

A FUNÇÃO SOCIAL NOS CONTRATOS DE PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE*

Nassara de Sousa Chaves

INTRODUÇÃO

A pesquisa intitulada ‘A função social nos contratos de planos e seguros de saúde’ tem por finalidade a investigação acerca da aplicação do princípio da função social aos contratos que cuidam da assistência médica privada, buscando definir quais os requisitos indispensáveis para que o acordo privado atenda ao princípio em questão.

O tema da assistência privada à saúde vem sendo objeto de acirradas discussões por parte da doutrina e da jurisprudência, tendo em vista a importância social, econômica e financeira que tais avenças possuem na ordem jurídica nacional, uma vez que cuidam do direito constitucionalmente assegurado à saúde e à vida digna.

Não é desconhecida a insuficiência quantitativa e qualitativa dos serviços públicos de saúde, fato esse que deu ensejo à criação do mercado da chamada medicina suplementar, que até 1998 carecia de regulamentação específica. A partir da intervenção do Estado nesses contratos, por meio das leis que passaram a cuidar da matéria, o Judiciário diuturnamente é chamado a decidir as questões trazidas pelos usuários de planos de saúde, que, não raro, têm seus direitos violados pelas operadoras dos planos privados.

O trabalho é dividido em quatro capítulos. O primeiro cuida do núcleo principiológico da pesquisa, analisando os contornos atuais dos princípios da dignidade da pessoa humana e da função social, traçando, para tanto, a evolução histórica e o tratamento conferido pela legislação às duas normas.

O segundo capítulo versa sobre os contratos de seguro, tratando do conceito de contrato e da concepção moderna da teoria contratual de acordo com os princípios sociais. Posteriormente analisa-se a disciplina jurídica dos contratos de seguro e, especificamente, dos contratos de seguro-saúde. Ainda neste capítulo é trazida a teoria do diálogo das fontes, de aplicação irrefutável nos dias atuais.

No terceiro capítulo, cuida-se dos planos de assistência privada à saúde, analisando-se o tratamento constitucional conferido à iniciativa privada em matéria de saúde, a origem dos planos e seguros-saúde no direito brasileiro, bem como a diferença entre eles. Cuida-se também da regulamentação efetuada pela Agência Nacional de Saúde, destacando-se as formas mais importantes por meio das quais ela exerce seu poder regulamentador.

* Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de pós-graduação Ordem Jurídica e Ministério Público da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios - FESMPDFT. Orientador: Prof. Daniel Eduardo Branco Carnachioni.

Por fim, no quarto capítulo, é abordada a aplicação da função social nos contratos de planos e seguros-saúde, estabelecendo-se a função social como parâmetro interpretativo dos contratos de saúde, a necessidade de se observar o princípio da dignidade da pessoa humana nesses contratos e a relação desse princípio com o da função social, além da necessidade de preservação da vida com qualidade e dos requisitos que devem estar presentes nos contratos de assistência privada à saúde para que atendam à função social.

1 OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA FUNÇÃO SOCIAL

1.1 PRINCÍPIO X REGRA

A análise do tema ‘A função social nos contratos de planos e seguros-saúde’ não poderia ser iniciada sem que antes fosse feita a distinção, ainda que em linhas gerais, entre regras e princípios, uma vez que os dois conceitos serão utilizados na pesquisa aqui desenvolvida.

Dessa forma, breves noções sobre a distinção entre as duas espécies revelam-se suficientes para o fim aqui colimado.

Marcus Eduardo de Carvalho Dantas trabalhou com as definições trazidas pelos mestres Ronald Dworkin e Robert Alexy.¹

Ensina o autor que Dworkin entende que a diferença entre eles é qualitativa, ligada à forma por meio da qual as espécies normativas podem ser concretizadas. E, ao reproduzir a lição de Dworkin, Marcus Eduardo de Carvalho Dantas traz a definição do que seriam as regras:

Por influência do pensamento de Wittgenstein, as regras são consideradas como “fatos” e são ou não são aplicadas, de acordo com o chamado “tudo ou nada” (*all-or-nothing*) já que o conflito entre elas encerra um problema relativo à sua validade. Regras são concretas e específicas no que diz respeito à sua aplicação, ou seja, são inflexíveis, porque partem de uma hipótese de incidência predeterminada que, uma vez preenchida, demanda a sua consequência normativa, independentemente de quaisquer outras considerações.²

Manifestando-se quanto aos princípios, o autor afirma que:

Os princípios possuem peso e importância a serem considerados no caso concreto, de maneira que não podem ser violados do mesmo

¹ MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

² MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 555.

modo que as regras. Na hipótese de conflito entre princípios, deve prevalecer, de forma imediata, aquele que concretamente possui o peso maior, ou maior importância. Ainda que não determinem diretamente o conteúdo da decisão, eles interpõem fundamentos normativos.³

E defende a utilização das normas principiológicas, a fim de que o julgador, quando proceder ao exame do caso concreto, se socorra desses princípios para que possa garantir uma decisão criteriosa e justificada teoricamente.⁴

Ainda quanto à diferenciação entre normas e princípios, Marcus Eduardo de Carvalho Dantas traz a imprescindível lição de Robert Alexy. Segundo ele, as regras são normas que:

sempre, ou só podem ser cumpridas ou não cumpridas. Se uma regra vale, é ordenado fazer exatamente aquilo que ela pede, não mais e não menos. Regras contêm, com isso, determinações no quadro do fático e juridicamente possível. Elas são, portanto, mandamentos definitivos. A forma de aplicação de regras não é a ponderação, senão a subsunção.⁵

No que tange à definição dos princípios, o autor assevera que eles são normas que:

ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas. Princípios são, portanto, mandamentos de otimização. Como tais, eles podem ser preenchidos em graus distintos. A medida ordenada do cumprimento depende não só das possibilidades fáticas, senão também das jurídicas. Estas são determinadas, ao lado, por regras, essencialmente por princípios opostos.⁶ (sublinhas nossas)

Diversos autores já se ocuparam dessa difícil missão consistente em conceituar o que seriam os princípios.

Segundo o constitucionalista J. J. Gomes Canotilho,⁷ princípios “são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”.

De acordo com Luís Roberto Barroso, os princípios constitucionais são normas que o constituinte elege como fundamentos ou qualificações essenciais de uma dada ordem jurídica; consistem, pois, em premissas básicas que se irradiam por todo o ordenamento jurídico, ou seja, são “síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica”.⁸ Dessa forma, os princípios indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos pelo intérprete.

³ MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 555-556.

⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 557.

⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 558.

⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 558-559.

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 545.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 147.

Paulo Bonavides leciona que os princípios devem ser entendidos como mandamentos de otimização “cuja principal característica consiste em poderem ser cumpridos em distinto grau e onde a medida imposta de execução não depende apenas de possibilidades fáticas, senão também jurídicas”.⁹

Assim, tanto princípios quanto regras seriam espécies do gênero normas. E mais, como toda norma estabelece uma ordem, seja ela permissão ou proibição, regras e princípios são, em verdade, espécies de normas jurídicas.

Marcus Eduardo de Carvalho Dantas esclarece, ainda, que a colisão dos direitos fundamentais mencionados deve, de acordo com a teoria dos princípios de Robert Alexy, ser qualificada como colisão de princípios, a qual deve ser resolvida por meio da ponderação, que “nada mais é que um processo de argumentação que vai confrontar as razões em jogo no caso concreto, os argumentos que pleiteiam sua concretização”.¹⁰

Paulo Bonavides diferencia a colisão dos princípios dos conflitos de regras e explica que, num conflito no qual estão envolvidas regras, a solução é utilizar uma cláusula de exceção que remova o conflito. Vale dizer, uma norma vale ou não vale, e, quando vale, é aplicável a um caso, o que nos leva a concluir que suas consequências jurídicas também valem.¹¹

De outro modo, quando nos referimos à colisão de princípios, a situação é completamente diversa. Paulo Bonavides exemplifica: “A colisão ocorre, p. ex., se algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar. Isso, porém, não significa que o princípio do qual se abdica seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza.”¹²

O que se quer dizer é que, “em determinadas circunstâncias, um princípio cede ao outro ou que, em situações distintas, a questão de prevalência se pode resolver de forma contrária”.¹³

Em resumo, os conflitos de regras se desenrolam na dimensão da validade, e a colisão de princípios (somente princípios válidos podem colidir) transcorre fora da dimensão da validade, é dizer, na dimensão do valor.¹⁴

Com base nessas considerações, Gilmar Mendes afirma que, diante das antinomias de princípios,

quando em tese mais de uma pauta lhe parecer aplicável à mesma situação de fato, em vez de se sentir obrigado a escolher este ou aquele princípio, com exclusão de outros que, *prima facie*, repute igualmente utilizáveis como norma de decisão, o intérprete fará uma

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 250.

¹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 559.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 251.

¹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 251.

¹³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 251.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 251.

ponderação entre os *standards* concorrentes – obviamente se todos forem princípios válidos, pois só assim podem entrar em rota de colisão – optando, afinal, por aquele que, nas circunstâncias, lhe pareça mais adequado em termos de otimização de justiça.¹⁵ (sublinhas no original)

Enlçadas essas considerações iniciais, proceder-se-á ao exame dos princípios da dignidade da pessoa humana e da função social.

1.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Maria Celina Bodin de Moraes afirma que foi o Cristianismo que, pela vez primeira, trouxe a idéia de uma dignidade pessoal atribuída a cada indivíduo. Argumenta a autora que São Tomás concebeu a dignidade humana sob dois aspectos diferentes: no primeiro a dignidade é inerente ao homem e, no segundo, ela existe *in actu* só no homem como indivíduo, residindo, pois, na alma de cada ser humano.¹⁶

Posteriormente, a obra de Pico de Mirandola, *Oratio de Hominis Dignitate*, foi considerada o discurso fundador do renascimento humano ou, para outros, o primeiro horizonte da modernidade, pois se comprometeu com a valorização e a promoção filosófica do homem. O antropocentrismo preconizado por ele se destacou de outros antes defendidos, devido ao não estabelecimento da habitual relação de dependência e subordinação entre Criador e criatura.¹⁷

Vários teóricos modernos cuidaram do conceito da pessoa humana, tais como Hobbes, Locke e Kant. Aliás, foi Immanuel Kant que trouxe, com a obra *Crítica da Razão Prática*, a segunda máxima moral,¹⁸ a qual afirma o cerne do imperativo, uma vez que estabelece a dignidade dos seres humanos como pessoas. Maria Celina assevera, ainda, que o imperativo categórico exige que o ser humano seja visto e considerado sempre como um fim em si mesmo. Dessa forma, “todas as normas decorrentes da vontade legisladora dos homens precisam ter como finalidade o homem, a espécie humana enquanto tal”.¹⁹

Daniel Sarmento bem lembra que a positivação do princípio da dignidade humana, tanto em sede constitucional quanto nos tratados internacionais, só vai ganhar impulso depois da 2ª Guerra Mundial, quando há a reconstrução dos direitos humanos, após a

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 36.

¹⁶ O princípio da dignidade humana. MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 8.

¹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 10.

¹⁸ Conforme citado por Maria Celina: “Age de tal maneira que sempre trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de outrem, como um fim e nunca como um meio”. MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 10.

¹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 11-12.

ruptura representada pelo nazismo. “É nesse contexto que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, logo na primeira frase de seu preâmbulo, vai afirmar que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo”.²⁰

Novamente de acordo com o magistério de Maria Celina, o fundamento do imperativo categórico kantiano, vale dizer, o respeito à dignidade da pessoa humana, tornou-se comando jurídico no ordenamento brasileiro com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a exemplo do que já havia ocorrido em outros ordenamentos, comumente apontando-se a Lei Fundamental de Bonn (maio de 1949) como o primeiro documento legislativo a consagrar o princípio de forma mais incisiva.²¹

Paulatinamente foi sendo reconhecida também na seara do direito privado a necessidade da tutela à pessoa humana, ocorrendo a aproximação entre os direitos civil e constitucional. A propósito, leciona Teresa Negreiros:

O compromisso do direito civil com a tutela da dignidade da pessoa humana é, portanto, assumido pela perspectiva civil-constitucional como inapelável consequência da sujeição das relações interprivadas aos ditames constitucionais. Muito mais que autonomia e liberdade individuais, o ordenamento civil e, para o efeito deste trabalho, a ordem contratual em particular são instrumentos de realização existencial da pessoa humana – pelo que, sob pena de afrontar a Constituição, o intérprete e aplicador do Direito deve dar primazia à realização existencial em detrimento da realização patrimonial.²²

E sobre essa relação aproximativa, arremata Judith Martins-Costa:

Constituição e direito privado atuam, assim, numa relação ou de coincidência ou de dialética complementaridade. Coincidência quando elegem, ambos, como seu princípio fundante, a dignidade da pessoa, pois não é por acaso que, a par de a Constituição arrolá-lo já em seu primeiro artigo, a classificação do Código inicia com a proteção à pessoa e à sua personalidade. Complementaridade quando às normas infraconstitucionais fica reservado o papel de especificar, de detalhar a completa implementação dos princípios constitucionais, e, bem assim, de suas diretivas.²³

²⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 112-113.

²¹ MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 13.

²² NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 61-62.

²³ Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo. In MARTINS-COSTA, Judith. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 627.

Feito o relato histórico (em linhas gerais, pois o nosso objetivo, no momento, não é cuidar minuciosamente da história do princípio, mas da forma como é tratado pelo ordenamento e como com ele interage), cuidaremos da dignidade como princípio norteador do ordenamento jurídico pátrio.

1.2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO NORTEADOR DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Sérgio Cavalieri Filho afirma que a atual Carta, seguindo a tendência das demais Constituições elaboradas após a eclosão da chamada questão social, pôs o homem no vértice do ordenamento jurídico da Nação, fazendo dele a primeira e decisiva realidade, transformando os seus direitos no fio condutor de todos os ramos jurídicos.²⁴

Ao incorporar essas normas que tutelam os valores humanos, a Constituição promoveu também uma transformação estrutural no conceito e nos valores dos direitos individuais e sociais, suficiente o bastante para tutelá-los pela via da aplicação direta dos comandos constitucionais.

É sabido que as normas constitucionais, por estarem num plano de hierarquia superior, balizam a interpretação e a aplicação de todo o ordenamento, especificamente de toda a legislação infraconstitucional, não sendo possível aplicar essas normas de forma desarmônica com a Constituição.

Notadamente, a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental destinado a nortear todo o ordenamento jurídico, sendo sua observância obrigatória para que se possa atender ao que pretendeu o constituinte ao editar a atual Constituição Brasileira, especialmente para que seja conferida efetividade aos objetivos insculpidos no art. 3º da nossa Carta Política.

De acordo com Daniel Sarmento, o princípio da dignidade da pessoa humana “nutre e perpassa todos os direitos fundamentais, que, em maior ou menor medida, podem ser considerados como concretizações ou exteriorizações suas”,²⁵ desempenhando papel essencial na revelação de novos direitos, não inscritos no catálogo constitucional, que poderão ser exigidos quando verificado que aquela prestação comissiva ou omissiva mostra-se vital para a garantia da vida humana, a qual se dará com dignidade.

Thiago Sombra assevera que o sistema de direitos fundamentais do ordenamento brasileiro, assim como o da maioria dos Estados Sociais e Democráticos de Direito, “retira seu fundamento de existência, validade e eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana”.²⁶ E acrescenta que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui o

²⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 100.

²⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 113.

²⁶ SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 99.

“fundamento da ordem jurídico-política, na qual a Constituição erige-se em elemento inaugural e principal”.²⁷

A dignidade da pessoa humana, portanto, é considerada individual ou coletivamente, é o fundamento norteador de todo o nosso sistema constitucional, revelando-se verdadeiro valor espiritual e moral inerente a todo ser humano, e, para respeitá-la, devem ser respeitados também os direitos sociais.²⁸ Aqui, cuidamos de direito social dos mais importantes, qual seja, o direito à saúde.

E mais, da lição de Gilmar Mendes extrai-se a importância conferida do princípio em exame:

Tratando-se de um método de ponderação de bens à luz do caso concreto, é intuitivo que *a priori* não exista uma hierarquia fixa e abstrata entre os diversos princípios, ressalvada – porque fora do cotejo axiológico – apenas a dignidade da pessoa humana como valor-fonte dos demais valores, valor fundante da experiência ética ou, se preferirmos, princípio e fim de toda ordem jurídica.²⁹ (sublinhas no original)

Afirma-se, portanto, que o princípio consiste em verdadeiro norte para a conduta estatal, impondo ao Poder Público o dever de ação comissiva, a fim de proteger o livre desenvolvimento da personalidade humana, assegurando, por conseguinte, as condições mínimas para que se desenvolva a vida com dignidade.³⁰

1.2.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA PREVISÃO NA LEGISLAÇÃO

A dignidade da pessoa humana é prevista expressamente como um dos fundamentos da República (art. 1º, III, da Constituição de 1988).³¹ É denominada de vértice valorativo do ordenamento pátrio, ao qual Sérgio Cavalieri Filho denomina de “direito subjetivo constitucional à dignidade”.³²

Alexandre de Moraes observa que a dignidade humana, consagrada pela Constituição como princípio fundamental, possui duas concepções. A primeira é entendida como um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. A segunda diz respeito ao estabelecimento de verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes.³³

²⁷ SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 99.

²⁸ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 21.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 36.

³⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 113.

³¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.

³² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 101.

³³ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 129.

O referido princípio aparece na Constituição Federal de 1988 em outras ocasiões, quando o constituinte tratou da família, da criança, do adolescente e do idoso. Tais dispositivos não nos interessam para o fim desta pesquisa, mas estão sendo citados a título ilustrativo.³⁴

Já no que se refere à legislação infraconstitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana veio preconizado no art. 4º do CDC:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios [*Omissis*].

Claudia Lima Marques reproduz lição de Erik Jayme para explicar que as antigas normas programáticas ganharam eficácia e aplicação importante na pós-modernidade, sob a denominação de normas narrativas. Assim, haveria um novo método de elaborar normas legais, de acordo com o qual as normas narram seus objetivos, princípios e finalidades, “positivando os objetivos do legislador no sistema de forma a auxiliar na interpretação teleológica e no efeito útil das normas”.³⁵

E assevera que as normas narrativas, como, por exemplo, a do art. 4º, são empregadas para interpretar e guiar, “iluminar”, todas as outras normas do microsistema.³⁶

O princípio da dignidade da pessoa humana deverá, portanto, se guardar sempre presente tanto no momento das celebrações dos pactos, quanto nos momentos posteriores de sua execução.

A dignidade da pessoa humana, conforme os ensinamentos colacionados, representa os valores éticos e morais da sociedade. Não só o Estado, mas também os particulares que com ele colaboram devem respeitar a dignidade dos indivíduos, guardando, por conseguinte, obediência ao mandamento constitucional que assegura uma vida digna. Diferente não poderia ser, pois é o homem a finalidade e a razão de ser do Estado, não mais se justificando o enfoque meramente patrimonial dos institutos jurídicos.

³⁴ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

³⁵ MARQUES, Claudia Lima [et. al]. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 119.

³⁶ MARQUES, Claudia Lima [et. al]. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 119.

1.3 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Guilherme Calmon Nogueira da Gama observa que a função social, embora sem o substrato doutrinário e teórico como conhecida atualmente, teve suas primeiras linhas delineadas nas tradicionais concepções filosófico-teológicas, como o Cristianismo e o Jusnaturalismo. A Igreja Católica, por meio de seus pronunciamentos, reconhecia uma índole social da propriedade privada, cujo fundamento consistia na afetação dos bens a uma finalidade produtiva, uma vez que não se cogitava um viés especulativo, pois a propriedade era tida não como um bem inserido na riqueza de alguém, mas um bem de produção.³⁷

Foi a concepção jusnaturalista, baseada na equidade e na justiça supralegislativa, que destacou a necessidade de se utilizar a propriedade como instrumento de realização da justiça divina.³⁸

A Revolução Francesa, em que pese à justificativa pela tentativa de se repelir de maneira incisiva o modelo feudal de propriedade, aniquilou todas essas concepções filosófico-cristãs. Focalizada nos ideais de liberdade social e política, a propriedade foi configurada de modo absoluto, irrestrito e incondicional. A fim de assegurar esse modelo, a burguesia passou a limitar os poderes conferidos aos magistrados por meio das leis, admitindo-se apenas e tão somente a interpretação literal dos comandos legais.³⁹

A primeira grande crítica ideológica sobre esse modelo liberal de propriedade foi trazida pelo marxismo. Mas foi com a ocorrência das duas Grandes Guerras Mundiais que o sistema teórico da propriedade burguesa foi severamente modificado. Foi a Constituição de Weimar que representou um marco na história quanto ao início do reconhecimento de uma ordem econômica e social que deveria ser bem diferente do modelo então vigente, especialmente no tratamento conferido à propriedade, ao contrato e à empresa.⁴⁰

Lucas Abreu Barroso informa que, ao longo da história, as desigualdades patentes no convívio em sociedade passaram a demandar soluções capazes de reduzir o quadro de injustiças existentes em cada época, principalmente tendo em vista o descompasso entre o que preceituava a lei e o que se verificava na realidade social.⁴¹

Para Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

A doutrina da função social emerge, assim, como uma dessas matrizes, importando em limitar institutos de conformação nitidamente individualista, de modo a atender aos ditames do interesse coletivo,

³⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Função social no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 5.

³⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Função social no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 5.

³⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Função social no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 6.

⁴⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Função social no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 7.

⁴¹ BARROSO, Lucas Abreu. *O contrato de seguro e o direito das relações de consumo*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3099>. Acesso em: 16 maio 09.

acima daqueles do interesse particular, e importando, ainda, em igualar os sujeitos de direito, de modo que a liberdade que a cada um deles cabe seja igual a todos.⁴²

Lucas Abreu Barroso adiciona que “A noção individualista que permeou o mundo jurídico na maior parte de sua história, desde a era romana, e que impregnou o Direito a partir do final do século XVIII, fruto dos ideais da Revolução Francesa, tinha de ser combatida, sobrepondo-se o interesse coletivo ao individual.”⁴³

Giselda Hironaka afirma, ainda, que as novas concepções afloraram baseadas nas observações das realidades vigentes à época e no passado, fazendo com que surgisse “ao lado do direito individual, já em insustentável declínio, o chamado ‘direito social’, e com ele renasce a doutrina da função social”.⁴⁴

De acordo com Lucas Abreu Barroso, “a doutrina da função social, dada a dimensão que alcança, ao compatibilizar o direito e a realidade fática nas relações inter-humanas, expande-se além do direito de propriedade, alcançando, igualmente, outros institutos dentro do contexto do direito privado”.⁴⁵

Delineado o contexto histórico, segue-se a análise da função social como princípio norteador do sistema contratual contemporâneo.

1.3.1 FUNÇÃO SOCIAL COMO PRINCÍPIO NORTEADOR DO SISTEMA DOS CONTRATOS

Marcus Eduardo de Carvalho Dantas argumenta que atualmente o que se busca é um direito civil que vá do indivíduo à pessoa, que passe da regulação passiva a um diploma que promova condutas específicas em detrimento de outras, “da neutralidade asséptica para um compromisso maior com a justiça social, para a efetivação de valores constitucionalmente instituídos”.⁴⁶

E prossegue o autor discorrendo sobre a importância normativa dos princípios para a doutrina do direito civil-constitucional, “como instrumental idôneo a aproximar tal campo do saber jurídico a esse molde constitucionalmente mais justo”. Leciona que: “De fato, a argumentação principiológica serve a garantir a mobilidade necessária para que o direito civil possa estar mais conectado à realidade social, mais atento às exigências da sociedade à qual se dirige, cheia de contradições, imperfeições, assimetrias e urgências”.⁴⁷

⁴² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 101.

⁴³ BARROSO, Lucas Abreu. *O contrato de seguro e o direito das relações de consumo*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3099>. Acesso em: 16 maio 09.

⁴⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 102.

⁴⁵ BARROSO, Lucas Abreu. *O contrato de seguro e o direito das relações de consumo*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3099>. Acesso em: 16 maio 09.

⁴⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 547.

⁴⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 548.

De acordo com o magistério de Teresa Negreiros,⁴⁸ ao lado dos demais princípios que embasam as inovações do direito contratual contemporâneo, o princípio da função social é responsável pelo aprofundamento das indagações acerca da ótica individualista, compondo mais um aspecto da complexa noção de abuso da liberdade contratual. Para desenvolver o tema, parte da premissa de que:

a função social do contrato, quando concebida como um princípio, antes de qualquer outro sentido e alcance que se lhe possa atribuir, significa muito simplesmente que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas.⁴⁹

E isso por motivos óbvios, pois as relações jurídicas em geral e, em especial, os contratos não são fatos isolados. Ao revés, inserem-se num contexto fático, econômico, jurídico e social.

De mais a mais, como bem assevera Flávio Tartuce, o cenário que se tem hoje revela a verdadeira “necessidade de contratar”: “o atendimento do mínimo necessário para que a pessoa viva com dignidade não só pode como deve ser levado ao âmbito contratual. Aqui, mais do que nunca, entendemos ser possível falar em necessidade de contratar, nova vertente da autonomia privada”.⁵⁰

E prossegue lecionando que, em que pese ao direito à saúde ser um direito social previsto constitucionalmente (art. 6º), o Estado não consegue oferecer esse serviço essencial de forma satisfatória, não restando outra opção ao indivíduo que não seja a celebração de um contrato de seguro-saúde com uma empresa especializada na prestação de tais serviços. E acrescenta que, muito diferente da autonomia contratual, o que há é verdadeira necessidade de contratar, necessidade de ter uma cobertura médico-hospitalar.⁵¹

Tereza Negreiros acrescenta que a função social, muito além de ser apenas mais um princípio dotado de finalidades limitativas, constitui verdadeiro elemento de qualificação que varia conforme a concreta correlação de interesses em causa. E mais, “o contrato, uma vez funcionalizado, se transforma em um ‘instrumento de realização do projeto constitucional’”.⁵²

Portanto, no sistema atual, “a função social amplia para o domínio do contrato a noção de ordem pública”. Nesse sentido, é considerada “um fim para cuja realização ou preservação se justifica a imposição de preceitos inderrogáveis e inafastáveis pela vontade das partes”, podendo ser resumida como a “razão da liberdade de contratar”.⁵³

⁴⁸ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 207.

⁴⁹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 208.

⁵⁰ TARTUCE, Flávio. Contrato de prestação de serviços médico-hospitalares. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 31, jul./set. 2007, p. 225 a 257.

⁵¹ TARTUCE, Flávio. Contrato de prestação de serviços médico-hospitalares. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 31, jul./set. 2007, p. 225 a 257.

⁵² NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 210.

⁵³ TEPEDINO, Gustavo [et. al]. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.11.

Gustavo Tepedino informa que “o Direito intervém, tutelando determinado contrato, devido à sua função econômico-social. Em consequência, os contratos que regulam interesses sem utilidade social, fúteis ou improdutivos não merecem proteção jurídica”.⁵⁴

É o critério da funcionalização, segundo o qual a proteção conferida a interesses privados vai ser justificada não apenas como expressão da liberdade individual, mas tendo em vista a função que desempenha para a promoção de posições jurídicas externas, integrantes da ordem pública contratual. E é nesse sentido que a “funcionalização do direito subjetivo provoca a sua socialização, vinculando-se a proteção dos interesses privados ao atendimento de interesses sociais, a serem promovidos no âmbito da atividade econômica, segundo a legalidade constitucional”.⁵⁵

Vale destacar, ainda, que, conforme preceituado por Maria Celina Bodin de Moraes,⁵⁶ o princípio da função social encontra seu fundamento constitucional no princípio da solidariedade. De acordo com esse preceito, exige-se dos contratantes e dos terceiros que:

colaborem entre si e respeitem as situações jurídicas anteriormente constituídas, ainda que tais situações não sejam providas de eficácia real, desde que a sua prévia existência seja conhecida pelas pessoas implicadas. Com fundamento no princípio da função social, consagrado explicitamente no art. 421 do novo Código Civil, a autora sustenta, sob certas circunstâncias, a responsabilidade extracontratual do terceiro perante o credor pela violação ao seu direito de crédito, desta forma mitigando o princípio da relatividade.⁵⁷

No que se refere à relação do contrato com terceiros, cumpre distinguir a eficácia interna da eficácia externa da função social do contrato em face da relação contratual.

Pablo Rentería⁵⁸ ensina que, com essa distinção, os autores procuram ressaltar que a função social tem uma repercussão sobre a relação propriamente dita, que interessa diretamente às partes contratantes, ou seja, tutelaria interesses dos próprios contratantes, e outra repercussão que se relaciona à relação entre os contratantes, de um lado, e entre terceiros, de outro; sejam esses terceiros determinados ou mesmo a coletividade. Nessa segunda hipótese, a função social tutelaria interesses outros, individualizados ou não.⁵⁹

⁵⁴ TEPEDINO, Gustavo [et. al]. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 9.

⁵⁵ TEPEDINO, Gustavo [et. al]. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 9-10.

⁵⁶ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Prefácio por Maria Celina Bodin de Moraes.

⁵⁷ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Prefácio por Maria Celina Bodin de Moraes.

⁵⁸ RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 286.

⁵⁹ RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do Atual Debate sobre o Princípio da Função Social do Contrato. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 286.

É preciso registrar que a questão da dupla eficácia da função social está longe de ser unânime na doutrina. Autores como Antônio Jeová Santos, João Hora Neto, Fernando Noronha e Sílvio de Salvo Venosa entendem que o princípio examinado somente tem eficácia interna, ou seja, entre as partes contratantes.⁶⁰

Por outro lado, há os que defendem que a função social dos contratos somente tem eficácia externa, para além das partes contratantes, como, por exemplo, Teresa Negreiros, Luis Renato Ferreira da Silva e Humberto Theodoro Júnior.⁶¹

Aderimos à corrente defendida por Flávio Tartuce, acompanhado por Maria Helena Diniz, Paulo Luiz Netto Lôbo, Judith Martins-Costa, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, entre outros, que defendem a dupla eficácia da função social.

No que se refere à eficácia interna, podem ser citados os seguintes dispositivos a título exemplificativo: arts. 108, 157, 170, 187, 317, 406, 413, 423, 424, 478 e 2.035, todos do Código Civil de 2002.⁶²

Já no tocante à eficácia externa, podemos exemplificar com os seguintes dispositivos: arts. 436, 437, 438, 439, 440 e 608, todos também do Código Civil de 2002.⁶³

Nos contratos de planos e seguros-saúde, a eficácia externa da função social ganha posição de destaque, uma vez que, em tais modalidades de pactos, as partes devem respeitar não somente o âmbito contratual, mas a esfera jurídica de terceiros que não integram o contrato, pois, como ensina Judith Martins-Costa, “o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas”.⁶⁴

Apenas para exemplificar, suponhamos que um paciente do SUS, sistema público de saúde, esteja internado em uma unidade de terapia intensiva de um nosocômio particular, devido à ausência de leitos na rede pública de saúde. Um paciente que tem um plano de saúde, o qual tem como hospital conveniado aquele no qual o paciente da rede pública está internado, não poderá exigir o cumprimento das cláusulas contratuais a fim de retirar aquele paciente internado da UTI para ocupar seu lugar. A eficácia externa da função social ampara o paciente da rede pública, que é terceiro em relação às partes contratantes, mas que não pode ter seu direito à saúde e à dignidade humana violados.

⁶⁰ TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, p. 246.

⁶¹ TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, p. 246.

⁶² TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, p. 246.

⁶³ TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, p. 246.

⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Notas sobre o princípio da função social dos contratos*. Disponível em: <<http://www.realeadvogados.com.br/pdf/judith.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2009.

E mais, o princípio da função social decorre necessariamente da solidariedade social, da noção de coletividade. A propósito, sobre a noção de coletividade, mais uma vez precisa e esclarecedora a lição de Judith Martins-Costa:

Uma coletividade não é formada pela mera soma de individualidades, já tendo percebido a filosofia grega que o todo não é apenas a mera soma das partes: no todo, há um plus que se agrega, e este é o interesse comum, inconfundível com cada interesse isoladamente considerado. É justamente a existência de um interesse comum a todos os particulares membros que conduz à idéia de comunidade, razão pela qual, na apreciação desses contratos, os direitos subjetivos de cada um dos contratantes não podem ser vistos de modo atomístico, como se cada um fosse uma entidade isolada, envolvido na hobbesiana luta de todos contra todos.

É, porém, na geração de eficácias transsubjetivas que reside, no meu juízo, a função que mais de perto está ligada no “em razão da” e a que mais fundamentalmente poderá inovar a teoria do contrato.⁶⁵ (sublinhas no original)

De acordo com a concepção moderna, os contratos são o meio de realização da justiça social, que somente poderá ser alcançada à medida que os direitos subjetivos individuais não estiverem dotados de eficácia absoluta e plena. Com isso não se nega o princípio da autonomia da vontade nem da relatividade dos efeitos dos contratos, mas ocorre uma mitigação em prol da coletividade, da solidariedade social, do respeito mútuo entre os cidadãos.

Merecem destaque ainda as lições de Teresa Negreiros no que se refere a esses novos princípios do direito contratual contemporâneo. De acordo com a autora, o pensamento jurídico evoluiu em direção a uma nova concepção de contrato, relacionada a uma concepção social do contrato, contrapondo-se ao modelo liberal. Seria, pois, incorreto afirmar que os novos princípios são apenas subsidiários ou que eles fizeram desaparecer os princípios clássicos. De fato, o que ocorre é que atualmente vive-se um momento em que os velhos e os novos princípios convivem harmonicamente, eles coexistem no ordenamento, de modo que caberá ao julgador, no momento da análise do caso concreto, avaliar sob quais circunstâncias deverão prevalecer uns e outros princípios.⁶⁶

Com essas considerações, cumpre destacar os dispositivos legais que cuidam da função social.

⁶⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Notas sobre o princípio da função social dos contratos*. Disponível em: <<http://www.realeadvogados.com.br/pdf/judith.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2009.

⁶⁶ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 24.

1.3.2 FUNÇÃO SOCIAL E SUA PREVISÃO NA LEGISLAÇÃO

A função social é prevista constitucionalmente e, mais que isso, consta do rol dos direitos fundamentais. Confira-se:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; (sublinhas nossas)

A função social é considerada ainda princípio geral da atividade econômica, nos termos do art. 170, III, da Carta Política vigente:

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

III - função social da propriedade; (sublinhas nossas)

Ainda tratando de ordem econômica, o constituinte preconizou que a lei destinada a estabelecer o estatuto jurídico das empresas que atuarão na exploração de atividade econômica deverá dispor sobre a função social dessas entidades. Confira-se:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (sublinhas nossas).

A função social está presente no texto constitucional também no que se refere à política urbana. Segundo o texto da Lei Maior, a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, *ad litteram*:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. (sublinhas nossas).

Dentro do tema de política agrícola e fundiária e de reforma agrária, o descumprimento da função social da propriedade é causa permissiva para a desapropriação. Daí se pode inferir a força que o constituinte pretendeu atribuir ao princípio em exame, o qual, caso não seja efetivamente cumprido, autoriza o afastamento do direito fundamental à propriedade.

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social. (sublinhas nossas).

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu os requisitos a serem observados para que a função social da propriedade rural seja cumprida.

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Em se tratando de legislação infraconstitucional, a função social está prevista de forma expressa nos artigos 421 e 2.035 do Código Civil de 2002, a seguir transcritos:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos. (sublinhas nossas).

Não obstante as considerações já expendidas, Gustavo Tepedino ressalta a importância de se observarem os valores definidos no ápice da hierarquia normativa, ou seja, na Constituição da República. Os princípios fundamentais que a integram devem ter precedência na atividade interpretativa sobre quaisquer outros, condicionando até mesmo a leitura do art. 170 da Constituição Federal, “em matéria de atividade econômica privada, e dos princípios específicos relacionados à política de consumo e tutela do consumidor”.⁶⁷

Não fosse assim, o constituinte não teria destinado um título, diga-se de passagem o primeiro da Carta Política de 1988, apenas para cuidar dos princípios e dos objetivos fundamentais (arts. 1º a 4º), positivando a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da Constituição Federal). Entre os objetivos fundamentais, destacam-se a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, I e III, da Constituição Federal).

É nesse âmbito que Gustavo Tepedino leciona, com precisão, que, ao se proceder à análise das cláusulas contratuais, o exame não pode se restringir ao controle da ilicitude, à adequação das disposições legais relacionadas à matéria. Além do juízo de ilicitude, a interpretação deve verificar se a atividade econômica privada atende aos valores constitucionais, só merecendo tutela jurídica quando a resposta for positiva.⁶⁸

Neste trabalho, o foco da análise dos contratos de seguro será conforme o espírito do art. 170 da Constituição Federal, que é o fundamento constitucional do princípio da função social, e conforme o art. 421 do Código Civil de 2002, que positivou a função social na legislação infraconstitucional.

O art. 170 da Constituição Federal está umbilicalmente ligado aos contratos de saúde. A uma, porque, quando a Constituição cuidou do direito à saúde, admitiu expressamente, nos termos do art. 199, a assistência à saúde pela iniciativa privada. A duas, porque é justamente a livre iniciativa que implica a possibilidade de realização de contratos por meio dos quais se implementa a prestação de serviços de saúde. São os chamados contratos de saúde.

E é o contrato de saúde que viabiliza o preceito constitucional que admitiu a liberdade de fomentar a saúde com a colaboração da iniciativa privada.

⁶⁷ TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova teoria contratual*. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca6.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2009.

⁶⁸ TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova teoria contratual*. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca6.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2009.

O art. 421 do Código Civil de 2002 veio como forma de adequação do Código Civil aos princípios já consagrados pela Constituição Federal e pelo Código de Defesa do Consumidor.

Traçadas as premissas principiológicas dessa pesquisa, examinaremos nos dois capítulos seguintes os contratos de seguro e a forma como são tratados pela legislação e pela doutrina e, da mesma forma, a disciplina legal e o tratamento doutrinário dos planos e seguros-saúde.

2 OS CONTRATOS DE SEGURO

O regramento jurídico dos contratos de seguro no direito brasileiro não é feito de forma exclusiva, por uma norma jurídica apenas. Ao contrário, são regulados, genericamente, pelo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002) e, de forma mais específica, por meio da legislação esparsa, destacando-se o Decreto-Lei n. 73, de 21 de novembro de 1966, o qual dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regulando as operações de seguros e resseguros, e por meio do Decreto n. 60.459, de 15 de março de 1967, que o regulamentou.

Antes de adentrar no exame específico dos contratos de seguro em espécie, cumpre discorrer, de forma abreviada, sobre a moderna concepção dos contratos, a fim de delimitar o contexto fático e jurídico no qual a pesquisa será desenvolvida.

2.1 O CONCEITO DE CONTRATO E SUA CONCEPÇÃO MODERNA DE ACORDO COM OS PRINCÍPIOS SOCIAIS

É inegável que o Direito Privado vem passando por profundas e substanciais transformações nos últimos tempos, fato esse bem definido por Gustavo Tepedino ao afirmar, argutamente, que:

Todos os institutos do Direito Civil, a rigor, foram perdendo a estrutura abstrata e generalizante, em favor de disciplinas legislativas cada vez mais concretas e específicas. Desse processo por assim dizer de esfacelamento das grandes unidades conceituais não parece ter restado indene também a nossa teoria contratual, que tinha como ponto de referência o Código Civil.⁶⁹

E as transformações ocorridas não remontam ao momento atual. Após a Revolução Francesa, Napoleão editou o Código Civil Francês, também conhecido como Código

⁶⁹ TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova teoria contratual*. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca6.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2009.

Napoleônico. Naquela época, a burguesia pretendia se livrar das amarras do absolutismo estatal que lhe impediam o crescimento econômico e social almejado, devido ao estado totalitarista e centralizador até então existente.

Em breves palavras, foi nesse contexto que ganharam força os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, que inspiraram a codificação francesa, que veio afirmar a autonomia da vontade no direito privado.

Dessa forma, foi a primeira vez que se cuidou da dicotomia direito público *versus* direito privado. Antes, todo o direito era estatal, a propriedade era estatal, configurando um ambiente inegavelmente publicista.

Foi sob a influência desses ideais que se editou o Brasileiro de 1916, notadamente marcado pelas características do individualismo e do patrimonialismo. Durante o período de vigência do Código Civil de 1916 e até a edição da Constituição Federal de 1988, direito público e direito privado não se tocavam, uma vez que a matéria trazida na Carta Constitucional em nada se referia aos temas tratados pelo Código Civil.

Gustavo Tepedino bem lembra que a codificação era destinada a proteger uma certa ordem social, erigida sob a égide do individualismo e que tinha como pilares das relações privadas a autonomia da vontade e a propriedade privada. Assim, ao legislador não era dado intervir nos objetivos buscados pelos indivíduos, limitando-se a garantir a estabilidade das “regras do jogo”, de modo que a liberdade individual – expressão da inteligência de cada um dos contratantes – pudesse se desenvolver livremente, especialmente apropriando-se dos bens jurídicos, os quais, uma vez adquiridos, não deveriam sofrer qualquer limitação ou restrição externas.⁷⁰

Ocorre que tal ordem de coisas, típicas do Estado Liberal, foi profundamente alterada no estado intervencionista que veio a lume no século XX, ocasião na qual os olhos do legislador começaram a se deslocar para a função social a ser cumprida pelos institutos privados, procurando, portanto, “proteger e atingir objetivos sociais bem definidos, atinentes à dignidade da pessoa humana e à redução das desigualdades culturais e materiais”.⁷¹

E foi, de fato, com a Constituição de 1988 que o legislador passou a assumir um papel eminentemente intervencionista, comprometido com a consecução de finalidades sociais previamente estabelecidas e tutelando, por conseguinte, as atividades negociais.⁷² Flávio Tartuce bem esclarece que a antiga visão da autonomia plena da vontade perde espaço para uma construção mais voltada para a realidade social e que na base estão os

⁷⁰ TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova teoria contratual*. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca6.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2009.

⁷¹ TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova teoria contratual*. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca6.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2009.

⁷² TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova teoria contratual*. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca6.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2009.

indivíduos contratantes. Ele assevera que se busca a realidade em detrimento da formalidade e do tecnicismo ⁷³ e afirma que “todos os institutos do Direito Civil vêm perdendo a estrutura abstrata e generalizante, para, aos poucos, substituí-la por disciplinas legislativas cada vez mais concretas”.⁷⁴

Assim, a Constituição Federal de 1988, ao consagrar o intervencionismo estatal, institucionalizou a interferência estatal nas relações contratuais, de modo a definir limites, “diminuindo os riscos do insucesso e protegendo camadas da população que, mercê daquela igualdade aparente e informal, ficavam à margem de todo o processo de desenvolvimento econômico, em situação de ostensiva desvantagem”.⁷⁵

É o que Cláudia Lima Marques, de forma percuciente, trata como “crise dos antigos paradigmas do Direito Civil”. Segundo a renomada autora, vivemos num mundo de mudança, no qual os aplicadores do direito contam com instrumentos jurídicos que mesclam o antigo e o novo: os instrumentos disponíveis à ciência moderna do Direito, esculpidos pelos já mencionados ideais da Revolução Francesa, com a leitura atual da sociedade industrial e massificada.⁷⁶

De mais a mais, pela concepção clássica de contrato, a vontade era suficiente para a formação desse negócio jurídico, pois, durante o liberalismo, prevalecia a autonomia privada na sua plenitude, sendo que os contratantes tinham o poder de regular os seus interesses de acordo com suas conveniências, sem que houvesse intervenção estatal. Era o período da primazia da vontade. Assim, nesse período, bastava a junção de duas vontades para a formação de um contrato.

Segundo Teresa Negreiros, o cerne do contrato passa a ser a vontade. Aquele se constitui no cerne do direito. E prossegue afirmando que:

o cenário jurídico-filosófico do século XVIII – o século das Luzes da liberdade, do indivíduo e do contrato – vai espalhar-se na teoria jurídica desenvolvida ao longo do século XIX, resultando na formulação de princípios, categorias e valores que, em torno da autonomia privada, até hoje governam correntes significativas do pensamento civilístico.⁷⁷

Com a transição do Estado Liberal para o Estado Social, a vontade, por si só, passou a ser insuficiente para que um contrato se formasse e obtivesse tutela estatal. Para que haja contrato, é necessário que a vontade seja integrada por fontes normativas, em especial, princípios, tudo a fim de transformar o contrato em um instrumento de justiça social.

⁷³ TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, p. 27.

⁷⁴ TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, p. 29.

⁷⁵ TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova teoria contratual*. Disponível em: <<http://www.idccivil.com.br/pdf/biblioteca6.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2009.

⁷⁶ MARQUES, Cláudia Lima. A abusividade nos contratos de seguro-saúde e de assistência médica no Brasil. *Ajuris*, v. 22, n. 64, p. 34-77, jul. 1995.

⁷⁷ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 25.

Com essa nova idéia de contrato, soma-se à vontade a lei, como fonte de integração do próprio conceito de contrato, o que leva à conclusão de que contrato é junção da autonomia da vontade, da autonomia privada e da lei, que é representada pelos princípios e pela intervenção nesse instituto.

A propósito, Judith Martins-Costa ressalta a necessidade de se distinguir a autonomia privada da autonomia da vontade, *ad litteram*:

A expressão “autonomia da vontade” não deve ser confundida com o conceito de “autonomia privada” nem com a sua expressão no campo dos negócios jurídicos, qual seja a “autonomia negocial”. “Autonomia da vontade” designa uma construção ideológica, datada dos finais do século passado por alguns juristas para opor-se aos excessos do liberalismo econômico (...) Modernamente, contudo, descartada a ligação com a vontade como gênese de relações jurídicas, designa-se, como “autonomia privada” (dita, no campo dos negócios, “autonomia negocial”), seja um fato objetivo, vale dizer, o poder, reconhecido pelo ordenamento jurídico aos particulares, e nos limites traçados pela ordem jurídica, de auto-regular os seus interesses, estabelecendo certos efeitos aos negócios que pactuam, seja a fonte de onde derivam certos direitos e obrigações (fonte negocial), sejam as normas criadas pela autonomia privada, as quais têm um conteúdo próprio, determinado pelas normas estatais (normas heterônomas, legais ou jurisdicionais) que as limitam, subtraindo ao poder privado autônomo certas matérias, certos grupos de relações, reservadas à regulação pelo Estado.⁷⁸

Em outras palavras, no Estado Social o contrato irá formar-se quando houver a junção de duas vontades que, além de convergirem para um mesmo objetivo, devem ser declarações de vontade que obedeçam aos princípios previstos na Carta Maior e na legislação infraconstitucional que rege a matéria.

Por conseguinte, ao contrário do que ocorria no Estado Liberal, onde, em matéria contratual, a primazia era da vontade, agora em primeiro lugar está a justiça social.

E mais, o contrato, da forma como concebido atualmente, é o principal instrumento de justiça social, tanto que o art. 170 da Constituição Federal preceitua que a ordem econômica é fundada na livre iniciativa e tem por finalidade básica assegurar a todos vida digna, observando-se o princípio da função social.

Por todas essas razões, o contrato celebrado atualmente só terá a tutela do Estado quando, além de obedecer aos requisitos formais para seu aperfeiçoamento, não violar a

⁷⁸ Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 614-615.

dignidade dos contratantes e de terceiros. Deve haver ainda entre os contratantes uma relação de solidariedade e cooperação da qual resulte um contrato economicamente justo e equilibrado (igualdade substancial).

Dessa forma, com base nessa releitura do Direito Civil, adotando-se os princípios que ingressaram em nosso ordenamento após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e alteraram de forma substancial a ordem jurídica, abandonando o modelo liberal em favor de um Estado Social,⁷⁹ é que os contratos deverão ser analisados.

No que se refere à conceituação dos contratos propriamente dita, a doutrina tem trazido algumas formulações.

Caio Mário Pereira da Silva leciona que a noção estrita de contrato é: “um negócio jurídico bilateral, e de consequente exige o consentimento; pressupõe, de outro lado, a conformidade com a ordem legal, sem o que não teria o condão de criar direitos para o agente; e, sendo ato negocial, tem por escopo aqueles objetivos específicos”.⁸⁰

Em outras palavras, contrato pode ser definido como “um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos”.⁸¹

Sob a ótica de Orlando Gomes, o contrato é “uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na formação, por exigir a presença pelos menos de duas partes. Contrato é, portanto, negócio jurídico bilateral, ou plurilateral”.⁸²

Para Paulo Nader, de acordo com a acepção atual, “contrato é acordo de vontades que visa à produção de efeitos jurídicos de conteúdo patrimonial. Por ele, cria-se, modifica-se ou extingue-se a relação de fundo econômico”.⁸³

Ainda no que se refere à moderna concepção dos contratos, imprescindível tratar dos princípios a eles aplicáveis.

O regime contratual clássico que floresceu sob a égide do liberalismo econômico influenciou sobremaneira o Código Civil de 1916, que fixou três princípios fundamentais aplicáveis aos contratos, a saber:

a) princípio da autonomia privada, “segundo o qual as partes podem obrigar-se como e com quem quiserem, sujeitas apenas a limites impostos pelas normas imperativas (normas ditas de ordem pública)”;⁸⁴

⁷⁹ TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova teoria contratual*. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca6.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2009.

⁸⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. 3. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 7.

⁸¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. 3. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 7.

⁸² GOMES, Orlando. *Contratos*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 4.

⁸³ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Contratos*. Vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

⁸⁴ TEPEDINO, Gustavo [et. al]. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 6.

b) princípio da obrigatoriedade dos pactos ou, como preferem alguns autores, princípio da intangibilidade do conteúdo do contrato (*pacta sunt servanda*), “pelo qual adquire o contrato força de lei entre as partes”;⁸⁵ e

c) princípio da relatividade, “segundo o qual os efeitos do contrato cingem-se aos contratantes, não vinculando outros”;⁸⁶ isto é, o contrato não irá favorecer nem prejudicar a terceiros.

Gustavo Tepedino lembra que, na ordem contratual contemporânea, observa-se uma crítica cada vez mais consistente “à centralidade da vontade individual como elemento de fundamentação e legitimação da força obrigatória do contrato”.⁸⁷ Essa crítica não é recente, pois o chamado dirigismo contratual já expressava a intervenção do estado nas relações contratuais.

Gustavo Tepedino ensina, ainda, que a transição do modelo clássico para o modelo contemporâneo da teoria contratual, com o consequente surgimento dos novos princípios contratuais, ocasião na qual surgiram os novos princípios contratuais, tem por marco normativo fundamental a Constituição Federal de 1988, que consagrou os valores da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), da solidariedade social (art. 3º, I) e da isonomia substancial (art. 3º, III). E foi com base nessa ordem jurídica personalista e solidarista que se promulgou a Lei n. 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, que exprime na legislação infraconstitucional a nova tábua de valores.⁸⁸

Os novos princípios seriam, então, I) a boa-fé objetiva, atuando preponderantemente sobre a autonomia privada; II) o equilíbrio econômico entre as prestações, que altera substancialmente a força obrigatória dos pactos; e III) a função social do contrato, que interfere no princípio da relatividade, dando ensejo a efeitos contratuais que transcendem a esfera jurídica das partes contratantes.

Vale destacar aqui que os novos princípios não excluem os clássicos. Na verdade, irão interagir com os tradicionais, “mitigando seus contornos até então inflexíveis, alterando-os em sua essência, de modo a delinear uma nova dogmática contratual, gradualmente reconhecida também por parte da jurisprudência”.⁸⁹

Em resumo, cumpre relembrar as lições de Teresa Negreiros no que se refere a esses novos princípios do direito contratual contemporâneo. De acordo com a autora, o

⁸⁵ TEPEDINO, Gustavo [et. al]. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 6.

⁸⁶ TEPEDINO, Gustavo [et. al]. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 6.

⁸⁷ TEPEDINO, Gustavo [et. al]. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 7.

⁸⁸ TEPEDINO, Gustavo [et. al]. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 7.

⁸⁹ TEPEDINO, Gustavo [et. al]. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 8.

pensamento jurídico evoluiu em direção a uma nova concepção de contrato, relacionada a uma concepção social do contrato, contrapondo-se ao modelo liberal. Seria, pois, incorreto afirmar que os novos princípios são apenas subsidiários ou que eles fizeram desaparecer os princípios clássicos. De fato, o que ocorre é que atualmente vive-se um momento em que os velhos e os novos princípios convivem harmonicamente, eles coexistem no ordenamento, de modo que caberá ao julgador, no momento da análise do caso concreto, avaliar sob quais circunstâncias deverão prevalecer uns e outros princípios.⁹⁰

2.2 A DISCIPLINA JURÍDICA DOS CONTRATOS DE SEGURO

O contrato de seguro é disciplinado de forma minudente pelo Código Civil, por meio dos arts. 757 a 802. O seguro de pessoa é regido pelos arts. 789 a 802.

Flávio H. A. Tersi assevera que o art. 757, primeiro das disposições gerais, apresenta o conceito, os elementos, as partes e o objeto do contrato de seguro, que é aquele celebrado “entre a figura do segurador e o segurado, sendo que o primeiro tem a obrigação de garantir um interesse legítimo do segundo, referente à pessoa, ou coisa, contra riscos predeterminados”.⁹¹ E, a partir dessa conceituação, tem-se que os elementos do contrato de seguro são a garantia, o interesse, o risco e o prêmio. As partes são o segurador e o segurado. Já o objeto consiste na garantia do interesse legítimo que o segurado tem sobre pessoa ou coisa.⁹²

Flávio H. A. Tersi classifica os contratos de seguro, os quais são bilaterais, porque geram obrigações tanto para o segurado – pagar o prêmio –, quanto para o segurador – fornecer a garantia; onerosos, pois criam benefícios e vantagens para ambas as partes; aleatórios, “pois o segurador assume os riscos, sem correspondência entre as prestações recíprocas, e sem equivalência mesmo que se conheça o valor global das obrigações do segurado”;⁹³ consensuais, exigindo-se apenas o consenso para a formação do contrato e não mais a forma escrita; de adesão, “uma vez que se forma com a aceitação do segurado, às cláusulas impostas pelo segurador, na apólice impressa, não ocorrendo discussão entre as partes”;⁹⁴ e de execução continuada, ou de trato sucessivo, “ou seja, contratos de fazer de longa duração e que possuem uma grande importância social e individual”.⁹⁵

De acordo com o magistério de Gustavo Tepedino, a definição legal do contrato de seguro consolida um conceito unitário de seguro, o qual abrange tanto os seguros de danos, quanto os seguros de pessoas, uma vez que parte da concepção de interesse do

⁹⁰ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 24.

⁹¹ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (org.); CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (coord.). *Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. São Paulo: Manole, 2008, p. 530.

⁹² MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (org.); CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (coord.). *Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. São Paulo: Manole, 2008.

⁹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. 3. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 453.

⁹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. 3. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 454.

⁹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. A abusividade nos contratos de seguro-saúde e de assistência médica no Brasil. *Ajuris*, v. 22, n. 64, p. 34-77, jul. 1995.

segurado, ou seja, da relação de valor existente entre o segurado e determinada coisa ou pessoa, como sendo o objeto do contrato.⁹⁶

Em que pese ao conceito unitário, o capítulo que trata dos contratos de seguro foi dividido pelo legislador em três partes, compostas de três seções: a Seção I – Das Disposições Gerais (arts. 757 a 777) aplicáveis aos contratos de seguro de uma maneira em geral, a Seção II cuidou do Seguro de Dano (arts. 778 a 788) e, por fim, a Seção III, que cuidou do Seguro de Pessoas (arts. 789 a 802).

O contrato de seguro vem a ser, então, a “fórmula jurídica destinada a satisfazer a necessidade econômico-social de transferência do risco”.⁹⁷

O art. 777 do Código Civil de 2002⁹⁸ expressamente preceitua que as regras sobre seguros constantes do referido *Codex* aplicam-se, no que couber, aos seguros regidos por leis próprias. Portanto, o regulamento do contrato de seguro no Código Civil aplica-se de forma subsidiária em relação aos seguros previstos em leis especiais, entre os quais está a Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998, que cuidou dos seguros-saúde e planos privados de assistência à saúde.⁹⁹

Vale destacar a disposição contida no art. 802 do Código Civil de 2002. Tal dispositivo reza que as despesas relacionadas à garantia de reembolso de despesas hospitalares ou de tratamento médico, assim como o custeio de despesas de luto e com o funeral do segurado, não estão reguladas pelo Código Civil. Isso porque são regidas por legislação específica. De acordo com Gustavo Tepedino,¹⁰⁰ a legislação mais importante é a que regulamenta o seguro-saúde, uma vez que orientado por princípios constitucionais próprios, pois relacionam-se diretamente com a proteção conferida à pessoa humana e o direito fundamental à saúde, assegurado pela Constituição Federal.

2.3 A DISCIPLINA JURÍDICA DOS CONTRATOS DE SEGURO-SAÚDE

Sérgio Cavalieri Filho adverte que o seguro-saúde é uma espécie de seguro de pessoas, cujo escopo é a cobertura das despesas médico-hospitalares na forma e nos limites da apólice, sendo regulado pela Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998, “cujo texto original foi profundamente alterado por sucessivas medidas provisórias – alteração, essa, iniciada antes mesmo de a lei entrar em vigor”.¹⁰¹

⁹⁶ TEPEDINO, Gustavo [et. al.]. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 561.

⁹⁷ FORTEZA, Dulcinéia Zampieri [et al.]. *Saúde: planos privados de assistência suplementar*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 2.

⁹⁸ “Art. 777. O disposto no presente Capítulo aplica-se, no que couber, aos seguros regidos por leis próprias”.

⁹⁹ TEPEDINO, Gustavo [et. al.]. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 584.

¹⁰⁰ TEPEDINO, Gustavo [et. al.]. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 612.

¹⁰¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 446.

De acordo com a lição de Bruno Lemos Rodrigues,¹⁰² por ser espécie mais recente do contrato de seguro, o seguro-saúde recebeu disciplinamento mais tardio. Ele tem por escopo o reembolso, por parte do segurador e devido ao segurado, de despesas médico-hospitalares suportadas por este em razão da ocorrência dos eventos cobertos (doenças ou lesões). Ou seja, o seguro-saúde somente garante o reembolso de despesas, sem, contudo, prestar diretamente os serviços médicos ou hospitalares.

Foi o Decreto-Lei n. 73, de 21 de novembro de 1966, editado, portanto, quando ainda em vigor o Código Civil de 1916, que cuidou do Sistema Nacional de Seguros Privados, regulando as operações de seguros e resseguros.

Bruno Lemos Rodrigues esclarece que, para os efeitos do Decreto-Lei n. 73/66, consideram-se operações de seguros privados os seguros de coisas e pessoas e assevera que aí se inclui o seguro-saúde,¹⁰³ uma vez que os arts. 129 a 135 cuidaram expressamente dessa modalidade securitária.

Aliás, o art. 129 conceituou o seguro-saúde como sendo aquele que confere cobertura aos riscos relacionados à assistência médico-hospitalar, e o art. 130 explicitou que a garantia dessa espécie de avença securitária consiste no pagamento em dinheiro e é efetuado pela Sociedade Seguradora à pessoa física ou jurídica que prestar a assistência médico-hospitalar ao segurado.

Ainda em decorrência do Decreto-Lei n. 73/66, as seguradoras ficaram submetidas às diretrizes estabelecidas pelo Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP (arts. 32 e 78), bem assim às regulamentações por meio de circulares e ao regime de fiscalização da Superintendência de Seguros Privados – Susep (art. 36).¹⁰⁴ Por fim, de acordo com a Resolução n. 11/1976, de 21.5.1976, o seguro-saúde é: “o seguro de reembolso de despesas de assistência médica e/ou hospitalar, consistente na concessão de suporte financeiro para despesas com cobertura de riscos de assistência médica e hospitalar derivadas de danos involuntários à saúde do segurado e seus dependentes”.¹⁰⁵

Nos termos da redação original da Lei n. 9.656/98, o seguro-saúde estava sob regulamentação da CNSP e da Susep. Mas, com a edição da Medida Provisória n. 1.928/99, posteriormente convertida na Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, agência reguladora federal e que, nos dias de hoje, detém a competência exclusiva para “autorizar funcionamento, fiscalizar e punir administrativamente as operadoras, inclusive as seguradoras especializadas em seguro-saúde.”¹⁰⁶

Portanto, atualmente, os seguros-saúde submetem-se ao regramento legal da Lei n. 9.656/98 e às determinações provenientes da ANS.

¹⁰² RODRIGUES, Bruno Lemos. *Aspectos legais dos contratos de seguro-saúde*. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 19.

¹⁰³ RODRIGUES, Bruno Lemos. *Aspectos legais dos contratos de seguro-saúde*. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 23.

¹⁰⁴ RODRIGUES, Bruno Lemos. *Aspectos legais dos contratos de seguro-saúde*. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 24.

¹⁰⁵ RODRIGUES, Bruno Lemos. *Aspectos legais dos contratos de seguro-saúde*. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 24-25.

¹⁰⁶ RODRIGUES, Bruno Lemos. *Aspectos legais dos contratos de seguro-saúde*. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 28.

2.4 DIÁLOGO DE FONTES ENTRE O CÓDIGO CIVIL, O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A LEI QUE REGULA O SEGURO-SAÚDE

Hodiernamente, não se pode deixar de mencionar a tão necessária aplicação do diálogo das fontes a fim de se solucionarem os conflitos que envolvem os planos e seguros-saúde.

Sobre o tema, Cláudia Lima Marques, adotando a lição de Erik Jayme, esclarece o contexto fático e jurídico que ensejou a necessidade de se observar o diálogo das fontes. Ensina a autora que o pluralismo manifestado pela variedade de fontes legislativas a regular o mesmo fato, com o fenômeno da descodificação ou da implosão dos sistemas genéricos normativos, manifesta-se no pluralismo de sujeitos a proteger, “por vezes difusos, como o grupo de consumidores ou os que se beneficiam da proteção do meio ambiente, na pluralidade de agentes ativos de uma mesma relação, como os fornecedores que se organizam em cadeia e em relações extremamente despersonalizadas”.¹⁰⁷

E prossegue a autora dizendo que os critérios para resolver os conflitos de lei no tempo seriam apenas a anterioridade, a especialidade e a hierarquia, com prevalência dessa última. Ocorre que a doutrina mais atualizada procura hoje a harmonia, a coordenação entre as normas do ordenamento jurídico em vez da exclusão, o que se denomina “coerência derivada ou restaurada”, a qual busca, além da eficiência hierárquica, a eficiência funcional do sistema plural e complexo do nosso direito contemporâneo, com o fim de evitar a antinomia, a incompatibilidade ou a não coerência.¹⁰⁸

Acrescenta ainda que:

a solução sistemática pós-moderna deve ser mais fluída, mais flexível, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções. Nesses tempos, a superação de paradigmas é substituída pela convivência dos paradigmas, a revogação expressa pela incerteza da revogação tácita indireta através da incorporação (v. art. 2.043 do Código Civil de 2002) e há, por fim, a convivência de leis com campos de aplicação diferentes, em um mesmo sistema jurídico, que parece ser agora um sistema (para sempre) plural, fluído, mutável e complexo.¹⁰⁹

Cláudia Lima Marques ensina também que o que o mestre de Heidelberg propõe é uma coordenação das normas em conflito no sistema, que seja flexível e útil, com o escopo de restabelecer a sua coerência, ou seja, uma mudança de paradigma consistente na subtração simples (revogação) de uma das normas em conflito no sistema jurídico à convivência dessas normas, ao diálogo das normas para alcançar a sua *ratio*, a finalidade

¹⁰⁷ MARQUES, Cláudia Lima [et. al]. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 26.

¹⁰⁸ MARQUES, Cláudia Lima [et. al]. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 27.

¹⁰⁹ MARQUES, Cláudia Lima [et. al]. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 27-28.

de ambas. E é esse procedimento que foi denominado por Jayme “diálogo das fontes”, o qual permite aplicação de forma simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes.¹¹⁰

Continua explicando que utiliza a expressão diálogo porque ambas as normas se influenciam, são aplicadas conjuntamente ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja em caráter de complementaridade,¹¹¹ seja de subsidiariedade.¹¹² Cuida-se de uma solução flexível e aberta, consistente na interpenetração, ou, ainda, a solução mais favorável ao mais fraco da relação, fato esse que Jayme denomina “tratamento diferente dos diferentes”.¹¹³

Claudia Lima Marques preceitua que são três os tipos possíveis de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor (lei anterior, especial e hierarquicamente constitucional – “veja mandamento expresse sobre sua criação no sistema jurídico brasileiro, no art. 48 do ADCT e como incluído entre os direitos fundamentais, art. 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988¹¹⁴”) e o Código Civil de 2002 (“Lei n. 10.406/2002, que entrou em vigor em janeiro de 2003, como lei posterior, geral e hierarquicamente inferior, mas trazendo algumas normas de ordem pública, que a lei nova mesma considera de aplicação imperativa a contratos novos e antigos (veja art. 2.035, parágrafo único, da Lei n. 10.406/2002)”¹¹⁵).

São eles:

a) Diálogo sistemático de coerência, segundo o qual:

na aplicação simultânea das duas leis, uma lei pode servir de base conceitual para a outra, especialmente se uma lei é geral e a outra especial, se uma é a lei central do sistema e a outra um microssistema específico, não completo materialmente, apenas com completude subjetiva de tutela de um grupo da sociedade. Assim, por exemplo, o que é nulidade, o que é pessoa jurídica, o que é prova, decadência, prescrição e assim por diante, se conceitos não definidos no microssistema (como vêm definidos consumidor, fornecedor, serviço e produto nos arts. 2º, 17, 29 e 3º do CDC), terão sua definição atualizada pela entrada em vigor do Código Civil de 2002.¹¹⁶

¹¹⁰ MARQUES, Claudia Lima [et. al]. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 28.

¹¹¹ Para exemplificar a complementaridade, Claudia Lima Marques cita dois precedentes do Superior Tribunal de Justiça: REsp 436.815-DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.12.2002, DJ 28.10.2002; e REsp 387.581-RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 21.5.2002.

¹¹² Quanto à aplicação simultânea e subsidiária, Claudia Lima Marques cita o REsp 396.943-RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 2.5.2002, DJ 5.8.2002.

¹¹³ MARQUES, Claudia Lima [et. al]. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 29.

¹¹⁴ MARQUES, Claudia Lima [et. al]. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 30.

¹¹⁵ MARQUES, Claudia Lima [et. al]. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 30.

¹¹⁶ MARQUES, Claudia Lima [et. al]. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 30.

b) Diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais. De acordo com essa modalidade:

na aplicação coordenada das duas leis, uma lei pode complementar a aplicação da outra, a depender de seu campo de aplicação no caso concreto, a indicar a aplicação complementar tanto de suas normas quanto de seus princípios, no que couber, no que for necessário, ou subsidiariamente. Assim, por exemplo, as cláusulas gerais de uma lei podem encontrar uso subsidiário ou complementar em caso regulado pela outra lei. Subsidiariamente, o sistema geral de responsabilidade civil sem culpa ou o sistema geral de decadência podem ser usados para regular aspectos de casos de consumo, se trazem normas mais favoráveis ao consumidor. Este ‘diálogo’ é exatamente contraposto, ou no sentido contrário da revogação ou ab-rogação clássicas, em que uma lei era ‘superada’ e ‘retirada’ do sistema pela outra. Agora há escolha (pelo legislador – veja arts. 777, 721 e 732 da Lei 10.406/2002 – ou pelo juiz no caso concreto do *favor debilis*, do art. 7.º do CDC) daquela que vai ‘complementar’ a *ratio* da outra (veja também art. 729 da Lei 10.406/2002, sobre aplicação conjunta das leis comerciais).¹¹⁷

E, por fim, c) Diálogo de coordenação e adaptação sistemática. Aqui há o diálogo das influências recíprocas, sistemáticas:

como no caso de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei (assim, por exemplo, as definições de consumidor *stricto sensu* e de consumidor equiparado podem sofrer influências finalísticas do novo Código Civil, uma vez que esta nova vem justamente para regular as relações entre iguais, dois iguais-consumidores ou dois iguais-fornecedores entre si; no caso de dois fornecedores, trata-se de relações empresariais típicas, em que o destinatário final fático da coisa ou do fazer comercial é um outro empresário ou comerciante), ou como no caso da possível transposição das conquistas do sistema especial no geral e do geral no especial, um diálogo de *double sens* (diálogo de coordenação e adaptação sistemática).¹¹⁸

Flávio Tartuce¹¹⁹ justifica a aplicação da tese mencionada, antes de mais nada, pela sua funcionalidade, uma vez que o diálogo das fontes servirá como “leme nessa

¹¹⁷ MARQUES, Claudia Lima [et. al]. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 30-31.

¹¹⁸ MARQUES, Claudia Lima [et. al]. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 31.

¹¹⁹ TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007. p. 85.

tempestade de complexidade”¹²⁰ que diz respeito à enorme quantidade de normas jurídicas editadas no mundo pós-moderno.

Prossegue o autor lecionando que a primeira tentativa de se aplicar o diálogo das fontes ocorre com a possibilidade de utilização concomitante do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) e do Código Civil (Lei n. 10.406/02) a determinadas relações obrigacionais, especialmente aos contratos. Esclarece que isso se dá tendo em vista a aproximação principiológica entre os dois sistemas e que se consolidou pelos princípios sociais contratuais, “sobretudo pela boa-fé objetiva e pela função social dos contratos”.¹²¹

Por oportuno, vale destacar o Enunciado n. 167, aprovado na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, em dezembro de 2004, com o seguinte teor: “Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos.”

Com essas considerações, a doutrina nacional defende a aplicação de duas normas de forma complementar entre si, especialmente no que concerne aos contratos, nos quais em alguns casos as normas inseridas em duas leis diferentes serão aplicadas ao mesmo tempo, em complementaridade.

Contudo, adverte Flávio Tartuce, a aplicação dessa complementaridade deve obedecer a quatro premissas, a saber:

a) “o diálogo das fontes nunca poderá trazer ao consumidor uma situação de desvantagem em relação à situação em que a Lei n. 8.078/90 fosse aplicada de forma isolada”;¹²²

b) é preciso lembrar que o Código de Defesa do Consumidor é norma de ordem pública e de interesse social (art. 1º da Lei n. 8.078/90), além de consistir em norma principiológica, diante da proteção dos consumidores prevista na Constituição Federal (arts. 5º, XXXII, e 170, V). Não se pode esquecer, porém, que o Código Civil de 2002 também traz em seu bojo normas de ordem pública, notadamente aquelas que mantêm relação com o princípio da função social dos contratos;

c) não se pode esquecer também dos “metacritérios comuns para as situações de antinomias, de conflitos de normas, quais sejam: o critério hierárquico, o critério da especialidade e o critério cronológico”,¹²³ pois é comum a presença dessas lacunas que se colidem quando estamos buscando a aplicação concomitante de normas jurídicas; e

¹²⁰ TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, p. 86.

¹²¹ TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, p. 86.

¹²² TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, p. 87.

¹²³ TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, p. 87.

d) não se pode, por fim, descuidar da aplicação dos princípios constitucionais, particularmente aqueles que visam à proteção da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social. Em outras palavras, o diálogo deve existir também com a Constituição Federal, de modo a consolidar o que se costuma chamar de Direito Civil Constitucional.

Sobre o diálogo das fontes, especialmente no que se refere aos contratos de seguro, Flávio Tartuce menciona o seguinte exemplo:

A mesma tese vale para o contrato de seguro. O contrato em questão é tratado de maneira detalhada pelo Código Civil (arts. 757 a 802). Porém, o art. 3.º da Lei 8.078/1990 prevê que serviço securitário pode ser enquadrado como serviço de consumo. A título de exemplo, citamos o caso em que alguém celebra um contrato de seguro-saúde com uma empresa que presta esse tipo de serviço. O contrato será regido pelo Código Civil, pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei 9.656/1998, lei específica que regulamenta essa figura contratual.¹²⁴

A propósito, o Enunciado n. 370 da IV Jornada de Direito Civil bem elucida essa noção de unidade do sistema, ao preceituar que, “Nos contratos de seguro de adesão, os riscos predeterminados indicados no art. 757, parte final, devem ser interpretados de acordo com os arts. 421, 422, 424, 759 e 799 do Código Civil e art. 1º, III, da Constituição Federal”.

De igual modo revela a relação direta com o diálogo das fontes, “a constitucionalização do Direito Civil (com o surgimento do Direito Civil Constitucional), a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a personalização do Direito Civil e o sistema de cláusulas gerais construído pela ontognoseologia realina”.¹²⁵

Com essas considerações, tem-se que tal diálogo é imprescindível para a interpretação dos contratos e tem ampla aplicação prática. Isso se deve porque os contratos de assistência médica privada são avenças notadamente de consumo, mas que, em caso de omissão, se socorrem das regras gerais do Código Civil e da Lei n. 9.656/98, que conferiu tratamento jurídico específico ao tema e da qual trataremos a seguir.

3 OS PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE

De acordo com pesquisas realizadas, estima-se que no Brasil existem aproximadamente trinta e quatro milhões de usuários do sistema de planos e de seguros de assistência privada à saúde,¹²⁶ o que equivaleria a quase 20% da população brasileira.

¹²⁴ TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, p. 88.

¹²⁵ TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, p. 89.

¹²⁶ Esse número foi obtido por meio de pesquisa recentemente realizada e publicada sob o título: *Economia da Saúde: uma perspectiva macroeconômica 2000-2005*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/economia_saude.pdf>. Acesso em: 18.11.2009.

É inegável a importância do tema aqui tratado, principalmente devido ao bem jurídico envolvido, qual seja, o direito fundamental à saúde, direito social previsto no art. 6º e que deve ser dotado de eficácia, a fim de que se respeite a dignidade da pessoa humana como um todo.

Não passam despercebidos os problemas enfrentados pelos usuários do Sistema Único de Saúde – SUS, a quem incumbe a prestação da assistência à saúde, de forma gratuita, a todos aqueles que dele necessitem.

Ocorre que, infelizmente, é fato corriqueiro a carência de condições materiais e de recursos humanos para que se atenda ao seu mister, obrigando aqueles que detêm melhores condições financeiras a se valerem de planos ou seguros-saúde, ou seja, a recorrerem à assistência privada para suprir as necessidades não atendidas pelo Poder Público.

Maria Stella Gregori¹²⁷ afirma que “o marco legal do mercado de saúde suplementar é fato recente no ordenamento jurídico brasileiro”, pois, até o final da década de 90, quando entrou em vigor a Lei n. 9.656/98, e a seguir, quando passaram a vigorar as sucessivas medidas provisórias que a alteraram, a normatização existente só dizia respeito ao setor de seguro-saúde, e apenas nos aspectos econômico-financeiros dessa atividade.

Ressalte-se que em 1990 foi editada a Lei n. 8.080, que dispôs sobre a Lei Orgânica da Saúde, a qual não será abordada na presente pesquisa. Nossos olhos estão voltados para a análise dos dispositivos contidos na Constituição Federal de 1988, no Código de Defesa do Consumidor, no Código Civil de 2002 e na Lei n. 9.656/98.

Por essa razão, cumpre analisar se os planos e seguros-saúde vêm cumprindo sua inegável missão constitucional de atuação suplementar na seara de assistência à saúde.

3.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A INICIATIVA PRIVADA EM MATÉRIA DE SAÚDE

A Constituição Federal de 1988, no que pertine à saúde, é considerada por muitos autores uma constituição social, programática. O direito à saúde é um direito subjetivo, oponível ao Estado e presente em vários artigos da Constituição (por exemplo: arts. 6º; 7º, XXII; 23, II; 24, XII; 30, VII; 194; 196; 197; 198; 199; 200, I a VIII; 212, § 4º; 227, § 1º, I).¹²⁸

Entre os dispositivos constitucionais mencionados merecem destaque os artigos 196, 197 e 199, inseridos na Seção II – Da Saúde, do Capítulo II – Da Seguridade Social, do Título VIII, que trata da Ordem Social.

Por meio do art. 196 o constituinte impôs ao Estado o dever de garantia da saúde da população. Para tanto, assegurou ao cidadão o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços destinados à promoção, à proteção e à recuperação da saúde.

¹²⁷ MARQUES, Cláudia Lima [et al.] (coords.). *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 246.

¹²⁸ MARQUES, Cláudia Lima [et al.] (coords.). *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 177.

O art. 197 classificou as ações e os serviços de saúde como de relevância pública e previu a possibilidade de a execução ser feita diretamente pelo Poder Público ou, sob sua fiscalização e controle, pela iniciativa privada.

Já o art. 199, § 1º, previu a atuação complementar da iniciativa privada em relação ao sistema de assistência à saúde prestada pelo Poder Público.

A propósito, Maria Stella Gregori afirma que:

a prestação dos serviços em saúde pode se dar pelo Estado diretamente ou pela iniciativa privada (art. 199), não havendo, portanto, monopólio estatal sobre a prestação dos serviços de assistência à saúde, à medida que o setor privado a eles, também, pode ter acesso. No entanto, dada a sua relevância pública, as ações e os serviços de saúde devem ser regulamentados, fiscalizados e controlados pelo Poder Público (art. 197).¹²⁹

Este é o tratamento constitucional relacionado à saúde e trazido pela Constituição Federal de 1988 de forma inédita, pois nenhuma constituição anterior cuidou do tema da forma como foi tratado a partir de 1988. É dizer, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a cuidar do tema com enfoque na pessoa e não sob o aspecto meramente patrimonial.

Embora excelente a iniciativa do constituinte de prever um sistema programático, com feições notadamente sociais, a deficiência na prestação dos serviços públicos de saúde deu ensejo a um mercado muito promissor e, como visto, amparado constitucionalmente, qual seja, o da prestação de assistência médica pela iniciativa privada.

3.2 ORIGEM DOS PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE NO DIREITO BRASILEIRO

Até 1998 não havia legislação infraconstitucional regulando a matéria, fato que revelava verdadeira omissão estatal e que colocava o cidadão brasileiro diante de duas opções: a) submeter-se às empresas de convênios médicos ou b) ficar sem a prestação do serviço.¹³⁰

Com bem salientado por Mariângela Fragata,¹³¹ a ausência de controle por parte do Estado sobre as atividades das operadoras de convênios médicos, acrescida do imenso volume de associados por contratos de adesão, culminou na hipertrofia da vontade do fornecedor dos serviços, o que tornou o desequilíbrio contratual uma regra.

Nesse contexto o Judiciário era incessantemente provocado a decidir conflitos que poderiam ser evitados. Entre eles destacam-se: “cláusulas de exclusão de doenças crônicas, infectocontagiosas, preexistentes, além de tratamentos de cunho estético; a exigência de

¹²⁹ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 23.

¹³⁰ MARQUES, Claudia Lima [et al.] (coords.). *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 181.

¹³¹ MARQUES, Claudia Lima [et al.] (coords.). *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 181.

períodos de carência; as cláusulas de reajuste extraordinário nas mudanças de faixa etária, muitas vezes em percentuais excessivos, omitidos no contrato.”¹³²

Foi em meio a essas intercorrências que as decisões judiciais ganharam importância e representaram um grande progresso no que tange à solução dos litígios, pois lançou mão de valiosos instrumentos, dos quais se destacam as normas inseridas no Código de Defesa do Consumidor, pautado por princípios contratuais importados do direito italiano.

Devido à insuficiência dos serviços prestados pelo SUS, no período compreendido entre 1985 e 1995, ocorreu uma explosão no mercado de planos e seguros-saúde, e, segundo o Ciefas, no ano de 2000 havia mais de 1.000 empresas nessas atividades, o que envolvia recursos de aproximadamente US\$ 15 bilhões.¹³³

Maria Stella Gregori pontua que, no Brasil, a formação do mercado de saúde privado, também conhecido por supletivo ou suplementar, ocorreu nestes últimos 40 anos, praticamente sem nenhuma presença efetiva do Estado, o que permitiu o crescimento desse setor sem qualquer controle ou acompanhamento mais próximo.¹³⁴

A fim de tentar solucionar os problemas existentes, em 3 de junho de 1998 foi editada a Lei n. 9.656, cujo escopo era regular o universo empresarial que passou a explorar os serviços de assistência privada de saúde. Subsidiariamente, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), uma vez que a relação jurídica estabelecida entre o usuário desse sistema e as operadoras de planos e seguros-saúde é notadamente uma relação de consumo. E mais, caso seja necessário, incidirão ainda as normas do Código Civil, conforme consignado no item 2.4, que cuidou do diálogo das fontes.

Mauro Ângelo Bottesini e Mauro Conti Machado lecionam que a lei em comento disciplinou: “o universo dos empresários que exploram os serviços de seguros-saúde, planos de saúde e assistência médica, a normatização da administração dessas atividades, a modificação da disciplina das sociedades de profissionais cujo objeto é a prestação desses serviços às empresas do ramo.”¹³⁵

Vale destacar que o Código de Defesa do Consumidor, norma anterior e editada em 1990, continuou a incidir sobre as relações jurídicas entabuladas entre os usuários e as operadoras de planos e seguros-saúde, em virtude da inegável presença da relação de consumo (art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor).¹³⁶

¹³² MARQUES, Claudia Lima [et al.] (coords.). *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 181.

¹³³ BOTTESINI, Mauro Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos e seguros de saúde: comentada artigo por artigo, doutrina, jurisprudência*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 46.

¹³⁴ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 29.

¹³⁵ BOTTESINI, Mauro Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos e seguros de saúde: comentada artigo por artigo, doutrina, jurisprudência*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 47.

¹³⁶ Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e seguritária, salvo as decorrentes de caráter trabalhista (sublinhas no original).

Quanto à lei federal que passou a reger a matéria, Mariângela Fragata¹³⁷ assevera que, formalmente, “a edição da Lei n. 9.656/98 pode ser considerada um marco na questão da saúde no Brasil”, pois conferiu aplicabilidade plena aos dispositivos constitucionais de eficácia limitada, que aguardavam uma atividade legislativa para produzir efeitos. Contudo, a autora pontua que, em que pesem aos significativos avanços obtidos, “a lei nada representa quando o referencial for a ausência de uma política favorável à garantia da saúde da população”.¹³⁸

Tendo em vista todas essas considerações, ganha relevo a discussão acerca da necessidade da utilização de normas principiológicas para cuidar do tema.

Por oportuno, cumpre rememorar a mudança de paradigma implementada na teoria contratual e já mencionada no segundo capítulo, por ocasião do exame dos contratos de seguro.

O regime contratual clássico surgiu sob forte influência do liberalismo econômico, segundo o qual a liberdade de contratar em sentido amplo era postulado básico.¹³⁹

E diferente não poderia ser, uma vez que o Estado Liberal surgiu como resposta ao absolutismo estatal, que, por muito tempo, suprimiu dos indivíduos a individualidade e a livre disposição do patrimônio.

Sob influência dos Códigos Civis Francês e Alemão surgiu o Código Civil Brasileiro de 1916, que assentou os contratos sobre três princípios fundamentais e que decorriam da liberdade contratual: a) autonomia privada; b) obrigatoriedade dos pactos (*pacta sunt servanda*) e c) relatividade.

Ocorre que, na ordem jurídica moderna, vem ganhando força a crítica concernente à centralidade da vontade individual como elemento que fundamenta e legitima a força obrigatória dos contratos. Na verdade, essas críticas surgiram há muito, ventiladas pelo dirigismo contratual, expressão da intervenção estatal no domínio das relações contratuais.¹⁴⁰

Esse quadro evoluiu, e como Gustavo Tepedino bem observa: “Mais recentemente, porém, passa-se a reconhecer nas transformações ocorridas não apenas exceções à dogmática clássica, mas à expressão de novos princípios fundamentais da teoria contratual, capazes de alterar qualitativamente a dogmática e os princípios tradicionais.”¹⁴¹

¹³⁷ MARQUES, Claudia Lima [et al.] (coords.). *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 180.

¹³⁸ MARQUES, Claudia Lima [et al.] (coords.). *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 180.

¹³⁹ TEPEDINO, Gustavo [et. al.]. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 6.

¹⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo [et. al.]. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 7.

¹⁴¹ TEPEDINO, Gustavo [et. al.]. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 7.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) constituem os dois marcos normativos que revelam essa transformação. Novamente Gustavo Tepedino leciona com precisão:

Na experiência brasileira, a passagem do modelo clássico para o modelo contemporâneo da teoria contratual, com o conseqüente surgimento de novos princípios contratuais, tem por referência normativa fundamental a Constituição Federal de 1988, que consagrou os valores da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, Constituição Federal), da solidariedade social (art. 3º, I) e da isonomia substancial (art. 3º, III). Na esteira da nova ordem jurídica assim delineada, personalista e solidarista, promulgou-se o CDC, em 1990, que exprime na disciplina legal dos contratos a nova tábua de valores.¹⁴²

A Constituição Federal de 1988 inaugurou, conforme já destacado em linhas volvidas, uma nova ordem jurídica, implicando a interpretação dos contratos conforme os novos princípios contratuais antes mencionados. Aliando-se isso à edição do Código de Defesa do Consumidor, abriu-se o caminho para a consolidação de uma nova teoria contratual, na qual os princípios clássicos (autonomia privada, intangibilidade do conteúdo do contrato e relatividade de seus efeitos) passaram a dialogar com um conjunto de novos princípios: boa-fé objetiva, equilíbrio econômico entre as prestações e função social do contrato.¹⁴³

A seguir, cuidaremos da disciplina específica dos contratos de planos e seguros-saúde, estabelecendo as premissas e os conceitos que deverão estar presentes a fim de que se faça a correta inter-relação entre essas espécies contratuais e o princípio da função social no quarto e último capítulo.

Contudo, deve-se ter em mente ainda a advertência feita por Mauro Ângelo Bottesini e Mauro Conti Machado, no sentido de que disciplinar as operadoras dos planos de saúde quer dizer cuidar do objeto de uma atividade que movimentou, no ano de 2000, algo em torno de 20 a 30 bilhões de reais, o que equivale a 3% do PIB.¹⁴⁴

Logo, além do caráter social que envolve a atividade de assistência privada à saúde, é inegável a sua importância também econômica.

3.3 DIFERENÇA ENTRE PLANO E SEGURO DE SAÚDE

Arnaldo Rizzardo informa que o seguro-saúde tem por objetivo garantir o pagamento de determinadas importâncias no caso de acontecerem certos fatos previstos como riscos

¹⁴² TEPEDINO, Gustavo [et. al]. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 7.

¹⁴³ TEPEDINO, Gustavo [et. al]. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 7.

¹⁴⁴ BOTTESINI, Mauro Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos e seguros de saúde: comentada artigo por artigo, doutrina, jurisprudência*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005 p. 276.

e ligados à saúde da pessoa. A obrigação do segurador consiste em cobrir as despesas relacionadas à saúde e à hospitalização. Assim, a proteção é contra os riscos decorrentes de doenças e outros males do corpo e do espírito, de maneira que haja a garantia da assistência médico-hospitalar.¹⁴⁵

O autor esclarece que, tradicionalmente, os médicos e os hospitais se organizavam por meio de convênios, e as pessoas que assinavam o contrato pagavam, mediante contribuições mensais, os gastos com os futuros serviços médico-hospitalares. Havia três modalidades de convênio, a saber:

O primeiro referia-se àqueles que operavam com uma rede independente de hospitais, médicos e clínicas, mas obrigando-se a escolher ou optar pelos médicos, hospitais e clínicas que o convênio contratava.

O segundo compreendia um oferecimento de serviços por meio de médicos e hospitais próprios, já selecionados. A pessoa era obrigada a tratar-se com os médicos que eram funcionários ou empregados do convênio, o que nem sempre agradava ao conveniado, especialmente se deficientes os serviços que eram prestados.

O terceiro era conhecido como o seguro-saúde no seu significado real, e nele não havia prestação de serviços por médicos e hospitais do convênio. A pessoa simplesmente procurava um médico e o hospital de sua conveniência, e depois era reembolsada dos valores pagos, mas dentro de um limite previsto no contrato.¹⁴⁶

Arnaldo Rizzardo acrescenta que atualmente ainda existe semelhança com aquelas espécies de assistência e seguro. Leciona que existem o plano de assistência à saúde, no qual as empresas prestam serviço de assistência, e o plano de seguro, que se destina a cobrir riscos relacionados à saúde.¹⁴⁷

Nos dias atuais, de acordo com a lição de Mauro Ângelo Bottesini e Mauro Conti Machado, o texto da Lei n. 9.656/98 não fez distinção entre planos e seguros-saúde, englobando-os no conceito gênero de planos privados de assistência à saúde, do qual “seriam espécies aqueles que operam mediante reembolso e aqueles que pagam diretamente ao prestador dos serviços, por conta e ordem do consumidor, segundo conceituação do art. 1º, I”.¹⁴⁸

¹⁴⁵ RIZZARDO, Arnaldo [et. al]. *Planos de assistência e seguros de saúde: Lei n. 6.656, de 3 de junho de 1998*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 14.

¹⁴⁶ RIZZARDO, Arnaldo [et. al]. *Planos de assistência e seguros de saúde: Lei n. 6.656, de 3 de junho de 1998*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 14-15.

¹⁴⁷ RIZZARDO, Arnaldo [et. al]. *Planos de assistência e seguros de saúde: Lei n. 6.656, de 3 de junho de 1998*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 15.

¹⁴⁸ BOTTESINI, Mauro Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos e seguros de saúde: comentada artigo por artigo, doutrina, jurisprudência*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 20.

Portanto, a diferença entre plano de saúde e seguro-saúde deve ser buscada na comparação entre os dispositivos da Lei n. 9.656/98 e os arts. 129 a 135 do Decreto-Lei n. 73/66, o qual, conforme visto no item 2.3, instituiu o seguro-saúde.¹⁴⁹

No art. 130 do Decreto-Lei n. 73/66, o legislador definiu que “a garantia do Seguro-Saúde consistirá no pagamento em dinheiro, efetuado pela Sociedade Seguradora, à pessoa física ou jurídica prestante da assistência médico-hospitalar ao segurado”.¹⁵⁰

Segundo Arnaldo Rizzardo, o seguro-saúde é:

uma forma de financiamento das despesas médico-hospitalares com suporte na legislação e nos princípios do mútuo. A seguradora compromete-se, em face da ocorrência de determinados eventos previstos no contrato, a ressarcir as despesas realizadas pelo segurado, respeitados os limites estabelecidos. Ou seja, quando prestador do serviço não for credenciado à seguradora, mediante a apresentação de nota fiscal, o segurado é reembolsado parcialmente pelas despesas, eis que há um limite para o reembolso previsto no contrato de seguro.¹⁵¹

Arnaldo Rizzardo esclarece ainda que, ao contrário do seguro-saúde, os planos de assistência à saúde, de um modo geral, não objetivam a cobertura de eventos ou riscos ligados à saúde. Os planos de assistência oferecem uma gama de serviços às pessoas que a eles aderem, no que se refere à assistência médica, hospitalar, ambulatorial e odontológica, e são organizados por meio de convênios, ou de planos, que custeiam os atendimentos.¹⁵²

Integram a chamada medicina de grupo, constituída de empresas que administram, sob o formato de pré-pagamento, planos de saúde individuais, para famílias ou empresas. Ocorre o pagamento antecipado por parte do interessado, normalmente a cada mês, com prestações fixas e que dão direito à cobertura de eventos previstos no contrato. Os atendimentos são realizados por intermédio de serviços próprios ou por meio de uma rede conveniada, que é remunerada pelos serviços profissionais e hospitalares prestados.¹⁵³

Acrescenta o autor que a medicina de grupo surgiu e desenvolveu-se no ABC Paulista, nos anos 60, devido à precariedade dos serviços públicos de saúde da região e do alto custo da medicina liberal. Tinha por escopo atender às necessidades de assistência médica e hospitalar da classe trabalhadora, por meio do sistema de convênio-empresa, financiado pelos empregadores.¹⁵⁴

¹⁴⁹ BOTTESINI, Mauro Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos e seguros de saúde: comentada artigo por artigo, doutrina, jurisprudência*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 52.

¹⁵⁰ Decreto-Lei n. 73, de 21 de novembro de 1966, que dispôs sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados.

¹⁵¹ RIZZARDO, Arnaldo [et. al]. *Planos de assistência e seguros de saúde: Lei n. 6.656, de 3 de junho de 1998*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.15.

¹⁵² RIZZARDO, Arnaldo [et. al]. *Planos de assistência e seguros de saúde: Lei n. 6.656, de 3 de junho de 1998*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 16.

¹⁵³ RIZZARDO, Arnaldo [et. al]. *Planos de assistência e seguros de saúde: Lei n. 6.656, de 3 de junho de 1998*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 16.

¹⁵⁴ RIZZARDO, Arnaldo [et. al]. *Planos de assistência e seguros de saúde: Lei n. 6.656, de 3 de junho de 1998*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 16.

Explica o funcionamento da medicina de grupo nos termos seguintes:

As pessoas que se filiam ou se inscrevem nos planos pagam mensalidades constantes durante um certo prazo, passando a usufruir dos benefícios oferecidos após certo prazo de carência. As empresas atendem os usuários, oferecendo-lhes diversos níveis de cobertura e padrões de conforto, através de uma rede de hospitais credenciados e próprios, médicos e outros profissionais de serviços de centros de diagnósticos.¹⁵⁵

Merece destaque a observação feita por Bruno Lemos Rodrigues,¹⁵⁶ no sentido de que a redação original da Lei n. 9.656/98 preceituava a diferença entre operadoras de planos de saúde e das operadoras de seguros-saúde, diferenciação essa que depois foi suprimida por medidas provisórias. Informa ainda o autor que:

AANS editou também a Resolução RDC nº 39, de 27.10.2000, dispondo sobre a definição, a segmentação e a classificação das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde. Conforme a Resolução citada, são Operadoras de Planos de Assistência à Saúde as empresas e entidades que operam, no mercado de saúde suplementar, planos de assistência à saúde (art. 1º).¹⁵⁷

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer¹⁵⁸ conceitua os planos de saúde em planos privados fechados de assistência à saúde como aqueles que, nos termos do art. 1º da Resolução 5 do Consu, de 3.11.1998, são autogeridos por empresas, grupos de empresas, associações, sindicatos e entidades de classes profissionais e destinam-se exclusivamente a empregados ativos, aposentados, pensionistas e ex-empregados, participantes de associações, sindicatos ou entidades de classes profissionais, bem como seus respectivos parentes, consanguíneos e afins até o terceiro grau. Já os planos privados abertos de assistência à saúde podem ser ofertados por pessoas jurídicas, às quais se faculta adotar qualquer forma jurídica de constituição.¹⁵⁹

Atualmente, portanto, os planos de saúde são regidos pela Lei n. 9.656/98 e são contratos nos quais os fornecedores se obrigam a garantir, mediante o pagamento de um prêmio mensal, sempre que necessário, o tratamento da saúde dos consumidores. Possuem natureza nitidamente securitária, pois a prestação do serviço só será necessária caso haja algum problema de saúde, o que caracteriza o evento aleatório.¹⁶⁰ Por fim, o objeto da garantia, nos termos do art. 1º, I,

¹⁵⁵ RIZZARDO, Arnaldo [et. al.]. *Planos de assistência e seguros de saúde: Lei n. 6.656, de 3 de junho de 1998*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 16-17.

¹⁵⁶ RODRIGUES, Bruno Lemos. *Aspectos legais dos contratos de seguro-saúde*. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 41.

¹⁵⁷ RODRIGUES, Bruno Lemos. *Aspectos legais dos contratos de seguro-saúde*. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 41.

¹⁵⁸ MARQUES, Claudia Lima [et al.] (coords.). *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 30.

¹⁵⁹ MARQUES, Claudia Lima [et al.] (coords.). *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 30.

¹⁶⁰ MARQUES, Claudia Lima [et al.] (coords.). *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 15.

da Lei n. 9.656/98, é a assistência à saúde, garantida pela faculdade de acesso e pelo atendimento por profissionais ou serviços de saúde.

Os contratos de seguro-saúde serão tratados a seguir.

3.4 SEGURO-SAÚDE NA LEI N. 9.656/98

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer esclarece que:

o seguro-saúde, conforme o próprio nome permite intuir, é o típico contrato de seguro que tem por finalidade a cobertura aos riscos de assistência médica e hospitalar, mediante pagamento em dinheiro, efetuado pela sociedade seguradora, à pessoa física ou jurídica prestante da assistência médico-hospitalar ao segurado. Ao segurado assiste o direito de livre escolha do médico e do hospital (arts. 129 e 130, Decreto-Lei 73/66). Assim, a seguradora limita-se a reembolsar ou pagar despesas de tratamento, não participando da prestação do serviço.¹⁶¹

Prossegue o autor explicando:

Este seguro-saúde, todavia, passa a ser regulamentado, especificamente, pela Lei 9.656/98. Nesse sentido, cabe destacar o art. 2.º da Lei 10.185/2001, o qual dispõe que, “para efeito da Lei 9.656, de 1998, e da Lei 9.961, de 2000, enquadra-se o seguro-saúde como plano privado de assistência à saúde e a sociedade seguradora especializada em saúde como operadora de plano de assistência à saúde”. Outrossim, como dispõe o § 2.º do art. 1.º da Lei 10.185/2001, “as sociedades seguradoras especializadas, nos termos deste artigo, ficam subordinadas às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde – ANS”.¹⁶²

Maria Stella Gregori ressalta que, de início, a regulamentação do seguro-saúde, pela Resolução n. 11, de 21.05.1976, do Conselho Nacional de Seguros, autorizava sua operação apenas na modalidade de reembolso das despesas, na qual a seguradora não participava da prestação de serviços, limitando-se tão somente a reembolsar as despesas, uma vez que lhe cabia apenas a intermediação financeira.¹⁶³

Roberto Pfeiffer¹⁶⁴ bem lembra que, ao longo dos anos, existiram várias distorções na aplicação do seguro-saúde, destacando-se as seguintes:

¹⁶¹ MARQUES, Claudia Lima [et al.] (coords.). *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 26.

¹⁶² MARQUES, Claudia Lima [et al.] (coords.). *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 26-27.

¹⁶³ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 30-31.

¹⁶⁴ MARQUES, Claudia Lima [et al.] (coords.). *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 27.

a) A extensão a entidades com finalidade lucrativa, fato esse que desvirtua a intenção original do Decreto-Lei n. 73/66, que previa que as entidades de medicina pré-paga não podiam ter o lucro como objetivo (art. 135);

b) A prática das empresas seguradoras de dispor de rede credenciada e referenciada (art. 7.º da Resolução 16 da Susep), que acabou por anular o princípio da livre escolha; e

c) O prazo previsto pelo Decreto-Lei n. 73/66 para sua regulamentação não foi respeitado (120 dias, nos termos do art. 149), abrindo uma perigosa brecha para as entidades funcionarem sem limites claros.

A Lei n. 9.656/98, em sua redação original, previa duas espécies de produto: o plano de saúde e o seguro-saúde. Ocorre que, a partir das modificações operadas pela Medida Provisória n. 1.976-22, de 11 de janeiro de 2000, a lei mencionada passou a prever um único produto, os planos de saúde.¹⁶⁵

A dúvida quanto ao regramento legal aplicável às empresas de seguro é resolvida pela simples leitura do art. 1º da Lei n. 10.185, de 12.02.2001, *ad litteram*:

Art. 1º As sociedades seguradoras poderão operar o seguro enquadrado no art. 1º, inciso I e § 1º, da Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998, desde que estejam constituídas como seguradoras especializadas nesse seguro, devendo seu estatuto social vedar a atuação em quaisquer outros ramos ou modalidades.

Ensina Roberto Pfeiffer que se trata do princípio da especialização, segundo o qual o seguro-saúde só poderá ser operado validamente por empresa especializada nesse ramo de negócio. E afirma ainda que, de acordo com o art. 2º da Lei n. 10.185/01, o seguro-saúde enquadra-se como plano privado de assistência à saúde, e a sociedade seguradora especializada em saúde como operadora de plano de assistência à saúde.¹⁶⁶

Acrescente-se ainda a advertência de Bruno Lemos Rodrigues com relação à regulamentação do seguro-saúde:

Com a edição da Lei n. 9.656/1998 em sua redação original, o seguro-saúde estava sob regulamentação da CNSP e da SUSEP, porém, com as alterações legais posteriores, foi criada pela Medida Provisória n. 1.928/1999, posteriormente convertida na Lei Federal n. 9.961, de 28.01.2000, a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, agência reguladora federal que atualmente tem competência exclusiva para regulamentar o seguro-saúde e utilizar de poder de polícia para autorizar funcionamento, fiscalizar e punir administrativamente as operadoras, inclusive as seguradoras especializadas em seguro-saúde.¹⁶⁷

¹⁶⁵ MARQUES, Claudia Lima [et al.] (coords.). *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 28.

¹⁶⁶ MARQUES, Claudia Lima [et al.] (coords.). *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 29.

¹⁶⁷ RODRIGUES, Bruno Lemos. *Aspectos legais dos contratos de seguro-saúde*. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 28.

Maria Stella Gregori assevera que, no momento atual, a normatização dos planos privados de assistência à saúde, essencialmente, é composta pela Lei n. 9.656/98, com as várias alterações que se seguiram e que culminaram na Medida Provisória n. 2.177-44/2001, complementadas pelas Leis n. 10.185/2001 (seguradoras especializadas em saúde) e n. 10.223/2001 (cirurgia plástica reconstrutiva da mama), pela Lei n. 9.961/2000, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar, e, finalmente, pela Lei n. 10.850/2004, que cuidou da implantação de programas especiais de incentivo à adaptação de contratos anteriores à Lei n. 9.656.¹⁶⁸

No que tange à regulamentação dos dispositivos mencionados, Maria Stella Gregori destaca que ela é feita por meio das Resoluções do Conselho de Saúde Suplementar – Consu; Resoluções de Diretoria Colegiada – RDC; Resoluções Normativas – RN; Resoluções Operacionais – RO; Resoluções de Diretoria – RE; Instruções Normativas – IN e Súmulas Normativas, emanadas da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

Devido à importância conferida à regulamentação da ANS, adiante cuidaremos das principais regras por ela editadas.

3.5 AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE E AS REGRAS MAIS RELEVANTES

A Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS foi criada pela Medida Provisória n. 1.928, de 25.11.1999, que foi reeditada pela Medida Provisória n. 2.012-2, com a posterior promulgação da Lei n. 9.961, de 28.1.2000. De acordo com o art. 3º da lei de criação da ANS, essa agência reguladora tem por objetivo a regulação, a normatização, o controle e a fiscalização das atividades que assegurem a manutenção e a qualidade dos serviços privados de atenção médico-hospitalar ou odontológica prestados por intermédio da operação de planos de saúde. A ela compete, ainda, “a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operações setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País”.¹⁶⁹

Portanto, o objetivo da ANS é regular o sistema privado de saúde, disciplinar e controlar as atividades que garantam a assistência suplementar.

Ela é vinculada ao Ministério da Saúde e subordinada às diretrizes traçadas pelo Conselho de Saúde Suplementar – Consu, órgão federal colegiado que integra o Ministério da Saúde e que tem por principal competência o estabelecimento e a supervisão da execução de políticas e diretrizes gerais do setor de saúde suplementar, nos termos do art. 35-A, I, da Lei n. 9.656/98, com a redação conferida pela Medida Provisória n. 2.177-44/2001.¹⁷⁰

¹⁶⁸ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 46.

¹⁶⁹ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 61.

¹⁷⁰ RODRIGUES, Bruno Lemos. *Aspectos legais dos contratos de seguro-saúde*. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 28-29.

Bruno Lemos Rodrigues destaca que:

Com a criação da ANS e a determinação da especialização das seguradoras em seguro-saúde, foi editada a Resolução RDC nº 65/2001, de 16.04.2001, da ANS. A citada Resolução pretendeu solucionar problemas de ordem temporária, próprios da transição das novas normas, e, além de trazer regulamentação acerca da especialização das seguradoras, estabeleceu que seria aplicado, no que couber, às sociedades seguradoras especializadas em saúde, o disposto nas normas da Superintendência de Seguros Privados – Susep e do Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP, publicadas até 21 de dezembro de 2000, cujas matérias não tenham sido disciplinadas pela ANS e pelo Conselho de Saúde Suplementar – Consu (art. 1º). Esclareceu, ainda, que as competências da Susep e do CNSP relativas às normas mencionadas seriam exercidas pela ANS e pelo Consu.¹⁷¹

E mais, quanto à normatização do setor, vale destacar que a Circular n. 158/2001, de 26.6.2001, da Susep revogou todas as Circulares da Susep em matéria de seguro-saúde, ao passo que a Resolução n. 47/2001, de 12.2.2001, do CNSP revogou todas as Resoluções do CNSP também em matéria de seguro-saúde.¹⁷²

Maria Stella Gregori salienta, ainda, que, quando a ANS foi criada, não existia um mercado a ser aberto à iniciativa privada, mas um mercado já instalado e em atividade plena e complexa, atuando num setor essencial, qual seja, a saúde, e que antes nunca tinha sido objeto de regulação estatal, exceto com relação às seguradoras, que tinham o aspecto econômico-financeiro regulado pela Susep.¹⁷³

Dessa forma, ressaltam Mauro Ângelo Bottesini e Mauro Conti Machado, a formulação da política de saúde fica a cargo do Consu e da ANS.¹⁷⁴

Atualmente, portanto, a regulamentação principal do setor de assistência privada à saúde é formada das seguintes leis: lei de criação da ANS (Lei n. 9.961/2000), lei de regulamentação do setor (Lei n. 9.656/1998), lei sobre a especialização das sociedades seguradoras em planos privados de assistência à saúde (Lei n. 10.185/2001) e lei que fixa as diretrizes para a definição de normas de implantação do Programa de Incentivo à Adaptação dos Contratos (Lei n. 10.850/2004).¹⁷⁵

Já as regulamentações complementares são divididas em Normativas e Operacionais. As Normativas são compostas por Resoluções da Diretoria Colegiada (RDC e RN),

¹⁷¹ RODRIGUES, Bruno Lemos. *Aspectos legais dos contratos de seguro-saúde*. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 29.

¹⁷² RODRIGUES, Bruno Lemos. *Aspectos legais dos contratos de seguro-saúde*. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 28.

¹⁷³ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 68.

¹⁷⁴ BOTTESINI, Mauro Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos e seguros de saúde: comentada artigo por artigo, doutrina, jurisprudência*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 88.

¹⁷⁵ As informações relativas ao atual regulamento do setor de assistência privada à saúde foram retiradas do sítio eletrônico da ANS. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/portal/site/legislacao/legislacao.asp>>. Acesso em: 19.5.2009.

Resoluções do Consu (Consu), Resoluções de Diretoria (RE e IN) e Súmulas Normativas. Já as operacionais compõem-se das Resoluções da Diretoria Colegiada (RDC e RO), Portarias do Diretor-Presidente da ANS e Despachos do Diretor-Presidente da ANS.

As Resoluções da Diretoria Colegiada (RDC e RN) que têm caráter normativo estabelecem políticas para o setor de saúde suplementar nacional, expedidas pela Diretoria Colegiada da ANS.

As Resoluções expedidas pelo Consu também estabelecem políticas para o setor de saúde suplementar nacional.

As Resoluções de Diretoria (RE e IN), à semelhança das Resoluções do Consu, estabelecem políticas para o setor de saúde suplementar nacional, mas, como o nome indica, são expedidas pelas Diretorias da ANS,¹⁷⁶ cada qual no âmbito de suas respectivas competências.

As Súmulas Normativas expressam a interpretação da legislação de saúde suplementar e têm efeito vinculativo.

As Resoluções da Diretoria Colegiada (RDC e RO) de caráter operacional expressam decisões de alcance externo, para fins de implementação de ações ou procedimentos operacionais específicos.

As Portarias do Diretor-Presidente da ANS veiculam decisões relativas a assuntos de gestão administrativa, de recursos humanos e de constituição de comissões, grupos de trabalho e assemelhados.

Por fim, os Despachos do Diretor-Presidente da ANS expressam decisões finais ou interlocutórias de processos administrativos da ANS.

4 A FUNÇÃO SOCIAL NOS PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE

Enlçadas as considerações imprescindíveis à compreensão do cerne desta pesquisa, necessária se faz a análise da aplicação do princípio da função social aos contratos de assistência privada à saúde.

Relembrando a lição de Gustavo Tepedino, a função social deve ser entendida como razão da liberdade de contratar, ou seja, ela passa a ser o fundamento da contratação e não mais apenas um limite externo ao exercício da liberdade contratual.¹⁷⁷

¹⁷⁶ Maria Stella Gregori informa que a ANS é dividida em 5 segmentos: Diretoria de Normas e Habilitação das Operadoras, Diretoria de Normas e Habilitação de Produtos, Diretoria de Fiscalização, Diretoria de Desenvolvimento Setorial e Diretoria de Gestão. GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 67-68.

¹⁷⁷ TEPEDINO, Gustavo [et. al]. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 11.

Além disso, o princípio da função social procura a análise do contrato a partir do meio social que o circunda, possuindo eficácia não só entre as partes contratantes, como também para além das partes integrantes da avença.¹⁷⁸

4.1 INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO DE SAÚDE TENDO COMO PARÂMETRO O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL

Citando Serpa Lopes, Gustavo Tepedino sustenta que, nas codificações atuais, o princípio da função social é o “fator de relativização da liberdade de contratar”, pois traz para o domínio do contrato a noção de ordem pública. Ressalta, ainda, que a função social é “considerada um fim para cuja realização ou preservação se justifica a imposição de preceitos inderrogáveis e inafastáveis pela vontade das partes”.¹⁷⁹

Nesse sentido apontam também os ensinamentos de Flávio Tartuce, ao afirmar que a cada dia vai sendo abandonada a visão individualista do Direito Privado, ao passo que vai aumentando o número de adeptos da corrente que defende a visualização dos institutos a par da proteção da coletividade, pois a autonomia da vontade manifestada nos negócios jurídicos encontra limitações nas normas de interesse público, inerentes ao ordenamento jurídico brasileiro. E acrescenta que aqui está outra expressão da função social dos contratos, tanto na faceta interna quanto externa, uma vez que uma cláusula que é prejudicial às partes pode ser também, de forma indireta, prejudicial a toda a sociedade.¹⁸⁰

Assim como ocorre com a propriedade, em que a estrutura interna do direito vai sendo remodelada de acordo com a sua função social, “concretamente definida, e que se constitui em pressuposto de validade do exercício do próprio domínio”, também os contratos, uma vez funcionalizados, se tornam “instrumento de realização do projeto constitucional” e das finalidades sociais definidas constitucionalmente.¹⁸¹

Por essa razão, o art. 421 do Código Civil de 2002 não pode ser entendido apenas como uma restrição eventual à liberdade contratual (deixando parecer que o direito subjetivo de contratar é absoluto, embora sujeito a restrições externas), mas, antes, “o próprio conceito de contrato deve ser reformulado à luz da função social que lhe é cometida”.¹⁸²

A função social é, pois, elemento integrante do próprio direito subjetivo, e, “o desrespeito à função social deve levar gradativamente ao enfraquecimento da própria tutela do direito, eis que determina a falta da razão da garantia e do reconhecimento do direito de propriedade”.¹⁸³

¹⁷⁸ TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, p. 232.

¹⁷⁹ TEPEDINO, Gustavo [et. al]. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 9.

¹⁸⁰ TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, p. 233.

¹⁸¹ TEPEDINO, Gustavo [et. al]. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 10.

¹⁸² TEPEDINO, Gustavo [et. al]. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 10.

¹⁸³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Função social no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 11.

A mesma lógica é seguida em relação aos contratos. Mormente como asseverado por Flávio Tartuce, atualmente existe verdadeira necessidade de contratar manifestada devido à insuficiência quantitativa e qualitativa da assistência médica pública. Não são desconhecidas nem passam despercebidas a carência e a precariedade dos serviços públicos de saúde, que ora não têm condições físicas de atendimento, ora não oferecem profissionais que possam efetuar esse atendimento. E, infelizmente, não raro, tem-se a ocorrência das duas hipóteses.

Sensível a essa situação, não só a doutrina, mas também a jurisprudência e o legislador vêm reconhecendo a importância de se levar em conta o contexto fático regido pelo nosso direito, de molde a torná-lo mais adequado e justo aos cidadãos. Por essa razão, reconhecendo também que os contratos são a forma de exteriorização dos princípios da ordem econômica e da livre iniciativa, mudaram-se os paradigmas interpretativos a fim de assegurar a justiça social e o respeito à dignidade da pessoa humana.

E o meio mais justo e adequado de se imprimir efetividade aos ditames constitucionais é uma legislação voltada para a adoção de cláusulas e preceitos gerais, conferindo ao aplicador do direito a necessária liberdade para utilização dos dispositivos legais da forma mais justa e próxima da realidade de cada caso concreto.

Gustavo Tepedino ressalta, então, a importância de se conferir às cláusulas gerais efetividade plena. Confira-se:

Nos dias de hoje, a necessidade de se dar efetividade plena às cláusulas gerais faz-se tanto mais urgente na medida em que se afigura praticamente impossível ao direito regular o conjunto de situações negociais que floresce na vida contemporânea, cujos avanços tecnológicos surpreendem até mesmo o legislador mais frenético e obcecado pela atualidade.

Trata-se de constatação indiscutível, que impõe ao intérprete uma mudança de atitude, sob pena de sucumbir à realidade social, perplexo e inerte à espera de uma mítica intervenção legislativa, encerrado em abstrações concernentes a um modelo ideal de sociedade.¹⁸⁴

Inegável, pois, a mudança nos paradigmas interpretativos das normas jurídicas, uma vez que é impossível ao legislador disciplinar as mais variadas e inimagináveis relações jurídicas que podem ser travadas, razão pela qual, como dito, o legislador vem lançando mão das cláusulas gerais.

¹⁸⁴ TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova teoria contratual*. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca6.pdf>>. acesso em: 13 maio 2009.

Gustavo Tepedino arremata discorrendo sobre a importância da técnica legislativa que se utiliza de cláusulas gerais, pois esta confere ao intérprete maior flexibilidade para, diante do fato jurídico, fazer prevalecer os valores do ordenamento e todas as novas situações que, desconhecidas pelo legislador, “surtem e se reproduzem como realidade mutante na sociedade tecnológica de massa”.¹⁸⁵

A propósito, confira-se julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que tratou da cobertura conferida por plano de saúde. O TJDFTR reconheceu que, embora o contrato firmado com determinado plano de saúde exclua da cobertura determinados itens, caso esses materiais se revelem imprescindíveis para a plena recuperação do paciente, o plano dever arcar com os custos deles.

Direito do Consumidor. Plano de saúde. Cirurgia eletiva de emergência. Botões para crânio e substituta *duramater preclude*. Retirada de tumor cerebral. Reembolso. Antecipação de tutela. Embora a cláusula do contrato firmado entre as partes exclua a cobertura de aparelhos estéticos, órteses, próteses e material de síntese, válvulas e marcapassos, quando surge a imprescindibilidade de tais materiais para o sucesso da neurocirurgia eletiva realizada, esta, sim, assegurada pelo plano de saúde, há verossimilhança das alegações da seguradora e *periculum in mora* que justificam a concessão da tutela antecipada. (20090020013341AGI, Relator Waldir Leôncio C. Lopes Júnior, 2ª Turma Cível, julgado em 25.3.2009, DJ 13.4.2009 p. 94)

Não obstante essas considerações, é forçoso reconhecer, por conseguinte, que os princípios constitucionais, entre eles o da função social, devem ser considerados normas jurídicas diretamente aplicáveis aos casos concretos, e não meramente princípios gerais de direito.¹⁸⁶

Irretocável, portanto, a conclusão trazida por Gustavo Tepedino, no sentido de que a Carta Constitucional de 1988 consiste no mais importante diploma jurídico dentro da hierarquia do ordenamento jurídico brasileiro:

Disso resulta que os princípios dispostos na Constituição devem sobrepor-se, na atividade de aplicação de interpretação das leis, a toda e qualquer norma infraconstitucional, consideradas, portanto, como normas jurídicas com precedência sobre o código civil, a legislação especial, a analogia e os costumes, não se confundindo, em qualquer hipótese, com os princípios gerais de direito de que trata o aludido art. 4º da Lei de Introdução [ao Código Civil].¹⁸⁷

¹⁸⁵ TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova teoria contratual*. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca6.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2009.

¹⁸⁶ TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova teoria contratual*. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca6.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2009.

¹⁸⁷ TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova teoria contratual*. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca6.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2009.

Dessa forma, tanto as normas legais quanto as contratuais devem moldar-se aos valores expressos nos princípios constitucionais, pois, como dito, não são meros princípios gerais de direito, mas inegavelmente constituem normas jurídicas aplicáveis às relações privadas. Assim também a função social, pois é por meio dela que se confere efetividade aos princípios da ordem econômica e social, promovendo não só o respeito ao também princípio da solidariedade social, mas, também, da dignidade da pessoa humana.

4.2 A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM CONTRATOS DE SAÚDE E RELAÇÃO DESSE PRINCÍPIO COM A FUNÇÃO SOCIAL

Flávio Tartuce observa argutamente que, na atualidade, o princípio da função social do contrato tende a proteger as classes desfavorecidas não com um discurso populista, mas sim humanista e personalista, de valorização da pessoa humana como centro do Direito Privado, uma vez que o mundo pós-moderno potencializa a necessidade de proteção da pessoa humana inserida em um meio social.¹⁸⁸

Já se salientou alhures que a dignidade da pessoa humana constitui o vértice valorativo de todo o ordenamento jurídico brasileiro. É a pessoa humana a razão de ser do Estado, é ela a titular do poder exercido por seus representantes. E, conforme reconhecido pela Carta Maior, além de a dignidade da pessoa humana ser um dos fundamentos da nossa República, objetiva-se construir uma sociedade livre, justa e solidária, reduzindo-se as desigualdades sociais e promovendo o bem de todos. Ora, tais objetivos ganham efetividade ao respeitar a dignidade dos cidadãos individualmente considerados e, posteriormente, inseridos na coletividade.

Maria Celina Bodin de Moraes, ao prefaciar a obra de Teresa Negreiros, *Teoria do Contrato: novos paradigmas*, argumenta que:

O direito civil voltado para a tutela da dignidade da pessoa humana é chamado a desempenhar tarefas de proteção, e estas especificam-se a partir de diferenciações normativas correspondentes a diferenciações que implodem a concepção outrora unitária de indivíduo, dirigindo-se, não a um sujeito de direito abstrato dotado de capacidade negocial, mas sim a uma pessoa situada concretamente nas suas relações econômico-sociais (é o caso, no âmbito do direito contratual, das normas de proteção ao consumidor, ao locatário, ao usuário de plano de saúde etc. – as chamadas *person-oriented rules*).¹⁸⁹

¹⁸⁸ TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, p. 234.

¹⁸⁹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Na mesma linha Teresa Negreiros afirma:

O compromisso do direito civil com a tutela da dignidade da pessoa humana é, portanto, assumido pela perspectiva civil-constitucional como inapelável consequência da sujeição das relações interprivadas aos ditames constitucionais. Muito mais que autonomia e liberdade individuais, o ordenamento civil e, para o efeito deste trabalho, a ordem contratual em particular são instrumentos de realização existencial da pessoa humana – pelo que, sob pena de afrontar a Constituição, o intérprete e aplicador do Direito deve dar primazia à realização existencial em detrimento da realização patrimonial.¹⁹⁰

Deve-se ter em mente que, assim como a função social, a dignidade da pessoa humana é princípio constitucional, norteador a interpretação e a ponderação de interesses sempre que envolvidos outros princípios.

Paulo Bonavides assevera que: “Em verdade, os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa.”¹⁹¹

Portanto, são os princípios que permitem a correta ponderação dos interesses quando a aplicação pura e simples de regras jurídicas revela-se insuficiente, ou, modernamente, injusta. Ainda que, *prima facie*, a aplicação da regra possa solucionar o caso concreto, caso essa subsunção do fato à norma contrarie preceitos de ordem pública ou, na pior das hipóteses, viole a dignidade da pessoa humana, deverá prevalecer esta em detrimento daquela, pois não se pode conceber que uma regra venha a ferir um postulado que permeia todas as demais normas do ordenamento.

Aqui merece ser trazida à baila novamente a lição de Gilmar Mendes:

Tratando-se de um método de ponderação de bens à luz do caso concreto, é intuitivo que *a priori* não exista uma hierarquia fixa e abstrata entre os diversos princípios, ressalvada – porque fora do cotejo axiológico – apenas a dignidade da pessoa humana como valor-fonte dos demais valores, valor fundante da experiência ética ou, se preferirmos, princípio e fim de toda ordem jurídica.¹⁹² (sublinhas nossas)

Diferente não poderia ser, pois, a razão de ser do Estado é o ser humano. Por essa razão, Daniel Sarmento manifestou-se no sentido de que o mais importante, numa ordem jurídica democrática, não é a estrutura básica do Estado, “mas os direitos fundamentais da

¹⁹⁰ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 61-62.

¹⁹¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 259.

¹⁹² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 36.

pessoa humana, já que o Estado não é o fim em si mesmo, mas apenas um meio para a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, já que o Estado não é o fim em si mesmo, mas apenas um meio para a proteção dos direitos humanos.”¹⁹³

Nesse contexto, arremata Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

A temática envolvendo a função social no Direito Civil, a Constituição e os direitos fundamentais, na ordem jurídica de um país, é complexa, ampla, recheada de questionamentos e de aparentes conflitos entre bens jurídicos, interesses e direitos das pessoas humanas e da coletividade. Daí ser fundamental que se aprofundem os debates, discussões e diálogos sobre temas tão relevantes e atuais, propiciando a implementação do princípio e valor máximo do ordenamento jurídico brasileiro da dignidade da pessoa humana, em suas várias perspectivas e aplicações (tanto na sua dimensão individual, quanto comunitária).¹⁹⁴

E é justamente quando a aplicação do princípio da função social vier a funcionar como meio de se assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana que haverá, por exemplo, a relativização do *pacta sunt servanda*. De igual modo incidirão os efeitos da função social quando um contrato, ainda que bom para as partes, não o seja para a coletividade. Isso tudo porque como bem leciona Flávio Tartuce, “a principal função dos contratos é atender aos interesses da pessoa, não se admitindo tese em sentido contrário”.¹⁹⁵

4.3 CONTRATO DE SEGURO E NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA VIDA COM QUALIDADE

A adoção de normas principiológicas permite ao magistrado, exercendo o controle de aplicação da função social, conferir verdadeira justiça social, possibilitando a pacificação dos conflitos.

Conforme afirmam Mauro Ângelo Bottesini e Mauro Conti Machado, os planos de saúde nasceram do descompasso entre a necessidade de proteção universal à saúde e a assistência médico-hospitalar, que, nos termos do art. 196 da Constituição Federal de 1988, é dever do Estado e direito de todos, e a insuficiência dos recursos públicos imprescindíveis para assegurar a execução eficiente das políticas sociais e econômicas destinadas à redução de doença e de outros agravos. Conclui-se, portanto, que é a insuficiência de recursos financeiros que permite promover o acesso universal e igualitário

¹⁹³ SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 109.

¹⁹⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Função social no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 38.

¹⁹⁵ TARTUCE, Flávio. Contrato de prestação de serviços médico-hospitalares. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 31, jul./set. 2007, p. 225 a 257.

às ações para promoção, proteção e recuperação da saúde dos cidadãos que conferiu espaço para o surgimento do mercado para a medicina suplementar privada.¹⁹⁶

Cláudia Lima Marques destaca, de forma precisa, que a idéia dos seguros liga-se intimamente ao anseio humano de controle dos riscos e de socialização dos riscos atuais e futuros entre todos os membros da sociedade. E, ainda, pontua que a visão simplista de que os contratos de seguro visam somente a indenizar, ou seja, à entrega de uma simples quantia monetária, está superada. Hodiernamente, os contratos securitários envolvem a execução de uma obrigação, a prestação de um serviço, que, na maioria das vezes, ocorre de forma continuada e duradoura.¹⁹⁷

Aliás, os contratos de assistência privada à saúde, além de caracterizarem-se por serem contratos de fazer de longa duração, de trato sucessivo e com uma fase de execução contratual longa e descontínua,¹⁹⁸ prometem, ainda, segurança e qualidade¹⁹⁹ ao contratante, que tem a legítima expectativa de que, caso ocorra o evento (justamente aquele que é o objeto do contrato de seguro), estará assegurado por meio do contrato firmado.

A importância social, econômica e jurídica dos contratos dessa espécie é notável, pois se trata do direito à saúde, assegurado constitucionalmente como direito social (que é também direito fundamental). Além do mais, os particulares autorizados a atuar na prestação dos serviços de assistência privada à saúde o fazem sob a fiscalização do Estado, a quem compete autorizar o fornecimento dos serviços, controlar e fiscalizar o dito fornecimento e, em certos casos, ditar o conteúdo do contrato.²⁰⁰

Ressalte-se, ainda, que outra das características marcantes do contrato de seguro é a aleatoriedade. Dessa forma, caso haja a necessidade de prestar o serviço, o segurador é chamado a fazê-lo. Em não havendo, o segurado continuará arcando com os custos da prestação (normalmente uma prestação mensal fixa), enquanto o segurador auferirá apenas vantagens.

Nessa seara, os princípios da função social e da dignidade da pessoa humana são instrumentos que, além de norteadores de todo o ordenamento, funcionam como instrumentos postos à disposição dos operadores do direito para conferir efetividade ao preceituado na Constituição Federal que garante o bem-estar de todos e uma vida digna, que, inexoravelmente, inclui vida com qualidade e saúde.

¹⁹⁶ BOTTESINI, Mauro Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos e seguros de saúde: comentada artigo por artigo, doutrina, jurisprudência*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 53.

¹⁹⁷ MARQUES, Cláudia Lima. A abusividade nos contratos de seguro-saúde e de assistência médica no Brasil. *Ajuris*, v. 22, n. 64, p. 34-77, jul. 1995.

¹⁹⁸ MARQUES, Cláudia Lima. A abusividade nos contratos de seguro-saúde e de assistência médica no Brasil. *Ajuris*, v. 22, n. 64, p. 34-77, jul. 1995.

¹⁹⁹ MARQUES, Cláudia Lima. A abusividade nos contratos de seguro-saúde e de assistência médica no Brasil. *Ajuris*, v. 22, n. 64, p. 34-77, jul. 1995.

²⁰⁰ MARQUES, Cláudia Lima. A abusividade nos contratos de seguro-saúde e de assistência médica no Brasil. *Ajuris*, v. 22, n. 64, p. 34-77, jul. 1995.

4.4 O QUE É NECESSÁRIO PARA QUE UM CONTRATO DE SEGURO-SAÚDE ESTEJA EM CONFORMIDADE COM O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL?

Partindo da premissa da renovação da nova teoria contratual, a qual trouxe os novos princípios que devem servir de paradigma na interpretação dos contratos, tem-se que “o modelo de contrato contemporâneo deve refletir os princípios constitucionais, servindo como instrumento para a consecução das metas sociais impostas constitucionalmente”.²⁰¹

Assim, ainda de acordo com os ensinamentos de Teresa Negreiros, o que se busca é: “uma efetiva proteção e um permanente desenvolvimento da pessoa humana. Em suma, a tutela da pessoa humana e da sua dignidade fundamental constitui, aos olhos desta metodologia, a força ativa e determinante das inovações do direito civil, conformado-a à contemporaneidade.”²⁰²

Tem-se, então, que o contrato que atende ao postulado da função social é aquele no qual, antes de mais nada, respeita-se o princípio da dignidade da pessoa humana. As disposições contratuais, além de atenderem as vontades das partes, atendem os preceitos constitucionais e, de acordo com o tipo de relação jurídica, atendem também os ditames consumeristas ou apenas os do Código Civil.

À medida que o contrato de saúde conferir efetiva cobertura aos segurados, amparando-os por completo no momento da ocorrência do sinistro, atendendo de forma adequada as expectativas do segurado e não prejudicando nem ofendendo a dignidade humana de terceiros não envolvidos na relação jurídica, mas que podem vir a ser prejudicados por ela, poder-se-á dizer que a avença cumpriu a função social.

Por essa razão é que Flávio Tartuce adverte quanto ao cuidado ao se proceder ao exame das cláusulas contratuais:

Por tal fenômeno, o exame da cláusula contratual não poderá ficar limitado ao controle de eventuais ilicitudes ou verificação da conformidade da avença às normas regulamentadoras expressas relacionadas ao assunto. Também deve ser levado em conta se a atividade privada de contratar atende concretamente aos valores ínsitos à nova ordem negocial e aos preceitos constitucionais, em que a função social da norma jurídica encontra guarida. Aqui a substituição do princípio da supremacia da ordem pública nas relações privadas fica muito clara.²⁰³

Pela nova moderna concepção da teoria contratual, o contrato, além de instrumento de circulação de riquezas, é também instrumento de proteção dos direitos fundamentais,

²⁰¹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 31.

²⁰² NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 59.

²⁰³ TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, p. 236.

realização dos paradigmas de qualidade, de segurança, de adequação dos serviços e produtos no mercado. “O economicamente relevante é, na sociedade atual, prioritariamente, o imaterial, os fazeres e serviços complexos ou o bem imaterial”.²⁰⁴

Gerson Luiz Carlos Branco leciona que:

O homem contrata com seus similares em busca de dupla finalidade: prover sua subsistência individual e cooperar indiretamente para a subsistência da agregação social da qual participa. Essas duas finalidades mantêm-se em equilíbrio entre tendências individuais e tendências sociais.

Há um valor jurídico supremo de assegurar a liberdade individual, as relações de troca e a difusão das utilidades e serviços, que são condições necessárias para a conservação e o desenvolvimento da vida humana, seja sob o ponto de vista individual, seja sob o ponto de vista social.²⁰⁵

Portanto, o contexto fático e jurídico no qual a sociedade brasileira está envolvida atualmente é de completa mudança de paradigmas, onde o privado se inter-relaciona com o público. A individualidade não é vista em absoluto, mas, ao contrário, é analisada dentro de um contexto, dentro de uma coletividade que, como asseverado em linhas volvidas por Judith Martins-Costa, não é apenas e tão somente a soma das individualidades, mas, antes, possui um plus agregado, consistente no interesse comum que não se confunde com os interesses individuais.

Tanto é que Pietro Perlingieri há muito tempo advertia sobre a limitação dos direitos subjetivos pelo conteúdo das normas de ordem pública:

As situações subjetivas sofrem uma intrínseca limitação pelo conteúdo das cláusulas gerais e especialmente daquela de ordem pública, de lealdade, de diligência e de boa-fé, que se tornaram expressões gerais do princípio da solidariedade. O ordenamento reconhece a propriedade de um bem, a titularidade de um crédito, somente enquanto o direito for exercido em conformidade com as regras; se assim não acontecer, o interesse não será nem reconhecido e nem tutelado.²⁰⁶

Assim, a função social está umbilicalmente ligada a essa noção de interesse comum, que conduz à idéia de comunidade, do projeto constitucional de solidariedade social, no

²⁰⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed., rev., atual. e ampl. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 168.

²⁰⁵ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 58.

²⁰⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 122.

qual estão envolvidos todos os cidadãos considerados não só pela perspectiva individual, mas também coletiva.

O contrato que respeita a função social, portanto, além de estar de acordo com a licitude, conforma-se aos preceitos constitucionais de dignidade da pessoa humana, justiça e solidariedade sociais, o que nos contratos de assistência privada à saúde pode ser exemplificado como ausência de limitação quanto ao tempo de internação e quanto aos valores a serem gastos, pois cláusulas dessa natureza esvaziam a finalidade desses contratos, que é a de assegurar a todos os meios para cura do paciente.²⁰⁷

CONCLUSÃO

Por mais que se pesquise, discuta e analise, um trabalho teórico nunca se esgota por completo. Aliás, cumpre destacar que nossa análise não pretende, nem poderia, esgotar o tema, em razão da profundidade e da amplitude que ele possui.

O que se buscou foi traçar o contexto fático e jurídico das relações jurídicas existentes entre as operadoras de planos privados de assistência à saúde e os consumidores usuários desses serviços, a fim de investigar a forma de atuação da função social nesses contratos.

Para tal mister, antes de mais nada, era imprescindível o exame dos princípios da dignidade da pessoa humana e da função social, afirmando-os como normas jurídicas dentro do constitucionalismo brasileiro, no qual a ordem econômica representa a função social do contrato, pois enuncia como princípio fundador a livre iniciativa e a concorrência, amparadas na proteção da dignidade da pessoa humana e na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

O respeito à dignidade da pessoa humana tornou-se comando jurídico no ordenamento brasileiro com a promulgação da Constituição Federal de 1988, e, ao incorporar essas normas que tutelam os valores humanos, a Constituição promoveu também uma transformação estrutural no conceito e nos valores dos direitos individuais e sociais, suficiente o bastante para tutelá-los pela via da aplicação direta dos comandos constitucionais, entre eles o da dignidade da pessoa humana e o da função social.

Paulatinamente foi ocorrendo a aproximação entre os direitos civil e constitucional, o que culminou com a adoção da concepção moderna da teoria contratual, segundo a qual os contratos são o meio de realização da justiça social, que somente poderá ser alcançada à medida que os direitos subjetivos individuais não estiverem dotados de eficácia absoluta e plena. Com isso não se nega o princípio da autonomia da vontade nem da relatividade dos efeitos dos contratos, mas ocorre uma mitigação em prol da coletividade, da solidariedade social, do respeito mútuo entre os cidadãos.

²⁰⁷ A atualidade e a importância do tema podem ser extraídas de recentíssima decisão emanada do Superior Tribunal de Justiça, que afirmou que os planos de saúde não podem limitar o valor do tratamento e de internações de seus associados. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=92110>. Acesso em: 25 maio 2009.

A partir dessa nova idéia de contrato, soma-se à vontade a lei, como fonte de integração do próprio conceito de contrato, o que leva à conclusão de que contrato é junção da autonomia da vontade, da autonomia privada e da lei, que é representada pelos princípios e pela intervenção nesse instituto.

Os princípios tradicionais e que decorriam da liberdade contratual (autonomia privada, obrigatoriedade dos pactos (*pacta sunt servanda*) e relatividade) coexistem modernamente com os novos princípios: a boa-fé objetiva, atuando preponderantemente sobre a autonomia privada, o equilíbrio econômico entre as prestações, que altera substancialmente a força obrigatória dos pactos, e a função social do contrato, que interfere no princípio da relatividade, dando ensejo a efeitos contratuais que transcendem a esfera jurídica das partes contratantes.

Feitas as distinções e considerações pertinentes acerca dos contratos de seguro, chegou-se à conclusão de que atualmente a normatização dos planos privados de assistência à saúde, essencialmente, é composta pela Lei n. 9.656/98, com as várias alterações que se seguiram e que culminaram na Medida Provisória n. 2.177-44/2001, complementadas pelas Leis n. 10.185/2001 e n. 10.223/2001, pela Lei n. 9.961/2000, e, finalmente, pela Lei n. 10.850/2004. A regulamentação de tais normas fica a cargo da ANS.

Conclui-se, portanto, que a função social consiste na razão da liberdade de contratar, ou seja, ela passa a ser o fundamento da contratação e não mais apenas um limite externo ao exercício da liberdade contratual, procurando analisar o contrato a partir do meio social que o circunda, possuindo eficácia não só entre as partes contratantes, como também para além das partes integrantes da avença.

Aliada a todos esses fatores, está a necessidade de contratar, manifestada em razão da insuficiência quantitativa e qualitativa da assistência médica pública.

Por todas essas razões, tanto as normas legais quanto as contratuais devem moldar-se aos valores expressos nos princípios constitucionais, pois, como dito, não são meros princípios gerais de direito, mas inegavelmente constituem normas jurídicas aplicáveis às relações privadas. Assim também a função social, pois é por meio dela que se confere efetividade aos princípios da ordem econômica e social, promovendo não só o respeito ao também princípio da solidariedade social, mas também da dignidade da pessoa humana.

O contrato que respeita a função social, portanto, além de estar de acordo com a licitude, conforma-se aos preceitos constitucionais de dignidade da pessoa humana, justiça e solidariedade sociais, de forma que a finalidade dos contratos de seguro, qual seja, o acautelamento diante de riscos futuros, não seja esvaziado.

Espera-se que esse trabalho contribua para que o direito possa continuar caminhando em busca da harmonização de interesses individuais com os interesses da coletividade.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVIM, Pedro. *O seguro e o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- BARROSO, Lucas Abreu. *O contrato de seguro e o direito das relações de consumo*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3099>. Acesso em: 16 maio 09.
- BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=52582>. Acesso em: 18 jan. 2009.
- _____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BOTTESINI, Mauro Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos e seguros de saúde: comentada artigo por artigo, doutrina, jurisprudência*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. *Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 2005.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- COSTA, Francisco Ricardo Sales. *Direito contratual frente ao Código de Defesa do Consumidor e Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- EHRHARDT JR., Marcos; BARROS, Daniel Conde (orgs.). *Temas de Direito Civil Contemporâneo*. Salvador: JusPodivm, 2009.
- FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. *Plano de saúde e direito do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- FILGUEIRA, Fábio Antônio Correia. *O princípio da função social do contrato e seu controle jurisdicional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.
- FONSECA, Rodrigo Garcia da. *A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- FORTEZA, Dulcinéia Zampieri [et al.]. *Saúde: planos privados de assistência suplementar*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Função social no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

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

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. *Revista de Direito Civil*, n. 45, 1988, p. 141-152.

_____. *Direito civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____; TARTUCE, Flávio (coords.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Economia da saúde: uma perspectiva macroeconômica 2000-2005*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/economia_saude.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2009.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (org.); CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (coord.). *Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. São Paulo: Manole, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro. *Ajuris*, n. 45, 1989, p. 213-244.

_____. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. Vol. V, Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Notas sobre o princípio da função social dos contratos*. Disponível em: <<http://www.realeadvogados.com.br/pdf/judith.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. A abusividade nos contratos de seguro-saúde e de assistência médica no Brasil. *Ajuris*, v. 22, n. 64, p. 34-77, jul. 1995.

_____. [et. al]. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed., rev., atual. e ampl. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. [et al.]. *Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. [et al.] (coords.). *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Contratos*. Vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NARDI, Marcelo de. Direito à prestação do Estado em atenção à saúde. *Revista CEJ*, Brasília, ano XII, n. 42, p. 40-47, jul./set. 2008.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários à Lei de Plano Privado de Assistência à Saúde*. 2. ed. rev., modif., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. 3. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 286.

RIZZARDO, Arnaldo [et. al.]. *Planos de assistência e seguros de saúde: Lei n. 6.656, de 3 de junho de 1998*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

RODRIGUES, Bruno Lemos. *Aspectos legais dos contratos de seguro-saúde*. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

_____. (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SÉGUIN, Elida. *Plano de saúde*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

TARTUCE, Flávio. Contrato de prestação de serviços médico-hospitalares. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 31, jul./set. 2007, p. 225 a 257.

_____. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007.

TEIXEIRA, Raul. *Os reflexos do novo Código Civil nos contratos de seguro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova teoria contratual*. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca6.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2009.

_____. [et. al]. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. [et. al]. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Contornos constitucionais da propriedade privada. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 303-329.

VIEIRA, Liliane dos Santos. *Pesquisa e monografia jurídica na era da informática*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

ANS - AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/portal/site/legislacao/legislacao.asp>>. Acesso em: 13 maio 2009.