea.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL: PRESSUPOSTOS GERAIS E ELEMENTOS

O capítulo 2 tratará da responsabilidade civil abordando os pressupostos gerais e seus presentes elementos. De início, o estudo desenvolverá sobre o conceito do instituto, seguida de uma análise histórica acerca da responsabilidade civil e uma exposição de suas espécies, sendo elas: subjetiva e objetiva, contratual e extracontratual. E por fim, tratará dos pressupostos gerais da responsabilidade civil: conduta, dano, nexo de causalidade e culpa.

2.1 Conceito

O desígnio de responsabilidade civil está relacionado à consciência de não lesar o outro. Quando lidamos com a sociedade, toda atividade que prejudique o outro traz um desequilíbrio. Esses prejuízos podem ser materiais ou morais, logo, para que se volte ao ponto de equilíbrio social pacífico, o autor do dano deve reparar o mal causado.

A responsabilidade pode ser conceituada como o cumprimento de medidas que obriguem o sujeito a reparar o dano que este causou a outrem, dada a sua ação ou omissão, ou seja, busca-se a restituição do prejudicado ao *statu quo ante*.

Nas palavras de Maria Helena Diniz (2012, p. 37), esta conceitua responsabilidade civil como:

A aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda de simples imposição legal.

Logo, o indivíduo que agir ou omitir ato que cause danos ao outro deverá responder e arcar com as consequências oriundas do seu procedimento danoso. Dessa forma, deve o instituto de responsabilidade civil designar as devidas regras para o delito.

Quando se fala da responsabilização do indivíduo que deu causa ao dano, não podemos direcionar para que a vítima tenha um enriquecimento, uma vez

que se busca o equilíbrio que foi desfeito, tendo a ideia de compensação par à vítima sobre o prejuízo que esta teve.

Com essa mesma ideia, não se pode falar também sobre a ruína patrimonial daquele que praticou o ato ilícito. Não impedindo que este seja sancionado da obrigação de reparar, especialmente em foco da indenização por danos morais, sendo a finalidade principal o restabelecimento da situação originária.

A busca pelo sentimento de justiça e uma convivência harmônica e equilibrada se direcionada aos deveres dos indivíduos que fazem parte da sociedade. Estes deveres são chamados de “originários” ou “primários”, sendo decorrentes do ordenamento jurídico ou das relações negociais entre os sujeitos de direitos, quando se fala em contratos.

No que diz respeito à responsabilidade civil como um dever jurídico, Sergio Cavalieri Filho (2012, p. 2) a define como:

Entende-se, assim, por dever jurídico a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social. Não se trata de simples conselho, advertência ou recomendação, mas de uma ordem ou comando dirigido e à vontade dos indivíduos, de sorte que impor deveres jurídicos importa criar obrigações.

O mesmo autor ainda esclarece sobre o descumprimento de um dever jurídico nas seguintes palavras:

A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há assim, um dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo. A título de exemplo, lembramos que todos têm o dever de respeitar a integridade física do ser humano. Tem-se, aí, um dever jurídico originário, correspondente a um direito absoluto. Para aquele que descumprir esse dever surgirá um outro dever jurídico: o da reparação do dano (FILHO, 2012, p. 2).

Assim, como consequência, a responsabilidade civil é entendida como um dever jurídico no qual um sujeito presta a apagar, reparar ou ressarcir um dano causado por sua ação ou omissão, aceitando as sanções impostas de acordo com a lei.

2.2 Análise Histórica da Responsabilidade Civil

Com o passar dos anos a sociedade vem evoluindo no modo de se relacionar em sociedade, observa-se a evolução sobre a forma de se comportar mediante os impasses que se encontram.

Frequentemente, surgem novas teses jurídicas com a finalidade de assistir as necessidades sociais. Essa responsabilidade é o instituto do direito civil que mais se destacou no quesito desenvolvimento na última década. Durante sua trajetória histórica houve uma expansão nas áreas incidentais e em seus fundamentos.

Entende-se que, o modo de reparação do dano causado foi se modificando com o tempo, evoluindo conforme as necessidades da sociedade. Entretanto, faz parte do instinto humano a busca por reparar o dano que foi causado de maneira injusta. Confirmando que a ideia de responsabilidade civil sempre esteve presente.

Os romanos foram os primeiros a tratar da responsabilidade civil, e tem como concepção a vingança pessoal, sendo compreendida pelo homem como autêntica reação contra o mal sofrido. Ainda no Direito Romano, mesmo com a criação da Lei das XII Tábuas, marco este muito importante, podia se observar a presença da Pena do Talião, que trazia a ideia do “Olho por olho, e dente por dente”. (GAGLIANO, 2017, p. 120).

Tempos depois, ainda com a Lei da XII Tábuas em vigor, deu início ao período da composição tarifada, a qual a própria lei determinava o valor para indenização.

De acordo com a doutrina majoritária¹, o grande pulo na evolução do instituto de responsabilidade civil ocorreu no surgimento da *Lex Aquilia*, a qual deu origem à responsabilidade civil extracontratual ou delitual, também chamada de aquiliana. Destacando-se entre as outras, essa legislação trouxe a troca da ideia de multa fixada por uma penal proporcional ao dano.

O Código Civil de Napoleão trouxe a culpa com o intento de responsabilidade civil aquiliana, induzindo outras legislações e entre elas, o Código Civil Brasileiro de 1916.

Porém, a teoria da culpa, trazida pela legislação francesa, não foi o bastante para regularizar todos os casos concretos, surgindo novas teorias. Essas

¹ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho.

teorias são amparadas por variadas legislações pelo mundo, sem que desapareça totalmente a teoria clássica da culpa.

2.3 Espécies de Responsabilidade Civil

A doutrina tem classificado a responsabilidade civil conforme a sua natureza jurídica e a culpa.

Nesse primeiro momento será dissertado sobre o critério da responsabilidade objetiva e subjetiva. Em segundo momento, o critério será dividido em responsabilidade contratual e extracontratual.

2.3.1 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva

A responsabilidade civil subjetiva é aquela causada por uma conduta *lato sensu*, ou seja, que engloba a culpa *stricto sensu* e o dolo. A culpa *stricto sensu* tem como característica a imprudência ou negligência por parte do agente. E o dolo ocorre quando o agente, conscientemente e por vontade própria, produziu o resultado ilícito.

Dessa forma, essa responsabilidade tem como fundamento principal a análise do juízo de reprovabilidade da conduta do agente, ensejadora do prejuízo. Sendo os elementos a conduta, dano e nexo de causalidade e o principal elemento para essa responsabilidade, a culpa.

Entretanto, a presença do elemento culpa nem sempre é exigido pela teoria subjetiva, conforme enfatiza Cavalieri Filho (2012, p.18):

Por esta concepção clássica, todavia, a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente, o que nem sempre é possível na sociedade moderna. O desenvolvimento industrial, proporcionado pelo advento do maquinário e outros inventos tecnológicos, bem como o crescimento populacional geraram novas situações que não podiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa.

Com o decorrer do tempo, a responsabilidade civil subjetiva deixou de satisfazer a resolução dos casos e a doutrina junto com jurisprudência passaram a analisar e compreender que esta forma de responsabilidade baseada na culpa não era o bastante para resolver todos os casos existentes. Essa ideia de mudança

surgiu principalmente devido à evolução da sociedade industrial e conseqüentemente houve um aumento dos riscos de acidente de trabalho. Rui Stoco, (2007, p. 157) sobre tema explica:

A necessidade de maior proteção a vítima fez nascer a culpa presumida, de sorte a inverter o ônus da prova e solucionar a grande dificuldade daquele que sofreu um dano demonstrar a culpa do responsável pela ação ou omissão. O próximo passo foi desconsiderar a culpa como elemento indispensável, nos casos expressos em lei, surgindo a responsabilidade objetiva, quando então não se indaga se o ato é culpável.

Dessa forma, surge a responsabilidade civil objetiva que destitui a culpa. Esta poderá até existir no caso concreto, porém não terá relevância para responsabilizar o indivíduo que causou o dano, não tendo a necessidade de ser comprovada. Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 48) traz o seguinte conceito:

A classificação corrente e tradicional, pois, denomina objetiva a responsabilidade que independe de culpa. Esta pode ou não existir, mas será sempre irrelevante para o dever de indenizar. Indispensável será a relação de causalidade entre a ação e o dano, uma vez que, mesmo no caso de responsabilidade objetiva, não se pode acusar quem não tenha dado causa ao evento.

Essa responsabilidade tem como fundamento a teoria do risco. De acordo com essa teoria, todo sujeito que pratica atividade que gera algum risco para o outro deve ser obrigado a repará-lo caso se concretize, mesmo que não tenha resultado danoso. Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 152) sintetiza-a nas seguintes palavras:

Todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou independente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de nexos de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa.

O Código Civil brasileiro de 1916, tinha como essência a responsabilidade civil subjetiva. Com a evolução do Direito Civil e das classificações da responsabilidade civil, o Código de 2002 se ajustou paralelamente e, mesmo não tendo deixado de lado a responsabilidade subjetiva, atualizou ao acrescentar a responsabilidade civil objetiva em seu artigo 927, "Haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade

normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, instituiu a responsabilidade objetiva do fornecedor e do fabricante, subtraindo a culpa, conforme os artigos 12 e 14:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Nos artigos acima, observa-se que o Código de Defesa do Consumidor traz com clareza sobre a responsabilidade civil do fabricante e do fornecedor, possibilitando uma responsabilização mais justa e que assim não enfatiza exclusivamente na culpa e sim em cada indivíduo e sua responsabilidade.

2.3.2 Responsabilidade civil contratual e extracontratual

A responsabilidade civil provém da violação de um dever jurídico originário que causa dano a outrem. Assim, é possível estabelecer uma classificação da responsabilidade civil de acordo com a fonte originária do dever vital violado.

Esta classificação se divide entre contratual e extracontratual. Quando se precede um vínculo obrigacional e o dever de indenizar entre o agente causador e a vítima, caracterizamos como responsabilidade contratual. Porém, quando o dever de indenizar manifesta-se a partir da lesão a direito subjetivo, ou seja, não há uma relação jurídica entre o agente causador do dano e a vítima, esta classifica-se como responsabilidade civil extracontratual.

Cavaliere Filho (2012, p. 15) disserta sobre o tema nas seguintes palavras:

Em suma: tanto na responsabilidade extracontratual como na contratual há a violação de um dever jurídico preexistente. A distinção está na sede desse dever. Haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto no contrato. A norma convencional já define o comportamento dos contratantes e o dever

específico a cuja observância ficam adstritos. E como o contrato estabelece um vínculo jurídico entre os contratantes, costuma-se também dizer que na responsabilidade contratual já há uma relação jurídica preexistente entre as partes (relação jurídica e não dever jurídico, preexistente, porque este sempre se faz presente em qualquer espécie de responsabilidade). Haverá, por seu turno, responsabilidade extracontratual se o dever jurídico violado não estiver previsto no contrato, mas sim na lei ou na ordem jurídica.

Quando celebramos um contrato, a partir dali irá se caracterizar a responsabilidade civil contratual, pois entende-se esta como aquela que é utilizado quando um dever jurídico é violado dentro de um contratou ou de um negócio jurídico unilateral.

Já a responsabilidade extracontratual, conhecida também por aquiliana, tem como principal fonte todo o ordenamento jurídico. A violação de um dever jurídico não tem antecedente entre o agente e a vítima; na doutrina temos um exemplo clássico no caso da obrigação de reparar os danos ocorridos em um acidente entre veículos. Quando o objetivo é reparar os danos derivados da violação de deveres gerais pela pessoa e pelos bens a responsabilidade é denominada de responsabilidade em sentido estrito ou técnico ou, ainda, responsabilidade civil geral.

Sobre a responsabilidade civil contratual, o ônus da prova competirá ao devedor provar a inexistência de sua culpa ou a presença de qualquer excludente do dever de indenizar, pois quando não há cumprimento do contrato gera a presunção de culpa do devedor. Na responsabilidade civil extracontratual, compete a vítima o *onus probandi*, devendo esta provar a culpa do agente.

Outro ponto, que se diferencia dentro dessa classificação, é a capacidade do agente que causou o dano. Na responsabilidade contratual o sujeito deve ser plenamente capaz no momento da celebração, sob pena de nulidade e não obter efeitos indenizatórios. Conforme Carlos Roberto Gonçalves, a responsabilidade contratual sofre muitas limitações em relação a capacidade do agente, enquanto a extracontratual é muito mais ampla, na qual o incapaz pode dar origem a reparação promovida pelos que legalmente são incumbidos de sua guarda.

2.4 Pressupostos Gerais da Responsabilidade Civil

Quando falamos nos atos ilícitos entendemos como aqueles que vão contra o ordenamento jurídico lesando o direito subjetivo de um sujeito. A partir dele surge a obrigação de reparar o dano, determinada pelo ordenamento jurídico.

Com o objetivo de garantir a reparação de danos causados, o ordenamento previu a responsabilidade no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e nos artigos 186 e 927, *caput*, ambos do Código Civil.

No artigo 186 do Código Civil Brasileiro, o legislador definiu o ato ilícito, como: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Através do estudo desse artigo podemos reconhecer os elementos da responsabilidade civil, sendo estes: a conduta culposa do agente, nexos causal, dano e culpa. Usado como base, este artigo é fundamental para a responsabilidade civil, consagrando o princípio de que ninguém tem o direito de prejudicar o outro.

Sergio Cavalieri Filho entende que a responsabilidade civil requer a existência desses elementos, com exceção do elemento culpa, pois esse será dispensado quando se tratar de responsabilidade objetiva (FILHO, 2009, p. 70).

Conforme o autor citado e dentre toda a doutrina que trabalha o tema, os elementos da responsabilidade civil são variáveis. Assim, conforme os dispositivos legais, é preciso que esses elementos estejam presentes para determinarmos a responsabilidade civil.

2.4.1 Conduta

O primeiro elemento, ou pressuposto, de todo ato ilícito, e assim, conseqüentemente para análise da responsabilidade civil, é a conduta humana. Entende-se por um comportamento voluntário do indivíduo, podendo ser comissivo ou omissivo, tendo relevância quando surgirem as conseqüências jurídicas. Somente pessoas naturais ou jurídicas poderão ser responsabilizadas civilmente por ações ou omissões que lesarem a outrem. O que não ocorre com o fato da natureza, pois mesmo que possa vir a causar danos, não gera responsabilidade civil.

Ato positivo é a ação em que o ato é praticado pelo agente; já o ato negativo é a omissão do agente, em que este deixa de praticar o ato que deveria ser

realizado. Cavalieri Filho (2012, p. 25) fala especificamente sobre omissão nas seguintes palavras:

A omissão, todavia, como pura atitude negativa, a rigor não pode gerar, física ou materialmente, dano sofrido pelo lesado, porquanto do nada nada provém. Mas tem-se entendido que a omissão adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir pra impedi-lo.

Ao tratar da responsabilidade resultante de um ato ilícito temos como base o parecer de culpa, entretanto, a responsabilidade sem culpa tem como essência o risco. Sobre os atos, temos os omissivos que são aqueles quando não ocorre a observância de um dever e os atos comissivos, que tratam do que não deveria ser feito.

A conduta humana tem como uma das suas principais qualidades a voluntariedade, assim representa a liberdade de escolha do agente. Sem a presença da voluntariedade não poderíamos falar em responsabilidade civil ou ação humana. Na responsabilidade civil, o ato de vontade deve ser contrário ao ordenamento jurídico. A voluntariedade consiste na consciência em ação e não na consciência de causar dano a outrem, este é o conceito de dolo. Deve-se ressaltar que a voluntariedade deve se fazer inclusa na responsabilidade civil subjetiva e objetiva.

2.4.2 Dano

O dano é um dos requisitos essenciais para a responsabilidade civil. Não podemos exigir ressarcimento ou indenização sem a presença do dano. É cabível a responsabilidade sem culpa, porém não há que se prever responsabilidade sem dano. O dano se torna o centro da responsabilidade civil.

De acordo com Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 76):

O ato ilícito nunca será aquilo que os penalistas chamam de crime de mera conduta; será sempre um delito material, com resultado de dano. Sem dano pode haver responsabilidade penal, mas não há responsabilidade civil. Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. E, se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, a toda evidência, não

haverá o que ressarcir. Daí a afirmação, comum a praticamente todos os autores, de que o dano é não somente o fato constitutivo, mas, também, determinante do dever de indenizar.

O mesmo autor conceitua o dano como sendo, “A subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano patrimonial e moral” (FILHO, 2012, p. 76).

Para que o dano causado tenha uma relevância jurídica, este precisa ser contrário aos interesses que o direito protege. Para que ocorra o ressarcimento desse prejuízo sofrido pela vítima, a doutrina traz requisitos sobre sua certeza e sua subsistência.

Considera-se o dano como certo quando sua presença é determinada, não tendo dúvidas sobre a sua ocorrência no fato. Assim, os danos hipotéticos são descartados e dessa forma se repele qualquer possibilidade de indenização motivada pela incerteza ou baixa probabilidade de existência.

Entende-se como subsistência, ou atualidade, quando o dano já foi reparado, perdendo-se o interesse da responsabilidade civil. O dano ainda deve existir quando o lesado postula sua reparação em juízo, ou seja, não se pode falar em condenação para o pagamento de indenização, pois o dano já foi reparado de forma espontânea pelo agente causador do dano. Caso o dano tenha sido reparado por parte do lesado, ainda existirá a subsistência do dano.

A respeito da classificação dos danos, estes são divididos em patrimoniais e extrapatrimoniais. O primeiro, também chamado de material, é aquele que prejudica apenas o patrimônio do ofendido, enquanto que o segundo, denominado de dano moral é o que afeta o a vítima como ser humano, ofendendo seus direitos de personalidade e não atingi o patrimônio.

Os danos patrimoniais são aqueles em que o agravo suportado pela vítima pode ser reconhecido com a perda imediata no seu patrimônio (danos emergentes), ou por aquilo que deixou de ganhar (lucros cessantes).

Compreendendo dessa forma, os danos emergentes são os que apresentam a diminuição do patrimônio da vítima no momento em que foi lesado, enquanto, os lucros cessantes dizem respeito à expectativa frustrada de um ganho futuro, seguindo um prosseguimento normal, sem a interferência de fatores aleatórios em suas atividades.

Os danos extrapatrimoniais se caracterizam como aqueles que afetam a vítima na qualidade de pessoa. É a lesão que atinge os direitos de personalidade, como a dignidade, a honra, a intimidade, podendo ser inferido a partir dos artigos 1º, inciso III, e 5º, incisos V e X, da Constituição Federal.

Ressalta-se, também que, o dano moral não se confunde com a dor, a angústia, o desgosto, a humilhação, o complexo que a vítima sofre pelo efeito danoso, pois estes estados são consequências do dano. Podendo, desta forma, existir ofensa a dignidade da pessoa humana sem que essa se externar por vexame, sofrimento, assim como pode existir dor, vexame sem violação da dignidade.

2.4.3 Nexo de causalidade

O nexo de causalidade é a associação da causa e efeito entre a conduta praticada e o resultado. É necessário que o dano tenha como causa a conduta ilícita do agente e que entre ambos exista uma relação de causa e efeito. Para que o nexo caracterize a responsabilidade do indivíduo, não basta que este tenha praticado conduta ilícita e nem que a vítima tenha sofrido dano.

A culpa tem como característica ser um elemento que não precisa estar necessariamente em todas as responsabilidades, um exemplo a qual ela não se encontra é a responsabilidade civil objetiva. Já o nexo de causalidade, necessariamente, é um requisito indispensável em todas as responsabilidades.

Durante toda a história surgiram diversas teorias para explicar o nexo de causalidade, dentre elas destacam-se três principais: a da causalidade adequada, a dos danos diretos e imediatos e a da equivalência dos antecedentes.

A teoria da equivalência dos antecedentes denominada como teoria da equivalência das condições, ou também *condition sine qua non*, nessa teoria considera-se toda circunstância que possa ter ocorrido para a produção do dano é considerada causa. Segundo a doutrina majoritária, o Código Penal brasileiro adota essa teoria. De acordo com análise do artigo 13 do Código Penal, que estabelece: “O resultado de que depende a existência do crime, somente é imputável, a quem lhe deu causa. Considera-se a causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

Ambas as condições são igualmente relevantes, pois sem cada uma delas o resultado não teria ocorrido. Muitos a criticam alegando que se levaria a uma

regressão infinita. Sergio Cavalieri leciona que caso essa teoria fosse adotado pelo Código Civil teria que se indenizar todos, literalmente, envolvidos no caso, por exemplo em um atropelamento se indenizaria quem dirigiu o veículo com imprudência e também quem lhe vendou o imóvel, quem o fabricou, etc.

Já a teoria da causalidade direta ou imediata também conhecida como teoria da interrupção do nexu causal, a causa pode ser classificada como somente o antecedente fático que vinculado ao resultado danoso, determina este como sua consequência, direta e imediata.

A teoria da causalidade adequada pode ser vista como a menos drástica, por expressar a lógica da razoabilidade. De forma condensada, essa teoria ensina que haverá nexu causal quando a conduta do indivíduo puder adequadamente produzir nexu causal, pela ordem natural das coisas. Ou seja, quando concorrerem diversas situações e condições que permitam um mesmo resultado, a causa será considerada a condição mais determinante para a produção do efeito que trouxe dano, sendo as demais ignoradas.

Dentre essas teorias, há divergências doutrinárias sobre qual seria adotada pelo Código Civil Brasileiro de 2002. Parte da doutrina, com destaque dos autores como Carlos Roberto Gonçalves, Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze, acreditam que o Código Civil Brasileiro adota a teoria da causalidade direta e imediata. Esses defensores se amparam no artigo 403 do Código Civil, que diz: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo no disposto na lei processual”.

Ainda, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 254) afirma que:

Das várias teorias sobre o nexu causal, o nosso Código adotou, indiscutivelmente, a do dano direto e imediato, como está expresso no art. 403; e das várias escolas que explicam o dano direto e imediato, a mais autorizada é a que se reporta à consequência necessária.

Entretanto, uma parte significativa da doutrina, como Sérgio Cavalieri Filho, Aguiar Dias e Caio Mário, trazem a teoria da causalidade como a adotada pelo Código Civil Brasileiro. De acordo com Sérgio Cavalieri Filho, mesmo que a letra da lei conduza ao entendimento de que a teoria que o ordenamento jurídico adota é a do dano direito e imediato, na prática é observado indícios de que se prevalece a

teoria da causalidade adequada, pois é possível a responsabilização por danos indiretos no ordenamento jurídico pátrio.

Sob toda essa análise, se conclui nas seguintes palavras do doutrinador Rui Stoco (2007, p. 152):

Enfim, independente da teoria que se adote, como a questão só se apresenta ao juiz, caberá a este, na análise do caso concreto, sopesar as provas, interpretá-las como conjunto e estabelecer se houve violação do direito alheio, cujo resultado seja danoso, e se existe um nexu causal entre esse comportamento do agente e o dano verificado.

Conforme as palavras do autor, ao final, o que analisará será o caso concreto, juntamente com o ato e o resultado danoso e se houve o nexu causal entre estes para que se busque a reparação mais adequada para o caso.

2.4.4 Culpa

No Código Civil Brasileiro, a regra para caracterizar o ato ilícito está presente no artigo 186, o qual determina que será materializada se o agente se comportar de forma culposa. O artigo traz a culpa *latu sensu*, que trata tanto do dolo quanto da culpa em sentido restrito. A culpa em si não é definida e nem conceituada na legislação pátria.

De forma sintetizada, entende-se o dolo como uma conduta premeditada, na qual o agente atua de maneira consciente que anseia por aquele resultado antijurídico ou assume o risco de executá-lo.

Porém, na culpa *stricto sensu* não há a intenção de lesar. A conduta é voluntária, mas o resultado obtido não. O agente não pretende aquele resultado, mas por consequência acaba atingindo-o ao atuar sem o devido cuidado. A inobservância do dever de cuidado demonstra negligência, imprudência e imperícia.

O autor Rui Stoco (2007, p. 133) conceitua culpa nas seguintes palavras:

Quando existe a intenção deliberada de ofender o direito, ou de ocasionar prejuízo a outrem, há o dolo, isto é, o pleno conhecimento do mal e o direto propósito de o praticar. Se não houvesse esse intento deliberado, proposital, mas o prejuízo veio a surgir, por imprudência ou negligência, existe a culpa (*stricto sensu*).

Na esfera do direito civil e ainda mais no instituto de responsabilidade civil, a diferença entre dolo culpa *stricto sensu*, considerando que esta tem como ideal reparar o dano da vítima e não punir o indivíduo culpado, se observará a amplitude do dano causado para definir a indenização e não o grau de culpa do agente. Nesse mesmo sentido, no âmbito da responsabilidade civil não se distingue entre culpa grave, leve ou levíssima quando analisamos na prática.

Nesse quesito, o legislador trouxe inovação no Código Civil de 2002, ao arrolar o parágrafo único do artigo 944, “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade de culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”. Dessa maneira, o juiz poder regular a indenização caso ocorra exuberante desproporção entre a gravidade da culpa e o dano causado, ainda que essa não seja a regra atual.

Portanto, para a responsabilidade civil somente é necessário que no momento da conduta o agente tenha causado o dano por agir sem o dever de cuidado, no caso da culpa *stricto sensu* ou ele estava disposto a causar prejuízo ao outrem, sem o dolo.

O tema sobre a culpa ser elemento da responsabilidade traz grande divergência e imprecisão. Uma parte dos doutrinadores entende como a culpa no sentido *lato*, não sendo pressuposto geral da responsabilidade civil, principalmente no novo código, considerando que há outra categoria de responsabilidade que renuncia esse elemento subjetivo para a sua configuração. No ponto de vista destes doutrinadores, há falta de generalidade para a culpa ser elemento essencial na responsabilidade civil. Para estes, os elementos essenciais da responsabilidade são a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade.

No entanto, predomina-se o entendimento que o artigo 186 do Código Civil não deixa questionamentos sobre o ato ilícito somente ser representado em caso de comportamento culposo por meio de dolo ou culpa, sendo assim, a culpa é elemento necessário para o ato ilícito e para a responsabilidade civil.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE

Ao tratar sobre a responsabilidade civil, nos planos, de saúde é necessário entender que esta é limitada. Entende-se que a relação entre a operadora e o beneficiário trata-se de uma relação de consumo, na qual a operadora tem como dever proporcionar a efetiva assistência, em concordância com o plano que lhe foi contratado pelo consumidor, e, assim, em contraparte, o mesmo tem como dever o pagamento pela prestação de serviço.

Todavia, sobre essa prestação, compreendemos como futura e incerta, e não regular, pois sempre haverá a incerteza sobre o uso ou não do que foi estabelecido no contrato. A certeza é que haverá a assistência do plano quando este for necessário e solicitado, dentro do que foi convencionado, para a recuperação do beneficiário.

Sucedem-se que as operadoras dos planos de saúde abusam do poder de administração sobre essas coberturas e dessa forma não fornecem apropriadamente o serviço ao consumidor, muitas vezes negando a cobertura em virtude da carência ou limitando o tempo dessa cobertura, resultando em práticas abusivas diante do ordenamento jurídico, principalmente no que se refere ao Código de Defesa do Consumidor.

E quando se fala sobre o Código de Defesa do Consumidor, ele é taxativo ao dissertar que devem ser excluídas as cláusulas que tornem o contrato extremamente oneroso a uma das partes, no caso em questão, o beneficiário. Além dessas cláusulas, existem aquelas que buscam, de forma disfarçada, enganar o consumidor, como por exemplo a falsa publicidade de serviços prestados.

É nesse cenário, que se encontra a responsabilidade civil da operadora do plano de saúde. Não se tratando apenas de uma responsabilidade, mas sim de um contexto que traz diversas situações que provocam dano ao consumidor e que como consequência a reparação pela operadora.

Fala-se em obrigação contratual a partir do momento em que é celebrado o contrato de prestação de serviços entre a operadora do plano e o consumidor, sendo a obrigação de prestar a assistência adequada aos moldes do contrato. Dessa forma, identificamos a responsabilidade objetiva da operadora em prestar o serviço de assistência à saúde sem precisar identificar se o consumidor foi

o causador ou não da ocorrência do serviço, trata-se de um dever implícito no contrato.

3.1 Conceito de Planos de Saúde e Suas Operadoras:

Diante do conceito de planos de saúde é relevante destacar que nem a própria lei possui. Porém, a autora Salazar (2007, p. 26) traz um trecho que nos dá uma noção sobre o que vem a ser:

É qualquer tipo de contrato que envolva a prestação de serviços de saúde ou a cobertura dos custos desses serviços, seja pelo mecanismo de reembolso de despesas pagas pelo próprio consumidor ao prestador, seja pelo fornecimento de uma rede credenciada prestadora de serviços. Para tanto, o consumidor paga uma mensalidade e dependendo do caso, arca também com outros custos como franquias e co-participação.

A mesma autora conceitua as operadoras de planos de saúde da seguinte forma:

De acordo com a Lei 9656/98 qualquer empresa que comercialize plano de saúde é uma operadora de plano de saúde, seja na modalidade de seguradora, autogestão, medicina de grupo, cooperativa médica. Todas elas precisam estar registradas na ANS, assim como os produtos (os planos) que oferecem ao consumidor. (SALAZAR, 2007, p. 26).

Contudo, a Lei 9.656/98 em seu primeiro artigo, no inciso I, define o Plano de Assistência à Saúde nas seguintes palavras:

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

Em seguida, no inciso II, a Lei define as operadoras de planos de saúde como sendo: “Pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo”.

A partir dessa introdução sobre os conceitos dos planos de saúde e suas operadoras, podemos iniciar os estudos sobre os contratos nesse âmbito.

3.2 Aspectos Contratuais

É conhecido que há ápice divisor no estudo dos contratos de planos de saúde, conhecidos como contratos antigos – realizados antes da Lei 9.656/98 – e os contratos novos que são realizados sobre a vigência dela.

Os planos de saúde também têm diversas formas de contratação, e por isso são analisados pelo direito.

Como já mencionado, a relação existente entre as operadoras de planos de saúde e seus clientes é uma relação de consumo, logo, precisam seguir as normas estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor, junto com o Código Civil e a Lei dos Planos de Saúde.

Pode-se identificar que, no contrato estabelecido entre as partes, temos um contrato de adesão, no qual o cliente adere ao contrato imposto, sem poder alterar as cláusulas previstas.

Segundo França (apud DINIZ, 2003, p. 90), o contrato de adesão é aquele em que a manifestação de vontade de uma das partes se reduz a mera anuência a uma proposta da outra. Nota-se que existe uma diminuição no princípio da autonomia da vontade, no qual o aderente concorda e aceita a proposta feita sem ter a possibilidade de ponderar as cláusulas presentes nos contratos.

Conforme Diniz (2003, p. 91), os contratos de adesão “supõem: 1) uniformidade, predeterminação e rigidez da oferta; 2) proposta permanente e geral; 3) aceitação pura e simples do oblato; 4) superioridade econômica de um dos contratantes e 5) cláusulas do contrato predispostas e fixadas unilateralmente”.

Assim como todas as outras espécies de contratos, o contrato de adesão deve seguir as regras dos artigos 423 e 424 do Código Civil, no que diz respeito ao princípio da boa-fé contratual, proibição e função social do contrato, e ainda proteger o consumidor.

3.2.1 Da natureza jurídica dos contratos de planos de saúde

Ao dissertarmos sobre relação de consumo estabelecida nesse contrato, ela deve ser tipicamente amparada pelo Direito Consumerista. Diz Almeida (apud GREGORI, 2007, p. 131):

São típicas das relações de consumo, e submetidas, portanto, às normas do CDC, as seguintes modalidades de contrato: administração de consórcio, bancários, financiamento, arrendamento mercantil, fornecimento de serviços públicos, compra e venda com ou sem alienação fiduciária, seguro, seguro-saúde (operadoras de planos (sic) privados – Lei 9.656/98), plano de saúde (operadoras de seguros (sic) privados de assistência à saúde – Lei 9.656/98), hospedagem, depósito, estacionamento, turismo, transporte e viagem.

Concluindo que a natureza dos contratos de planos de saúde é a consumerista, se enquadrando nas normas do Código de Defesa do Consumidor, deve-se analisar pontos necessários a natureza jurídica.

Rizzardo (1999, p. 19) destaca:

A primeira característica refere-se à bilateralidade do contrato. O associado ou segurado busca se garantir (e/ou aos seus familiares e pessoas indicadas) contra as conseqüências de certos riscos sociais e pessoais. Para isso, acorda com a administradora do plano ou seguradora, mediante o pagamento de contribuições, em uma só vez ou em prestações, a cobertura dos riscos previstos ou assinalados. A reciprocidade das obrigações está justamente na cobertura de certos eventos relacionados à saúde e no pagamento por esta prestação de serviços.

Mesmo que os planos de saúde estabeleçam obrigações recíprocas entre o consumidor e o fornecedor, deve se observar que estes contratos são oferecidos na forma de contrato de adesão, logo possuem um padrão, no qual suas cláusulas são preestabelecidas pela operadora.

Igualmente, há os contratos que têm como características vigorarem por tempo indeterminado e de forma contínua. Muitos doutrinadores, sendo um deles Gregori (2007, p. 133), o chamam de contratos cativos ou relacionais, por se estenderem por muito tempo com a mesma finalidade.

Marques (2007 apud GREGORI, 2007, p. 132) descreve os contratos cativos como:

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.

Já nos contratos relacionais, Macedo (2007 apud GREGORI, 2007, p. 133) disserta:

Tendem a criar relações contínuas e duradouras, nas quais os termos da troca são cada vez mais abertos, e as cláusulas substantivas são substituídas por cláusulas constitucionais ou de regulamentação do processo de renegociação contínua, determinado tanto pelas relações promissórias como pelos vínculos não promissórios que de fato se estabelecem entre as diversas partes, como, por exemplo, *status* (ex: vulnerabilidade, hipossuficiência), confiança, e dependência econômica.

E finalizando com as palavras de Gregori (2007, p. 134):

[...] 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 cobertura, se, porventura, ocorrerem as situações preestabelecidas no contrato.

Diante de todo estudo, entende-se que se trata de uma relação de consumo complexa, na qual se estabeleceu um contrato de adesão, por um tempo indeterminado e com obrigações para ambas as partes que se submetem ao Código de Defesa do Consumidor e a uma Lei específica.

3.2.2 Formas de contratação

Os contratos de planos de saúde são vistos dentro do mercado como aqueles que oferecem assistência médica através do contrato ou plano familiar, individual e coletivo. Ressaltando que essas nomenclaturas são firmadas na vigência da Lei 9.656/98 – Lei dos Planos de Saúde.

O contrato familiar é aquele que traz benefício a um indivíduo e seus respectivos familiares, sendo verificados pela operadora do plano para aqueles que possam usufruir desse benefício fornecido pelo plano.

Ademais, o contrato individual é aquele em que um único sujeito adere a uma modalidade de plano para benefício próprio, sem adição de outros indivíduos.

Sobre os contratos coletivos, Salazar (2007, p. 260) diz:

É o contratado por pessoa jurídica, que ser uma empresa empregadora, sindicato ou associação, em benefício de seus funcionários, sindicalizados ou associados. A pessoa jurídica é a contratante (ou estipulante), mas os beneficiários finais são os funcionários, sindicalizados ou associados.

Ainda dentro dessa categoria, a lei dividiu os contratos coletivos em dois grupos: o empresarial e o por adesão.

Gregori (2007, p. 145) fala sobre a contratação coletiva empresarial:

É aquela que oferece cobertura a uma população delimitada e vinculada a determinada pessoa jurídica, podendo o vínculo ser empregatício associativo ou sindical. A adesão é automática e ocorre na data da contratação do plano ou no ato de vinculação à pessoa jurídica contratante. Pode haver ou não a inclusão dos dependentes legais dos titulares.

Nesse tipo específico de contrato não há opção de escolha sobre a modalidade. Uma vez inserido, o benefício poderá ser de um vínculo empregatício, associativo ou sindical, e de forma automática se adere ao plano de assistência à saúde, e assim se torna função da pessoa jurídica decidir se irá incluir ou não os demais beneficiários.

O mesmo autor trata dos contratos de adesão nas seguintes palavras:

É aquela que oferece cobertura para uma massa delimitada de consumidores, mas a adesão é espontânea e opcional do funcionário, associado ou sindicalizado. Pode haver ou não a inclusão dos dependentes legais dos titulares (GREGORI, 2007, p. 145).

Pode-se identificar a diferença nesses grupos na autonomia da vontade em ser ou não beneficiário do plano assistencial. Contudo, há a oportunidade nos grupos, tanto o coletivo empresarial quanto por adesão, em serem com ou sem patrocinadores.

O contrato coletivo sem patrocinador como sendo aquele que é oferecido por pessoa jurídica, cuja adesão será opcional e espontânea do consumidor, que pagará a integralidade das contraprestações pecuniárias diretamente à operadora (GREGORI, 2007, p. 145).

Já a coletiva com patrocinador qualifica-se pelo pagamento, parcial ou total, das contraprestações, pela pessoa jurídica à operadora. Além do mais, o grupo participante é delimitado e vinculado à pessoa jurídica.

3.2.3 Modalidade de planos de saúde

A Lei 9.656/98 - Lei do Planos de Saúde - estabeleceu cinco tipos de planos, sendo o referencial o mais completo previsto na legislação, apenas não incluindo a assistência odontológica; os outros planos são: ambulatorio, hospitalar, hospitalar com obstetrícia e odontológico.

Como visto, o plano referencial é o mais amplo em cobertura previsto pela lei, oferecendo assistência ambulatoria, hospitalar e obstétrica, e segundo Gregori (2007, p. 150-151) o mesmo plano possui cobertura integral em urgência e emergência com padrão de enfermaria.

Todas as operadoras são obrigadas a oferecerem esse plano, com exceção daquelas que tratam de autogestões e odontologias de grupo. Porém, mesmo no plano mais amplo há exceções que limitam sua cobertura para procedimentos pontuais, sendo:

Art. 10. É instituído 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 enfermaria, 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, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:

I – tratamento clínico ou cirúrgico experimental;

II – procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim;

III – inseminação artificial;

IV – tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética;

V – fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados;

VI – fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar;

VII – fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico;

VIII – revogado;

IX – tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes;

X – casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente. [...].

Diante do artigo 10 da Lei 9.656/98 surgiram alguns impasses sobre a interpretação deste artigo, não podendo ser somente necessário a interpretação literal para determinar a exclusão da cobertura, e sim a compreensão da intenção do legislador ao criar uma norma repressora.

Após a análise do artigo 10 e seus respectivos incisos, percebe-se que, ao excluir tratamento clínico ou cirúrgico experimental, responde o legislador à exigência dada pelo Código de Ética Médica, que regulamenta a pesquisa médica em seus artigos 122 a 130, com destaque ao artigo 124 que veda ao médico, nas palavras de Bottesini (2003, p. 58):

[...] usar experimentalmente qualquer tipo de terapêutica, ainda não liberada para o uso no País, sem a devida autorização do órgão competente e sem o consentimento do paciente ou de seu responsável legal, devidamente informados da situação e das possíveis conseqüências.

O mesmo autor acrescenta:

A imposição destas limitações não impede que as operadoras e administradoras dêem cobertura em casos específicos, desde que exista o acordo prévio entre as partes e o próprio responsável pela aplicação do procedimento experimental indicado para o caso específico. (BOTTESINI, 2003, p. 59)

A respeito dos tratamentos estéticos, vedados no inciso II, o legislador teve como objetivo eliminar somente aqueles com a finalidade estética, sem vedar o que havia ligação com a saúde do paciente.

Entretanto, gera-se grande discussão, pois há casos em que o tratamento estético se faz necessário para que se evite transtornos psicológicos coligados à estética do paciente. Quando negado traz uma grande sobrecarga à operadora que deverá cobrir as doenças estimuladas resultantes da negatória do procedimento.

Além disso, há casos que necessitam de tratamento estético para reparar algum dano causado em razão de algum tratamento anterior coberto pelo plano, ou para reparar danos causados por acidentes que causaram lesões físicas no paciente.

O inciso IV fala sobre o tratamento de rejuvenescimento e de emagrecimento com fins estéticos. Muitos interpretam que o tratamento de rejuvenescimento é meramente utilizado com objetivos estéticos; porém, isso não ocorre quando falamos de tratamentos para o emagrecimento pois este possui alguns empecilhos.

Especificamente nesse tratamento é preciso observar que há casos que podem ser analisados por diferentes perspectivas. Em uma situação em que há

um paciente com obesidade mórbida, este deverá se submeter a intervenções cirúrgicas com a finalidade de sanar o seu mal, porém, não se submeterá a cirurgias quando a causa for meramente estética.

No inciso V, nota-se a vedação ao fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados, e assim como Bottesini (2003, p. 64) disserta, esta cláusula diverge:

[...] com as disposições do art. 51, IV, da Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, que afirma 'nulas de pleno direito [...] as cláusulas contratuais [...] que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Como é notório, esta cláusula lesa os princípios da boa-fé contratual, pois se faz comum o uso de medicamentos estrangeiros em tratamentos e prevenções de determinadas doenças. A utilização desses medicamentos é muito usada como forma de complemento ao tratamento que já tem como opção as cirurgias e a manipulação desses passa a ser a única opção para o paciente.

Diante do exposto, não se admite que esta cláusula esteja em vigor na Lei dos Planos de Saúde, contradizendo seus próprios princípios. Seu principal objetivo é o zelo pela vida e saúde do paciente beneficiado pelo plano.

Seguindo a interpretação dos incisos, o VI disserta sobre a vedação do fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar. Bottesini (2003, p. 62) fala:

Se a recomendação médica é para que o paciente seja tratado em seu domicílio, sem prejuízo para o sucesso do tratamento e às vezes até com vantagens, como evitar o contágio por doenças oportunistas em razão de internação hospitalar mais demorada, e se os medicamentos que ele deve usar se incluem na cobertura caso houvesse a internação, é manifesta a obrigação de proporcionar cobertura para os dispêndios com tais medicamentos. De outro lado, se os medicamentos não seriam fornecidos durante a internação hospitalar, é certo que o seu uso está fora da cobertura básica do plano-referência se o tratamento é ministrado fora do hospital.

Dessa forma, o mais justo será disponibilizar os medicamentos que estão dentro da cobertura do plano no caso de internação, mesmo que o tratamento seja efetuado em domicílio por recomendação médica.

A respeito do inciso VII, a lei veda o fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios que não são ligados ao ato cirúrgico, há alguns tratamentos em

que o ato cirúrgico não está vinculado com a implantação de prótese ou órtese, por exemplo a angioplastia.

Nesses casos, o paciente não se submete a cirurgia de risco para preservar sua vida e saúde. O ideal é o operador disponibilizar as peças, mesmo que muitas vezes os consumidores precisem ir até o judiciário para ter esse amparo ao seu direito à vida e à saúde.

Sobre o inciso IX que diz sobre a vedação de tratamentos ilícitos e antiéticos, assim definidos sob aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes, a operadora não dará cobertura, independentemente da situação, pois não são reconhecidos pelo Código de Ética Médico.

A operadora do plano não deve em nenhuma hipótese cobrir tal tratamento em razão de poupar futura responsabilidade civil, penal e administrativa em caso de alguma complicação, ou até óbito, com a intervenção do tratamento adotado.

Ao final, o inciso X veda a operadora nos casos cataclismos, guerras e comoções internas, quando as autoridades as declaram; pode-se parecer errado o não oferecimento do tratamento ao consumidor nessa situação, pois estes não são responsáveis pelos estados declarados, o que de certa forma estaria negando o direito à vida dos mesmos.

Porém, precisa-se ponderar essas situações. O impacto na sociedade é inevitável e intenso, sendo impossível ter um controle sobre a cooperação das operadoras dos planos, inevitável a quebra dos contratos estabelecidos e os beneficiários estariam sujeitos às prestações de serviço público ou emergencial.

Neste caso, não se fala em descumprimento contratual em face da operadora, e nem sobre a indenização pela negação de cobertura de qualquer tratamento, pois se encontra em uma situação anômala.

Já destacados os principais pontos sobre o plano referencial, passa-se a discutir sobre o plano ambulatorial. Entende-se como aquele que não tem cobertura, Salazar (2007, p. 28) descreve o mesmo como internações e procedimentos para fins de diagnóstico ou terapia que exijam apoio de estrutura hospitalar por um período acima de 12 (doze) horas e conforme Gregori (2007, p. 151) são procedimentos de consulta, exames e demais serviços de apoio a diagnósticos e tratamentos, quando realizados em consultório ou ambulatório.

Diante da vedação da cobertura de internações ou tratamentos que necessitam o apoio hospitalar, o plano acime deixa claro que a regra é somente nos casos acima de 12 horas de internação ou o apoio hospitalar, logo, para os procedimentos mais simples é dever implícito à operadora dar total cobertura.

Sobre o plano hospitalar, Gregori (2007, p. 151) fala:

É aquele que cobre os atendimentos em entidades hospitalares, com internações, inclusive em centros ou unidades de terapia intensiva, sem limitação de prazo. Cobrem acompanhamento clínico, exames complementares, materiais, medicamentos, quando a assistência for prestada durante a internação, além de cobrir as despesas com acompanhante, nos casos de pacientes menores de 18 anos, e de remoção do paciente, quando necessário.

Nesse plano, a maior dificuldade se faz presente quando se trata de internação em unidade de tratamento intensivo – UTI, no qual em diversas vezes a operadora do plano de saúde limita essa internação do beneficiário em poucos dias. Porém, a jurisprudência e as leis entendem que não pode falar em limitação as internações referentes a UTI, uma vez que esta pode ocorrer durante um ano ou não.

Há também o plano hospitalar com obstetrícia, que integra o fornecimento de procedimentos pré-natal, assistência ao parto, total assistência ao recém-nascido nos primeiros 30 (trinta) dias de vida, e ademais a assistência à mãe em qualquer complicação no pós-parto, quando necessário. Além dessa cobertura voltada a gestão, há também toda assistência do plano hospitalar propriamente dito.

Por fim, Gregori (2007, p. 151) fala sobre o plano odontológico: é aquele que prevê a cobertura de todos os procedimentos realizados em consultório, incluindo exame clínico, radiografia, prevenção, dentística, endodontia, periodontia e cirurgia.

Vale ressaltar que quando se menciona a cirurgia, a operadora do plano de saúde tem cobertura sobre os procedimentos que não exijam anestesia geral, envolvem apenas os procedimentos mais simples.

3.3 Questões Críticas Atinentes aos Contratos de Plano de Saúde: das Cláusulas Restritivas a Abusividade.

Passa-se a analisar as questões críticas e seus respectivos desdobramentos jurídicos, quanto aos contratos de plano de saúde.

3.3.1 Das doenças e lesões pré-existentes

Na Lei 9.656/98 – Lei dos Planos de Saúde, o artigo 11 protege a operadora da má-fé de beneficiários que têm conhecimento de moléstia e não a informam na época da celebração do contrato.

Com o objetivo de proteger as operadoras dos planos, a lei estabeleceu um prazo decadencial de 24 (vinte e quatro) meses para que o consumidor faça uso, de acordo com Bottesini (2003, p. 82), da cobertura de eventos cirúrgicos, leito de alta tecnologia e procedimentos de maior complexidade.

Para tal, há a possibilidade do agravo, previsto no artigo 2º, inciso III da Resolução Consu 02 de 04.11.1998, que conforme a interpretação de Bottessi (2003, p. 83) diz:

O pacto de 'agravo' é o acréscimo temporário no valor da mensalidade ou do prêmio de seguro, com o qual se estabelece cobertura para uma doença já existente no momento da contratação ou se supera naquele contrato e para aquele consumidor, uma carência que faz parte integrante do produto registrado na ANS.

Com isso entendemos que, qualquer lesão ou doença existentes no momento da contratação do plano de saúde, ficam sem cobertura pelo prazo decadencial de 24 (vinte e quatro) meses, tendo como solução a inclusão do agravo nesse período.

A partir disso, quando o consumidor for celebrar algum contrato com as operadoras de saúde, o mesmo deve ficar atento à cláusula que trata das doenças e lesões preexistentes, já que esta não dá cobertura aos procedimentos e necessidades relativas à enfermidade que o consumidor precisar.

Diante dessa restrição, há um dever de cuidado pertinente à operadora que dá a ela a investigação para descobrir se o beneficiário tem ou não lesões ou doenças preexistentes. Em caso de omissão e celebrado o contrato, caso o consumidor necessite submeter-se a um tratamento de câncer, por exemplo, a operadora não poderá negar cobertura com a justificativa da doença preexistente, pois não foi realizado os exames necessários antes de efetuar o contrato, e se

continuarem a negar a cobertura, a operadora deverá provar que o beneficiário já era portador da doença na época da contratação. Essa imposição ocorre devido a inversão do ônus da prova, pois nessa situação o consumidor se torna a parte hipossuficiente na relação de consumo estabelecida.

3.3.2 Das exclusões de cobertura

Como vimos acima, a Lei dos Planos de Saúde – Lei 9.656/98 traz em seu artigo 10, incisos I ao X, procedimentos e tratamentos que são excluídos da cobertura do plano.

Contudo, o grande impasse ocorre quando o contrato traz como competência na parte dessas exclusões, a não cobertura de tratamento de terapia ocupacional, fonoaudiólogo, logopedia, fisioterapia, dentre outras.

É evidente que o limite da cobertura vai de acordo com o contrato celebrado, porém, nesse ponto, se está partindo da ideia de que o beneficiário contrata o plano referência que é o mais amplo dentre todos previstos em lei, e mesmo assim negam os procedimentos citados acima. O consumidor, nesse caso, deve recorrer ao Poder Judiciário para ser amparado sobre esses direitos. É rotineiro que se neguem esses procedimentos, todavia, essa cláusula é abusiva, pois nega diretamente a assistência à saúde do consumidor.

Não se pode negar ao beneficiário tratamento fisioterápico, já que este está vinculado a recuperação da saúde, e assim como o psicológico, que cuida da saúde mental, entre tantos outros tratamentos necessários e poucas vezes valorizados.

No caso de próteses e órteses, muitas vezes ocorre no paciente sofrer um infarto e depois necessitar de uma cirurgia e logo depois receber em sua casa uma fatura dos gastos relacionados ao *stend* implantado. Essa cobrança é indevida, lidando com o beneficiário do plano referência, é obrigação da operadora arcar com essa despesa e caso se mantenha em negação, o paciente deve buscar amparo legal.

Com isso, concluímos que, o consumidor sempre deve estar atento ao celebrar um contrato de assistência à saúde com alguma operadora, deve se analisar todas as cláusulas estabelecidas, lendo atentamente e questionando tudo que se destaca como abuso.

3.3.3 O reembolso em caso de emergência e urgência

Situações desse tema ocorrem com frequência quando o plano tem abrangência estadual, no caso de o beneficiário sofrer um acidente em outro estado e é levado às pressas para o hospital, este não pertencendo a rede credenciada, ele tem obrigação de ressarcir suas despesas.

Salazar (2007, p.121-122) explica:

É obrigatório reembolsar o consumidor atendido por serviço (pronto-socorro, por exemplo) fora da rede credenciada, em uma situação de urgência ou emergência. O prazo máximo para pagamento é de 30 dias e será feito no limite das obrigações contratuais (art. 12, VI da Lei dos Planos de Saúde).

A lei não ampara essa limitação geográfica, torna-se uma cláusula abusiva sobre o Código de Defesa do Consumidor, e como citado é dever da operadora ressarcir dentro do prazo dado pela Lei dos Planos de Saúde e direito do beneficiário do plano.

3.3.4 Das carências

As carências estão preteridas no artigo 12, inciso V da Lei 9.656/98 – Lei dos Planos de Saúde:

Art. 12 – São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:

[...]

V – quando fixar períodos de carência:

- a) prazo máximo de trezentos dias para partos a termo;
- b) prazo máximo de cento e oitenta dias para os demais casos;
- c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência.

[...]

Entende-se como uma limitação de cobertura, porém, para que seja válido é preciso que esteja expressamente no contrato, como o artigo 16, inciso III da Lei 9.656/98.

Entretanto, essas limitações colocadas pela Lei são relativas, pois não dão prazos mínimos de carência, e dessa forma, as operadoras aplicam o máximo, e como consequência deparam com situações de desconforto para os consumidores do plano.

Com isso, essas limitações vão contra o Código de Defesa do Consumidor por tratar de cláusulas abusivas, que afetam a hipossuficiência do contrato, obrigando o beneficiário a assumir um ônus altíssimo.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, inciso IV, diz:

Art. 6º – São direitos básicos do consumidor:

[...]

IV – 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;

[...]

Para completar essa proteção ao consumidor, no artigo 52, inciso IV, §1º, incisos I a III:

Art. 51 – São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

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

[...]

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

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

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

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

Após análise dos artigos nota-se que essas limitações infringem o código, por serem extremamente abusivas, sobressaindo a operadora. Não se pode admitir que o beneficiário que esteja necessitando de tratamento com urgência ou emergência tenha sua cobertura negada pela justificativa de cumprimento de carência.

Além disso, quando se trata de urgência ou emergência, se considera que se precisa de uma intervenção rápida, são os casos de acidente de veículos, em que a vítima ao chegar no hospital precisa ser atendida imediatamente se não poderá perder a vida, por exemplo. Em situações como essa, não se pode permitir

que haja negação da cobertura por parte da operadora sob o argumento que a carência não foi cumprida, pois de confronto com a norma contratual o Código de Defesa do Consumidor, como já mencionado, diante da Constituição Federal, trata-se da vida, o bem maior desde a Carta Magna em seu artigo 5º, caput.

Portanto, em situações como essas onde ocorrem a negação da cobertura com alegação do não cumprimento das carências, o consumidor deve buscar ajuda no Judiciário, pois se trata de normas que invalidam o contrato.

3.4 O Dever de Renegociação em Tempos de Pandemia

Sob o ponto de vista da situação atual em que nos encontramos, o contrato se faz um instrumento de destaque. A pandemia desvalorizou a economia mundial e ainda afetará muito mais, afetando diretamente os contratos.

Diante disso, tem se falado sobre o dever de renegociação sobre os contratos que estão sendo atingidos em meio a esse caos. E para isso, muito se fala nas cláusulas de renegociação (cláusula hardship).

3.4.1 Cláusula de renegociação

As cláusulas de renegociação, também conhecidas como cláusulas hardship, se sintetizam na ideia de previsão contratual efetuada entre as partes sobre a possibilidade de renegociar o contrato caso decorra de alterações circunstanciais, ou afetar a economia jurídica do contrato e assim tendo a oportunidade de reintegrá-lo.

A ausência desta cláusula não impede o dever legal imposto de renegociar (obrigação *ex lege*), não impede a ocorrência de resolução contratual, sempre compatibilizando com a determinação legal. Entretanto, ela também seleciona os campos em que atuará e o método que utilizará para regular o contrato às suas origens.

Logo, com essa cláusula, as partes terão a oportunidade de determinar as regras para definir o processo de renegociação, como iniciará o procedimento, como será comunicado às partes, os prazos etc.

Desta forma, entende-se que esta cláusula de supressão não tem como objetivo a supressão do dever legal e sim o exercício de liberdade contratual e

a autonomia privada, permitindo decidir os contornos e procedimentos para a renegociação contratual em necessidade quando houver alterações ou impasses.

3.4.2 O abuso de direito na renegociação

O dever de negociação traz uma “ameaça” de desvio da sua finalidade, ou seja, hipóteses de uma prorrogação do cumprimento das obrigações descritas no contrato. É inevitável que todas as ordens impostas no ordenamento estejam vulneráveis ao mau uso destas, descumprindo sua finalidade para benefícios e interesses que não são protegidos juridicamente.

Toda essa análise de comportamento entende-se como o efetivo abuso de direito – este conhecido como abuso de posição jurídica ou de uma posição e deve ser punido. O abuso do direito se define em ilicitude no exercício ou meios, ou seja, não é o direito em si que é ilícito, e sim a forma irregular (*modus operandi*) que foi exercida que irá caracterizar sua abusividade.

Desta maneira, caso a parte abuse do seu direito de solicitar a renegociação contratual, será o abuso um ato ilícito objetivo, devendo ser sancionado pelo juiz, e ele deverá ressarcir ou indenizar a parte prejudicada, por exemplo.

3.4.3 A função da boa-fé objetiva na renegociação dos contratos

As cláusulas *hardship*, como já visto, determinam às partes o dever de renegociar o contrato diante de certas ocasiões que abalam o contrato feito originalmente. O objetivo é adaptar o contrato às novas circunstâncias, preservando o negócio. Essas cláusulas inseridas pela autonomia privada, no sistema jurídico brasileiro, ganham vigência sobre a cláusula da boa-fé objetiva, a qual tem como principal função determinar aos contratantes o dever de renegociar os acordos firmados.

Quando analisamos no âmbito econômico do direito, a doutrina sustenta a ideia de obrigação de renegociação das partes nas hipóteses de *hardship* com a ideia do crescimento dos riscos quantitativos e qualitativos. Na economia contemporânea há uma exigência da flexibilidade das relações contratuais.

Em uma perspectiva colaborativa e solidária, o contrato remete o seu conteúdo à renegociação com a finalidade de adaptar o plano às mudanças das circunstâncias fáticas verificadas ao longo do tempo. Dessa forma, a doutrina dos contratos relacionais apresenta uma obrigação de renegociação, com o princípio da solidariedade como fundamento. A partir do momento que os contratantes atuarem de forma oportuna e desleal, cabe intervenção judicial para garantir a revisão do negócio e sua conservação.

Dessa maneira, os princípios da boa-fé objetiva e da solidariedade social compõem-se nos sistemas das *civil law*, nos fundamentos normativos e teóricos da obrigação de renegociação na hipótese de hardship. Além disso, quando não houve a mesma, o princípio da boa-fé objetiva estabelece o dever das partes de renegociar na hipótese de onerosidade, com a finalidade de levar a disputa da revisão para judicial.

Embora o sistema jurídico brasileiro já aplicasse a incidência da cláusula geral da boa-fé objetiva nas relações paritárias, só foi introduzida textualmente no Código Civil de 2002, no artigo 422: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

É de conhecimento que a boa-fé objetiva pode ser aplicada nas fases pré-contratual, contratual e pós contratual e esse princípio traduz o vínculo existentes nos valores basilares do sistema, em especial os constitucionais. Busnelli (2001, p. 556) a descreve, "Na sua qualidade de 'cláusula geral por excelência', essa se coloca como norma-ponte para a ligação com os princípios que expressam os valores fundantes do sistema, e em particular com os princípios constitucionais".

Com isso, pode-se dizer que, no âmbito contratual, o princípio da boa-fé objetiva caracteriza a norma como as partes devem agir com obediência, exprimindo princípio de ordem pública, informado pelos princípios constitucionais causados sobre a atividade econômica privada.

3.4.4 O Código Civil e suas adaptações às circunstâncias causadas pelo COVID-19

Sabe-se que o Código Civil possui um regime para lidar com as alterações nas circunstâncias no âmbito contratual. Em razão do princípio da

atipicidade, disposto no artigo 425 do Código Civil, as partes possuem uma ampla liberdade para determinar, no contrato, as adaptações necessárias para possíveis circunstâncias, sendo estas soluções contratuais. Já sobre as soluções legais, há dentro do código uma diversidade, como: cláusulas gerais (artigos 187 e 422), exceções sinalagmáticas (artigos 476 e 477), e ainda há as regras sobre excessiva onerosidade superveniente.

Além das adaptações através da autonomia privada, há as regras gerais, já citadas, como: as derivadas do artigo 317, as obrigações pecuniárias e do artigo 479, para os contratos bilaterais. Porém, não há nenhuma cláusula geral de adaptação às circunstâncias. Não deixando de ressaltar o parágrafo único do artigo 421, adicionado pela Lei 13. 974/19 – Lei da Liberdade Econômica- que determina a incidência, nos contratos paritários, o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

Conclui-se que se torna muito estrito esse regime. No Código Civil, os contratos regidos por este possuem uma fonte legal muito reduzida para a possibilidade de adaptação, mesmo que sua fonte contratual seja ampla. Por outro lado, as relações regidas pelo Código de Defesa do Consumidor possuem uma gama enorme de possibilidades de adaptações devido ao seu artigo 6º, inciso V.

4 ANÁLISE QUALITATIVA JURISPRUDENCIAL

O referido tópico tratará da análise jurisprudencial acerca do tema abordado na presente pesquisa.

A seguir a decisão destacada que passará a ser analisada mais detalhadamente.

Obrigação de fazer. Plano de saúde. Antecipação de tutela indeferida. Pretensão de redução pela metade do valor das mensalidades. Argumento de que o serviço de telemedicina, prestado devido à pandemia de COVID-19, seria inferior ao contratado. Inadmissibilidade. Limitação da agravada quanto aos atendimentos presenciais, oferecidos apenas em caso de emergência ou urgência, em análise perfunctória, se mostra adequada, considerando a recomendação de isolamento social. Ausência de abusividade ou onerosidade excessiva. Suposta diminuição da renda familiar não demonstrada. Probabilidade do direito não configurada. Agravo desprovido.

(TJ-SP - AI: 21476017820208260000 SP 2147601-78.2020.8.26.0000, Relator: Natan Zelinschi de Arruda, Data de Julgamento: 28/08/2020, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28/08/2020)

Com a referida ementa, passa-se a análise descritiva do caso.

Em um primeiro momento é possível identificar a relação de consumo entre o agravante e a operadora do plano de saúde, no qual o indivíduo efetuou a contratação do serviço de assistência médica. De forma imediata, identifica-se a característica de bilateralidade do contrato. Conforme Rizzardo (1999, p.19) ressalta, deve haver uma reciprocidade de obrigações entres ambos, e essa reciprocidade está na cobertura de eventos relacionados à saúde e no pagamento pela prestação de serviços, destacando que sempre deve estar proporcional ao plano contratado.

Conforme a análise do caso, o agravante afirmou que o plano de saúde passou a realizar atendimentos pela via virtual, suspendendo e cancelando todos os atendimentos e exames presenciais, com exceção dos casos de urgência e emergência. O beneficiário entende que mesmo sendo uma indicação devido a pandemia, a operadora não cobre 1/3 das necessidades, e ainda relatou a necessidade de realizar exames diagnósticos, até porque, o médico não prescreve medicamentos ou tratamentos sem a realização do exame correto.

Assegura que o serviço via virtual prestado em razão da pandemia é desproporcional e inferior ao contratado pelo beneficiário, e a partir daí argumenta a tese de não continuar pagando o valor inteiro pelo plano de saúde.

Ainda ressaltou que não pode ser responsabilizado pela situação do coronavírus e sofrer as consequências com a perda da qualidade da prestação de serviço, se referindo à teoria da imprevisão.

A teoria da imprevisão permite ao juiz, conforme as circunstâncias, reanalisar o contrato devido a questão trazida por uma das partes. Essa teoria tem aplicabilidade quando surge uma situação inesperada e extraordinária durante a durabilidade do contrato, deixando uma das partes com problemas. Ressaltando que, essa nova situação precisa deixar expresso que se uma das partes tivesse conhecimento da possibilidade de ocorrer, não teria celebrado o contrato.

Quando se relaciona o Código Civil com a teoria da imprevisão, podemos citar diversas inovações trazidas pelo novo código, começando pelo rompimento com a conotação liberal do Código de 1916. O novo código foi guiado por alguns princípios, como o da sociabilidade, que valoriza o coletivo, o princípio da eticidade, que traz como critério do ético-jurídico que se fundamenta no valor da pessoa humana, o princípio da operabilidade, que diz que o Código é um conjunto de preceitos que devem ser usados e construídos de forma clara e útil e por fim, o princípio da concretude, que trata o homem como um sujeito concreto dentro da sociedade e não como um ser abstrato.

A partir desses princípios surge a da função social do contrato, presente no artigo 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Nesse contexto, surge a teoria da imprevisão, sendo positivada no ordenamento civil.

O autor Carlos Roberto Gonçalves (2002, p. 9) trata desse ponto, nas seguintes palavras: “a regulamentação da resolução do negócio jurídico por ‘onerabilidade excessiva’, visando à manutenção do equilíbrio econômico do contrato, com abrandamento do princípio ‘pacta sunt servanda’ em face da cláusula ‘rebus sic stantibus’”.

Após críticas da doutrina e as observações presentes na jurisprudência atual, o Código Civil previu expressamente nos artigos 478 e 317 a teoria da imprevisão.

Um exemplo, temos o artigo 478, a seguir:

Os 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.

Aduz que houve a redução do valor da fonte de renda do beneficiário, na proporção de 20% do montante, e como ele tem 64 anos e se encontra no grupo de risco deve se manter no plano de saúde.

O agravante requer a antecipação da tutela recursal e provimento do agravo para que seja autorizado o desconto de 50% e que não seja rescindido o plano em caso de inadimplemento.

Em muitos contratos há a presença da cláusula de renegociação, ou cláusulas *hardship*, conhecida como uma cláusula de readaptação do contrato, na qual ela antecipa uma suposta renegociação pelas partes nos termos contratuais, em situações nas quais a execução se torna onerosa ou ineficaz a um deles, considerando as alterações de circunstâncias inimagináveis. Tendo assim uma função conservatória do negócio jurídico.

As cláusulas *hardship* tratam das consequências na economia do contrato, logo se valida a sua alegação seria o prejuízo de algum dos contratantes, causado por algo exterior e não previsto pelas partes.

Nesse sentido, Luiz Olavo Baptista (1983, p. 270) diz:

As circunstâncias, imprevisíveis sempre, e exteriores à vontade das partes, ao contrário do que ocorre com a força maior, não se devem às forças da natureza ou a fatos de terceiros, mas a movimentos do ambiente do contrato, especialmente os da economia.

Outra característica da cláusula é a possibilidade de ser compensada em uma condição de ausência na regulamentação legal interna em uma revisão contratual, ela possibilita uma solução mais à alteração do contrato, evitando futuros maiores gastos ou até a suspensão da execução do contrato

Um aspecto que cabe ressaltar é que a presença desta cláusula, permitindo transformações nos termos do contrato, ao longo de sua execução, afasta a concepção do contrato como algo intangível, definitivo, ponto de equilíbrio entre interesses opostos. A noção se flexibiliza, no que pode ser vista uma influência da *lex mercatoria*, privilegiando a relação contratual como o lugar de manifestação do interesse comum das partes ligadas por longo tempo, ou seja, passa-se a lidar com um contrato evolutivo (COSTA, 1995. 87).

Entretanto, a falta dela não impede o dever imposto de renegociar. Ainda existe uma obrigação *ex lege* nesse momento, o que traz ao agravante o direito de trabalhar com a operadora a ideia de um novo contrato ou contrato temporário em meio às circunstâncias que foram surgindo.

A parte agravada se limita a se justificar que os atendimentos e exames presenciais oferecidos em casos de emergência e urgência se encontram de forma adequada dentro do contexto de recomendação de isolamento social feita pelos órgãos responsáveis.

Dessa forma, não se presumem abusividade e onerosidade excessiva à autora, já que a operadora ofereceu serviços de telemedicina, enquanto a parte ré não trouxe provas de que padece de anomalia grave em sua higidez, em que o tratamento tivesse sido negado. Além disso, também não foi comprovada a redução da renda familiar de forma que justificasse o inadimplemento contratual e ensejasse a vedação à rescisão do plano de saúde.

Conforme o dispositivo do artigo 54, parágrafo 4º do Código de Defesa do Consumidor, o contrato de adesão em sua maior parte pode englobar cláusulas que dão ao consumidor um limite nos direitos. Porém, essas cláusulas não podem ser abusivas, e tendo como consequência a sua nulidade. Destacando que, mesmo que haja abusividade em uma cláusula dentro do contrato, o mesmo não poderá ser invalidado por inteiro – esse fato está previsto no parágrafo 2º do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor.

A respeito da onerosidade, o artigo 478 do Código Civil prevê:

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.

E em sequência, o artigo 479 traz: “A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato”.

Conforme todo o corpo de estudo, há um reconhecimento que o COVID19 é um acontecimento extraordinário e imprevisível. Assim, a parte devedora precisa comprovar que sua continuada prestação se tornou excessivamente onerosa na situação em que se está vivendo. Dessa forma, após comprovada a onerosidade, o devedor terá a oportunidade de pleitear a resolução do contrato.

Diante dessa situação precisamos ter um olhar colaborativo e solidário, aplicando nesse momento o princípio da solidariedade como fundamento, pois o contrato delega seu conteúdo para a renegociação com o objetivo de se adaptar às alterações devido às circunstâncias, no caso citado temos o COVID19, uma pandemia que nos deixou despreparados e assim aplica-se o princípio da solidariedade para que haja a renegociação nesse momento.

Quando se fala sobre o princípio da solidariedade verificamos que os interesses sociais dos indivíduos devem estar conciliados aos interesses coletivos, o que demonstra que deverá ser analisado sob dois pontos de vista, o interno e o externo em uma relação contratual, para que se tenha um padrão durante a conduta. Além disso, precisa-se de uma visão ética, social, que permita a eficácia da boa-fé objetiva e a confiança nas relações contratuais para a solidariedade.

Ademais, a este princípio aplica-se o princípio da boa-fé objetiva, pois este determina o dever das partes de renegociar na hipótese de onerosidade, como é o caso apresentado, já que o agravante não está usufruindo do seu plano total, pois não pode efetuar seus exames e tratamentos solicitados pelo médico, obtendo apenas o serviço virtual.

O autor Humberto Theodoro Júnior (2004, p. 17-18) destaca três funções para a boa-fé objetiva. A primeira, interpretativa, está no artigo 113 do Código Civil, quando disserta “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Entretanto, a segunda função seria limitativa e teria como objetivo evitar o abuso de direito, conforme o artigo 187 do mesmo código, no qual diz: “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelas bons costumes”. E por último, a função integrativa, na qual os contratantes estão ligados à boa-fé objetiva independente de estar expresso ou não no contrato, essa função também se encontra no Código Civil, no artigo 422: “os contratantes estão obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como na sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Sobre os conceitos de função social e boa-fé objetiva vemos uma diferença entre eles, mas também, pode se observar um propósito em comum de amenizar a rigidez dos postulados individuais.

Em uma análise comparativa, verifica-se que a boa-fé objetiva trata das relações internas entre os contratantes, enquanto a função social do contrato busca

o alcance no âmbito externo, correlacionando terceiros e a coletividade. Ainda, o autor Humberto Theodoro Júnior (2004, p. 29) trata com precisão dessa diferença, ao dissertar:

A função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros) e não apenas no campo das relações entre as partes que o estipulam (contratantes). Já o princípio da boa-fé fica restrito ao relacionamento travado entre os próprios sujeitos do negócio jurídico.

A função social contratual traz uma ideia de uma nova orientação para o rigoroso princípio da relatividade dos efeitos contratuais, pelo qual o contrato não trazia benefícios e nem prejudicava terceiros. Já a boa-fé objetiva se manifesta no dever das condutas dos contratantes, fundada na honestidade e clareza entre as partes. Humberto Theodoro Junior (2004, p. 49), sintetiza nas seguintes palavras:

Em suma, para delimitar o campo de atuação dos dois novos princípios consagrados pelo Código Civil de 2002 – a boa-fé objetiva e a função social do contrato – impõe-se acentuar o seguinte: a) ofende-se o princípio da boa-fé quando o contrato, ou a maneira de interpretá-lo ou de executá-lo, redundam em prejuízo injusto para uma das partes; b) ofende-se a função social quando os efeitos externos do contrato prejudicam injustamente os interesses da comunidade ou de estranhos ao vínculo negocial.

Ainda em defesa do agravante, temos em nosso Código Civil o artigo 425, o qual dispõe às partes uma ampla liberdade para modificar o contrato quando necessário, em possíveis circunstâncias, permitindo assim, soluções contratuais.

5 CONCLUSÃO

O desenvolvimento do estudo, direcionado à responsabilidade civil, possibilitou que observássemos a evolução que este instituto sofreu ao longo do tempo. Pode-se analisar desde a reparação privada, vista como forma de vingança, até a reparação de caráter patrimonial, na qual a indenização pecuniária é paga pelo indivíduo que causou dano a outrem, dando um caráter reparador para o momento em que adveio a responsabilidade civil.

Além disso, foi perceptível que a responsabilidade civil traz como finalidade a observância sobre a reparação do dano, com o objetivo de reconstituir o equilíbrio afetado pelo dano injusto. Titula-se como dever jurídico sucessivo, pois há uma obrigação derivada que advém de uma violação à obrigação primária.

Com isso, o estudo indica que os avanços da assistência privada à saúde, através dos planos, trouxeram entre a operadora, que é a fornecedora dos contratos de adesão ofertados, e os consumidores uma relação consumerista e que deve ser regida pelo Código de Defesa do Consumidor. E devido a isso, o direito se atentou para estabelecer que os contratos de saúde não violassem o que era disposto no código e na Lei 9.656/98 - Lei dos Planos de Saúde.

Ainda assim, diversas operadoras trazem em seu contrato cláusulas que o desequilibram, o que muitas vezes, para o Código de Defesa do Consumidor, é motivo de anulação completa da cláusula. Além desses impasses, há também quando negam determinadas coberturas e procedimentos aos beneficiários, próteses, fisioterapia, psicologia, entre tantos outros. Porém, as operadoras têm o dever de dar cobertura aos tratamentos que são realizados para a recuperação da saúde física, motora e psíquica.

Em razão dessa relação determinada, o presente trabalho traz os conceitos de responsabilidade civil e suas formas de apuração, para que depois se identifique com clareza onde se estaria inserida a responsabilidade dos planos de saúde e como o direito daria seu amparo jurídico para esses conflitos.

Ao final do trabalho, com a análise do caso em concreto da jurisprudência, observamos a correlação entre a situação atual que vivemos causada pelo COVID19 e a teoria da imprevisão, a qual em sua aplicabilidade permite uma maior flexão nos contratos diante dessas circunstâncias e a importância das cláusulas de renegociação nas relações contratuais para evitar futuros conflitos.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Luiz Olavo. **O risco nas transações internacionais**: problemática jurídica e instrumentos (de defesa). Revista de Direito Público, nº 66. São Paulo: RT, abril/jun.1983.

BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. **Lei dos planos e seguros de saúde**: comentada e anotada artigo por artigo, doutrina, jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 jul. 2020.

BRASIL. **Código Civil**. Brasília, DF. 10 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. **Código Penal**. Rio de Janeiro, RJ, 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 06 mai. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF, 3 jun. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm. Acesso em: 29. out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.974, de 07 de janeiro de 2020**. Dispõe sobre o Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Brasília, DF, 7 jan. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13974.htm. Acesso em: 14 out. 2020.

BUSNELLI, Francesco Donato. Note in tema di buona fede ed equità. Rivista di Diritto Civile, Padova, ano 47, n. 5, 2001.

COSTA, José Augusto Fontoura; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **As cláusulas de força maior e de "hardship" nos contratos internacionais**. In: Revista de Direito Mercantil, nº 97. São Paulo: RT, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FILHO, Cavalieri S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: responsabilidade civil. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Principais inovações no Código Civil de 2002**. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

MENDONÇA, Rafael Dantas Carvalho. **A responsabilidade civil no direito brasileiro**. Conteúdo Jurídico, 13.abr. 2018. Disponível em: www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/51542/a-responsabilidade-civil-no-direito-brasileiro. Acesso em: 25 mar. 2020.

RIZZARDO, Arnaldo; PORTO, Eduardo Heitor; TURRA, Sérgio Bergonsi; TURRA, Tiago Bergonsi. **Planos de assistência e seguros de saúde: Lei nº 9.656 de 3 de junho de 1998**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SANTOS, Pablo de Paula Saul. **Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/responsabilidade-civil-origem-e-pressupostos-gerais/>. Acesso em: 20 de mar. 2020.

SALAZAR, Andréa Lazzarini; GROU, Karina. **Novo guia de planos de saúde**. 2. ed. São Paulo: Globo Idec, 2007.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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